

RECURSO ESPECIAL Nº 1.087.783 - RJ (2008/0192563-0)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)
ADVOGADA : ÂNGELA BURGOS MOREIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. DECISÃO FUNDADA EM FATOS LIGADOS À CAUSA DE PEDIR. INEXISTÊNCIA. CONEXÃO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ NA SUA DETERMINAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL PESSOAL COM PRAZO MÍNIMO DE VIGÊNCIA. PERDA DO APARELHO POR CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. ANATEL. LEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DO CONTRATO. CABIMENTO, PARA DETERMINAR A DISPONIBILIZAÇÃO DE OUTRO APARELHO PELA OPERADORA OU, ALTERNATIVAMENTE, A RESOLUÇÃO DO CONTRATO COM REDUÇÃO, PELA METADE, DA MULTA RESCISÓRIA.

- *Não há de se falar em julgamento extra petita quando o acórdão decide sobre matéria versada na causa de pedir e a condenação se atém aos limites objetivos da lide, tampouco quando o Juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados à causa de pedir. Precedentes.*

- *O escopo art. 103 do CPC, além da evidente economia processual, é, principalmente, evitar a prolação de decisões contraditórias ou conflitantes. Com vistas a dotar o instituto de efetividade, evitando a reunião desnecessária – ou até mesmo imprópria – de ações, o art. 105 do CPC confere certa margem de discricionariedade ao Juiz para que avalie a conveniência na adoção do procedimento de conexão.*

- *As hipóteses enumeradas no art. 46 do CPC são de litisconsórcio facultativo, cuja formação, de regra, cabe ao autor da ação. A iniciativa do próprio réu é excepcional, por intermédio do chamamento ao processo, cujas hipóteses de cabimento são apenas aquelas previstas no art. 77 do CPC.*

- *Considerando que a relação de direito material objeto da ação é, exclusivamente, aquela estabelecida por força de um vínculo contratual, entre a concessionária e o usuário do serviço de telefonia, não pode a ANATEL ser litisconsorte, nem facultativo e muito menos necessário. A*

Superior Tribunal de Justiça

ANATEL, concedente do serviço público, não faz parte desse contrato e nem, portanto, da relação jurídica dele decorrente.

- A ação civil pública é instrumento processual apto a propiciar a tutela coletiva do consumidor. Como todo instrumento, submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material. Somente assim será instrumento adequado e útil. Por isso, na exegese do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo a cumulação dos pedidos) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedentes.

- A perda de aparelho celular (vinculado a contrato de prestação de serviço de telefonia móvel pessoal com prazo mínimo de vigência), decorrente de caso fortuito ou força maior, ocasiona onerosidade excessiva para o consumidor, que, além de arcar com a perda do aparelho, pagará por um serviço que não poderá usufruir. Por outro lado, não há como negar que o prazo de carência fixado no contrato de prestação de serviços tem origem no fato de que a aquisição do aparelho é subsidiada pela operadora, de modo que a fidelização do cliente visa a garantir um mínimo de retorno do investimento feito. Tal circunstância exige a compatibilização dos direitos, obrigações e interesses das partes contratantes à nova realidade surgida após a ocorrência de evento inesperado e imprevisível, para o qual nenhuma delas contribuiu, dando ensejo à revisão do contrato, abrindo-se duas alternativas, a critério da operadora: (i) dar em comodato um aparelho ao cliente, durante o restante do período de carência, a fim de possibilitar a continuidade na prestação do serviço e, por conseguinte, a manutenção do contrato; ou (ii) aceitar a resolução do contrato, mediante redução, pela metade, do valor da multa devida, naquele momento, pela rescisão.

- Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório. Súmula 98/STJ.

Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Massami

Superior Tribunal de Justiça

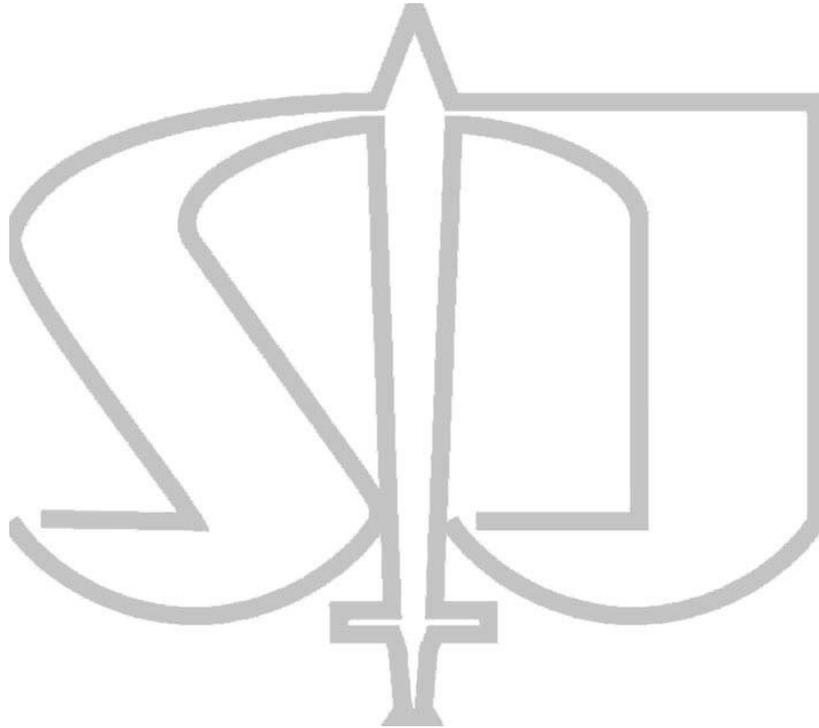
Uyeda e Sidnei Beneti.

Dr(a). CHRISTIANE RODRIGUES PANTOJA, pela parte
RECORRENTE: TIM CELULAR S/A.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora



RECURSO ESPECIAL Nº 1.087.783 - RJ (2008/0192563-0)

RECORRENTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)
ADVOGADA : ÂNGELA BURGOS MOREIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por TIM CELULAR S.A., com fundamento no art. 105, III, “a” e “c” da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/RJ.

Ação: civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em desfavor da recorrente, objetivando a condenação desta a: (i) se abster de cobrar qualquer multa, tarifa, taxa ou valor por resolução de contrato de telefonia móvel, decorrente de força maior ou caso fortuito, especialmente na hipótese de roubo ou furto do aparelho celular; (ii) reduzir o valor da cláusula penal constante de seu contrato de adesão para quantia equivalente a um mês de franquia do plano contratado pelo consumidor, cuja cobrança deve ser realizada *pro rata*; (iii) devolver em dobro os valores recebidos em decorrência da resolução do contrato de telefonia móvel, por força maior ou caso fortuito, bem como pela cobrança de multa excessiva; e (iv) indenizar os danos materiais e morais causados aos consumidores, individualmente considerados, relacionados com a resolução de contratos de telefonia móvel (fls. 02/21).

Sentença: julgou parcialmente procedente os pedidos constantes da petição inicial, para “condenar a ré a abster-se de cobrar multa rescisória, na hipótese de esvaziamento material do objeto do contrato, decorrente de caso fortuito ou força maior, especialmente no caso de desapossamento por furto ou roubo, desde que certificado por boletim de ocorrência, sob pena de multa diária de R\$20.000,00 corrigida monetariamente. Outrossim, condeno a devolver em dobro os valores pagos a este título, acrescido de atualização monetária e juros de 1% ao mês (...), assim como a reparar os danos morais dos consumidores que foram compelidos a pagar tal valor, arbitrados em 15% do montante a ser constituído pela ré” (fls. 998/1.007).

Superior Tribunal de Justiça

Acórdão: o TJ/RJ deu parcial provimento à apelação da recorrente (fls. 1.014/1.051), tão-somente para excluir a restituição em dobro, mantida na forma simples, e deu provimento à apelação do recorrido (fls. 1.116/1.126), nos termos do acórdão (fls. 1.189/1.195) assim ementado:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE AJUIZA AÇÃO ALEGANDO ABUSIVIDADE EM CLÁUSULAS CONTRATUAIS ESTIPULADAS PELA TIM CELULAR S.A. IMPOSIÇÃO DE CARÊNCIA DE 12 MESES. RESCISÃO SUBORDINADA A PAGAMENTO DE MULTA, MESMO EM CASO DE ROUBO OU FURTO DO APARELHO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. REQUERIMENTO DE ABSTENÇÃO NA COBRANÇA DA MULTA, REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL E DEVOLUÇÃO EM DOBRO DAS QUANTIAS INDEVIDAMENTE PAGAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM PARTE. EXCLUSÃO DA MULTA RESCISÓRIA EM CASO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. APELOS DE AMBAS AS PARTES. ARGUMENTAÇÃO OCIOSA POR PARTE DA EMPRESA DE TELEFONIA MÓVEL, TIM. ARGUMENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE MERECE PROSPERAR PARA CONSIDERAR ABUSIVA A MULTA COBRADA. FIXAÇÃO QUE DEVE CONSISTIR EM UM MÊS DE FRANQUIA DO PLANO CONTRATADO PELO CONSUMIDOR, PRO RATA, NÃO PODENDO O VALOR ULTRAPASSAR O MENOR PAGAMENTO MÍNIMO MENSAL FIXADO PARA OS PLANOS DE SERVIÇO PÓS-PAGO DA TIM CELULAR S.A. NOS DEMAIS TERMOS, A SENTENÇA MERECE SER MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO APELO DA TIM CELULAR S.A. TÃO SOMENTE PARA EXCLUIR A RESTITUIÇÃO EM DOBRO, MANTIDA NA FORMA SIMPLES, MANTIDAS AS DEMAIS CONDENAÇÕES, INCLUSIVE NO DANO MORAL. PROVIMENTO DO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA QUE A FIXAÇÃO DA MULTA SIGA A FORMA SUGERIDA NA INICIAL, CONFORME ACIMA ANALISADO”.

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente (fls. 1.197/1.202), foram rejeitados pelo TJ/RJ (fls. 1.205/1.209), sob a alegação de serem meramente procrastinatórios, fazendo incidir a multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, arbitrada em 1% sobre o valor da causa.

Embargos infringentes: interpostos pela recorrente (fls. 1.229/1.237), não foram conhecidos pelo TJ/RJ (fls. 1.361/1.363).

Recurso especial: aponta ofensa aos arts. 46, IV, 47, 103, 264, 535, I e II e 538, parágrafo único, do CPC; 3º da Lei 7.437/85; 188 e 473 do CC/02; 14, II, do CDC; e 8º da Lei 9.472/97; bem como divergência da jurisprudência de outros Tribunais (fls.

Superior Tribunal de Justiça

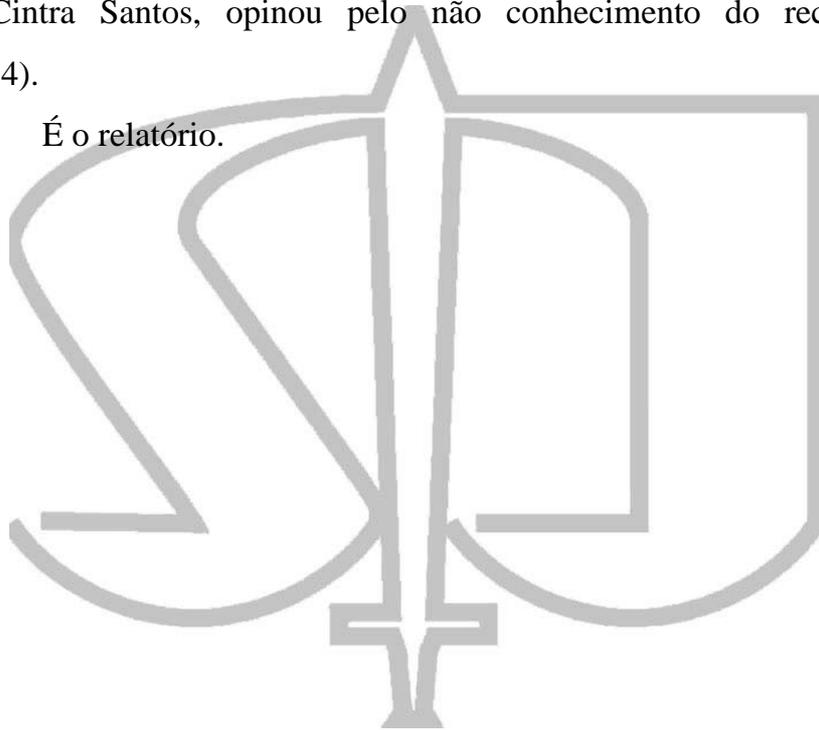
1.289/1.306).

Recurso extraordinário: interposto pela recorrente às fls. 1.311/1.326.

Prévio juízo de admissibilidade: a Vice-Presidência do TJ/RJ não admitiu nenhum dos recursos (fls. 1.397/1.405), dando azo à interposição do Ag 1.018.116/RJ, ao qual dei provimento, para determinar a subida dos autos a esta superior instância (fls. 1.438).

Parecer do MPF: a i. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 1.444/1.454).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.087.783 - RJ (2008/0192563-0)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **TIM CELULAR S/A**
ADVOGADO : **CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)**
ADVOGADA : **ÂNGELA BURGOS MOREIRA**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a determinar o cabimento da cobrança de multa, ou encargo equivalente, em virtude da resolução de contrato de telefonia móvel, decorrente de caso fortuito ou força maior.

(i) Do prequestionamento

Inicialmente, constato não terem sido prequestionados os arts. 473 do CPC e 188 do CC/02, nem mesmo por intermédio dos embargos de declaração interpostos pela recorrente, inviabilizando a análise do recurso especial à luz de tais dispositivos legais. Incide à espécie a Súmula 211/STJ.

(ii) Da negativa de prestação jurisdicional (violação ao art. 535, II, do CPC)

Da análise do acórdão recorrido, verifico que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes. O TJ/RJ se pronunciou de maneira a abordar a discussão de todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites impostos por lei, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados logo adiante.

O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica obscuridade, contradição ou omissão, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele

entender relevante à lide. Não está o Tribunal obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC.

Por outro lado, já é pacífico o entendimento no STJ de que os embargos declaratórios, mesmo quando manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição.

Dessa forma, correta a rejeição dos embargos de declaração, dada a inexistência de vício a ser sanado, inexistindo ofensa ao art. 535 do CPC.

(iii) Da causa de pedir (violação ao art. 264 do CPC)

Aduz a recorrente que *“a sentença, bem como o acórdão, fugiram à causa de pedir exposta na inicial de fls. 02/21, vinculando o contrato de aquisição de aparelho celular ao contrato de prestação de serviços, como se este fosse acessório daquele”* (fls. 1.297).

Inicialmente, constato que a alegação deste item do recurso especial é, a rigor, de existência de sentença *extra petita*, circunstância que, se confirmada, caracteriza ofensa ao art. 460 do CPC. Ocorre que o recurso vem fundado unicamente na violação ao art. 264 do CPC, fazendo incidir à espécie a Súmula 284/STF.

Ainda que, para argumentar, fosse possível superar tal óbice, ao contrário do que procura fazer crer a recorrente, a causa de pedir não se limitou à alegação de ilegalidade no prazo de carência do contrato. O Ministério Público argumenta expressamente que *“o consumidor desaposado de seu telefone celular em decorrência de caso fortuito ou força maior deve ficar totalmente desvinculado e livre para adquirir ou não novo telefone”* (fls. 09).

Com efeito, das assertivas constantes da petição inicial exsurge claramente o questionamento quanto à legalidade de determinadas cláusulas do contrato de prestação de serviços da recorrente, cujos termos, mesmo na hipótese de perda do aparelho celular em virtude de caso fortuito ou força maior, induziriam o consumidor a adquirir um novo

equipamento, subtraindo-lhe a opção de cancelar o serviço.

Este STJ já decidiu não haver julgamento *extra petita* quando “o acórdão decide sobre matéria versada na causa de pedir e a condenação se atém aos limites objetivos da lide” (AgRg no Ag 610.927/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 27.06.2005), tampouco quando “o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados ao fato-base” (REsp 551.959/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 06.06.2005).

Portanto, não há nenhuma incongruência entre a causa de pedir e a prestação jurisdicional do TJ/RJ.

(iv) Do interesse da ANATEL na lide (violação ao art. 47 do CPC)

A recorrente sustenta haver litisconsórcio passivo necessário da ANATEL, implicando na incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar a presente ação. Afirma que “os pedidos formulados na inicial não poderão ser alcançados sem atingir os efeitos de normas definidas da ANATEL (...) e também o contrato de autorização firmado entre a Recorrente e a Agência Reguladora para exploração do Serviço Móvel Pessoal” (fls. 1.299).

O litisconsórcio necessário consiste na cumulação de sujeitos da relação processual sempre que, por disposição legal ou pela natureza da relação jurídica, a ação deva ser decidida da mesma maneira, no plano material, para todos os litisconsortes.

No particular, o resultado da ação não terá nenhum reflexo na esfera jurídica da ANATEL capaz de justificar a sua inclusão no polo passivo, pois o presente processo analisa apenas os contratos de prestação de serviço celebrados entre a recorrente e seus clientes.

A questão, inclusive, já foi enfrentada por esta Corte, estando assente que “a relação de direito material objeto da demanda é, exclusivamente, a que se estabeleceu, por força de um vínculo contratual, entre a concessionária e o usuário do serviço de telefonia. A ANATEL, concedente do serviço público, não faz parte desse

Superior Tribunal de Justiça

contrato e nem, portanto, da relação jurídica dele decorrente. Assim, porque não ostenta sequer a condição para se legitimar como parte, não pode a ANATEL ser litisconsorte, nem facultativo e muito menos necessário” (REsp 1.015.680/PB, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Dje de 05.05.2008. No mesmo sentido: AgRg no Ag 825.547/SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02.08.2007; AgRg no Ag 625.244/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 21.03.2005; e REsp 431.306/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 30.09.2002).

Nem se diga que o fato do polo ativo estar sendo ocupado pelo Ministério Público tornaria inaplicável o entendimento supra, visto que, na espécie, o *parquet* atua como substituto processual dos consumidores, dada a existência de um direito individual homogêneo.

Acrescente-se, por oportuno, que o Regulamento de Serviço Móvel Pessoal (aprovado pela Resolução 316/02, em cumprimento à Lei 9.472/97) não obriga nem proíbe as prestadoras de serviço de telefonia móvel a imponham um prazo de carência para rescisão do contrato. O art. 19 da Resolução, que fixa as cláusulas obrigatórias do contrato, não contempla tal exigência, de sorte que o acórdão recorrido sequer interfere na relação entre a recorrente e a ANATEL. O art. 21 do Regulamento, suscitado pela recorrente, evidencia apenas a faculdade – não o dever – de se estabelecer um prazo de carência para rescisão do contrato.

Aliás, a própria recorrente admite existir “*como alternativa para o usuário celebrar contrato onde não há aquela previsão de pagamento no caso de rescisão antecipada*” (fls. 1.034).

Não vislumbro, portanto, qualquer ofensa ao art. 47 do CPC.

(v) Da incompetência do juízo (violação aos arts. 46, IV e 103 do CPC)

Alega a recorrente, ainda, a existência de conexão e de “*afinidade de questões de fato e de direito*” (fls. 1.230) entre o presente processo e a ação ajuizada pelo Ministério Público frente à empresa TNL PCS S.A., na medida em que ambas questionariam a cobrança de valores pela resolução do contrato. Aduz que o Juízo da 5ª

Superior Tribunal de Justiça

Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro estaria prevento, por ter despachado em primeiro lugar.

De acordo com o art. 103 do CPC, reputam-se conexas ações que tiverem identidade de objeto ou de causa de pedir. O escopo da norma, além da evidente economia processual, é, principalmente, evitar a prolação de decisões contraditórias ou conflitantes.

Com vistas a dotar o instituto de efetividade, evitando a reunião desnecessária – ou até mesmo imprópria – de ações, o art. 105 do CPC confere certa margem de discricionariedade ao Juiz para que avalie a conveniência na adoção de tal procedimento. Outro não é o entendimento desta Corte, expresso em diversos precedentes, dos quais destaco: AgRg no Ag 458.678/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 07.06.2004; REsp 112.647/RJ; REsp 193.766/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 22.03.1999; e 2ª Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 22.03.1999.

No particular, como bem frisado pelo TJ/RJ, as decisões a serem proferidas “*dizem respeito a relações jurídicas distintas*” (fls. 1.193). De fato, as ações em questão têm por objeto contratos distintos, cada qual com suas peculiaridades, de sorte que, mesmo que se reconhecesse alguma identidade entre as causas de pedir, não é imperativa, a reunião dos processos para decisão unificada.

Pelo mesmo motivo, não há de se falar em afinidade de questões por um ponto comum de fato, nos termos do art. 46, IV, do CPC, pois os direitos e deveres em debate derivam de contratos com cláusulas e partes absolutamente distintas, tornando inaplicável o litisconsórcio ventilado pela recorrente.

Não bastasse isso, verifica-se que as hipóteses enumeradas no art. 46 do CPC são de litisconsórcio facultativo, cuja formação, de regra, cabe ao autor da ação. A iniciativa do próprio réu é excepcional, por intermédio do chamamento ao processo, cujas hipóteses de cabimento, previstas no art. 77 do CPC, não se amoldam à situação dos autos.

(vi) Da cumulação de pedidos (violação ao art. 3º da Lei 7.437/85)

Superior Tribunal de Justiça

A recorrente afirma que *“na exordial, o Ministério Público pleiteia, cumulativamente, condenação da TIM em obrigação de não fazer (impedir a cobrança) e ao pagamento de quantia em dinheiro em favor dos usuários (indenização)”* (fls. 1.300/1.301), sendo que tal cumulação seria inadmissível, nos termos do art. 3º da Lei 7.437/85.

O STJ, no julgamento dos REsp 605.323/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.10.2005, deu nova interpretação ao art. 3º da Lei 7.437/85, concluindo pela viabilidade da cumulação de pedidos no âmbito da ação civil pública.

Naquela oportunidade, consignou-se que *“a ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III). Como todo instrumento, submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material. Somente assim será instrumento adequado e útil. É por isso que, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/85 (...), a conjunção 'ou' deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins)”*.

No mesmo sentido, ainda, o REsp 547.780/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20.02.2006, no qual se admitiu a referida cumulação, *“desde que observadas as regras para a cumulação previstas no art. 292 do CPC”*, com a ressalva de que *“o art. 21 da Lei nº 7.347/85 remete-se à regra do art. 83 do CDC que autoriza a obtenção de provimento jurisdicional de qualquer natureza: condenatório, mandamental, declaratório ou constitutivo”*.

Realmente, exigir, para cada espécie de prestação, uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum, cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de

natureza diversa. A proibição de cumular pedidos dessa natureza não existe no procedimento comum, de modo que não teria sentido sua imposição à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos coletivos.

Embora o precedente verse sobre tutela coletiva do meio ambiente, inexistente razão para não se aplicar tal interpretação também às hipóteses em que a ação civil pública objetiva a proteção do consumidor, conforme, aliás, já se decidiu no julgamento do REsp 684.712/DF, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 23.11.2006.

Não se verifica, pois, qualquer ofensa ao art. 3º da Lei 7.347/85.

(vii) Da multa pela resolução do contrato (violação aos arts. 14, II, do CDC, 8º da Lei 9.472/97)

De acordo com o TJ/RJ, *“em sendo um aparelho de celular roubado ou furtado, é certo que os serviços só serão restabelecidos caso haja compra de um novo aparelho que deverá ser desbloqueado pela ré”* (fls. 1.193). Diante disso, conclui que, nessa situação, o equilíbrio contratual somente será alcançado se *“o contrato de prestação de serviços for imediatamente extinto, em razão da impossibilidade material de execução do contrato, independentemente da existência de culpa”* (fls. 1.194).

A recorrente, por sua vez, aduz ter havido o condicionamento indevido da eficácia do contrato de prestação de serviço de telefonia móvel ao contrato de aquisição do aparelho celular, bem como que, em se tratando de culpa exclusiva de terceiro, não há como responsabilizar o fornecedor do serviço pelos prejuízos suportados pelo consumidor.

Inicialmente, saliento que, em caso de perda do celular, o novo aparelho não precisa, necessariamente, ser adquirido frente à recorrente.

Há tempos não subsiste a vinculação obrigatória dos aparelhos aos serviços de determinada operadora. Atualmente, é possível adquirir celulares desbloqueados, compatíveis com os serviços de qualquer prestadora. Existem, naturalmente, diferenças de preço – os aparelhos bloqueados são mais baratos – mas se trata de condição que fica

Superior Tribunal de Justiça

ao talante do consumidor e que se mostra absolutamente aceitável como prática comercial (a operadora admite reduzir suas margens de lucro, tendo, como contrapartida, maior garantia de fidelidade do cliente), tanto que chancelada pelos arts. 40 e 81 do Regulamento de Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução 477/07 da ANATEL.

Ademais, ao contrário do que consta do acórdão recorrido, o roubo ou o furto do aparelho celular, por si só, não inviabiliza a prestação do serviço de telefonia, cuja sequência é possível caso o consumidor tenha ou adquira outro aparelho. A rigor, aliás, a despeito da perda do aparelho, a recorrente não deixa de disponibilizar o serviço, de sorte que, da sua parte, não há nenhum empecilho à continuidade do contrato.

Esses desvios de perspectiva, contudo, não invalidam a conclusão alcançada pelo TJ/RJ, de que a perda do aparelho celular, por caso fortuito ou força maior, ocasiona um desequilíbrio da relação contratual.

Realmente, não há como negar que, dada a realidade social em que vivemos, muitos consumidores não tem condição financeira de adquirir um novo aparelho, o que, se não inviabiliza o serviço, torna-o de todo inútil, ao menos do ponto de vista de quem o utiliza.

Há de se considerar, por outro lado, que o prazo de carência fixado no contrato de prestação de serviços tem origem no fato de que a aquisição do aparelho celular é subsidiada pela recorrente, de modo que a fidelização do cliente visa a garantir à operadora um mínimo de retorno do investimento feito. Para aqueles que queiram ou possam pagar pelo primeiro aparelho (aquele que venha a ser roubado ou furtado), existe a possibilidade de contratar o serviço de telefonia móvel sem nenhuma carência, inclusive os chamados celulares “pré-pagos”, livres de fatura mensal.

A controvérsia exige, pois, que se compatibilize os direitos, obrigações e interesses das partes contratantes à nova realidade surgida após a ocorrência de evento inesperado e imprevisível, para o qual nenhuma delas contribuiu. De um lado a recorrente, que subsidiou a compra do aparelho pelo consumidor, na expectativa de que este tomasse seus serviços por um período mínimo. De outro, o cliente, que, ante a perda do celular por caso fortuito ou de força maior, e na impossibilidade ou desinteresse em adquirir um novo aparelho, se vê compelido a pagar por um serviço que não vai utilizar.

Superior Tribunal de Justiça

Frente a esse panorama, a recorrente alega que, caso “*fosse obrigada a custear o roubo ou furto do aparelho celular – o que ocorreria se nada pudesse receber do usuário – estaria obviamente indenizando-o por ato de terceiro (furto ou roubo), em completa violação ao preceito supra [art. 14, II, CDC]*” (fls. 1.302). Todavia, argumento análogo pode ser suscitado em favor do consumidor, pois o art. 408 do CC/02 prevê que somente incorrerá na cláusula penal (na espécie, a multa pela rescisão do contrato dentro do prazo de carência) a parte que, culposamente, deixar de cumprir sua obrigação.

A resolução da controvérsia exige, portanto, a equalização desses direitos, obrigações e interesses. A condução desse processo deve pautar-se na premissa de que o contrato é uma operação jurídico-econômica que visa a assegurar a ambas as partes o sucesso de suas legítimas pretensões. Não se coloca, jamais, como mecanismo estratégico de que se possa valer uma das partes para oprimir ou tirar proveito excessivo da outra.

Além disso, deve se levar em consideração que há um limite para se exigir o sacrifício das partes. Impõe-se uma regra moral segundo a qual é defeso aos contratantes se aproveitar de circunstâncias imprevisíveis subseqüentes à conclusão do contrato para onerar a outra parte além do limite em que ela teria consentido em se obrigar.

Dessa forma, ainda que a perda do celular por caso fortuito ou força maior não possa ser vista como causa de imediata resolução do contrato por perda de objeto, é inegável que a situação ocasiona onerosidade excessiva para o consumidor, que, além de arcar com a perda do aparelho, continuará pagando por um serviço que não poderá usufruir.

Tal circunstância dá ensejo à revisão do contrato, de acordo com o art. 479 do CC/02, hipótese que encontra fundamento nas cláusulas gerais da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da base objetiva do negócio, previstas nos arts. 421 e 422 do CC/02.

Com efeito, por se tratar de relação de consumo, deve se buscar a solução mais adequada à sistemática do CDC, que, na hipótese de onerosidade excessiva, adotou em seu art. 6º, V, o princípio da conservação do negócio jurídico, segundo o qual se deve, na medida do possível, manter o contrato, dando-se primazia à revisão e

Superior Tribunal de Justiça

modificação de suas cláusulas, e não à sua resolução, como decidiu o TJ/RJ.

Na espécie, a manutenção do contrato somente será possível caso viabilizada a continuidade da prestação dos serviços. Para tanto, é indispensável que o cliente disponha de um celular.

Diante disso, considerando ser o consumidor parte hipossuficiente na relação comercial estabelecida frente à recorrente e que, a rigor, o negócio desta está centrado na prestação de serviços de telefonia (e não na venda de celulares), bem como, ainda, tendo em vista as facilidades de que dispõe para a obtenção de aparelhos, inerentes à sua própria atividade, é razoável condicionar a manutenção do contrato à disponibilização, pela recorrente, de um celular, que não precisa ser idêntico ao perdido, desde que permita ao cliente usufruir de todos os serviços previstos no plano por ele contratado. O aparelho será entregue ao cliente em comodato, pelo período de carência remanescente, findo o qual deverá ser restituído.

Todavia, não vejo como simplesmente impor tal condição à recorrente. Cabe a ela avaliar se os custos envolvidos na operacionalização dessa solução se mostram aceitáveis, de modo a assegurar a restauração do equilíbrio contratual.

Assim é que, não se mostrando a recorrente disposta à revisão do contrato na forma acima fixada, a única alternativa restante será admitir a resolução do contrato, conforme faculta o art. 478 do CC/02.

Nesse aspecto, porém, ressalvo que, da forma como proposta pelo TJ/RJ, a resolução do contrato não elimina a onerosidade excessiva, apenas a inverte, fazendo com que passe a recair sobre a recorrente, a qual, não obstante tenha subsidiado a compra do celular pelo cliente, não poderá dar continuidade à prestação do serviço, tampouco receberá qualquer valor pela rescisão do contrato.

Dessa forma, partindo da premissa de que a perda do aparelho derive de caso fortuito ou força maior, portanto sem que se possa responsabilizar qualquer das partes pelo evento, a resolução do contrato deverá resultar na distribuição dos prejuízos, ou seja, o consumidor pagará apenas metade do valor devido a título de multa pela rescisão do contrato, mantida a regra de proporcionalidade ao tempo de carência já transcorrido. A solução encontra amparo no art. 413 do CC/02, que autoriza a redução

equitativa da multa se “o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

Em suma, havendo a perda do celular por caso fortuito ou de força maior, a recorrente terá duas alternativas: (i) dar em comodato um aparelho ao cliente, durante o restante do período de carência, a fim de possibilitar a continuidade na prestação do serviço e, por conseguinte, a manutenção do contrato; ou (ii) aceitar a resolução do contrato, mediante redução, pela metade, do valor da multa devida, naquele momento, pela rescisão.

Ressalto por fim que, na hipótese da recorrente optar por fornecer um celular ao cliente, não poderá este se recusar a dar continuidade ao contrato, sob pena de se sujeitar ao pagamento integral da multa rescisória. Isso porque, disponibilizado um aparelho para o cliente, cessarão os efeitos do evento (perda do celular) que justifica a redução da multa.

Nesse ponto, portanto, o acórdão recorrido merece reforma, nos termos acima delineados.

(viii) Do caráter protelatório dos embargos de declaração interpostos pela recorrente (violação ao art. 538, § único, do CPC)

Sustenta a recorrente ter havido indevida aplicação de multa em face do suposto caráter protelatório conferido aos embargos de declaração interpostos na origem.

De acordo com o enunciado sumular 98/STJ, “*embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório*”.

No particular, verifica-se que os declaratórios objetivaram o efetivo prequestionamento de dispositivos de lei, o que afasta o caráter procrastinatório reconhecido pelo TJ/RJ.

Assim, afasta-se a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC.

Finalmente, saliento que ficam mantidas, por não terem sido objeto de

Superior Tribunal de Justiça

recurso: (i) a multa diária de R\$20.000,00, para o caso de descumprimento desta decisão; (ii) a devolução dos valores cobrados a maior a título de rescisão do contrato, em decorrência de caso fortuito ou força maior (que, com a reforma ora imposta à decisão do TJ/RJ, corresponderá a 50% do valor das multas cobradas); e (iii) a redução do valor contratual da multa por rescisão do contrato, na forma fixada pelo TJ/RJ. Da mesma forma, fica mantida a condenação por dano moral, face ao não conhecimento do respectivo item do recurso especial.

Forte em tais razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso e, nessa parte, lhe dou PARCIAL PROVIMENTO, para: (i) determinar que, na hipótese de perda do celular pelo cliente, decorrente de caso fortuito ou força maior, devidamente comprovada, a recorrente dê em comodato, pelo restante do período de carência, um aparelho ao cliente, que lhe permita usufruir de todos os serviços previstos no plano por ele contratado; ou, alternativamente, (ii) se abstenha de cobrar 50% do valor da multa rescisória; e (ii) afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.087.783 - RJ (2008/0192563-0)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **TIM CELULAR S/A**
ADVOGADO : **CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)**
ADVOGADA : **ÂNGELA BURGOS MOREIRA**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
VOTO

O SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS): Eminente Presidente, nobres Colegas, Sra. Advogada, nossos cumprimentos pela combativa sustentação oral.

Acompanho integralmente o posicionamento de V. Exa., Eminente Relatora, e a cumprimento pela beleza do acórdão, em que V. Exa. analisou todos os ângulos dessa matéria colocada a julgamento.

V. Exa., inicialmente, afastou o prequestionamento – arts. 473 e 188. Também a negativa da prestação jurisdicional foi afastada, sem que tenha havido violação ao art. 535 da causa de pedir. Não houve, no entender de V. Exa., violação ao art. 264, ao que também adiro.

Quanto ao interesse da Anatel, está mais do que comprovado, inclusive com precedente do nosso egrégio Superior Tribunal de Justiça, de que não há esse litisconsórcio passivo necessário vislumbrado pela recorrente. A competência também foi proclamada.

V. Exa. procurou desbordar e trazer todos os elementos que conduzam, como disse, textualmente, a uma resolução dessa controvérsia, que exige a equalização de direitos, obrigações e interesses.

Argumentou V. Exa.:

"A condução do processo deve pautar-se na premissa de que o contrato é uma operação jurídico-econômica que visa assegurar a ambas as partes o sucesso de suas legítimas pretensões. Não se coloca, jamais, como um mecanismo estratégico, de que possa se valer uma das partes para oprimir ou tirar proveito excessivo de outrem."

Assim, nessa linha, analisando, portanto, o Código de Defesa do Consumidor, e bem o aplicando e, realmente, trazendo aquelas soluções que V.

Superior Tribunal de Justiça

Exa. enteviu no seu douto pronunciamento, estou inteiramente de acordo, entendendo que, pela sua repercussão, pela atualização da matéria que, na realidade, perpassa todo o dia-a-dia do brasileiro, deve merecer a mais ampla publicação.

Conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento.

**Ministro VASCO DELLA GIUSTINA
(Desembargador Convocado do TJ/RS)**



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2008/0192563-0

REsp 1087783 / RJ

Números Origem: 1492007 150482006 20040010864333 200600500506 200613408256 200613515048
200615048 200800294265 200813700536 3131205 313122005 5062006 5362008
82562006

PAUTA: 01/09/2009

JULGADO: 01/09/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)
ADVOGADA : ÂNGELA BURGOS MOREIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **CHRISTIANE RODRIGUES PANTOJA**, pela parte RECORRENTE: TIM CELULAR S/A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti.

Brasília, 01 de setembro de 2009

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária