



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO.

AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE ATIVA. INOCORRÊNCIA. O Ministério Público Estadual é competente para propor ação coletiva de consumo, visando à proteção de interesse dos consumidores, genericamente considerados, diante de prática comercial abusiva, consistente na deficiência da prestação de serviço de telefonia celular. Inteligência do art. 82, I do CDC. Precedentes jurisprudenciais. Agravo retido improvido.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. Não merece prosperar a prefacial de descabimento da ação civil pública, por estar demonstrado que a presente demanda não versa exclusivamente sobre interesse de pessoas determinadas, mas também àquelas pessoas aptas a novas contratações, sendo evidente o interesse difuso.

SENTENÇA EXTRA PETITA. EXCESSO EXTIRPADO. É cediço que, em atenção ao princípio da adstrição, preconizado nos artigos 128 e 460 do CPC, há limitação imposta à prestação jurisdicional, devendo o magistrado, ao proferir a sentença, ater-se aos estritos termos em que deduzidos a causa de pedir e o pedido. Viável a extirpação do excesso cometido, no que tange à condenação ao ressarcimento dos valores desembolsados pelos consumidores e a disponibilização de informações aos clientes acerca do ressarcimento de valores (itens “b” e “d” da sentença), não havendo falar em desconstituição *in totum* da sentença.

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OFENSA. INOCORRÊNCIA. Observância do princípio da livre apreciação da prova pelo juiz, o qual encontra previsão legal no disposto pelo artigo 131 do CPC.

ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. POSSIBILIDADE. Nas hipóteses dos artigos 12 e 14 do CDC, que tratam da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, respectivamente, a inversão do ônus da prova decorre da própria lei, portanto, é *ope legis*, não havendo falar em impossibilidade de



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

produção de prova negativa, conforme alegado pela demandada.

FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. CONFIGURAÇÃO. As partes firmaram contrato de prestação de serviços de telefonia celular. Contudo, devido à promoção denominada “Fale de Graça”, houve significativo congestionamento das linhas telefônicas, fato que impediu o uso dos serviços contratados. Tal situação não restou afastada pela prova dos autos. Assim, o equipamento perde a sua principal finalidade, pois afasta a possibilidade da sua devida utilização, restando caracterizada a falha na prestação dos serviços.

DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO. DEMONSTRAÇÃO. Para configuração do dano moral coletivo é necessário haver, além de conduta antijurídica, ofensa grave e intolerável a valores e interesses morais de uma dada comunidade, dano que é perceptível a partir da sensação de perda de estima, de indignação, de repulsa, de humilhação ou de outro sentimento que ofenda a dignidade humana. Hipótese configurada nos autos.

EXTENSÃO TERRITORIAL DOS EFEITOS DA SENTENÇA. Restringir os efeitos da sentença ao âmbito de Porto Alegre significaria restringir, sem razoabilidade alguma, a abrangência da tutela jurisdicional de interesses e direitos individuais homogêneos, bem como afrontar a regra contida no inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. É cediço que, na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. Ao concreto, demonstrada a ilicitude do ato praticado pela ré, e sopesadas as demais particularidades do caso, entendo que deva ser reduzida a verba arbitrada a título de danos morais coletivos para R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais),



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

mantendo-se critério de paridade com as outras ações coletivas propostas.

ASTREINTES. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. QUANTUM. REDUÇÃO. Não há falar em falta de fundamentação da decisão recorrida, proferida em observância aos dispositivos contidos no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Mostrando-se exagerado o *quantum* atingido pela multa diária arbitrada para o caso de descumprimento da ordem judicial, não há óbice a sua redução. Precedentes jurisprudenciais.

**AGRAVO RETIDO DESPROVIDO.
APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA**

APELAÇÃO CÍVEL

DÉCIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70035473420

COMARCA DE PORTO ALEGRE

CLARO S A

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA (PRESIDENTE) E DES. IVAN BALSON ARAUJO.**



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Porto Alegre, 26 de maio de 2011.

DES. PAULO ROBERTO LESSA FRANZ,
Relator.

RELATÓRIO

DES. PAULO ROBERTO LESSA FRANZ (RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença prolatada nos autos da ação civil pública manejada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** em face de **CLARO S.A.**, no qual o magistrado singular julgou procedente a demanda, com o seguinte dispositivo, *in verbis*:

“(...)

III – Por todo o exposto, nos termos do art. 269, I, do CPC, JULGO PROCEDENTES os pedidos elaborados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em desfavor de TELET S/A (CLARO), extinguindo o processo, com resolução do mérito, para:

a) impor à ré obrigação de não-fazer, consistente em veicular promoções visando novas habilitações sem que possua capacidade operacional para tanto, sob pena de multa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para cada promoção, que reverterá ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347/85;

b) condenar a ré ao ressarcimento dos valores desembolsados pelos consumidores na aquisição e habilitação de aparelhos de telefone celular, em relação aos contratos findos e em andamento, na forma de crédito em ligações e demais serviços para consumidores na forma pré-paga, em desconto na fatura para os clientes na modalidade pós-paga e em dinheiro para aqueles que deixaram de ser clientes, corrigidos monetariamente pelo IGP-M a contar de cada desembolso e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

c) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), que deverá ser revertido ao fundo retromencionado, corrigidos monetariamente pelo IGP-M a contar da publicação desta sentença, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso;

d) determinar que a ré disponibilize, em cada uma de suas lojas (Claro), e também por mensagem de texto para cada cliente, no mínimo de 03 (três), as informações necessárias aos consumidores para que tenham conhecimento dos valores a que tem direito, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, com comprovação nos autos, em CD-ROM e por amostragem, até o quinto dia útil após o referido prazo, sob pena de multa de 20% (vinte por cento) sobre o montante do valor devido aos consumidores. A disponibilização dos valores deverá ser comunicada por escrito aos antigos consumidores, que rescindiram o contrato, por correio, com base nos endereços de que a requerida disponha;

e) na hipótese de interposição de recurso, o prazo acima referido (e) será reduzido para 30 (trinta) dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, mantida a multa, justificando-se a redução do prazo porquanto o julgamento do recurso demandará maior decurso de tempo;

f) determinar que os valores referentes aos consumidores não localizados ou que não procurarem a ré deverão ser depositados em juízo e posteriormente destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347/85, tudo com comprovação nos autos;

g) determinar que, para ciência da presente decisão aos interessados, deverá a demandada publicar às suas expensas, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, o inteiro teor da parte dispositiva da presente decisão em três jornais de circulação estadual, na dimensão mínima de 20cm x 20cm e em



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

cinco dias intercalados, sem exclusão da edição de domingo.

h) para fins de fiscalização e execução da presente decisão, forte no art. 84, § 5º, do CDC, será nomeado perito para a fase de liquidação e cumprimento da sentença, o qual, em nome deste juízo, terá acesso a todos os dados e informações necessárias para o cumprimento e efetividade do aqui decidido, podendo requisitar documentos e acessar banco de dados mantidos pela empresa demandada, devendo ser oportunamente intimado para apresentar sua proposta de honorários, os quais serão suportados pela ré;

i) ao Sr. Escrivão, decorrido o prazo recursal contra esta sentença, deverá disponibilizar, através do sistema de informática a todos os cartórios cíveis e judiciais do Estado do Rio Grande do Sul, cópia da ementa da presente decisão, com certidão de interposição de recurso e dos efeitos em que recebido, ou do trânsito em julgado, se for o caso, para, se assim entender o titular da jurisdição, iniciar-se a liquidação provisória do julgado, nos termos dos arts. 97 do CDC, c/c art. 475-A do CPC;

l) o cumprimento espontâneo da presente decisão ensejará liberação dos demandados das multas fixadas, desde que atendidos os prazos estabelecidos.

Os provimentos desta decisão poderão ser modificados, na forma do art. 461, §6º, do CPC, visando a efetividade da decisão.

Expeça-se edital nos termos do art. 94 do CDC.

Condeno a ré ao pagamento integral das despesas processuais. Incabível a condenação em honorários em favor do Ministério Público, haja vista a vedação do artigo 128, §5º, inciso II, letra “a”, da Constituição Federal, e a interpretação que deve ser dada a partir da análise do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

(...)”



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

A ré opôs embargos de declaração às fls. 2708/2715, os quais restaram desacolhidos pelo magistrado *a quo* (fl. 2716).

Inconformada, a demandada apelou às fls. 2718/2755. Ratificou o agravo retido interposto às fls. 2458/2469 quanto à ilegitimidade ativa do Ministério Público, tendo em vista tratar a lide de interesse individual disponível. Sustentou a nulidade da sentença, porquanto *extra petita* no que pertine à condenação ao ressarcimento dos valores desembolsados pelos consumidores e à disponibilização de informações ao clientes acerca do ressarcimento de valores (itens “b” e “d” da sentença). Alegou o descabimento de ação civil pública para tutela de interesses individuais, identificáveis, disponíveis e divisíveis, postulando a extinção do feito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC. Sustentou que o juízo *a quo* conferiu tratamento desigual às partes, ofendendo o princípio do contraditório e ampla defesa. Quanto ao mérito, alegou a existência de número ínfimo de reclamações, não restando caracterizada falha na prestação de serviço. Sustentou a inexistência de prova quanto aos danos materiais, bem como a ausência de nexo causal entre o dano e a compra de aparelho pelos consumidores. Afirmou a inexistência de prejuízos aos consumidores e impossibilidade de condenação a título de danos morais. Subsidiariamente postulou a minoração do quantum indenizatório fixado, uma vez que fixada desproporcionalmente. Alegou também a ausência de fundamentação da multa diária aplicada para o caso de descumprimento da sentença, devendo esta ser afastada, ou, subsidiariamente, reduzida a valores justos. Sustentou a impossibilidade da inversão do ônus da prova, porquanto impossível a produção de prova negativa pela demandada. Finalmente postulou pela decretação de nulidade parcial da sentença, uma vez que impossível a extensão de seus efeitos para além da competência territorial do juízo. Postulou o provimento da insurgência.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Intimada, a parte autora apresentou contrarrazões recursais (fls. 2757/2787).

O Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 2791/2826).

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É o breve relatório.

VOTOS

DES. PAULO ROBERTO LESSA FRANZ (RELATOR)

Eminentes Colegas.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **CLARO S.A.** em face da sentença de procedência prolatada pelo magistrado *a quo*, nos autos da ação coletiva de consumo promovida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**.

I. DO AGRAVO RETIDO:

Inicialmente, cumpre analisar o agravo retido interposto às fls. 2458/2467 contra a decisão da fl. 2454, que declarou a legitimidade ativa do Ministério Público.

Plenamente possível o ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público para defesa de interesses individuais homogêneos dos consumidores.

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento sedimentado no sentido da possibilidade do Órgão Ministerial propor demandas a fim de assegurar a defesa dos direitos individuais homogêneos em que seus titulares figurem como consumidores, ou, ainda, quando se tratar de típica relação de consumo, tal como é o caso em comento.

Neste sentido, é a jurisprudência do Excelso Tribunal:



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ATO JURÍDICO PERFEITO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. CONSTITUCIONAL. **O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS E HOMOGÊNEOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. PRECEDENTES.** AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(AI 613465 AgR / PR – PARANÁ. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18/05/2010. Órgão Julgador: Primeira Turma).

Ministério Público: legitimidade para propor ação civil pública quando se trata de direitos individuais homogêneos em que seus titulares se encontram na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. É indiferente a espécie de contrato firmado, bastando que seja uma relação de consumo: precedentes.

(RE 424048 AgR / SC - SANTA CATARINA AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 25/10/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma).

Por outro lado, ainda deve se levar em conta que a lide visa à proteção de interesses de pessoas determinadas e indeterminadas, ligadas por um liame jurídico base.

Ou seja, a presente ação não versa exclusivamente sobre interesse de pessoas determinadas, tidas por aquelas que já mantêm negócio jurídico com a requerida, mas também àquelas pessoas aptas a novas contratações.

O Código de Defesa e Proteção ao Consumidor – Lei 8.078/90 – estabelece que as normas contidas no referido diploma são de ordem pública e interesse social, consoante dispõe o seu art. 1º.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Ademais, os princípios norteadores do CDC, entabulados nos arts. 4º e 5º, abordam a relevância social da matéria versada por Lei, no intuito de beneficiar o consumidor na defesa de seus interesses.

Assim sendo, flagrante é a legitimidade do Ministério Público para a propositura da presente demanda, nos moldes do art. 127 da Constituição Federal, em que estabelece: “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*”.

Aliado a isto, também há o art. 129, III, da Constituição Federal, dispondo que cabe ao *Parquet* “*promover o inquérito civil e a ação civil, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”.

Ainda, a Lei 8.623/93, ao discorrer acerca das atribuições do Ministério Público, assim definiu:

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;

Ao lado da disposição constitucional e em atendimento a ela, o Código de Defesa do Consumidor menciona que:

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



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

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

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

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

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).

I - o Ministério Público;

Do que acima consta, tem-se que o legislador deu amplas garantias ao Ministério Público para que promova ações relativas ao interesse social, nelas inclusas as causas relativas às normas consumeristas, e que atinjam a coletividade em seu sentido amplo.

Dessa forma, o desprovimento do agravo retido é medida que se impõe.

II. DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Com relação à prefacial de descabimento da ação civil pública, por se tratar de direitos individuais que deveriam ser resolvidos pela via ordinária, rejeito a mesma, uma vez que o legislador brasileiro estabeleceu a possibilidade de utilização de tal ação para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos dos arts. 1º, inciso II e 21, ambos da Lei 7.347/85, combinado com o art. 81 do CDC, como acima exposto.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Nesse sentido são as ementas trazidas à colação:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEGILAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL INCIDENTE. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA MÉDIA. JUROS MORATÓRIOS. REGIME DE CAPITALIZAÇÃO MENSAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. VIABILIDADE DE COMPENSAÇÃO E REPETIÇÃO DE VALORES. Da litispendência No caso sub judice não há litispendência, uma vez que o processo 001/1.05.0218960-0 diz respeito a cartão de crédito com bandeira VISA, cuja causa de pedir e pedido são diversos. Do cabimento da ação civil pública O legislador brasileiro estabeleceu a possibilidade de utilização de tal ação para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos dos arts. 1º, inciso II e 21, ambos da Lei 7.347/85, combinado com o art. 81 do CDC Da legitimidade ativa da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, da Vida e dos Direitos Civis É parte legítima para propor a Ação Civil pública nos termos do artigo 5º da Lei 7.347/85 e os arts. 82, inciso IV, e 91, ambos do CDC a associação de defesa dos consumidores, vida e direitos civis. (...) Rejeitadas as preliminares à unanimidade e, no mérito, apelo provido parcialmente, vencido em parte o relator quanto à forma de capitalização. (Apelação Cível Nº 70014119184, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 13/09/2007)

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A IDOSO. - Art. 74, inciso I, do Estatuto do Idoso “Lei nº 10.741/03” que possibilita o ajuizamento de ação civil pública para a proteção dos direitos individuais indisponíveis do idoso. - Legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de demanda que visa o interesse individual indisponível “Leis nºs 8.625/93, 7.347/85 e 10.741/2003. - Possível a fixação de multa diária em desfavor da Fazenda Pública para o caso de descumprimento da ordem judicial” artigos 287 e 461 do CPC. - Valor total da multa diária limitado ao montante necessário para o tratamento indicado por



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

quatro meses. - Responsabilidade solidária entre a União, os Estados-membros e os Municípios, pelo fornecimento gratuito de medicamento a doentes, decorrente do próprio texto constitucional (CF, art. 23, II e art. 196). Precedentes desta Corte Estadual. - Necessidade de previsão orçamentária afastada frente ao dever constitucional de garantir a saúde dos cidadãos. REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO ESTADO, NA PARTE EM QUE CONHECIDA, E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO. (Apelação Cível Nº 70018566463, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 03/05/2007).

Ademais, como já dito, a presente demanda não versa exclusivamente interesse de pessoas determinadas, tidas por aquelas que já mantêm negócio jurídico com a requerida, mas também àquelas pessoas aptas a novas contratações, sendo evidente o interesse difuso.

Dessa forma, configurada a presença de interesse difuso a ser defendido na presente ação, está autorizada a parte autora a pleitear que seja assegurado o cumprimento dos direitos conferidos ao consumidor pela via da ação civil pública.

III. DA SENTENÇA EXTRA PETITA

É cediço que, em atenção ao princípio da adstrição, preconizado nos artigos 128 e 460 do CPC, há limitação imposta à prestação jurisdicional, devendo o julgador singular, ao proferir a sentença, ater-se aos estritos termos em que deduzidos a causa de pedir e o pedido.

De outro lado, também não se ignora que, viável a extirpação do excesso cometido, não havendo que se falar em desconstituição *in totum* da sentença. Nesse diapasão, os paradigmas desta Corte:



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. SENTENÇA EXTRA PETITA. REDUÇÃO AOS LIMITES DA INICIAL. POSSIBILIDADE. Reduz-se o comando sentencial na parte em que foi extra petita, observados os pedidos apresentados pela parte autora na petição inicial, tendo o Magistrado deferido pedido não formulado. MULTA. NECESSIDADE DE OPORTUNIZAR DEFESA PRÉVIA E CONTRADITÓRIO. Necessidade de se oportunizar a defesa antes da aplicação de multa ao motorista infrator, sob pena de ofensa ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Precedentes do TJRS e STJ. VERBA HONORÁRIA. REDUÇÃO. DESCABIMENTO Descabe a redução da verba honorária, uma vez que corretamente fixada, observados os parâmetros da Câmara. Supressão de parcela da sentença de ofício. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70012555181, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 22/08/2005)

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE CHEQUE ESPECIAL. CONTRATO DE CRÉDITO PESSOAL. PRELIMINAR. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MULTA. SENTENÇA EXTRA PETITA. DESCONSTITUIÇÃO PARCIAL Ante os limites objetivos da lide, a sentença deve ser proferida dentro parâmetros requeridos na petição inicial. Caso extrapole esse limite, deve-lhe ser extirpada a parte excedente, sem considerá-la viciada nos demais pontos. Inteligência dos arts. 128 e 460 do CPC. Precedentes jurisprudenciais. (...). DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70012360772, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 18/08/2005)

Ao concreto, no que tange à condenação ao ressarcimento dos valores desembolsados pelos consumidores e à disponibilização de informações ao clientes acerca do ressarcimento de valores (itens “b” e “d” do *decisum*), verifica-se que o magistrado singular distanciou-se da matéria



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

posta em liça, porquanto não há pedido expesso na exordial, razão pela qual impõe-se a exclusão do referido excesso da sentença hostilizada.

IV. DA OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

No que tange à avaliação da prova documental e testemunhal constante nos autos, impõe-se a observância do princípio da livre apreciação da prova pelo juiz, o qual encontra previsão legal no disposto pelo artigo 131 do CPC:

“Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Ademais, a sentença recorrida está devidamente fundamentada e encontra sustentação na prova carreada aos autos, não havendo que se falar em ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa.

V. DO ÔNUS DA PROVA

Com efeito, tenho que a inversão do ônus da prova, na forma do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, nas hipóteses de verossimilhança ou de hipossuficiência do consumidor, deve ser feita na fase pré-instrutória, sob pena de, ultimada na sentença, inviabilizar a parte adversa a oportunidade de se desincumbir do novo encargo, violando-se a ampla defesa.

In casu, embora tenha o juízo singular determinado a inversão do ônus probatório no momento de prolação da sentença, não restou configurado qualquer prejuízo ao demandado.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Isso porque, nas hipóteses dos artigos 12 e 14 do CDC, que tratam da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, respectivamente, a inversão do ônus da prova decorre da própria lei, portanto, é *ope legis*. Acerca do tema, oportuna a transcrição do ensinamento de Sergio Cavalieri Filho¹, *in verbis*:

*“Dispõe o § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar [...]” (grifamos). No mesmo sentido o § 3º do art. 14: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar [...]” (grifamos). Temos aí, indubitavelmente, uma inversão do ônus da prova quanto ao nexo causal, porquanto, em face da prova da primeira aparência, **caberá ao fornecedor provar que o defeito inexistente, ou a concorrência de qualquer outra causa de exclusão de responsabilidade.** Essa inversão do ônus da prova – cumpre ressaltar – não é igual àquela que está prevista no art. 6º, VIII. **Aqui a inversão é ope legis, isto é, por força de lei;** ao passo que ali a inversão é ope iudicis, que, a critério do juiz, poderá ser feita quando a alegação for verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. (grifei)*

Deste modo, a distribuição do encargo probatório, no caso, decorre de disposição legal expressa, motivo por que não prospera a tese invocada pela ré.

Nesse sentido, colaciono julgados deste Colegiado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE
INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.
RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CDC. INVERSÃO
DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. A

¹ In. **Programa de Responsabilidade Civil**. - São Paulo: Atlas, 2007, p. 476-477.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

responsabilidade civil das concessionárias de serviços público é objetiva [inteligência do art. 14 do CDC e 37, §6º, da CF]. Inversão do ônus da prova que se opera ope legis. Agravo de instrumento desprovido. Decisão unânime. (Agravo de Instrumento Nº 70035961572, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 16/12/2010)

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FATO DO PRODUTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA POR FORÇA DE LEI (OPE LEGIS). INDENIZAÇÃO. VALOR. Hipótese em que a filha da demandante, também autora na ação, restou com problemas de saúde após a ingestão de produto (queijo ralado) contaminado/estragado. Inversão do ônus da prova em matéria de fato do produto que se dá por força de lei (ope legis). Não tendo as demandadas comprovado que não colocaram o produto no mercado, ou que o mesmo não apresentava defeito, ou, ainda, que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (§ 3.º, do art 12 do CDC), o julgamento de procedência da ação indenizatória é medida que se impõe. Danos materiais que não restaram comprovados nos autos. Danos morais caracterizados pela lesão à bem jurídico integrante do complexo normativo de proteção da personalidade da pessoa humana. Dano moral à mãe da menor suportado por 'ricochete'. Indenização não deve ser em valor ínfimo, nem tão elevada que torne desinteressante a própria inexistência do fato. Atenção às particularidades das circunstâncias fáticas e aos precedentes da Câmara, na manutenção de equivalência de valores entre lides de semelhante natureza de fato e de direito. Apelação provida. Decisão unânime. (Apelação Cível Nº 70025020777, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 17/12/2009).

Trago ainda precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. NÃO-



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA N. 7/STJ.

INVERSÃO ÔNUS DA PROVA. DIREITO DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. Não há por que falar em violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.

2. O recurso especial não é via adequada ao exame de matéria constitucional, já que se destina à apreciação de controvérsias situadas no patamar do direito federal.

3. Se o juiz destinatário da prova concluiu pela desnecessidade de realização de audiência de conciliação, não há por que falar em cerceamento de defesa. Aplica-se ao caso a Súmula n. 7/STJ.

Precedentes.

4. Na hipótese em que o Tribunal de origem entende que o feito está substancialmente instruído e determina o julgamento da causa sem a produção de prova pericial, não há cerceamento de defesa.

Precedentes.

5. É possível, em ação civil pública, a inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público quando o feito versar sobre direito do consumidor.

6. Se o acórdão recorrido analisou de modo claro, objetivo e fundamentado, as questões havidas como necessárias ao desate da lide, não ocorre violação de dispositivo de lei por falta de fundamentação.

5. Afigura-se inviável a aferição de dissídio jurisprudencial por vícios delineados no art. 535 do CPC, por restringir-se a cada caso concreto e por vincular a convicção do julgador às especificidades da questão controvertida.

6. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas.

7. Recurso especial não-conhecido.

(REsp 736.308/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010)



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Oportuno transcrever parte do voto prolatado pelo Ministro João Otávio de Noronha:

“V - Arts. 333, I do CPC e 6º, VIII, do CDC

A inversão do ônus da prova nas causas consumeristas, previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é medida processual relevante, que assegura a proteção privilegiada dos interesses do consumidor e deve ser reconhecida tanto no plano de sua tutela individual como na coletiva, já que a própria legislação consumerista não faz distinção entre consumidor individual e coletividade - art. 81 do CDC.

Cristiano Chaves de Farias, em seu estudo sobre a inversão do ônus da prova em ações coletivas, destaca a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações coletivas propostas pelo Ministério Público:

“(...) Ora, a norma que permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor tem de ser interpretada tendo na tela da imaginação o fundamento constitucional de proteção do consumidor e a própria função social a que se dirige a norma (referida pelo art. 5º). Por isso, sobreleva alvitrar, na exegese legal (inclusive do alcance da inversão do ônus da prova), o bem-estar e o alcance social da norma, cuidando para que sejam realçadas as cores da solidariedade social e da redução das desigualdades sociais (art. 3º, CF).

Já se afirmou, inclusive, em sede jurisprudencial, a 'prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais', a partir da finalidade social a que se dirige a norma.

O raciocínio que exsurge é fatal: a proteção privilegiada do consumidor, decorrente do garantismo constitucional, somente pode se concretizar com a possibilidade de inversão do ônus da prova também nas ações coletivas de consumo, reconhecida a força normativa da Constituição e dela extraindo a mais ampla e construtiva interpretação.

Nessa linha de idéias, a utilização da técnica de inversão do ônus da prova, dentro de uma interpretação construtiva e valorativa da norma consumerista, realçando os matizes constitucionais, pode se dar no plano individual ou coletivo, como instrumento de proteção do consumidor,



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

compreendido como sujeito ativo da cidadania. Do contrário, estaria sendo violada a própria tutela constitucional do consumidor.

Equivale a dizer: a inversão do ônus da prova também pode ocorrer nas ações que visem à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (aforadas pelo Ministério Público ou pelo demais co-legitimados), quando evidenciados os requisitos exigidos por lei (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência cultural ou processual), máxime quando o inquérito civil ou procedimento investigatório prévio indicar elementos para a convicção do magistrado.

(A Inversão do Ônus da Prova nas Ações coletivas: O verso e o Reverso da Moeda. in Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005).

A inversão é aplicável à ação civil pública em razão do disposto no art. 21 da Lei n. 7.347, in verbis :

"Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

(...)"

(grifei)

Além disso, o apelante não logrou esclarecer qual a prova negativa que lhe coube, mostrando-se correto o *decisum* recorrido, no ponto.

VI. DO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO

A questão foi analisada com acuidade e justeza pelo nobre magistrado singular Dr. João Ricardo dos Santos Costa, na sentença prolatada às fls. 2670/2706. Assim que, visando a evitar a sempre enfadonha tautologia, peço vênica para transcrever os fundamentos por ele utilizados, adotando-os como razões de decidir, *in verbis*:

(...)



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Da análise do conjunto probatório trazido aos autos, verifica-se que os pedidos elaborados na peça vestibular merecem guarida pelo juízo, senão vejamos:

a) A aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova.

Nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, a inversão do ônus da prova é possível, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando a parte for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. In casu, tendo em vista os fatos e os fundamentos jurídicos dos pedidos, mostra-se pertinente a inversão do onus probandi, ainda mais diante da patente vulnerabilidade dos consumidores em tela e do fato de o demandante atuar como substituto processual.

b) O interesse coletivo.

(...)

Os interesses coletivos são metaindividuais, ou superindividuais, por serem comuns a uma coletividade de pessoas determinada de acordo com o vínculo jurídico definido que a distingue. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, são os seguintes os requisitos para o interesse ser considerado coletivo: a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (enti esponenziali); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada

(...)

O objeto do interesse difuso é um bem da vida de natureza difusa, de formação fluida no seio da comunidade, referindo-se a sua totalidade. Daí o caráter super ou metaindividual dos interesses difusos, portanto, seus titulares são indetermináveis, ainda que no caso concreto um de seus sujeitos ou determinada entidade possa exercitá-los, ou exigi-los judicialmente. Tal fato se dá em razão da legitimidade de agir, da faculdade processual ou instrumental para a proteção dos interesses, o que não altera a essência do interesse, que é difusa, por se referir a toda a coletividade indistintamente



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

No caso em exame, o MINISTÉRIO PÚBLICO ajuizou ação coletiva em desfavor de TELET S/A (CLARO). Sustenta que a empresa-ré, que consiste em operadora de telefonia móvel, locupletou-se ilicitamente através da promoção “Fale de Graça”, que resultou na comercialização de uma grande quantidade de aparelhos sem que o suporte tecnológico da empresa fosse suficiente para atender a demanda, prejudicando sobremaneira o serviço prestado ao consumidor. Esses dados possuem superlativa importância, pois determinam a abrangência da demanda.

c) O dever de informar e a vulnerabilidade do consumidor.

(...)

*Assim, sempre que se faz referência ao consumidor, a Constituição Federal determina a sua defesa, ou seja, reconhece necessidade de sua proteção especial, porque reconhece a sua **vulnerabilidade** dentro da relação de consumo.*

*No que concerne à **informação** sobre produtos e serviços explica José Geraldo Brito Filomeno:*

“Em verdade aqui se trata de um detalhamento do inciso III do art. 6º ora comentado, pois que se fala expressamente de especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, obrigação específica dos fornecedores de produtos e serviços. Trata-se, repita-se, do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles”.

Este direito básico decorre do princípio da transparência que deve nortear todas as relações de consumo, como a presente, e cujo conteúdo é bem explicitado pela professora Cláudia Lima Marques, dizendo que:

“A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”.

(...)

*Em se tratando de **contrato de adesão**, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais*



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

*favorável ao consumidor, a teor do que preceitua o art. 47, do CDC. É muito comum o consumidor tomar conhecimento de uma cláusula contratual que atua em seu desfavor apenas quando ocorre o fato que enseja a aplicação daquela cláusula. O princípio da **isonomia**, modernamente, tem sido entendido como tendo implicação consequencial de **igualdade substancial real**, e não apenas formal. Isso se traduz, na prática, com a consideração de que isonomia quer significar tratar desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades.*

d) A responsabilidade civil da empresa-ré.

*A **responsabilidade da operadora de serviços de telefonia**, como fornecedora de serviços, é **objetiva** nos termos do artigo 14 do CDC. Tal responsabilidade é afastada apenas quando comprovada a existência de uma das eximentes do § 3º, quais sejam, a inexistência do defeito, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

Compulsando-se os elementos de prova carreados aos autos, verificada a inversão do onus probandi e a ausência de comprovação, pela demandada, de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), entendo que a procedência dos pedidos deduzidos em juízo é de rigor.

(...)

A responsabilidade civil, por se tratar de relação de consumo, deve ser analisada sob o viés objetivo, ou seja, para a configuração do dever de indenizar, basta a presença do dano (a partir de uma conduta omissiva ou comissiva) e do nexo de causalidade, sem que haja a ocorrência, por exemplo, de alguma excludente.

Por isso, somente restaria afastado o dever de indenizar os danos causados ao consumidor, se a instituição financeira demonstrasse que os fatos se deram por culpa exclusiva do autor ou de terceiro, conforme dispõe o inciso II do parágrafo 3º do art. 14 do CDC – o que não é o caso dos autos.

A má prestação do serviço, qualificada pela propaganda enganosa distribuída pela ré, ficou evidenciada a partir dos depoimentos prestados por alguns consumidores, os quais passo a analisar.

Tiago Rodrigues Reinhardt, ouvido em juízo (fl. 2588), expôs o seguinte:



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

“(...)

Juiz: Lembra quais os problemas que o senhor tinha?

Testemunha: **Congestionamento, porque eles fizeram uma promoção de um tal fala de graça. Como eu viajava de caminhão, a trabalho, eu resolvi adentrar na promoção deles. Comprei o aparelho, com número, só que eu nunca consegui usar a tal promoção.**

Juiz: Tinha uma hora específica que o senhor não conseguia usar?

Testemunha: Às vezes durante a tarde, alguns horários, não sei o porquê. Mas à noite, que para mim seria mais barato receber ligações fora do estado, minha esposa, familiares, ou até mesmo eu ligar, porque meus pais também tinham celulares da Claro, eu nunca consegui. Inclusive sempre que eu precisava, várias vezes eu fiquei empenhado na estrada, pneu furado, problema de acidente, que eu teria que avisar meu patrão, porque 90% das cargas que eu carregava era perecível, tinha horário, e eu me atrasei devido a não ter comunicação com as pessoas que eu teria que comunica.

(...)

Ministério Público: **Algumas outras pessoas reclamaram do mesmo problema (...)?**

Testemunha: **Muita gente (...).**” (grifei)

Ricardo Gazola Hellmann, em depoimento prestado ao juízo (fl. 2621), referiu:

“(...)

J: O senhor, esse aparelho que o senhor adquiriu da Telet, o que houve, ele funcionou ou não? T: **Na verdade, eu comprei durante uma promoção que falava de graça das nove à meia-noite, por um determinado período, e esse aparelho ele não funcionava, eu não conseguia efetuar ligações.**

J: Nesse período ou sempre? T: Nesse período eu não conseguia de jeito nenhum; nos outros períodos, não me recordo muito bem, mas tinha dificuldades antes também das nove horas, algumas vezes.

J: Quanto tempo perdurou isso, o senhor lembra? T: **Eu me lembro principalmente do verão, acho que começou em dezembro, janeiro e fevereiro eu acredito que estava com problemas. Eu me lembro que estava na praia e tinha necessidade de usar o telefone e não conseguia.**

(...) MP: **Em qual praia ele esteve? T: Capão da Canoa.**

MP: Se ele tentou algum contato com a operadora na época? T: Me lembro que eles diziam só que estavam com problemas, mas não davam solução para isso, não falavam nada. Ficava em tempo de serviço de espera, espera e espera e eu desistia e não usava mais. (...)” (grifei)

Maria Teresa da Rocha Diniz, ouvida em audiência (fl. 2622/2625), disse o seguinte:

“(...)



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

T: *Eu não sou dessa promoção. Eu já era cliente, que no caso era Telet, que eu chamo de Claro. Eu já era cliente deles por cartão e até teve uma época que o meu aparelho foi roubado e depois eu habilitei outros. Eu nunca tive problema, botava o cartão nele e usava tranquilo a qualquer hora do dia e não tinha problema. Quando chegou no final do ano de 2003, natal, verão, de noite, simplesmente eu não conseguia mais falar no telefone. Não conseguia nem receber ligação e nem fazer. Passou isso vários dias, todas as noites eu não conseguia. O final do ano nem pensar. (...)*

MP: *Ela estava em que cidade quando deu esse problema? T: Estava aqui em Porto Alegre, mas eu tinha ido para Pelotas passar o final do ano. Tanto lá em Pelotas como aqui eu não conseguia, mesmo problema. (...)* (grifei)

Consoante bem destacou o Ministério Público em suas alegações finais, a própria empresa-ré, em matéria jornalística, reconheceu a falha na prestação do serviço (fl. 2006):

“De acordo com as explicações da assessora de Marketing da Claro, Rafaela Mambrini, o acúmulo de ligações que engarrafou o gravemente o sistema da empresa restringiu-se mais especificamente à semana entre as festas de final de ano. Isso teria ocorrido pois os novos aparelhos habilitados – dentro do plano Fale de Graça – passaram a fazer ligações em ritmo frenético, a fim de melhor aproveitar a gratuidade do serviço entre as 21h e 7h. Fluxo até então fora do normal. (...)”

Percebe-se, em primeiro lugar, que não apenas os clientes que aderiram à promoção Fale de Graça, mas também os antigos, foram afetados porque a estrutura da Claro não suportava a nova demanda. Aqui, pouco importa se houve dificuldade na instalação de novas antenas, pois tal circunstância, além de não ter sido provada nos autos, não constitui caso fortuito, motivo de força maior ou fato de terceiro, capazes de romper o nexo de causalidade.

O custo de cada ligação, por óbvio, foi inserido no preço do aparelho ou repassado aos consumidores de outro modo, pois não parece crível que a ré, tomada pelo espírito natalino, tenha resolvido fazer caridade. Ao disponibilizar a tentadora promoção, deveria a TELET, primeiro, certificar que sua estrutura suportaria a nova demanda, pois uma empresa deste quilate não lançaria em âmbito nacional uma promoção sem conhecer, de antemão, uma estimativa segura das novas habilitações. Tratar-se-ia de um erro primário, que também não seria suficiente para romper o nexo causal.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Em segundo, observo que os problemas operacionais não se limitaram à região de Pelotas, como quer fazer crer a ré. Ao contrário, o litoral norte e a região metropolitana também apresentaram o defeito, que, certamente, estendeu-se para todos os usuários, conforme se depreende da prova testemunhal colhida ao longo da instrução processual.

Em terceiro lugar, a ré faltou com o dever de informação no pré e no pós promoção, pois deixou de atender satisfatoriamente os clientes que buscavam orientações diante da impossibilidade de efetuar ou receber ligações telefônicas, serviço absolutamente indispensável nos dias de hoje, numa realidade onde as pessoas se acostumaram com a redução das distâncias proporcionada pelo telefone celular.

Em quarto, é sabido que a noite de natal e de final de ano constituem uma ocasião em que o número de ligações telefônicas aumenta substancialmente, já que as pessoas buscam felicitar familiares e amigos por ocasião das festividades. Se o problema tivesse se resumido à estas duas noites, difícil seria a procedência dos pedidos, pois a situação, mal comparando, equivaleria a uma estrada de livre tráfego, como a freeway por exemplo, que sofre com engarrafamentos e trânsito lento em feriados.

Não foi, pois, o que ocorreu, já que a instrução probatória revelou elementos suficientes para demonstrar que a má prestação do serviço, em flagrante descumprimento contratual, perdurou por semanas e meses, lesando consumidores e atentando contra a delegação do serviço público.

(...)

Assim, considerada a conduta da ré, tem-se a presença dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil e, por consequência, do dever de indenizar. O ato ilícito restou claramente comprovado. O nexo causal também está presente, pois o prejuízo sofrido pelos consumidores decorre da conduta culposa da requerida, inexistindo qualquer excludente.

Assim, presentes o ato ilícito e o nexo de causalidade, cumpre verificar a ocorrência do dano.

e) O dano patrimonial.

*O **dano patrimonial**, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens*



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Nem sempre, todavia, o dano patrimonial resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais. A violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas.¹⁸

Convém observar, também, que o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

Dano emergente, também chamado positivo, importa em efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima. O Código Civil, ao disciplinar a matéria, caracteriza-o em seu art. 402 como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu. O **lucro cessante**, por sua vez, representa um reflexo futuro do ato ilícito. Trata-se da perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.

No caso em exame, inexistem elementos probatórios que possam indicar o dano material experimentado pelo consumidor em relação aos lucros cessantes. Isso, todavia, não se estende ao dano emergente, que pode ser traduzido no valor desembolsado por cada usuário para adquirir o aparelho de telefone celular sob a promoção “Fale de Graça”.

Assim, entendo que a melhor forma de reparar a lesão ao direito de cada consumidor, causando o menor transtorno possível, analisando as circunstâncias do caso e observando o princípio da adstrição ao pedido, é impor à ré a condenação ao reembolso, em dobro, das despesas efetuadas por cada cliente na aquisição do aparelho.

Este, no entender deste julgador, constitui o meio mais eficaz no ressarcimento dos danos suportados pelos consumidores, que adquiriram novos aparelhos de telefone celular para usufruir da promoção “Fale de Graça”. Deverá a demandada individualizar todas as habilitações havidas no período da promoção, indicando o aparelho habilitado, o valor desembolsado na sua aquisição e o cadastro do cliente.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

De modo a facilitar o cumprimento da decisão, para aqueles consumidores que mantém contrato com a demandada, esta deverá descontar o valor a ser reembolsado da próxima fatura (modalidade pós-paga) ou distribuir créditos correspondentes ao valor (modalidade pré-paga). Aqueles que não rescindiram o vínculo contratual com a TELET, deverão ser reembolsados em dinheiro.

e) O dano moral coletivo.

*O reconhecimento do direito de indenização em decorrência de **danos morais coletivos** é questão nova e não há ainda uma orientação doutrinária e jurisprudencial consolidada acerca da matéria.*

(...)

No caso em espécie, posto que passível de individualização os prejuízos materiais, a prática ilícita da ré acarretou também uma ofensa difusa, na medida que afetou um bem abstrato (“ordem econômica”), que se dirige ao próprio indivíduo enquanto pertencente a uma sociedade consumerista.

De todo modo, o juízo de reparabilidade deve levar em consideração o conteúdo do objeto do direito coletivo como elemento indissociável da tutela dos interesses e direitos coletivos. O conteúdo dos direitos coletivos, segundo a doutrina especializada vem defendendo, também ostenta uma dimensão extrapatrimonial, tal como ocorre nos direitos individuais.

(...)

Assim, considerando as peculiaridades do caso concreto, a poderosa condição econômica da ré, a imediata frustração com o produto logo após sua aquisição e os transtornos daí advindos, bem como o caráter sancionador da medida, tenho por fixar o valor da indenização por dano moral coletivo em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Trata-se de quantia adequada para reparar o dano, e com suficiente carga punitivo-pedagógica, para evitar novas ocorrências da espécie. Os valores reverterão para o Fundo dos Bens Lesados pelos danos patrimoniais e morais coletivamente causados aos consumidores difusamente considerados

A correção monetária, pelo IGP-M, deverá incidir a partir da publicação desta sentença, ao passo que os juros moratórios de 1% (um por cento ao mês) incidirão desde o evento danoso, caracterizado pelo



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

lançamento da promoção “Fale de Graça”, consoante a súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça.

f) A obrigação de não-fazer.

Reconhecida a ilegal e abusiva prática da ré, constitui consequência lógica deste provimento jurisdicional impor a obrigação de não-fazer, consistente na impossibilidade de promover novas habilitações de aparelhos de telefonia móvel sem que possua condições estruturais para tanto, o que envolve desde a tecnologia até as antenas, sob pena de multa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para cada promoção, cujo valor também deverá reverter para o fundo suso referido.

g) Contratos findos.

Reconhecida a ilegalidade nas cobranças direcionadas aos consumidores, deverá a ré, consoante o acima exposto, restituir em dobro os valores indevidamente cobrados dos consumidores. Atento que a prática atingiu direitos protegidos pela carga de princípios dirigidos às relações de consumo, o limiar de complacência em relação às práticas abusivas, deve considerar, no meu sentir, a impossibilidade de consagrar a abusividade, mesmo nas situações consumadas, à pretexto de uma visão descontextualizada do ato jurídico perfeito ou de uma segurança jurídica divorciada do sistema de garantias. Todos os contratos, findos ou em andamento, constituem instrumentos hábeis para o reembolso dos valores, reconhecido neste provimento jurisdicional o direito de cada consumidor.

h) Abrangência desta decisão.

Deve ser definida questão, no que diz aos beneficiários da presente decisão judicial, em face da aparente limitação imposta pelo art. 16, da Lei 7.347/85, assim redigido:

Art. 16: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

(...)

No caso, o autor, por força do art. 82, do CDC, atua como substituto processual de todos os interessados na relação jurídica atacada. A supressão de qualquer



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

dos substituídos, através da limitação dos efeitos da decisão por critérios de quadrantes regionais, firmados no restrito âmbito da competência territorial do Juiz, fere o sistema legal adotado para solucionar os conflitos coletivos no Brasil. Pior, o torna não efetivo. É inarredável a incidência dos princípios constitucionais elencados, e imperiosa sua referência jurisdicional. Não podemos olvidar que o modelo republicano atribui à jurisdição constitucional, no dizer de Jürgen Habermas, o papel de guardião da democracia deliberativa.

Por estes fundamentos, a presente decisão deverá atingir todas as pessoas que, no país, celebraram contrato com os réus, na forma como postulado na inicial.

(...)

Necessário, ainda, tecer alguns comentários sobre a falha na prestação do serviço, os prejuízos causados aos consumidores, o dano moral coletivo e a extensão dos efeitos da sentença.

VI.1. DA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Sustenta a apelante a inexistência de registro relevante de problemas no atendimento dos clientes no que pertine à promoção “Fale de Graça”.

Contudo, a prova dos autos aponta em sentido diverso do alegado.

Restou demonstrado que a falha na prestação do serviço teve abrangência significativa, atingindo diversas regiões do Estado.

A declarante Maria Teresa da Rocha Diniz, residente em Porto alegre relatou o seguinte (fl. 20):

“(...) a partir do dia 31/12/2003, não consegue realizar ligações do seu aparelho celular após as 20h. Além de não conseguir realizar ligações, não consegue também entrar em contato com o serviço de



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

atendimento ao cliente a partir do seu aparelho. Por isso, utilizou outro celular, porém de conta, de uma amiga, e conseguiu falar com a operadora nesta data, com atendente Magda, momento em que foi informada que devido a uma promoção realizada próxima ao Natal, em que os usuários que adquirissem os produtos da referida fariam gratuitamente para os celulares da mesma operadora, durante a noite, o número de clientes aumentou muito e causou-lhes um problema técnico, sem data prevista para a resolução. Salaria que não é beneficiária da referida promoção, pagando por todas as suas ligações, indiferentemente do horário em que as realiza (...)

Nesse mesmo sentido as declarações de Ricardo Vedovatto, residente na cidade de Cachoeirinha/RS (fls. 26/27):

Ocorre que no mês de dezembro, a referida operadora lançou uma promoção na qual quem adquirisse o produto (telefone celular) estaria habilitado para, durante um ano, falar gratuitamente com qualquer telefone da mesma operadora no horário noturno. Porém (...) os telefones não funcionavam nesse horário, nem para fazer, nem para receber ligações. Não é possível nem entrar em contato com a operadora nesse horário, e quando as pessoas telefonam para nossos números vem a (...) mensagem de que nossos telefones estão desligados. (...).

Aliás, o congestionamento de linhas tanto adquiriu grandes proporções, que foi objeto de reportagem em jornal de grande circulação do Estado (fl. 24), na qual o próprio diretor regional da demandada, Márcio Ramos, afirmou que o serviço não apresentava “a mesma qualidade nesse horário (entre 21h e 7h)”.

Assim também declarou o consumidor Marcos Martins Madeira (fl. 44):



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

*“(...) Ocorre que a requerida, lançou no mês de dezembro, uma promoção para venda de celulares cuja propaganda dizia que no horário das 21:00 horas às 7:00 horas, as ligações seriam gratuitas. **Só que ninguém, nem os proprietários antigos, nem os novos, estão conseguindo usar seus telefones nesse intervalo de tempo, o que vem trazendo sérios prejuízos a todos, principalmente os que necessitam de seu celular para trabalho. (...)”***

A comarca de Canguçu também restou atingida pela falha na prestação do serviço. O consumidor Marcus Vinicius Muleer Pegoraro, residente na localidade referida, assim narrou os fatos:

*“(...) **comprou um celular na promoção fale de graça por 1 ano, ocorre que como a maioria dos usuários, não consegue fazer ligações no horário entre 21h e 7h e quando consegue a ligação dura apenas 5 minutos. O autor requer uma solução visto que foi enganado pela propaganda. (...)***

A testemunha Tiago Rodrigues Reinhardt (fl. 2588), expôs o seguinte:

“(...)”

Juiz: Lembra quais os problemas que o senhor tinha?

*Testemunha: **Congestionamento, porque eles fizeram uma promoção de um tal fala de graça. Como eu viajava de caminhão, a trabalho, eu resolvi adentrar na promoção deles. Comprei o aparelho, com número, só que eu nunca consegui usar a tal promoção.***

Juiz: Tinha uma hora específica que o senhor não conseguia usar?

Testemunha: Às vezes durante a tarde, alguns horários, não sei o porquê. Mas à noite, que para mim seria mais barato receber ligações fora do estado, minha esposa, familiares, ou até mesmo eu ligar, porque meus pais também tinham celulares da Claro, eu nunca consegui. Inclusive sempre que eu



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

precisava, várias vezes eu fiquei empenhado na estrada, pneu furado, problema de acidente, que eu teria que avisar meu patrão, porque 90% das cargas que eu carregava era perecível, tinha horário, e eu me atrasei devido a não ter comunicação com as pessoas que eu teria que comunica.

(...)

*Ministério Público: **Algumas outras pessoas reclamaram do mesmo problema (...)?***

*Testemunha: **Muita gente (...).**" (grifei)*

Ricardo Gazola Hellmann, em depoimento prestado ao juízo (fl. 2621/2622), também relatou problema semelhante:

"(...)

*J: O senhor, esse aparelho que o senhor adquiriu da Telet, o que houve, ele funcionou ou não? T: **Na verdade, eu comprei durante uma promoção que falava de graça das nove à meia-noite, por um determinado período, e esse aparelho ele não funcionava, eu não conseguia efetuar ligações.***

J: Nesse período ou sempre? T: Nesse período eu não conseguia de jeito nenhum; nos outros períodos, não me recordo muito bem, mas tinha dificuldades antes também das nove horas, algumas vezes.

J: Quanto tempo perdurou isso, o senhor lembra?

*T: **Eu me lembro principalmente do verão, acho que começou em dezembro, janeiro e fevereiro eu acredito que estava com problemas. Eu me lembro que estava na praia e tinha necessidade de usar o telefone e não conseguia.***

*(...) MP: **Em qual praia ele esteve? T: Capão da Canoa.***

MP: Se ele tentou algum contato com a operadora na época? T: Me lembro que eles diziam só que estavam com problemas, mas não davam solução para isso, não falavam nada. Ficava em tempo de serviço de espera, espera e espera e eu desistia e não usava mais. (...)" (grifei)



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Maria Teresa da Rocha Diniz, ouvida em audiência (fl. 2622/2625), disse o seguinte:

“(...)

T: Eu não sou dessa promoção. Eu já era cliente, que no caso era Telet, que eu chamo de Claro. Eu já era cliente deles por cartão e até teve uma época que o meu aparelho foi roubado e depois eu habilitei outros. Eu nunca tive problema, botava o cartão nele e usava tranquilo a qualquer hora do dia e não tinha problema. Quando chegou no final do ano de 2003, natal, verão, de noite, simplesmente eu não conseguia mais falar no telefone. Não conseguia nem receber ligação e nem fazer. Passou isso vários dias, todas as noites eu não conseguia. O final do ano nem pensar. (...)

MP: Ela estava em que cidade quando deu esse problema? T: Estava aqui em Porto Alegre, mas eu tinha ido para Pelotas passar o final do ano. Tanto lá em Pelotas como aqui eu não conseguia, mesmo problema. (...) (grifei)

Assim percebe-se que a falha na prestação de serviço restou amplamente configurada, havendo notícias de que o problema atingiu diversas localidades. Nessa linha, não merece prosperar a tese da demandada de que tais reclamações representavam número insuficiente à caracterização de falha na prestação de serviço, sendo imperiosa a manutenção da sentença, no ponto.

VI.2. DOS PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES

Melhor sorte não assiste à alegação de ausência de prejuízos ao consumidor esposada pela demandada em suas razões recursais.

Consoante a prova carreada aos autos, inegável os prejuízos impostos aos consumidores que restaram impossibilitados de realizar ligações telefônicas através dos serviços contratados com a demandada.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Ademais, conforme as declarações dos consumidores, a falha na prestação de serviço atingiu não apenas os consumidores que adquiriram os aparelhos telefônicos pelo plano “Fale de Graça”, mas também outros usuários da operadora demandada.

Assim, evidente que os prejuízos atingiram número expressivo de consumidores em diversas regiões, descabendo a alegação de insignificância dos danos causados.

VI.3. DOS DANOS MORAIS COLETIVOS

A apelada sustentou a impossibilidade de condenação por danos morais coletivos, colacionando precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, o reconhecimento do dano moral coletivo é matéria controvertida na doutrina e jurisprudência pátria.

Esta Décima Câmara Cível, por sua vez, já acolheu, à unanimidade, a pretensão indenizatória de dano moral coletivo, em precedente de relatoria do Eminentíssimo Colega, Desembargador Túlio de Oliveira Martins (Apelação Cível Nº 70035339431), os quais adoto como razões de decidir:

“(…)

A ação civil pública é o legítimo instrumento de defesa dos interesses coletivos dos consumidores. É por meio dela que se busca prevenir e reparar prejuízos de ordem material ou imaterial que venham a ser causados a esse grupo de indivíduos. A lei que a disciplina prevê em seu artigo 1º tal possibilidade:

*“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de **responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados**: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - à ordem urbanística; IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V - por infração*



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística”.

Mas não é somente na Lei 7.347/85 que as ações coletivas de consumo encontram respaldo legal. O próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) dispõe em seu artigo 6º, inciso VI, o direito do consumidor à reparação civil dos danos patrimoniais e morais coletivos.

E o CDC vai além. Especifica as modalidades de defesa dos interesses e direitos coletivos do consumidor : os difusos, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; os coletivos stricto sensu, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e os individuais homogêneos, decorrentes de origem comum (art. 81).

No caso dos autos, a ação proposta para retirada do mercado de produto danoso à saúde pública defende interesse ou direito da espécie difusa, uma vez que são indeterminados e indetermináveis os sujeitos – consumidores em potencial – vulneráveis aos danos.

Verifica-se também que a presente ação pretende a compensação do dano moral difuso puro, já que não há notícia de que tenham sido provocados danos materiais ou danos morais individuais aos consumidores. O patrimônio e a saúde de ninguém em particular foram lesados pela colocação no mercado dos produtos fabricados pelo réu.

Conceituado por CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO como “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”², o dano moral em sua forma pura prescinde da ocorrência de prejuízos individuais, pois atinge direito que pertence a todos e a cada um dos habitantes de um lugar.

Para sua configuração, no entanto, é necessária a presença concomitante de alguns pressupostos assim resumidos:

² Cf. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, rev. dos tribunais, 1994. v. 12, p. 55.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

*“a conduta antijurídica do autor; a ofensa grave e intolerável a valores ou interesses morais (extrapatrimoniais) de uma determinada coletividade; a percepção do dano, obtida a partir da persunção razoável da ocorrência da sensação de perda de estima, de indignação, de repulsa, de inferioridade, de desesperança, de aflição, de humilhação ou qualquer outro sentimento negativo advindo do ataque à dignidade humana; e o nexos causal entre conduta e lesão socialmente repudiada”.*³

Nota-se que ao falar em “percepção do dano” e em “sensação de perda”, o autor acima citado já nos dá a entender que o dano, nessas situações, é algo bastante abstrato, de difícil comprovação. Sendo assim, convencionou-se que a lesão ao patrimônio moral ideal de um grupo de pessoas decorre do próprio fato da violação de interesses coletivos morais que deveriam ter sido preservados, ou seja, se dá em re ipsa.

Assim tem-se entendido na doutrina, como em XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO:

*“No dano moral coletivo, da mesma forma que no dano moral de natureza individual, a responsabilidade do ofensor, em regra, independe da configuração da culpa, decorrendo, pois, do próprio fato da violação, ou seja: revela-se como *damnum in re ipsa*. É isso expressão do desenvolvimento da teoria da responsabilidade objetiva, em compasso com a evolução da vida de relações, verificada na sociedade atual. Não se cogita, pois, com vistas à demonstração do dano moral coletivo, da análise do traço subjetivo do lesante ou de prova do prejuízo moral, pois este se evidencia do próprio fato[...].*

³ FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos extrapatrimoniais coletivos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 71.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

*Ora, se o dano moral transindividual é perceptível em face da lesão causada, pois resulta em patente sofrimento, angústia, desconforto ou consideráveis prejuízos de ordem extrapatrimonial à coletividade, tem-se como certo que a sua demonstração dispensa prova direta, sendo suficiente a verificação, de per si, do fato concretizado. Assim, o sistema jurídico se contenta com a simples ocorrência da conduta danosa, diante da consciência que emerge de que certos fatos atingem e lesionam a esfera da moralidade coletiva”.*⁴

Só que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso que dê ensejo à responsabilidade civil. Nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Na dicção de DIONÍSIO RENZ BIRNFELD⁵, um limite de tolerabilidade é essencial para que haja equilíbrio entre as atividades intervencionistas do homem e o respeito às leis e valores coletivos humanos, de forma que somente quando ultrapassada essa linha de tolerabilidade é que surge o dano moral coletivo sujeito à reparação.

A respeito, os seguintes artigos sobre a matéria:

“Se a doutrina e a jurisprudência, ao se pronunciarem sobre o dano extrapatrimonial individualmente considerado, ressaltam que as ofensas de menor importância, o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade não são suscetíveis de serem indenizados, a mesma prudência deve ser observada em relação aos danos extrapatrimoniais da coletividade. Logo, a agressão deve

⁴ Cf. *Dano moral coletivo: Fundamentos e características*. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, 2002. N. 24, p. 96-97.

⁵ Cf. *Dano moral ou extrapatrimonial ambiental*. São Paulo: LTr, 2009, p. 98.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

*ser significativa; o fato que agride o patrimônio coletivo deve ser de tal intensidade e extensão que implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável”.*⁶

*“Toda vez que se vislumbrar o ferimento a interesse moral (extrapatrimonial) de uma coletividade, configurar-se-á dano possível de reparação, abrangendo não só o abalo, a repulsa, a indignação, mas também a diminuição da estima inflingida e apreendida em dimensão coletiva (por todos os membros), entre outros efeitos lesivos. Nesse passo, é imperioso que se apresente o dano como injusto e de real significância, usurpando a esfera jurídica de proteção à coletividade, em detrimento dos valores (interesses) fundamentais do seu acervo”.*⁷

Conforme TATIANA MAGALHÃES FLORENCE ⁸ cumpre ao julgador da questão, num exercício de razoabilidade e prudência, identificar a ocorrência ou não do dano moral coletivo analisando caso a caso cada situação específica de pleito reparatório. (...)”

Assim, tenho que os danos morais coletivos restaram evidenciados nos autos, havendo provas de que a falha na prestação de serviço de telefonia celular atingiu a coletividade de modo indiscriminado, estendendo-se a diversas regiões do Estado.

⁶ BIRNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou extrapatrimonial ambiental*. São Paulo: LTr, 2009, p. 120.

⁷ AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 36, n. 115, set. 2009, p. 277.

⁸ Cf. *Danos extrapatrimoniais coletivos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 75.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

VI.4. EXTENSÃO TERRITORIAL DOS EFEITOS DA SENTENÇA

O apelante sustenta que os efeitos da sentença coletiva recorrida devem se restringir ao âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, consoante o disposto no artigo 16 da Lei 7.357/85.

Sem razão o apelante.

De fato, o art. 16 da Lei 7.357/85 dispõe que a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Entretanto, imperiosa a interpretação sistemática do microsistema processual coletivo surgido com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

Como bem referem Fredie Dier Jr. e Hermes Zaneti Jr. em sua obra sobre processo coletivo,⁹ atualmente é possível analisar dispositivos sob a perspectiva da razoabilidade. Leis não de ser razoáveis, proporcionais para sua efetiva aplicação.

Nessa senda, acatar a tese do apelante redundaria em uma decisão irrazoável, e até mesmo absurda, porquanto estar-se-ia a permitir o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida o Poder Judiciário, mesmo que se tratem de demandas idênticas, com o risco de decisões diferentes e conflitantes.

⁹ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Volume 4. Salvador: Editora Jus Podium, 4ª Edição. 2009, p. 141-143.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Portanto, exige-se uma interpretação sistêmica das regras vigentes para o processo coletivo pelo prisma da razoabilidade. E numa tentativa de assim agir, concluo que restringir os efeitos da sentença ao âmbito do Estado do Rio Grande do Sul significaria restringir, sem razoabilidade alguma, a abrangência da tutela jurisdicional de interesses e direitos individuais homogêneos, bem como afrontar a regra contida no inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, o STJ já se manifestou no sentido de que a eficácia *erga omnes* da sentença coletiva circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário.

Confira-se:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *Caderneta de poupança. Relação de consumo. Código de Defesa do Consumidor. Legitimidade do IDEC. Cabimento da ação. Correção monetária. Janeiro/89. Eficácia erga omnes. Limite. - A relação que se estabelece entre o depositante das cadernetas de poupança e o banco é de consumo, e a ela se aplica o CDC.- Cabe ação civil pública para a defesa do direito individual homogêneo.- O IDEC tem legitimidade para promover a ação.- A eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário. - A correção monetária do saldo de poupança em janeiro/89 deve ser calculada pelo índice de 42,72%.- Recurso conhecido em parte e parcialmente provido.(REsp 253589 / SP, Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, 16/08/2001).*

Nessa linha também o entendimento dessa Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COLETIVA DE COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. MULTA PELA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AFASTAMENTO. [...]. EXTENSÃO TERRITORIAL DOS EFEITOS DA SENTENÇA. Restringir os efeitos



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

da sentença ao âmbito de Porto Alegre significaria restringir, sem razoabilidade alguma, a abrangência da tutela jurisdicional de interesses e direitos individuais homogêneos, bem como afrontar a regra contida no inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA EM 3 JORNAIS DE CIRCULAÇÃO ESTADUAL. MANUTENÇÃO. Determinação decorre do caráter público da presente ação coletiva e que objetiva a efetividade do julgado coletivo. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Readequação, forma do art. 20, § 4º, do CPC, ante o caráter inestimável da condenação. PREFACIAIS REJEITADAS. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70031775265, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 16/12/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO COLETIVA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CADERNETA DE POUPANÇA. PLANO COLLOR I. CERCEAMENTO DE DEFESA. (...)

ABRANGÊNCIA TERRITORIAL DOS EFEITOS DA SENTENÇA. A extensão dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva deve levar em conta a extensão do dano causado, conforme se conclui da leitura combinada dos artigos 103 e 93, ambos do CDC. In casu, incidentes os incisos III do artigo 103 e II do artigo 93, tendo em vista que a demanda trata de direitos individuais homogêneos e que o dano causado atingiu poupadores de todo o Estado do Rio Grande do Sul, não podendo ser limitado ao âmbito local da Comarca de Porto Alegre. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Não havendo previsão de isenção na hipótese de o réu ser sucumbente, é de ser aplicado o artigo 20 do CPC, nos termos do artigo 19 da Lei n.º 7.347/85. Inaplicabilidade do artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública. Redução da verba honorária. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70031022155, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 24/11/2009)

Portanto, sem razão o apelante neste ponto.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

VII. DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

No que tange ao valor, entretanto, merece acolhida o recurso.

É que de fato revela-se excessivo o montante arbitrado R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), justificando a redução.

Em que pese o caráter preventivo/punitivo da reparação, visando desestimular novas violações aos valores coletivos, há que se arbitrar o valor com equidade e bom senso, levando-se em consideração a extensão, a gravidade e a repercussão do dano, bem como o grau de culpa do ofensor.

Nessa linha os precedentes dessa Corte:

*APELAÇÃO. TRANSPORTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO PELA COMPANHIA AÉREA DE DOCUMENTO RELATANDO INFORMAÇÕES SOBRE VOO AOS USUÁRIOS DO SERVIÇO. DANOS MORAIS. 1. Impõe-se manter a sentença, compelindo a empresa aérea a fornecer informações sobre voos aos usuários do serviço (data, número, atraso e o motivo). Direito à informação assegurado na Constituição Federal, impondo em contrapartida o dever de informar. Recusa das companhias aéreas em fornecer os dados correspondentes, que são públicos, não se justificando sejam sonegados, mormente a quem diretamente interessado. Medida cuja execução não se revela complexa, pois as informações pretendidas são de conhecimento das companhias aéreas, algumas inclusive divulgadas nos painéis dos aeroportos. **2. Danos morais coletivos. Caracterizados na espécie. Conduta da companhia aérea ao sonegar as informações que transcende a questão individual, passando a atingir não apenas os contratantes efetivos do serviço de transporte, mas a sociedade em geral, pretensos usuários. Ademais, a recusa da apelante em firmar compromisso de ajustamento de conduta proposto pela Promotoria Especializada de Defesa do Consumidor denota falta de interesse em solucionar o impasse e desrespeito às normas***



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

jurídicas, em especial o direito do consumidor de ser informado correta e adequadamente sobre os produtos ou serviços prestados. 2.1. Verba reduzida, conforme parâmetros definidos em precedentes ações coletivas, considerando não apenas o caráter preventivo/punitivo da reparação, mas a extensão, a gravidade e a repercussão do dano, bem como o grau de culpa do ofensor. Apelo provido em parte. (Apelação Cível Nº 70032622383, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 24/03/2011)

(grifei)

Ação coletiva de consumo. Cobrança de tarifa de emissão de boleto bancário. Resoluções do Conselho Monetário Nacional que objetivamente vedam a cobrança. Legitimidade ativa da Defensoria Pública, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 11.448/07. Revelia do banco demandado e trânsito em julgado da sentença, na parte que declara a cobrança indevida. **Dano moral coletivo juridicamente possível, segundo precedente da Câmara e do Superior Tribunal de Justiça, caracterizado no caso concreto. Fixação em valor compatível com a eficácia nacional da sentença, a lesividade da conduta, a dimensão coletiva do prejuízo à economia popular e o porte econômico da instituição financeira infratora. Repetição do indébito em dobro, haja vista a presunção de dolo na violação de regras do Conselho Monetário Nacional. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70039487988, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 15/12/2010)**

(grifei)

Portanto, sopesadas as circunstâncias concretas e levando em conta as demandas precedentes, citadas acima, reduzo a verba arbitrada a título de danos morais coletivos para R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), mantendo-se critério de paridade com as outras ações coletivas propostas.



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

VIII. DA MULTA DIÁRIA APLICADA

O apelante sustenta que o magistrado *a quo* fixou multa diária para o caso de descumprimento da sentença sem indicação de qualquer dispositivo legal.

Contudo, não assiste razão ao apelante.

Conforme se verifica do *decisum*, o julgador singular expôs de forma clara e conclusiva as razões de seu convencimento, inexistindo, pois, qualquer afronta aos artigos 165 e 458, II do CPC e 93, IX da Constituição Federal.

Contudo, mostra-se exagerado o valor fixado a título de astreintes no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), não havendo óbice à sua redução, frente ao alcance, ao concreto, de valor demasiadamente elevado.

Aliás, com relação às características das atreintes, o eminente Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 70013736772, bem elucida a matéria:

“[...] a multa para a eventualidade de não atendimento da ordem judicial tem como objetivo impor, desde logo, penalidade ao infrator e, igualmente, compensação àquele a quem beneficiar a astreinte.

Assim, necessário que se observe que a pena não se pode traduzir em enriquecimento indevido, possibilitando ser mais interessante receber a compensação do que não vir a sofrer o injusto.

Neste norte, seu montante há de ser bastante a demover a parte da idéia de desobediência e equânime na retribuição do prejuízo.

[...]



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Sem entrar no exame da ocorrência do trânsito em julgado, desde já adiantando que a redução ou aumento da astreinte pode ocorrer mesmo havendo coisa julgada, pois ela tem função, como dito acima, de garantir o cumprimento da obrigação [...].

Essa multa processual não está afetada pelo trânsito em julgado. Se assim não fosse, não haveria a possibilidade de aumentá-la ou reduzi-la.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SERVIÇOS BANCÁRIOS DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO - TEMPO DE FILA - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR A RESPEITO - MATÉRIA PACIFICADA NO STJ E STF - TEMPO MÁXIMO PARA ATENDIMENTO EM CAIXAS COMUNS - CONTROLE - DISTRIBUIÇÃO DE SENHA COM O HORÁRIO DA ENTREGA E DEPOIS HORÁRIO DE ATENDIMENTO - REDUÇÃO DAS ASTREINTES QUE SE IMPÕE - PRETENSÃO DE ESTABELECEER TAL REGIME TAMBÉM AOS CAIXAS ELETRÔNICOS - EM PRINCÍPIO, DESCABIMENTO. POR MAIORIA, RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Agravado de Instrumento Nº 70037899408, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 01/12/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ASTREINTES. REDUÇÃO. Em que pese o caráter coercitivo-inibitório, a multa que alude o art. 461, do Código de Processo Civil, deve ser condizente com a realidade. Uma vez excessivo o montante da multa cominatória, nos termos do § 6º, do art. 461, do Código de Processo Civil, possível a sua redução, sob pena de configurar-se o enriquecimento sem causa. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento Nº 70041427238, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 13/04/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR. Impositiva a fixação da multa para hipótese de descumprimento da obrigação, pois não raras vezes o ente estatal descumpra decisão judicial, postergando ao máximo suas obrigações, muito embora tal decorra de comando judicial. Escorreita a aplicação de multa para a hipótese de descumprimento da decisão. Se efetivamente o Estado pretende cumprir com o comando judicial, como alega nas razões recursais, óbice não há para a manutenção da multa fixada, porquanto, se não há intenção do descumprimento, prejuízo não há a existir. Astreintes que tem natureza coercitiva e não punitiva. Redução do valor. Agravo de instrumento provido em parte. (Agravo de Instrumento Nº 70015799000, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 26/06/2006).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS Á EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. EXECUÇÃO DE ASTREINTE. DESCUMPRIMENTO DE LIMINAR. OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DE MULTA DIÁRIA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 460, PARÁGRAFO SEXTO, DO CPC. REDUÇÃO DE OFÍCIO DO VALOR DA MULTA. Restando comprovado que o executado descumpriu medida liminar deferida por esta Corte, é devido valor relativo à multa diária cominada na decisão exequenda. Por outro lado, verificado excesso na execução, os embargos de devedor devem ser julgados procedentes, em parte, a fim de reduzir o valor exigido pela embargada. Também deve ser aplicado o art. 460, parágrafo sexto, do CPC, a fim de reduzir de ofício o valor da astreinte, uma vez verificado o excesso no arbitramento do valor da multa. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70008284085, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 21/06/2006).



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

Analisando a hipótese vertente, deve ser reduzida a multa fixada na sentença para R\$100.000,00 (cem mil reais), para cada promoção veiculada pela demandada sem que possua capacidade operacional para atender à demanda, valor que se revela suficiente, não importando em enriquecimento indevido da parte beneficiária.

Por derradeiro, apenas consigno que o entendimento ora esposado não implica ofensa a quaisquer dispositivos, de ordem constitucional ou infraconstitucional, inclusive aqueles invocados pelas partes em suas manifestações no curso do processo.

Pelo exposto, o **VOTO** é no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO e DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO**, ao efeito de a) extirpar o excesso do *decisum*, referente à condenação ao ressarcimento dos valores desembolsados pelos consumidores e à disponibilização de informações ao clientes acerca do ressarcimento de valores (itens “b” e “d” da sentença); b) reduzir a verba arbitrada a título de danos morais coletivos para R\$500.000,00 (quinhentos mil reais); e c) reduzir a multa aplicada para R\$100.000,00 (cem mil reais) para cada promoção veiculada pela demandada sem que possua capacidade operacional para atender à demanda.

DES. IVAN BALSON ARAUJO (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



PRLF
Nº 70035473420
2010/CÍVEL

DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA - Presidente - Apelação
Cível nº 70035473420, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM
PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO
À APELAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: JOAO RICARDO DOS SANTOS COSTA