



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1817576 - RS (2019/0145471-6)

RELATOR : **MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**
RECORRENTE : GRAZIELA JARDIM VERARDI
ADVOGADO : RICARDO RIBEIRO - RS052345
RECORRIDO : CLARO S.A
ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES E OUTRO(S) - RS046648
MARIA TERESA BERNHARDT PALMEIRO - RS067458
MARIAH AGUIRRE MÜLLER - RS102004

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVL. CPC/2015. TELEFONIA MÓVEL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. MIGRAÇÃO DE PLANO. ATO UNILATERAL DA OPERADORA DE TELEFONIA. ABUSIVIDADE. ART. 51, INCISO XIII, DO CDC. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CABIMENTO EM TESE. CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CUSTO ADICIONAL QUANTO A ALGUNS ITENS AGREGADOS AO PLANO. INVERSÃO DO JULGADO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA DE INDÉBITO A RESTITUIR NESSES CASOS. PRESCRIÇÃO DECENAL DA PRETENSÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EXISTÊNCIA DE PRÉVIA RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE AS PARTES. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. MERO DISSABOR DA RELAÇÃO CONTRATUAL.

1. Controvérsia pertinente à abusividade (ou não) da alteração unilateral de plano de telefonia móvel por parte da operadora, incluindo-se no contrato o fornecimento de aplicativos digitais e serviços de terceiros, todos não pactuados anteriormente com a consumidora.

2. Inocorrência de negativa de prestação jurisdicional, pois o acórdão recorrido se encontra suficientemente fundamentado, com base nos elementos fáticos da demanda e na coerente linha argumentativa

desenvolvida pelo Tribunal 'a quo', apta a rechaçar as alegações deduzidas pelas partes.

2. Nos termos do art. 51, inciso XIII, do Código de Defesa do Consumidor: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração".

3. Caso concreto em que a operadora migrou a consumidora para um plano promocional que previa o fornecimento de aplicativos digitais e serviços de terceiros na modalidade de jogos virtuais.

4. Abusividade da prática comercial da operadora de agregar unilateralmente serviços ao plano de telefonia, ainda que sob a aparência de gratuidade, pois a abusividade prevista no art. 51, inciso XIII, do CDC, prescinde de modificação do preço do serviço ou produto. Doutrina e jurisprudência sobre o tema.

5. Existência de cobrança adicional pelo serviço de jogos virtuais, tendo sido a operadora condenada à repetição do indébito em dobro, estando precluso esse ponto da controvérsia.

6. Ausência de cobrança adicional, contudo, no que tange aos aplicativos digitais agregados ao plano, tendo-se mantido o mesmo preço do contrato originalmente celebrado, como bem apurado pelo Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, fazendo-se incidir o óbice da Súmula 7/STJ quanto à pretensão de modificação do acórdão recorrido nesse ponto.

7. Inviabilidade de conhecimento da alegação de que os aplicativos agregados ao plano de telefonia teriam aumentado o consumo de dados móveis da linha telefônica, causando prejuízo à consumidora, pois tal alegação não foi deduzida na inicial, tratando-se, portanto, de inovação recursal.

8. Prescrição decenal no caso concreto, tendo em vista a existência de prévia relação contratual entre as partes, conferindo causa jurídica (embora abusiva) para o indébito, o que afasta a pretensão fundada no enriquecimento sem causa. Precedente específico da Corte Especial.

9. Limitação, contudo, do termo inicial da repetição do indébito relativo à cobrança por "jogos virtuais" apenas ao período de cinco anos anterior ao ajuizamento da ação, em respeito ao princípio da adstrição ao pedido.

10. Inocorrência de dano moral na espécie, pois a controvérsia se circunscreveu ao âmbito patrimonial das partes, como um dissabor da relação contratual, não se vislumbrando ofensa a direito da personalidade da consumidora.

11. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 01 de junho de 2021.

Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1817576 - RS (2019/0145471-6)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
RECORRENTE : GRAZIELA JARDIM VERARDI
ADVOGADO : RICARDO RIBEIRO - RS052345
RECORRIDO : CLARO S.A
ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES E OUTRO(S) - RS046648
MARIA TERESA BERNHARDT PALMEIRO - RS067458
MARIAH AGUIRRE MÜLLER - RS102004

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVL. CPC/2015. TELEFONIA MÓVEL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. MIGRAÇÃO DE PLANO. ATO UNILATERAL DA OPERADORA DE TELEFONIA. ABUSIVIDADE. ART. 51, INCISO XIII, DO CDC. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CABIMENTO EM TESE. CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CUSTO ADICIONAL QUANTO A ALGUNS ITENS AGREGADOS AO PLANO. INVERSÃO DO JULGADO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA DE INDÉBITO A RESTITUIR NESSES CASOS. PRESCRIÇÃO DECENAL DA PRETENSÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EXISTÊNCIA DE PRÉVIA RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE AS PARTES. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. MERO DISSABOR DA RELAÇÃO CONTRATUAL.

1. Controvérsia pertinente à abusividade (ou não) da alteração unilateral de plano de telefonia móvel por parte da operadora, incluindo-se no contrato o fornecimento de aplicativos digitais e serviços de terceiros, todos não pactuados anteriormente com a consumidora.

2. Inocorrência de negativa de prestação jurisdicional, pois o acórdão recorrido se encontra suficientemente fundamentado, com base nos elementos fáticos da demanda e na coerente linha argumentativa

desenvolvida pelo Tribunal 'a quo', apta a rechaçar as alegações deduzidas pelas partes.

2. Nos termos do art. 51, inciso XIII, do Código de Defesa do Consumidor: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração".

3. Caso concreto em que a operadora migrou a consumidora para um plano promocional que previa o fornecimento de aplicativos digitais e serviços de terceiros na modalidade de jogos virtuais.

4. Abusividade da prática comercial da operadora de agregar unilateralmente serviços ao plano de telefonia, ainda que sob a aparência de gratuidade, pois a abusividade prevista no art. 51, inciso XIII, do CDC, prescinde de modificação do preço do serviço ou produto. Doutrina e jurisprudência sobre o tema.

5. Existência de cobrança adicional pelo serviço de jogos virtuais, tendo sido a operadora condenada à repetição do indébito em dobro, estando precluso esse ponto da controvérsia.

6. Ausência de cobrança adicional, contudo, no que tange aos aplicativos digitais agregados ao plano, tendo-se mantido o mesmo preço do contrato originalmente celebrado, como bem apurado pelo Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, fazendo-se incidir o óbice da Súmula 7/STJ quanto à pretensão de modificação do acórdão recorrido nesse ponto.

7. Inviabilidade de conhecimento da alegação de que os aplicativos agregados ao plano de telefonia teriam aumentado o consumo de dados móveis da linha telefônica, causando prejuízo à consumidora, pois tal alegação não foi deduzida na inicial, tratando-se, portanto, de inovação recursal.

8. Prescrição decenal no caso concreto, tendo em vista a existência de prévia relação contratual entre as partes, conferindo causa jurídica (embora abusiva) para o indébito, o que afasta a pretensão fundada no enriquecimento sem causa. Precedente específico da Corte Especial.

9. Limitação, contudo, do termo inicial da repetição do indébito relativo à cobrança por "jogos virtuais" apenas ao período de cinco anos anterior ao ajuizamento da ação, em respeito ao princípio da adstrição ao pedido.

10. *Inocorrência de dano moral na espécie, pois a controvérsia se circunscreveu ao âmbito patrimonial das partes, como um dissabor da relação contratual, não se vislumbrando ofensa a direito da personalidade da consumidora.*

11. *RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.*

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por GRAZIELA JARDIM VERARDI em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. (IN)EXIGIBILIDADE DAS COBRANÇAS. PARCIAL COMPROVAÇÃO DA CONTRATAÇÃO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

I. Hipótese em que a prova documental denota que a promoção aplicada pela requerida (“Oferta Conjunta Claro Mix”) ao plano da autora (“Claro Max 2GB”), não gerou acréscimos ao valor mensal cobrado. Nesse andar, a mera existência de nova rubrica em apartado, que cataloga de forma distinta os serviços oferecidos (“Serviços de Terceiros”), não acarreta, por si só, prejuízo à consumidora, tratando-se de divisão referente à mencionada promoção, não havendo, portanto, quaisquer cobranças indevidas. Outrossim, no que tange aos serviços denominados como “Jogos/App Gameloft”, em que pese a requerida alegue a regularidade da contratação, não acostou quaisquer documentos que legitimassem as cobranças realizadas, limitando-se a discorrer acerca das formas de contratação disponíveis para o serviço em questão, não se desincumbindo, assim, do ônus que lhe impunha o art. 373, II, do CPC/2015.

II. Por essas razões, a reforma parcial da sentença é medida que se impõe, a fim de afastar a inexigibilidade, bem como a devolução em dobro dos valores referentes aos serviços intitulados como “Claro Vídeo”, “Combo Música”, “Hero Super” e “Hero Top”, porquanto englobados pela promoção oferecida.

III. O prazo prescricional incidente quanto à eventual restituição dos valores pagos a maior é o previsto no art. 206, §3º, IV, do CC/02, encontrando-se, assim, prescrita a pretensão relativa às faturas pagas anteriormente aos três anos que antecederam o ajuizamento da lide.

IV. Ademais, não há como limitar-se a devolução às faturas anexadas aos

autos, o que acarretaria o locupletamento ilícito da ré – que iria receber por serviços cobrados indevidamente. Necessidade de deferimento da apuração do quantum debeatur à fase de liquidação de sentença, quando a requerida deverá acostar as faturas que não dispuser a parte autora, em atenção às disposições do CDC acerca do ônus da prova.

V. Os incômodos decorrentes de cobranças realizadas por serviços não contratados, por si sós, não caracterizam dano moral.

VI. Em face da solução apregoada, impositivo o redimensionamento dos ônus de sucumbência, os quais serão distribuídos proporcionalmente entre as partes.

Deram parcial provimento aos apelos. Unânime. (fl. 284)

Em suas razões, alega a parte recorrente violação dos arts. 373, II, 489, § 1º, IV e VI, e 1022, II, do CPC/2015, arts. 6º, II, 14, 27, 39, I e III, 42, 46, 47 e 51 do CDC, art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, e art. 32 da Res. 632/2014 da ANATEL, bem como ofensa aos princípios da transparência da relação de consumo e da informação, sob os argumentos de: (a) negativa de prestação jurisdicional; (b) impossibilidade de produzir prova negativa; (c) prática de aumento de tarifa camuflado; (d) indevida alteração unilateral do contrato; (e) efetivo prejuízo ao consumidor; (f) falta de conhecimento prévio do contrato Claro Mix com serviços de terceiros; (g) descabida a migração automática de plano, em detrimento da liberdade de escolha; (h) necessidade de inversão do ônus da prova (inexigibilidade da cobrança do serviço não contratado); (i) a venda casada de serviços não contratados; (j) a necessidade de repetição do indébito em dobro; (k) aplicação do prazo prescricional quinquenal/decenal; e (l) ocorrência de danos morais indenizáveis em virtude da cobrança de valores aleatórios e não contratados.

Contrarrazões às fls. 387/404.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 405/14).

É o relatório.

VOTO

O recurso especial merece ser parcialmente provido.

A polêmica central do presente recurso diz respeito à abusividade (ou não) da alteração unilateral de plano de telefonia móvel por parte da operadora de telefonia, incluindo-se no contrato serviços adicionais e de terceiros não pactuados com o consumidor.

A parte autora da demanda, na condição de consumidora, alegou que possui plano de telefonia móvel (Plano Claro MAX) contratado com a operadora ora recorrida, mas que tal plano teria sido migrado automaticamente para um plano que agrega serviços adicionais e de terceiros (Plano Claro MIX).

Durante a instrução processual, a operadora de telefonia não se desincumbiu do ônus de provar a contratação dos serviços adicionais e de terceiros, tendo alegado, em contestação, que alteração do contrato se deu no contexto de uma promoção, segundo a qual o consumidor receberia os serviços adicionais e de terceiros, ou, alternativamente, receberia um pacote de internet de 500 megabytes, tudo isso sem acréscimo no valor da mensalidade do plano.

Transcreve-se, a propósito, da contestação:

11. Ressalta-se que, atrelada a esse plano Pós Pago, foi lançada uma promoção denominada "CLARO MIX PÓS MAIS" (Regulamento anexo - Doc. 02), com o intuito de oferecer aos clientes diversas comodidades por meio do acesso a conteúdos interativos e aplicativos digitais (a depender da franquia contratada).

.....

15. Além disso, vale ressaltar que a Claro lançou uma promoção alternativa para aqueles clientes que não desejassem nenhum dos conteúdos interativos e aplicativos digitais da oferta promocional "CLARO MIX PÓS MAIS". Assim, pelo mesmo valor, estes poderiam aderir à promoção "DADOS - CLARO PÓS" (Doc. 03), em que os aplicativos digitais são substituídos por

um pacote de internet de 500 MB, mantendo os mesmos valores promocionais daquela oferta para as franquias do Plano de Serviço CLARO PÓS MAIS, conforme acima indicado. (fls. 47 e 50, grifos acrescentados)

Não tendo havido prova da efetiva contratação dos serviços adicionais, o juízo de origem, então, julgou procedente o pedido de repetição de indébito, condenando a operadora de telefonia a restituir em dobro os valores cobrados, totalizando o valor de R\$ 306,14, apurado com base nas faturas presentes nos autos.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da sentença:

*A ré acostou extratos contendo o histórico de consumo do autor, no entanto, **não comprova que os "Serviços de Terceiros" (APP GAMELOFT, APLICATIVOS DIGITAIS - CLARO VIDEO, HERO SUPER, HERO TOP, COMBO MÚSICA), fls. 13/14, foram contratados pela demandante no serviço de interatividades em seu terminal telefônico.***

Outrossim, não se pode exigir da parte autora que demonstre a não contratação, por se cuidar de prova negativa.

Não havendo nenhum documento evidenciando a autorização firmada pela parte requerente, visto que era ônus da ré, nos termos do art. 373, II, do CPC, resta suficientemente demonstrado que os serviços de mensagens interativas e o plano promocional não foram contratados pela demandante.

Destaco que o réu colaciona espécie de "guia" da promoção, fls. 69/71, que menciona a não -incidência de cobrança pelos serviços que justamente foram cobrados, o que demonstra clara incoerência. Saliento que não cabe ao magistrado ou até mesmo à própria empresa fornecedora do serviço decidir qual o melhor plano para o consumidor, porquanto neste caso isso foi feito de forma automática pela operadora, conforme fl. 75. Somente ao consumidor cabe a decisão de aderir ou não aos planos promocionais: (fl. 193/4, grifos acrescentados)

No julgamento da apelação da operadora, o Tribunal de origem reformou a sentença para limitar a restituição ao valor do serviço "Jogos/App Gameloft", sob o fundamento de que os demais serviços adicionados não teriam gerado acréscimo ao valor da mensalidade do plano.

Transcreve-se, a propósito, do acórdão recorrido:

Entendo que assiste razão à parte ré. Com efeito, observando-se as faturas

*juntadas aos autos (fls. 12/23 e 78/101), verifica-se que **não houve qualquer cobrança adicional relativa aos mencionados serviços**. Do cotejo entre as faturas referentes ao mês de dezembro de 2017 e janeiro de 2018, por exemplo, depreende-se que, muito embora tenha ocorrido a inclusão dos aludidos "Aplicativos Digitais", verificou-se a manutenção do valor mensal exigido pelo plano "Claro Max 2GB", de modo que **não houve, portanto, qualquer prejuízo à consumidora**, a qual usufruiu de uma gama maior de serviços sem, no entanto, pagar nada mais por isso.*

É dizer que a mera existência de nova rubrica em apartado, que cataloga de forma distinta os serviços oferecidos ("Serviços de Terceiros"), não acarreta, por si só, dano à consumidora, tratando-se de divisão referente à promoção implementada pela ré, não havendo, como exposto, quaisquer cobranças adicionais nesse sentido.

Outrossim, no que tange ao serviço denominado como "Jogos/App Gameloft" (fl. 13), em que pese a alegação da requerida no sentido de que esse teria sido regularmente contratado, verifica-se, a partir do exame dos autos, que a demandada não acostou quaisquer documentos que legitimassem as cobranças realizadas, limitando-se a discorrer acerca das formas de contratação disponíveis para o serviço em comento, bem como sobre a impossibilidade de produzir prova negativa.

Nesse andar, cumpre observar que a prova da contratação em questão é, de fato, difícil de ser produzida. No entanto, ao autorizar que os usuários assinem o serviço mediante o simples envio de SMS, a requerida está arcando com o ônus de se deparar com situações como a do caso em tela. Em outras palavras, não se pode penalizar o consumidor pelo sistema falho adotado pela prestadora de serviços, a qual deverá adotar meio mais seguro para perfectibilizar o contrato em questão. (fls. 288/9, grifos acrescentados)

Nas razões do recurso especial, a consumidora recorrente insistiu na tese de alteração unilateral do contrato, alegando que o prejuízo experimentado decorria do aumento do consumo de dados do plano contratado.

Sobre esse ponto, transcreve-se das razões do apelo nobre:

Como visto, as cláusulas contratuais da Promoção Claro Mix em muito prejudicam o consumidor, aliás, a autora sequer tomou conhecimento do regulamento, cláusulas e condições da troca de plano de forma unilateral, violando o artigo 39, e III cc 47 do CDC.

Assim o juízo monocrático se equivoca ao informar que a migração de serviços promocionais não trouxe prejuízos à autora.

SALIENTA-SE, OS APICATIVOS DIGITAIS INSERIDOS DE FORMA

UNILATERAL NO PLANO CLARO MIX NAS FATURAS DE TODOS CONSUMIDORES DOS PLANOS PÓS PAGOS, INCLUEM SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO E EXCEDENTES À FRANQUIA, FAZENDO COM QUE NOVOS PACOTES TENHAM QUE SER ADQUIRIDOS PELOS CONSUMIDORES.

IN CASU, O CONSUMIDOR JAMAIS SOLICITOU O PLANO CLARO MIX, TAMPOUCO OS SERVIÇOS DE TERCEIROS CLARO VÍDEO, COMBO MÚSICA NOS VALORES DE RS 24,50, ALÉM DO MAIS, OS SERVIÇOS DIGITAIS INCLUÍDOS UNILATERALMENTE NA CONTA DOS CONSUMIDORES, FAZ COM QUE OS CRÉDITOS ACABEM MAIS RAPIDAMENTE (FRANQUIA INTERNET), FAZENDO COM QUE NOVOS PACOTES SEJAM ADQUIRIDOS, OS CHAMADOS SERVIÇOS DE VALORES ADICIONAIS (SVAs). (fl. 351, sic)

Nesse ponto, não assiste razão à consumidora recorrente.

Inicialmente, não se verifica a alegada negativa de prestação jurisdicional, uma vez que o acórdão recorrido se encontra suficientemente fundamentado, com base nos elementos fáticos da demanda e na coerente linha argumentativa desenvolvida pelo Tribunal 'a quo', apta a rechaçar as alegações deduzidas pelas partes.

De outra parte, é certo que a prática contratual adotada pela operadora de telefonia móvel é flagrantemente abusiva, na medida em que configura alteração unilateral e substancial do contrato, prática vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo nula de pleno direito a cláusula contratual que eventualmente a autorize.

Refiro-me ao enunciado normativo do art. 51, inciso XIII, do CDC, abaixo transcrito:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

.....

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

.....
XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
.....

No caso dos autos, de acordo com as moldura fática delineada nas instâncias de cognição plena, a operadora de telefonia móvel alterou o contrato, sem anuência da consumidora, para agregar serviços próprios e de terceiros, modificando unilateral e substancialmente o contrato.

Observe-se que o enunciado normativo do inciso XIII, acima transcrito, diz respeito à alteração do conteúdo ou da qualidade do contrato, ao passo que a alteração unilateral do preço conta com um inciso específico (inciso X).

Esse cuidado do legislador, de separar alteração do preço da alteração do conteúdo do contrato, teve como escopo realçar que a proteção do consumidor contra a alteração do conteúdo do contrato é independente da alteração do preço.

Sobre esse ponto, merece referência, por todos, a abalizada doutrina de **Leonardo Roscoe Bessa**, em obra de autoria coletiva com Antonio Herman V. Benjamin e Claudia Lima Marques, citando James Eduardo Oliveira, *litteris*:

Nos termos do inciso XIII do art. 51, são nulas as cláusulas que “autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração”.

O objetivo do inciso é, antes de tudo, didático. Ora, assim como tem caráter potestativo a possibilidade de alteração unilateral do preço (inciso X), o mesmo sucede em relação ao conteúdo e qualidade do contrato.

Em comentário ao dispositivo, observa James Eduardo Oliveira que “qualquer modificação do contrato celebrado deve ser pautada pela bilateralidade e ausência de imposição abusiva. A mesma espontaneidade volitiva e a mesma lisura negocial exigidas para a celebração de contrato de consumo devem estar presentes em qualquer alteração posterior. Destoa do equilíbrio contratual obtido mediante as regras protecionistas do CDC cláusula que munície o fornecedor da prerrogativa de inovar na relação contratual unilateralmente, cuja validade é infirmada pela disposição

específica do inciso XIII do art. 51” (Código de Defesa do Consumidor anotado e comentado, p. 310). O STJ já utilizou o art. 51, XIII, do CDC para afastar a possibilidade de escolha de índice de correção monetária, após extinção do índice estabelecido no contrato: “É nula de pleno direito a cláusula que autoriza o banco, após a extinção do indexador originalmente contratado, escolher, a seu exclusivo critério, de forma unilateral, qual o índice que vai aplicar na correção dos saldos devedores do financiamento, sendo nítido o maltrato ao que dispõe o art. 51, X e XIII, do CDC, ao qual o acórdão recorrido não negou vigência, ao contrário, garantiu plena aplicação” (STJ, REsp 274.264, j. 26.02.2002, rel. Min. César Asfor Rocha). Em julgamento realizado em março de 2009, a Corte declarou ser nula a modificação unilateral de contrato de plano de saúde, com os seguintes termos: “1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado. 2. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médico-hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado a determinada tabela. Violação dos arts. 46 e 51, IV e § 1.º, do CDC” (REsp 418.572-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.03.2009, DJe 30.03.2009).

Portanto, não é apenas o preço do produto ou serviço que não pode ser alterado unilateralmente pelo fornecedor (inciso X do art. 51), mas qualquer aspecto, patrimonial ou não, decorrente da relação contratual.

(Manual de Direito do Consumidor. [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, cap. XI, tópico 24, sem grifos no original)

Esclareça-se que a vedação legal à alteração unilateral do contrato não conflita com o direito da operadora de promover alterações nos planos oferecidos ao mercado, com base no art. 52 da Resolução ANATEL nº 632/2014, mencionado na contestação, e abaixo transcrito:

Art. 52. *As Prestadoras devem comunicar com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, preferencialmente por meio de mensagem de texto ou mensagem eletrônica, a alteração ou extinção de Planos de Serviço, Ofertas Conjuntas e promoções aos Consumidores afetados, sem prejuízo das regras específicas aplicáveis ao STFC.*

A bem da verdade, o que o CDC veda - e esse ponto é inalcançável por normas infralegais da regulação - é que essa alteração se dê de forma unilateral,

como se deu no caso dos autos.

Sobre esse ponto, como bem ressaltou o juízo sentenciante, não cabe à operadora "*decidir qual o melhor plano para o consumidor*" (fl. 194), mas ao próprio consumidor.

No caso dos autos, inclusive, a própria operadora informou na contestação que havia a alternativa de um plano promocional sem os serviços adicionais, com um pacote de 500 megabytes de internet, plano este que seria mais compatível com o tipo de plano contratado originalmente pela consumidora (sem serviços adicionais).

Apesar da existência dessa alternativa, a operadora decidiu, unilateralmente, migrar o consumidor para um plano com serviços adicionais, em flagrante desrespeito ao enunciado normativo do já mencionado art. 51, inciso XIII, do CDC.

Essa prática abusiva da alteração unilateral do contrato já foi enfrentada por esta Corte Superior, em outro contexto, valendo citar a ementa dos julgados mencionados na passagem doutrinária alhures transcrita. Ei-los:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO. CDC. BOA-FÉ OBJETIVA.

1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado.

2. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médico hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela. Violação dos arts. 46 e 51, IV e § 1º do CDC.

3. Por esse motivo, prejudicadas as demais questões propostas no especial.

4. Recurso especial provido.

(REsp 418.572/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. CLÁUSULAS GERAIS. PROVA PERICIAL. FUNDAMENTO INATACADO. DESNECESSIDADE. SUBSTITUIÇÃO UNILATERAL DE INDEXADOR. IMPOSSIBILIDADE. VENCIMENTO ANTECIPADO. CONSTITUIÇÃO EM MORA. RESCISÃO DO CONTRATO. VALIDADE PARCIAL.

- Resta insuficientemente fundamentado o recurso se o recorrente se restringe a aduzir maltrato ao art. 125 do CPC, por suposto tratamento desigual dado às partes, sem contudo refutar a motivação do decisório hostilizado, sem indicar quais as provas cuja produção entendia necessárias, nem em que seriam as mesmas úteis ao correto deslinde da controvérsia, sendo certo que permaneceu íntegro o fundamento do acórdão hostilizado no sentido da mais absoluta desnecessidade de produção de prova pericial.

- É nula de pleno direito a cláusula que autoriza o banco, após a extinção do indexador originalmente contratado, escolher, a seu exclusivo critério, de forma unilateral, qual o índice que vai aplicar na correção dos saldos devedores do financiamento, sendo nítido o maltrato ao que dispõe o art. 51, X e XIII do CDC, ao qual o acórdão recorrido não negou vigência, ao contrário, garantiu plena aplicação.

- Permanece válida, contudo, a cláusula na parte em que determina a substituição do índice contratual, em caso de sua extinção, pelo índice oficial que vier a sucedê-lo.

- Inadmissível, outrossim, a genérica rescisão contratual automática pelo simples descumprimento de qualquer obrigação por parte do financiado, sem a descrição detalhada das referidas obrigações a que se refere a cláusula impugnada.

- Validade parcial da cláusula contratual de nº 10 do contrato padrão, na parte em que, em caso de falência ou concordata do devedor, protesto de título ou não pagamento de qualquer prestação no vencimento, considera em mora o devedor e automaticamente rescindido o contrato, com o vencimento antecipado de todas as parcelas, com a ressalva de que a rescisão contratual dependerá, necessariamente, de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial, para constituição do devedor em mora. Tal raciocínio se coaduna com a jurisprudência desta Corte, que já se solidificou no sentido que, em contratos em que haja a alienação fiduciária de bem para a garantia do contrato, como no caso do contrato padrão em exame, "A comprovação da mora é

imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente", nos exatos termos da Súmula de nº 72/STJ.

- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 274.264/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 20/05/2002)

Apesar da flagrante abusividade da conduta da operadora, a consumidora demandante, ora recorrente, não deduziu na petição inicial pedido de restabelecimento do plano antigo, ou de restituição dos dados móveis consumidos pelos aplicativos não contratados, tendo se limitado a pedir repetição de indébito.

No que tange a esses aplicativos digitais, contudo, o Tribunal de origem apurou que não houve aumento do preço contratado, não havendo, portanto, indébito a restituir.

Essa compreensão do Tribunal de origem, porque fundada na moldura fática da demanda, é insindicável no âmbito desta Corte Superior, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

No tocante à prescrição da repetição dos valores debitados em função do aplicativo "Jogos/App Gameloft" (o único que gerou custo adicional), o Tribunal de origem entendeu aplicável a prescrição trienal, pertinente ao enriquecimento sem causa (art. 206, §3º, IV, do CC/2002).

A hipótese dos autos, porém, referente a cobrança indevida em fatura de telefonia, não se enquadra na pretensão subsidiária fundada no enriquecimento sem causa, pois os lançamentos contavam com causa jurídica, que é a relação contratual havida originalmente entre as partes, ainda que tenha havido uma abusiva alteração contratual.

Nesse sentido, confira-se precedente específico da Corte Especial deste

Tribunal Superior:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRESA DE TELEFONIA. COBRANÇA INDEVIDA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE ENTENDEU PELA PRESCRIÇÃO TRIENAL. DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL: PRESCRIÇÃO DECENAL (ART. 205 DO CC/2002). PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. "A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki (DJe 15/9/2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008, firmou o entendimento de que, ante a ausência de disposição específica acerca do prazo prescricional aplicável à prática comercial indevida de cobrança excessiva, é de rigor a incidência das normas gerais relativas à prescrição insculpidas no Código Civil na ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Assim, tem-se prazo vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Diante da mesma conjuntura, não há razões para adotar solução diversa nos casos de repetição de indébito dos serviços de telefonia" (EAREsp 622.503/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/02/2019, DJe 11/06/2019).

2. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, dar provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial dos Recorrentes, ora Embargantes, fixando-se a tese de que é decenal (art. 205 do CC/2002) o prazo prescricional de repetição de indébito relativo à cobrança indevida de valores referentes a serviços telefônicos não contratados.

(EAREsp 749.198/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/03/2021, DJe 22/03/2021)

Na linha desse precedente, o acórdão recorrido também merece reforma nesse ponto, para se aplicar a prescrição decenal à pretensão de repetição de indébito, conforme pleiteado pela consumidora recorrente.

A repetição, contudo, merece ser limitada no termo inicial, retroagindo apenas ao período de cinco anos da data do ajuizamento da ação, em respeito ao princípio da adstrição ao pedido, uma vez que este foi o limite temporal estabelecido pela parte autora no pedido deduzido na inicial (fl. 7).

Relativamente ao pleito de indenização por danos morais, não assiste razão à parte ora recorrente, pois os danos decorrentes de hipóteses como a dos autos se restringem ao plano patrimonial, não passando de mero dissabor da relação contratual, sendo inapto, portanto, para atingir direito da personalidade do autor da demanda.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO SEM SOLICITAÇÃO DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE NEGATIVAÇÃO OU COBRANÇA INDEVIDA. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. MERO ABORRECIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. No caso, a revisão do concluído pelo Tribunal a quo, no sentido de que não houve ofensa à honra, em decorrência do envio, não solicitado, de cartão de crédito, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, situação que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1655212/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 01/03/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. IRRESIGNAÇÃO ESPECIAL FUNDADA NO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DANO MORAL AFASTADO NA ORIGEM. MERO DISSABOR. REFORMA DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N°S 7 E 83, AMBAS DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. *A questão se restringe à ausência de dano moral in re ipsa quando não há inscrição do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes, mas apenas a cobrança indevida de valores.*
3. *A decisão agravada consignou expressamente que o Tribunal de origem entendeu pela ausência de dano moral em razão da existência de mero dissabor.*
4. *Esse entendimento está em consonância com a jurisprudência desta Corte quanto à ausência de configuração do dano moral in re ipsa com base na mera cobrança indevida.*
5. *Dessa forma, não há como se afastar os óbices das Súmulas n.ºs 7 e 83, ambas do STJ.*
6. *Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo interno não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.*
7. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 680.723/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

Observe-se que a tese do desvio produtivo constitui inovação recursal, pois não deduzida na inicial. Ademais, a inicial se limita a citar dois protocolos de atendimento, não descrevendo eventual desvio de tempo e esforços da autora da demanda para resolver a controvérsia no âmbito extrajudicial, a ponto de justificar uma condenação por dano moral.

Por fim, esclareça-se que a tese da inversão do ônus da prova não socorre a recorrente, pois a pretensão de que a operadora prove a efetiva contratação e utilização do serviço em nada alteraria a conclusão a que chegou o acórdão recorrido, pois lastreada no fato de que os serviços não geraram cobrança adicional.

Destarte, o recurso especial merece ser provido, em parte.

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO tão somente para aplicar ao caso a prescrição decenal, limitando o termo inicial

da repetição do indébito ao período de cinco anos anterior à data do ajuizamento da ação, em respeito ao princípio da adstrição ao pedido.

Tendo em vista a alteração em grau mínimo do decaimento das partes, mantém-se a distribuição dos encargos sucumbenciais conforme previsto pelo Tribunal de origem.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2019/0145471-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.817.576 / RS

Números Origem: 00111800231335 00365016120188210001 00641926820198217000
03313769120188217000 03781906420188217000 11800231335
3313769120188217000 365016120188210001 3781906420188217000
641926820198217000 70079661641 70080129786 70080922834

PAUTA: 01/06/2021

JULGADO: 01/06/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ONOFRE DE FARIA MARTINS**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GRAZIELA JARDIM VERARDI
ADVOGADO : RICARDO RIBEIRO - RS052345
RECORRIDO : CLARO S.A
ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES E OUTRO(S) - RS046648
MARIA TERESA BERNHARDT PALMEIRO - RS067458
MARIAH AGUIRRE MÜLLER - RS102004

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Empresas - Espécies de Sociedades - Anônima - Subscrição de Ações

CERTIDÃO

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

A Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.