



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000144780

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011251-17.2017.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante/apelado DENIS ANDRÉ (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada/apelante TELEFÔNICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO DA TELEFONICA NÃO PROVIDO e RECURSO DO AUTOR PROVIDO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO E CARLOS RUSSO.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2018.

Maria Lúcia Pizzotti

RELATOR

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO Nº 1011251-17.2017.8.26.0482

Voto 21561 (yf)

APELANTES e APELADOS: TELEFONICA BRASIL S.A. e DENIS ANDRÉ

COMARCA: PRESIDENTE BERNARDES

JUIZ SENTENCIANTE: Dr(a). SERGIO ELORZA BARBOSA DE MORAES

(yf)

EMENTA

APELAÇÃO – SERVIÇO DE TELEFONIA – COBRANÇA ABUSIVA – INTERESSE DE AGIR – VENDA CASADA – COMBO DIGITAL – INEXIGIBILIDADE – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – DANOS MORAIS – DESVIO PRODUTIVO – MICRODANO – FUNÇÃO PROPEDEÚTICA DA INDENIZAÇÃO.

- Carência de ação rechaçada – interesse de agir persistente. Inexiste perda superveniente do objeto uma vez que a ré confessa a persistência da cobrança nas faturas de consumo – alteração da rubrica que não esvazia a necessidade e adequação da tutela jurisdicional (art. 4º, do NCPC);

- Manifestação da vontade – elemento de existência do contrato. Serviço não contratado que denota a inexigibilidade do débito e a ilegitimidade da cobrança perpetrada. Venda casada – prática abusiva consistente no condicionamento do serviço de telefonia ao “combo digital”, conduta ilícita na forma do art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor;

- Inexigibilidade do débito que permite a restituição em dobro nos exatos termos do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Acuidade da decisão, cujo capítulo sequer foi devolvido a esta Instância (art. 1.010, inciso II, do Código de Processo Civil) – preclusão;

- Acuidade da multa diária, fixada como meio de coerção da obrigação de fazer (art. 537, do Código de Processo Civil), irretocável a quantia fixada, proporcional à obrigação, à natureza da relação e previamente limitada;

- Dever de indenizar (artigos 186 e 927, do Código Civil) – incontroversa a conduta ilícita, o dano decorre do descaso e da negligência com o consumidor – prática abusiva consistente na inserção de cobrança indevida na fatura de todos os consumidores dos planos pós-pago. Responsabilidade civil que tem o condão de punir condutas ilícitas, especialmente quando reiteradamente adotadas por justificativas econômicas (“*lucro ilícito*” e microdanos). Tese do ‘*desvio produtivo do consumidor*’ – valor fixado em R\$10.000,00;

RECURSO DA TELEFONICA NÃO PROVIDO e RECURSO DO AUTOR PROVIDO.

Vistos.

APELAÇÃO Nº 1011251-17.2017.8.26.0482

Voto 21561 (yf)

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 140/152, cujo relatório adota-se, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o pedido inicial, declarando a nulidade do contrato *"serviços de terceiros TDATA"*, condenando a ré a restituir em dobro os valores debitados e abster-se de cobrá-los nas faturas vindouras, sob pena de multa diária. O MM. Magistrado, ainda, julgou IMPROCEDENTE o pedido de danos morais, condenando as partes, reciprocamente, ao pagamento das custas e honorários – fixados estes últimos em R\$937,00.

Parcialmente sucumbente, insurge-se o demandante (Denis Andre), buscando o acolhimento dos danos morais. Disse que a cobrança abusiva de quantia aos consumidores consiste em dano extrapatrimonial, devendo ser fixada a indenização com base na capacidade econômica, no lucro obtido com o ilícito e no caráter pedagógico.

Igualmente, insurge-se a demandada, Telefônica Brasil S.A. Reiterou a carência de ação pela alteração de plano pelo requerente. Disse que o plano apresenta com destaque a cobrança dos *"serviços de terceiros"*, consistente na oferta de *"Vivo Go Read"*, *"Kantoo"* e *"NBA"*, *"parte integrante e indisponível"* do plano. Pugnou, assim, pela reforma da decisão, afirmando a legalidade da cobrança e pleiteando a redução das astreintes.

Regularmente processados, vieram contrarrazões e os autos foram remetidos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Aprioristicamente, cumpre rechaçar a tese da perda superveniente do objeto. A recorrente confirma que persiste a cobrança, alterando apenas a rubrica dos serviços de terceiros incluídos na fatura de consumo. Consequentemente, persiste a necessidade e adequação da tutela jurisdicional, imperativa a cognoscibilidade do mérito na forma do artigo 4º, do Código de Processo Civil.

No mérito, a cobrança de *"serviços de terceiros"* é manifestamente ilegal na forma do artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Singela pesquisa na jurisprudência e na *"internet"* evidenciam que a requerida passou a exigir de todos os seus clientes pós-pagos a cobrança do chamado *"Combo Digital"* com a nomenclatura de *"serviços de terceiros – consistente na oferta dos serviços Vivo Go Read, Kantoo e NBA"* – parte *"componente e indisponível"* de todos os planos.

APELAÇÃO Nº 1011251-17.2017.8.26.0482

Voto 21561 (yf)

A ré, portanto, confessa a venda casada na medida em que agrega aos serviços de telefonia outros serviços de "terceiros" de forma indisponível – prática vedada no Código de Defesa do Consumidor. Segundo o artigo mencionado da Lei n. 8.078, de 1990, é abusiva a conduta de *"condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço"*. Neste propósito, inadmissível o argumento de que tais serviços foram previamente informados aos consumidores e/ou inseridos no "regulamento" do plano.

O argumento de que tais serviços estão inseridos no contrato, sem cobranças a mais, não prospera. Fosse meramente elucidativo, o serviço não estaria destacado da cobrança; pouco importa que o valor do plano outrora prometido ao cliente seja o mesmo. Seja para elidir aumento na fatura, alterar o regime de tributação, motivos contábeis ou quaisquer outras razões, fato que a ré cobra por serviços que o consumidor não aderiu – condicionando o plano pós-pago de forma indissociada ao *"combo digital"*.

E segundo Marco Bernardes de Mello, ato jurídico consiste no *"fato jurídico cujo suporte fático tenha como cerne uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível"* (*Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, 2011 – grifos não originais). Inequívoca a concepção de que a declaração de vontade é premissa de existência do negócio jurídico; neste esteio, inexistente amparo jurídico para a cobrança por serviços sequer pretendidos.

Conseqüentemente, não há dúvida da inexigibilidade da cobrança e da acuidade da decisão que determinou a repetição do indébito. Aqui, consigno que a restituição em dobro sequer foi impugnada nas razões recursais da Telefônica – desnecessário, pois, o debate sobre a extensão do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Preclusa, pois, a restituição em dobro, ausente impugnação da requerida (art. 1.010, inciso II, do NCPC).

No mesmo sentido, acurada a decisão da R. Primeira Instância que determinou o dever de abstenção para que a ré deixe de incluir o montante previsto a título de "Combo Digital" das faturas do demandante. As astreintes configuram uma medida coercitiva indireta, não se prestando ao enriquecimento ou indenização de qualquer das partes, mas apenas para coagir aquela que deve cumprir uma obrigação a fazê-lo. O objetivo da imposição da multa é, portanto, fazer com que a parte cumpra a sua obrigação, e não que pague o valor imposto como penalidade.

A conclusão evidente que se extrai, portanto, é a de que o valor da multa não

APELAÇÃO Nº 1011251-17.2017.8.26.0482

Voto 21561 (yf)

pode se tornar excessivo a ponto de a parte contrária desejar que a obrigação não seja cumprida, recolhendo aos seus cofres, assim, alta quantia a título de multa. Igualmente, o valor da multa deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória e deve impelir o devedor ao cumprimento de sua obrigação.

Assim, o montante fixado (R\$200,00) com limite de R\$6.000,00 se mostra aquém do usualmente fixado e abaixo do considerado compatível com as funções da verba, incapaz de causar o locupletamento da parte – bastando a satisfação da ordem judicial para evitar a incidência destes valores, razoáveis e proporcionais à coerção pretendida e ao objeto da lide (art. 537, do NCPC).

Quanto aos danos morais, a narrativa da petição inicial se insere na espécie de microdano – cuja extensão mínima no plano patrimonial não pode ser ignorada para fins de qualificação do dano extrapatrimonial.

A despeito da propalado temor com relação à *“indústria do dano moral”*, o resultado da grande maioria dos pedidos indenizatórios *“morais é antes frustrante que efetivamente enriquecedor”* (SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 2013, p. 194). Com efeito, estimula-se a produção do *“lucro ilícito”* (BENACCHIO, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil no Código Civil*, 2012, p. 651), inadmissível que o Poder Judiciário fique alheio à necessária modulação de condutas por meio da responsabilidade civil.

Quantos serão os consumidores que efetivamente buscam o Poder Judiciário para reverter a conduta ilícita da requerida? A ré confessa que todos os planos pós-pagos estão com a referida cobrança, já declarada ilícita. Evidente que o sistema ofertada favorece o ilícito lucrativo, razão pela qual a conduta da ré não se exaure no plano estritamente reparatório dos danos materiais. Fazê-lo significaria esvaziar a aptidão da responsabilidade civil de efetivamente reprimir o ilícito (natureza preventiva e punitiva).

Ademais, também aplicável a tese do *‘desvio produtivo do consumidor’*, pela qual a condenação deve considerar também o desvio de competências do indivíduo para a tentativa de solução de um problema causado pelo fornecedor, com sucessivas frustrações diante da ineficiência e descaso deste (sobre o tema, cfr. TJRJ, Ap. n. 2216384-69.2011.8.19.0021).

Yussef Said Cahali rememora que a jurisprudência se inclina para punir atos ilícitos, que se mostram *“hábeis para macular o prestígio moral da pessoa, sua imagem, sua*

APELAÇÃO Nº 1011251-17.2017.8.26.0482

Voto 21561 (yf)

*honradez e dignidade”, que excedem o âmbito patrimonial e comercial, constituindo condição para o exercício de outras atividades** (CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral* – 4ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 318). E a indenização econômica tornou-se o único meio para a reparação do dano moral. Ocorre por mera compensação ou neutralização e não exatamente por restauração dos bens lesados, o que, à evidência, seria impossível.

Deste modo, entendo por bem fixar a indenização em R\$10.000,00 (dez mil reais), corrigidos desta data (S. 362, do STJ), com juros de mora, 1% ao mês, da citação.

A fim de assegurar às partes o acesso às Instâncias Superiores e, principalmente, dispensar a interposição de embargos unicamente com este propósito, declaro prequestionados os dispositivos atinentes – inclusive aqueles não expressamente mencionados no corpo do acórdão, em razão da adoção do prequestionamento ficto pelo Novo Código de Processo Civil (artigo 1.025, do Novo Código de Processo) – cf. REsp. n. 94.852/SP.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso da Telefônica e DOU PROVIMENTO ao recurso do autor, integrando a sentença com a condenação da ré ao pagamento de R\$10.000,00 – a título de danos morais – corrigidos desta data, com juros da citação. Por força da sucumbência alterada, a ré arcará também com as custas e honorários que fixo em 20% do valor da condenação.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI
Relatora