

COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, órgão vinculado à Assembléia Legislativa, sem personalidade jurídica, especialmente constituído para defesa dos interesses e direitos dos consumidores, estabelecida à Rua Dom Manoel s/n, Praça XV, Rio de Janeiro-RJ, vem, por seus procuradores, propor

**AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

Em face de **ALGAR TELECOM LESTE S/A**, inscrita no CNPJ sob o nº 02445817/0031-14, estabelecida à Rua Mena Barreto, nº. 42, 6º andar, Botafogo, Rio de Janeiro – RJ, CEP: 22.271-100, com fundamento nos artigos 6º, IV, 39, *caput* e V, e 51, I e IV, §§ 1º, I e II, todos da Lei 8.078/90, pelas razões fáticas e jurídicas que expõe a seguir:

PRELIMINARES

Da aplicação da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e legitimidade ativa *ad causam* da autora

O Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal nº. 8.078/90, norma especial, de ordem pública e interesse social (art. 1º), deve ser obrigatoriamente aplicado a presente demanda, tendo em vista que a relação existente entre a ré e aqueles que são submetidos às práticas comerciais por ela engendrada é de consumo, conforme previsto em seus arts. 2º, *caput* e parágrafo único, 3º e 29.

Tendo em vista que o CDC é, conforme acima mencionado, norma especial, de ordem pública e interesse social, e por tratar de matéria processual, mais precisamente, e de forma integral em seu artigo 82, III, sobre a legitimidade ativa *ad causam* dos órgãos da administração pública para defender os direitos e interesses dos consumidores através de ações judiciais coletivas de consumo, deve ser aplicado prioritariamente em relação às demais legislações aplicáveis, como a Lei n. 7.347/85 e o CPC.

“Examinando agora a questão inicialmente proposta, entendemos que, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, apenas os entes legitimados pelo art. 82 podem propor ações coletivas de defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das pessoas equiparadas. Com efeito, o

CDC é lei específica para proteção do consumidor, *tout court*, e prefere, neste ponto, à Lei da Ação Civil Pública, que cuida da ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, com bem maior generalidade". (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 66/67) (grifos nossos)

"As normas do CPC e da LACP são aplicáveis às ações individuais e coletivas fundadas no CDC, desde que não sejam incompatíveis com o microsistema do CDC. Caso contrarie dispositivo expresso do CDC ou seu espírito, a norma do CPC ou da LACP não pode ser aplicada". (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, atualizado até 01.08.1997*. São Paulo: RT, 1997, p. 1402) (Grifos nossos)

"As disposições da LACP são integralmente aplicáveis às ações propostas com fundamento no CDC, naquilo em que não houver colidência, como é curial.

(...)

Há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observado o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo, às quais se aplica o Título III do CDC e só subsidiariamente a LACP" (NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, pp. 1032/1033)

Dispõe o artigo 82, III, do CDC que "para fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente" "as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos" dos consumidores.

A Autora é uma comissão permanente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (arts. 109, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e 25, parágrafo único, XXI, do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro), sem personalidade jurídica, especificamente destinada, de forma ampla, à defesa dos direitos e interesses do consumidor (art. 26, § 19, alíneas "a" a "c", do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro), e de forma específica, apesar de não haver qualquer exigência no artigo 82, III, do CDC (exige apenas que "defenda" os direitos e interesses dos consumidores), à defesa dos direitos e interesses do consumidor através de ações judiciais coletivas de consumo (art. 26, § 19, alínea "d", do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro).

Art. 109. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. *A Assembléia Legislativa terá comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas nos respectivos Regimento ou ato legislativo de sua criação.*

Art. 25. Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Iniciados os trabalhos de cada sessão legislativa, a Mesa, dentro do prazo improrrogável de quinze dias, providenciará a organização das comissões permanentes.*

Parágrafo único. *As comissões permanentes são:*

(...)

XXI – *Comissão de Defesa do Consumidor, com cinco membros.*

Art. 26. Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Compete às comissões permanentes:*

(...)

§ 19 – *À Comissão de Defesa do Consumidor compete:*

a) *manifestar-se sobre matéria referente à economia popular;*

b) manifestar-se sobre composição, qualidade, apresentação, publicidade e distribuição de bens e serviços, relações de consumo e medidas de defesa do consumidor.

c) acolher e investigar denúncias sobre matéria a ela pertinente e receber a colaboração de entidades e associações relacionadas à defesa do consumidor.

d) representar a título coletivo, judicialmente ou extrajudicialmente, os interesses e direitos previstos no Parágrafo único do art. 81, conforme autorização expressa no art. 82, III, todos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

“(…) Desse modo, um Departamento de proteção ao Consumidor, por exemplo, órgão integrante de determinada Secretaria de governo estadual e, portanto, da administração direta, está capacitado ao ajuizamento da ação, sem necessidade de ser a capacidade atribuída à própria entidade federativa estadual em si, como ocorre no sistema geral relativo a esse pressuposto processual. O mesmo se pode dizer, ainda como exemplo, de um Departamento de Defesa do Meio Ambiente: embora seja um órgão, e não uma pessoa, poderá habilitar-se como autor da ação civil pública. É comum, aliás, na estrutura do Executivo ou do Legislativo, a instituição de Procons, órgãos destinados à proteção dos consumidores”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigos*)

“Além das entidades, o inciso III também legitima os órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código, reconhecendo-lhes a personalidade judiciária e permitindo, assim, a plena atuação em juízo de órgãos públicos como o Procon e os Núcleos de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública, que podem, agora, sem nenhuma dúvida, propor, *nomine* próprio, ações coletivas em defesa dos consumidores (sempre em sentido amplo)”. (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81)

“A norma autoriza a propositura da ação coletiva pelos órgãos públicos de defesa do consumidor, mesmo que não tenham personalidade jurídica. Têm eles personalidade judiciária, podendo ser autores de demanda em juízo. Os Procons, por exemplo, podem agir em juízo, em nome próprio, por meio de seu diretor ou representante legal. O diretor do ente despersonalizado pode conferir mandato a advogado para que seja proposta a ação, sendo desnecessário que o procurador da pessoa jurídica de direito (procurador da República, procurador do Estado ou procurador do Município) subscreva a petição inicial. Caso o diretor ou representante legal do ente despersonalizado seja advogado, pode lê mesmo subscrever a petição inicial de ação coletiva.

(…)

Não há necessidade de previsão estatutária estrita para que se a entenda legitimada, sendo suficiente que a associação defenda os direitos do consumidor”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, p. 1396)

Direito Constitucional. Ação Civil Pública. Tutela dos interesses consumeristas. Legitimidade *ad causam* do Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública para propositura da ação. A legitimidade da Defensoria Pública, como órgão público, para defesa dos direitos dos hipossuficientes é atribuição legal, tendo o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 82, III, ampliado o rol de legitimados para propositura da ação civil pública àqueles especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código. Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de órgão estatal – como a Defensoria Pública – as ações coletivas se tal legitimidade é tranquilamente reconhecida aos órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor). Provimento do recurso para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* da apelante (TJRJ, Ap. Civ. 2003.001.04832, 6ª Câmara, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho).

e) encaminhar as representações mencionadas na alínea “d” para publicação na íntegra no Diário Oficial da ALERJ, assim como as desistências das representações feitas.

Portanto, inegável a legitimidade da autora para figurar no pólo ativo da presente demanda, assim como de qualquer demanda judicial coletiva de consumo, conforme reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e

Ação Civil Pública. Direito do Consumidor. Comissão de defesa do consumidor da Assembléia Legislativa. Legitimação por força do inciso III do art. 82 do CDC. Sentença que se reforma. Recurso provido (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.13728, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Varanda, julgado por unanimidade).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. O CPDC, ao dispor no art. 82, III, que têm legitimidade ativa nas ações coletivas “as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos por este Código”, não permite dúvida quanto à legitimação de pessoas formais e se refere aos direitos metaindividuais, em que inscrevem os individuais homogêneos (id, art. 81, III). Apelo conhecido e provido. Sentença que se anula. Unânime (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.23959, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Foch).

APELAÇÃO CÍVEL – Ação Civil Pública. Defesa do Consumidor em Juízo. Legitimidade ativa para propositura da ação. Aplicação dos arts. 5º, inc. XXXII da CRFB e art. 82, inc. III do Código de Defesa do Consumidor. Legitimidade da Comissão de Defesa do Consumidor. Legitimidade da Comissão de Defesa do Consumidor da ALERJ para propositura de ação coletiva tendente a defesa de direitos do consumidor objetivando o reconhecimento de aumento abusivo da tarifa cobrada por transporte marítimo e retorno ao patamar anterior, bem como a condenação à restituição, em dobro, das tarifas pagas indevidamente pelos consumidores. A *mens legis* do art. 82 do CDC quando estabeleceu legitimação para agir atinente ao aforamento de ações coletivas foi a mais ampla possível não podendo o aplicador da lei dar interpretação restritiva. No inc. III do art. 82, não se limitou o legislador a ampliar a legitimação para agir. Foi mais além, atribuiu Legitimação *ad causam* a entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, o que se fazia necessário para órgãos como PROCON e a Comissão Apelante, bastante ativos e especializados em defesa do consumidor, pudessem também agir em juízo. PROVIMENTO DO APELO (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.30582, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Sidney Hartung Buarque).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA ALERJ EM FACE DE NET RIO S/A. ILEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA PELA SENTENÇA RECORRIDA, QUE EXTINGUIU O FEITO SEM EXAME DO MÉRITO. POSTERIOR INCLUSÃO NO REGIMENTO INTERNO DA ALERJ DE DISPOSITIVO QUE AUTORIZA À COMISSÃO AUTORA A PROMOVER A AÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DA LEGITIMIDADE COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 462, DO CPC. O ARTIGO 82, INCISO III, DO CDC, NA VERDADE AMPLIOU O CAMPO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OS ARTIGOS 5º E 6º DA LEI 7.347/85 E OS ARTIGOS 109 E 173, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NÃO EXCLUEM, MAS ANTES ALARGAM O ROL DOS LEGITIMADOS, EM BENEFÍCIO DOS CONSUMIDORES (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.39474, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Luis Felipe Salomão).

PODER LEGISLATIVO DESTA ESTADO, POSSUINDO A COMISSÃO AUTORA, LEGITIMIDADE PARA POSTULAR NO PÓLO ATIVO DESTA DEMANDA. O *PARQUET* FUNCIONA NA MESMA, COMO FISCAL DA LEI E NÃO COMO PARTE. ANULA-SE A SENTENÇA DE EXTIÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO NOS SEUS TRÂMITES LEGAIS – PROVIDO O PRIMEIRO RECURSO E PREJUDICADO O SEGUNDO (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.24835, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Edson Scisínio Dias).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. SENTENÇA QUE EXTINGUE O FEITO SEM EXAME DO MÉRITO. APLICAÇÃO DO ART. 82, III DO CDC. LEGITIMIDADE DAS ENTIDADES E ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA OU INDIRETA, AINDA QUE SEM PERSONALIDADE JURÍDICA, DESTINADOS À DEFESA DOS INTERESSES E DIREITOS PROTEGIDOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROVIMENTO DO RECURSO (TJRJ, Ap.Cív. 2007.001.39903, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Odete Knaack de Souza).

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DEMANDA COLETIVA PROPOSTA PELA COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA ASSEMBLÉIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. ENTENDIMENTO DA JULGADORA DE QUE FALTARIA LEGITIMIDADE ATIVA À DEMANDANTE. REFORMA DA SENTENÇA (TJRJ, Ap.Cív. 2007.001.60029, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Lindolpho Morais Marinho).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BRINQUEDOS DESTINADOS AO PÚBLICO INFANTIL CAUSADORES DE DANO EM POTÊNCIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DA COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA PROPOSITURA DA DEMANDA. ART. 82 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. PROVIMENTO DO RECURSO (TJRJ, Ag.In. 2007.002.31506, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Lindolpho Morais Marinho).

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMPRÉSTIMOS A APOSENTADOS E PENSIONISTAS DO INSS – PROPAGANDA ENGANOSA – INTERESSE DIFUSO, COLETIVO OU INDIVIDUAL HOMOGÊNEO – LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE - VIOLAÇÃO DE NORMA LEGAL – ARTS. 6º, 31, 36, 37, 81, PARÁGRAFO ÚNICO, I, II, III E 82 – LEI 8.078, DE 1990 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) – OBRIGAÇÃO DE FAZER – MULTA – REDUÇÃO.

1 – A Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade para figurar no pólo ativo de ação civil pública visando discutir vícios na propaganda relativa a empréstimos consignados em folha para aposentados e pensionistas do INSS. Sendo um órgão da administração, destinado especificamente à defesa dos direitos e interesses previstos no CDC, cumprindo os requisitos do parágrafo único do art. 81, do Código Consumerista, há de ser considerada parte legítima para figurar no pólo ativo de demandas coletivas de consumo, na qualidade de substituto processual.

2 – O perigo de dano irreparável por demora da concessão da tutela, bem como a verossimilhança do direito alegado, na hipótese, afiguram-se patentes, tendo em vista que as propagandas veiculadas, ostensiva e massivamente, em diversos meios de comunicação, sem atender ao estipulado no Roteiro Técnico e Instrução Normativa referentes ao empréstimo consignado, bem como em flagrante desrespeito ao CDC, encerram a probabilidade de lesionar um enorme contingente de cidadãos.

3 – A lei n.º 8.078/90 (CDC) arrola e define no parágrafo único, I, II e III, os direitos (interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo) que poderão ser tutelados através das ações coletivas de consumo.

4 – Há que se reconhecer, na hipótese, que os consumidores (aposentados e pensionistas do INSS) foram induzidos a erro na aquisição dos produtos e serviços oferecidos, o que caracteriza flagrante ofensa às regras contidas nos arts. 31 e 37 do Código de Defesa do Consumidor.

5 – a Multa tem o objetivo de inibir o inadimplemento da obrigação determinada pelo Juízo, uma vez que se constitui em meio intimidatório ao cumprimento da obrigação, pois basta que seja cumprida a determinação para que o pagamento da multa seja interrompido. Sendo o seu valor excessivo, impõe-se a sua redução.

6 – Agravo de instrumento provido parcialmente (TRF 2ª Região, AgIn. 2006.02.01.004411-3, 2006.02.01.003662-1 e 2006.02.01.002914-8, 6ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Frederico Gueiros).

DOS FATOS

Com grande alarde, entrou em vigor, no dia 13/02/2008, a Resolução n.º 477/07 expedida pela Anatel, instituindo novas regras para os serviços de telefonia móvel.

Diversos direitos, que se mostraram necessários ao longo do crescimento do serviço no país, foram conferidos aos usuários do serviço móvel pessoal (SMP), dentre eles o de obter gratuitamente o desbloqueio de seus aparelhos, expressamente previsto no artigo 81, § 2º da Resolução acima mencionada.

Artigo 81, Resolução da Anatel n.º 477/07. *O usuário deve ser informado sobre os aspectos relativos às programações incluídas nas facilidades dos Planos de Serviço e eventuais bloqueios na Estação Móvel ou na Central de Comutação e Controle, antes de qualquer ato que indique adesão ao plano.*

(...)

§ 2º. *É vedada a cobrança de qualquer valor quando do desbloqueio de Estação Móvel.*

Antes de entrar em vigor a Resolução da Anatel n.º 477/07, o usuário adquiria um aparelho (estação móvel) e o habilitava junto à uma operadora de telefonia móvel, como a ré, para poder usá-lo. Uma vez habilitado o aparelho junto a uma operadora o mesmo era por ela bloqueado. Caso pretendesse habilitar o aparelho junto à outra operadora, por força, por exemplo, de uma oferta mais vantajosa, descontentamento com a prestadora primitiva etc., o usuário era obrigado a pagar um valor à prestadora primitiva para desbloquear o aparelho. Em síntese, o usuário era obrigado a pagar para alguém, com quem não queria mais manter qualquer vínculo, para poder dispor de um bem de sua propriedade.

Tal prática criava uma limitação à plena utilização que o aparelho permitia, originariamente, ao sair da fábrica. Justamente no intuito de garantir o direito básico do consumidor à liberdade de escolha foi expedida pela Anatel a Resolução n.º 477/2007.

A ré é concessionária de serviço público de telecomunicações, e presta serviço de telefonia móvel no mercado de consumo. No exercício de suas atribuições a mesma também comercializa aparelhos de telefonia móvel, tecnicamente denominados “estações móveis”.

Devido às diversas reclamações formalizadas por consumidores (documentos em anexo), a autora tomou conhecimento de que a ré, mesmo depois do advento da Resolução da Anatel n.º 477/07, continuava cobrando para desbloquear os aparelhos por ela habilitados.

Em todas as respostas às reclamações acima mencionadas a ré alegou que os aparelhos dos reclamantes foram adquiridos com descontos, e que por isso poderia, conforme artigo 40 da Resolução da Anatel n.º 477/2007, impor a verificação de termo suspensivo (decorso do prazo de 12 meses a partir da aquisição da estação móvel) para eficácia do direito ao desbloqueio gratuito dos aparelhos.

Conclui-se que, a ré vem exigindo, supostamente amparada pelo artigo 40 da Resolução da Anatel n.º 477/2007, daqueles que com ela adquirem aparelhos com supostos descontos, e que, por algum motivo (descontentamento com o serviço, por exemplo), desejam dela se desvincular antes do prazo de permanência contratualmente previsto, o pagamento de quantia, a título de multa rescisória, para atender ao direito previsto no artigo 81, § 2º da Resolução da Anatel n.º 477/07.

Conforme se verificará adiante, trata-se de prática abusiva. O exercício do direito de desbloquear o aparelho celular gratuitamente não pode ter como contrapartida o pagamento de quantia de qualquer natureza. O direito de cobrar quantia a título de multa por rescisão imotivada antes de cumprido prazo contratualmente previsto deve ser exercido na forma prevista no ordenamento, que não inclui, dentre as modalidades de cobrança, o “condicionamento de direito do devedor” sem autorização judicial.

DO DIREITO

Ressalte-se que a presente demanda não visa o reconhecimento da ilegalidade da venda de estação móvel com desconto no preço mediante assinatura de contrato com cláusulas de permanência e multa pela sua inobservância. Visa, sim, o reconhecimento da abusividade (ilicitude) da prática de subordinar o desbloqueio do aparelho, pela mesma comercializado com desconto, solicitado (o desbloqueio) antes do decurso do prazo de permanência previsto no contrato, ao pagamento de multa rescisória.

A relação existente entre os usuários do serviço prestado pela ré e que com esta adquiram seus aparelhos, bem como entre aqueles que porventura possam utilizá-lo após com ela adquirir aparelhos, é de consumo, conforme artigos 2º, 3º e 29, todos do CDC.

Sendo de consumo as relações acima mencionadas aplicam-se a elas os dispositivos do CDC e, conforme previsto no artigo 7º, parágrafo único, deste, dispositivos de outras leis que, porventura, possam conferir direitos mais vantajosos ao consumidor, preenchem lacunas ou tornem precisos conceitos jurídicos indeterminados existentes em dispositivos do Código.

O artigo 81, § 2º, da Resolução da Anatel n.º 477/2007, tornou ilícita a cobrança para desbloquear aparelhos celulares (estações móveis). A ré, baseando-se no artigo 40 da mesma Resolução da Anatel, que apenas permite inserir cláusula de permanência cumulada com penalidade nos contratos oferecidos ao público quando a operadora concede (qualquer) vantagem para o consumidor, vem obstando o direito ao desbloqueio gratuito de aparelhos celulares ao consumidor quando não verificado o prazo de permanência, subordinando o seu atendimento ao pagamento da multa pela rescisão antecipada ao seu atendimento.

Vale repetir que o artigo 40 da Resolução da Anatel n.º 477/2007, interpretado em conformidade com seus parágrafos, se limita a permitir a inserção de cláusula de permanência, cumulada com penalidade em caso de sua inobservância, nos contratos em que o consumidor recebe alguma vantagem da operadora, como a aquisição de uma estação móvel com desconto no preço; não possui o alcance declarado aos consumidores.

Artigo 40 da Resolução da Anatel n. 477/2007. *A prestadora do Serviço Móvel Pessoal poderá oferecer benefícios aos seus Usuários e, em contrapartida, exigir que os mesmos permaneçam vinculados à prestadora por um prazo de mínimo.*

§ 1º. *Os benefícios referidos no caput, os quais deverão ser objeto de instrumento próprio, firmado entre a prestadora e o Usuário, poderão ser de dois tipos:*

a) *Aquisição de Estação Móvel, em que o preço cobrado pelo aparelho terá um valor abaixo do que é praticado no mercado;*

(...)

§ 7º. *O Usuário pode se desvincular a qualquer momento do benefício oferecido oferecido pela prestadora.*

§ 8º. *No caso de desistência dos benefícios por parte do Usuário antes do prazo final estabelecido no instrumento contratual, poderá existir multa de rescisão, justa e razoável, devendo ser proporcional ao tempo restante para o término desse prazo final, bem como ao valor do benefício contratual ou legal por parte da Prestadora cabendo à Prestadora o ônus da prova da não-procedência do alegado pelo Usuário.*

O artigo 39, do CDC, apresenta rol de práticas consideradas abusivas, rol este não exaustivo, conforme se pode concluir da expressão “dentre outras práticas” contida na redação do *caput* do dispositivo.

“O presidente da República, cedendo nesse ponto ao poderoso *lobby* empresarial contrário ao CDC, vetou o então inc. X do texto legal, que dispunha: ‘praticar outras condutas abusivas’. Como vimos, em tese o prejuízo seria nenhum, diante de duas *janelas ampliativas* (= cláusulas gerais), que permanecerem no Código (arts. 6º, inc. IV, e 39, incs. IV e V), garantindo, assim, que o rol de práticas abusivas estivesse legalmente posto de maneira exemplificativa. Entretanto, segmento da doutrina passou defender que o veto conferia ao art. 39 um caráter de *numerus*

clausus, argumento este que, visivelmente, ao excluir um vastíssimo campo de práticas maléficas ao mercado de consumo, favorecia os fornecedores despreocupados com a proteção do consumidor.

Por isso mesmo, por ocasião da revisão que fiz, a pedido do então secretário nacional de Direito Econômico, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, do texto primitivo da Medida Provisória que deu origem à Lei n.º 8.884, de 11.6.94 – Lei Antitruste -, acrescentei, entre outros dispositivos, o atual art. 87, que dispõe: ‘O art. 39 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se-lhe os seguintes incisos: ‘Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, *dentre outras* práticas abusivas...

Se dúvida existia sobre a qualidade enunciativa do art. 39, com o ajuste legislativo aqui efetuado termina de vez a querela”. (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 366)

“A lista do art. 39 apresenta 12 hipóteses, com redação dada pelas Leis 8.884, de 11.06.1994; 9.008, de 21.03.1995; e 9.870, de 23.11.1999. O antigo inc. X do art. 39, o qual indicava ser a lista apenas exemplificativa, foi vetado pelo Presidente da República, sob alegação de que este inciso tornava a norma ‘imprecisa’ e era inconstitucional, tendo em vista a sua ‘natureza penal’. Mesmo discordando dos argumentos usados para impor o veto, devemos concluir, em uma interpretação *a contrario*, que a lista de práticas abusivas do art. 39 com o veto tinha se tornado uma lista exaustiva, podendo ser apenas complementada por outras normas, do CDC ou de leis especiais. A Lei 8.884, de 11.06.1994, introduziu no *caput* a expressão ‘*dentre outras* práticas abusivas’, retornando a lista assim a ser exemplificativa, além das várias modificações introduzidas por outras leis”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2006, p. 561)

Considerando que o CDC é baseado no princípio da boa-fé objetiva, toda e qualquer prática que o contrarie é abusiva, independentemente de ser enganosa.

Segundo a autora Cláudia Lima Marques, “boa fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002, pp. 181/182)

Muitas vezes o consumidor é obrigado, conscientemente, a aceitar determinada imposição do fornecedor que flagrantemente lhe é desvantajosa, por não lhe restar alternativa, trata-se de típica prática contrária ao princípio da boa-fé objetiva, abusiva, portanto, pois retira daquele que é reconhecidamente um vulnerável a liberdade de contratar ou de se retirar de uma relação não desejada.

Com efeito, subordinar o exercício do direito previsto no artigo 81, § 2º, da Resolução da Anatel n.º 477/2007, ao pagamento de multa por rescisão imotivada de contrato de prestação de serviços ligado à uma compra e venda, contraria o princípio da boa-fé objetiva: primeiro porque torna indisponível o direito de liberdade de escolha do consumidor e um bem de propriedade deste, e em segundo porque configura hipótese de “justiça com as próprias mãos”. Ressalte-se que o direito de cobrar o crédito decorrente da aplicação cláusula penal deve ser exercido na forma da lei, que não prevê o procedimento que a ré vem adotando.

Em casos tais, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem reconhecendo tratar-se de prática abusiva, de ilícito, exercício abusivo de um direito.

Relação de consumo. Retenção dos proventos da correntista como forma de pagamento de

dívida oriunda de contrato de empréstimo. Prática abusiva. Não é lícito à instituição financeira, apropriar-se dos proventos percebidos pela correntista, a título de compensação de dívida, independentemente da solidez e da certeza do crédito perquirido. Para efeito de cobrança de eventuais créditos existentes em favor da instituição financeira, decorrentes de empréstimo contraídos pela correntista, dispõe a mesma de meios próprios para tanto, não podendo se valer dos descontos realizados, uma vez que incidentes sobre verba de caráter alimentar. Danos morais fixados em R\$ 6.000,00, em observância à razoabilidade e à proporcionalidade. Provimento parcial do recurso (TJRJ, Ap.Cív. 2007.001.63309, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Edson Scisínio Dias).

CEDAE. AÇÃO PELO RITO SUMÁRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE HIDRÔMETRO. RELAÇÃO DE CONSUMERISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A existência de leis especiais que regulam o serviço da concessionária de serviço público trazida a lume pela primeira apelante, não afasta a relação consumerista existente na lide, caracterizada por ser a ré, ora primeira apelante, uma fornecedora de serviços. 2. É possível constatar que assiste parcial razão à ré, ora primeira apelante, no que se refere ao termo a quo para suspensão das cobranças, devendo a suspensão dos pagamentos ocorrer efetivamente a partir do mês de agosto de 2006. 3. É abusiva a exigência do pagamento de débitos para o desligamento do hidrômetro, uma vez que a concessionária possui os meios próprios para levar a cabo a cobrança de seus créditos. 4. Não se enquadra a causa entre aquelas ditas de pequeno valor, bem com a CEDAE é sociedade de economia mista, portanto, deve ser adotado, na sua fixação, o parâmetro do § 3º do artigo 20 do C.P.C., observadas as alíneas a, b, e c do citado dispositivo, o que in casu, não foi observado pelo juízo a quo, razão pela qual a decisão também deve ser reformada neste ponto para fixar os honorários em 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa. 5. Precedentes jurisprudenciais. 6. Provimento parcial do primeiro recurso e provimento do recurso adesivo (TJRJ, Ap.Cív. 2007.001.64440, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Leticia Sardas).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER, INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA VISANDO IMPEDIR CONFISCO DE SALÁRIO. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DE DESCONTO EM CONTA SALARIAL. EXERCÍCIO DE UMA AUTO-EXECUTORIEDADE QUE O BANCO NÃO DETÉM, EM AFRONTA ÀS NORMAS QUE REGEM A RELAÇÃO CONSUMERISTA. PRECEDENTES DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO AO QUAL SE NEGOU SEGUIMENTO COM BASE NO ART. 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. I – Consagra a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça o princípio de que o banco não pode apropriar-se da integralidade dos depósitos feitos a título de salários, na conta do seu cliente, para cobrar-se de débito decorrente de contrato bancário, ainda que para isso haja cláusula permissiva no contrato de adesão; II – Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será instituição privada autorizada a fazê-lo; III – Recurso ao qual se negou seguimento com base no art. 557, Código de Processo Civil, decisão que se confirma (TJRJ, Agln. 2007.002.30572, 13ª CâmCív, Rel. Des. Ademir Pimentel).

APELAÇÃO CÍVEL. Apropriação do saldo pelo Banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salário. Cláusula abusiva. Abuso de direito. Não pode o Banco cobrar lançando mão do numerário depositado pelo correntista em sua conta-corrente destinada ao pagamento de salários. Impossibilidade de cobrança pelos próprios meios do credor nos valores e momento por ele escolhidos. Dano moral. Configuração. Verba indenizatória fixada em consonância com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, não merecendo reparo para maior ou para menor. Dano material devidamente comprovado pelos extratos anexados e cujo valor não foi contestado pelo réu. Desprovimento dos recursos. Manutenção da sentença (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.52288, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Binato de Castro).

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS DE CONSUMO. DÍVIDA PRETÉRITA QUE NÃO PODE SER COBRADA DA LOCATÁRIA-AUTORA POR SER DE RESPONSABILIDADE DO LOCATÁRIO ANTERIOR. SUCESSÃO EMPRESARIAL NÃO PROVADA. OBJETOS SOCIAIS TOTALMENTE DISTINTOS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE DISPÕE DE MEIOS PRÓPRIOS PARA A COBRANÇA DE SEUS CRÉDITOS. EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA QUE SE AFIGURA COMO ILEGÍTIMO. Se o início do débito data de fevereiro de 2002, não há como o mesmo ser cobrado da parte autora que apenas ingressou no imóvel em janeiro de 2005. Alegação da ocorrência de sucessão empresarial não provada. Contratos sociais com objetos totalmente distintos. O débito anterior, havido em nome de sociedade locatária que detinha a posse do imóvel antes da autora, não é de responsabilidade

desta, que não se beneficiou com eventual fornecimento de energia elétrica para o imóvel. Concessionária-ré que dispõe de outros meios para a realização da cobrança. Exercício da autotutela através da não celebração do novo contrato pela existência de débitos que não se afigura como legítima. Energia elétrica essencial para o desempenho das atividades da sociedade empresarial. Imposição da multa diária em valor excessivo. Sentença que julga procedente o pedido. Provimento parcial do recurso (TJRJ, Ap.Cív. 2007.001.23047, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira).

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E DE PLANO DE SAÚDE (PAMA) GERIDOS PELA FUNDAÇÃO SISTEL. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR, POIS NÃO HOUVE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO HÁ NULIDADE SEM PREJUÍZO. SUPRESSÃO DA PENSÃO DA BENEFICIÁRIA, DIANTE DOS DESCONTOS DERIVADOS DE OBRIGAÇÃO CONTRAÍDA PELOS DE CUJUS, EM RAZÃO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. CLÁUSULA NESSE SENTIDO DO REGULAMENTO DO PLANO (PAMA) É ABUSIVA, POIS AFRONTA OS DEVERES DE INFORMAÇÃO, BOA-FÉ E PROBIDADE. APLICAÇÃO DO CDC. IMPOSSIBILIDADE DAS DESPESAS SEREM DESCONTADAS DA PENSÃO, QUE É VERBA ALIMENTAR, POIS O CREDOR POSSUI MEIOS PRÓPRIOS E ADEQUADOS PARA SUA COBRANÇA. RESPONSABILIDADE EVENTUAL DO ESPÓLIO E NÃO DOS HERDEIROS. AUSÊNCIA DAS PROVAS DAS SUPOSTAS DESPESAS REALIZADAS PELO FALECIDO (R\$ 26.868,93). SENTENÇA CORRETA QUE CONDENA A RÉ A RESTITUIR OS VALORES INDEVIDAMENTE COBRADOS ANTERIORES A MARÇO DE 2000, A SEREM APURADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, E FIXAR DANO MORAL EM R\$ 10.000,00. SUCUMBÊNCIA INTEGRAL DA RÉ. RECURSO DESPROVIDO (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.11797, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Luis Felipe Salomão).

Direito Civil. Responsabilidade. Danos morais. Cabimento. Retirada de importância de conta corrente de cliente sem prévia autorização. Ofensa aos artigos 70, X da Constituição da República e do art. 649, VII da Lei Processual. Existem meios próprios de cobrança, não podendo o banco se vale de tal expediente. Dano moral. Fixação. Majoração. Proporcionalidade. “CONTA CORRENTE BANCÁRIA. DESCONTO INDEVIDO. DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE, EM AÇÃO CAUTELAR, DEFERIU PARCIALMENTE A LIMINAR PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO DOS DESCONTOS AUTOMÁTICOS REALIZADOS PELO AGRAVADO NA CONTACORRENTE ONDE DEPOSITADO O SALÁRIO DA AGRAVANTE, IMPENHORABILIDADE DOS SALÁRIOS, IMPEDINDO A APROPRIAÇÃO, POR PARTE DO BANCO E SOB O FUNDAMENTO DE PAGAR-SE O MÚTUO CELEBRADO COM A CORRENTISTA, DE VALORES DEPOSITADOS EM SUA CONTACORRENTE SOBRE O VALOR DO SALÁRIO, DESTACÁVEL DE OUTROS DEPÓSITOS OU VALORES ENCONTRADOS NA CONTA. IRRELEVÂNCIA DE NÃO SE CUIDAR DE CONTA-SALÁRIO EM SENTIDO ESTRITO, SENDO A IMPORTÂNCIA A ELE CORRESPONDENTE, POR CONSTITUIR FUNDAMENTO DE SOBREVIVÊNCIA, INSUSCETÍVEL DE APROPRIAÇÃO PELO BANCO, POR MEIO DE DÉBITO EM CONTA, COMO PAGAMENTO DE DÍVIDA. APLICAÇÃO DOS ARTS. 7º X, CF, 51, I E IV, § 1º, I, II e III, do CDC, E 649, IV, CPC. INADMISSIBILIDADE DE PENHORA INDIRETA DE SALÁRIO OU VENCIMENTOS FORA DAS EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. IMPROVIMENTO DO AGRAVO” (TJRJ, 3ª Câmara Cível, Desembargador Luiz Fernando, Agravo n.º 2003.002.11113). Desprovimento do primeiro recurso e provimento do segundo (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.12983, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Nagib Slaibi).

ESTABELECIMENTO DE ENSINO. MENSALIDADE ESCOLAR. RETENÇÃO. Mandamental. Ensino privado. Não pode instituição de ensino privado se negar a fornecer ou reter documento para transferência de aluno seu, sob alegação de débito para com as mensalidades, notadamente quando dispõe de meios legais e próprios para a cobrança do débito. Preliminar rejeitada, posto que o “mandamus” é o remédio certo e adequado ao mérito em foco, eis que se trata de ato praticado com autoridade decorrente da delegação, e não de ato do exclusivo interesse interno e particular do réu. Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto aos honorários de advogado no mandado de segurança, tem esta E. Câmara adotado entendimento no sentido da sua não aplicabilidade ao caso. Recurso parcialmente improvido (TJRJ, Ap.Cív. 2002.001.04062, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Ronaldo Rocha Passos).

Prática adotada pela ré, que se pretende ver reconhecida como abusiva, pode ser enquadrada, ainda, na hipótese prevista no inciso V do artigo 39 do CDC, que dispõe ser vedado ao fornecedor exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; basta a exigência, e não apenas a sua concretização, para que a prática seja considerada abusiva.

“Note-se que, nesse ponto, o Código mostra aversão não apenas à vantagem excessiva concretizada, mas também em relação à mera exigência. (...)”. (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 371)

A expressão “vantagem manifestamente excessiva” constitui conceito jurídico indeterminado, tendo em vista que não há como precisar o que vem a ser vantagem manifestamente excessiva de forma genérica. É necessário, portanto, proceder ao exame do caso concreto.

“Mas o que vem a ser a vantagem excessiva? O critério para o seu julgamento é o mesmo da vantagem exagerada (art. 51, § 1º). Aliás, os dois termos não são apenas próximos. São sinônimos”. (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 371)

No caso concreto apresentado na presente podem ocorrer facilmente situações em que a prática adotada pela ré possa lhe trazer vantagem manifestamente excessiva em detrimento de consumidores.

Por exemplo, consumidor celebra com a ré um contrato para adquirir uma estação móvel, com um desconto no preço, contendo cláusula de permanência de 12 (doze) meses no serviço de telefonia móvel. Antes do término do prazo de permanência o consumidor recebe, de uma outra operadora, uma oferta vantajosa em relação ao serviço de telefonia móvel e, por isso, solicita a rescisão do contrato e o desbloqueio gratuito do aparelho. Todavia, em razão da exigência do pagamento da multa rescisória para que o aparelho possa ser desbloqueado, o consumidor desiste de rescindir o contrato e acaba perdendo a oferta. A ré, prestando um serviço com custo mais elevado do que o do concorrente, acaba, por força da condição imposta, obtendo vantagem manifestamente excessiva.

A cláusula contratual que imponha o pagamento de multa rescisória como condição para o desbloqueio do aparelho antes do decurso do prazo de permanência será igualmente abusiva, por implicar em renúncia de direitos indisponíveis, quais sejam o da liberdade de contratar ou não contratar, e o de ser cobrado por dívida através das vias legais, em que é garantido o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

Portanto, de uma forma ou de outra, é ilícito subordinar o desbloqueio de aparelhos celulares, adquiridos com descontos, ao pagamento de multa rescisória quando ainda não verificado o decurso de prazo de permanência previsto em contrato.

A dívida gerada pela incidência da multa rescisória deverá ser cobrada pelos meios próprios, aqueles previstos expressamente em lei.

Da reparação de danos pela perda de uma chance

Conforme visto, o consumidor que adquire uma estação móvel comercializada pela ré com desconto no preço celebra contrato com cláusula de permanência. A ré, segundo se viu, subordina o desbloqueio do aparelho solicitado antes do decurso do prazo de permanência ao pagamento de multa rescisória.

Considerando que milita a favor do consumidor a presunção (relativa) de boa-fé, o desbloqueio solicitado antes do prazo de permanência, salvo prova em contrário, se dá por duas razões: insatisfação com o serviço de telefonia móvel prestado pela ré ou recebimento de uma oferta mais vantajosa no que concerne ao serviço de telefonia móvel.

Ressalte-se que, o indivíduo que contrata o serviço de telefonia móvel torna-se “dependente” do mesmo por diversos fatores. Uma vez tendo o serviço, o indivíduo não mais deseja privar-se dele; pode até mudar de prestador, mas não privar-se do serviço. Portanto, a hipótese de o consumidor desistir do contrato com cláusula de permanência por não desejar mais serviços de telefonia móvel de forma geral é remotíssima, praticamente impossível.

Ao deparar-se com a exigência de ter que efetuar o pagamento de multa rescisória para poder desbloquear o aparelho, muitos consumidores desistem e acabam optando, por considerar não restar alternativa, manter o vínculo com a ré até o término do prazo previsto no contrato. Perdem a liberdade e a oportunidade de usufruir de um serviço mais adequado e/ou mais vantajoso em termos econômicos, ou seja, perdem “uma chance”.

A doutrina e a jurisprudência consagraram que a perda de uma chance pode ser invocada como fundamento à responsabilidade de um agente pela reparação de danos, desde que haja nexo de causalidade entre este (dano) e uma conduta daquele capaz de gerar uma real perda de uma chance e não se trate de um dano puramente hipotético, mas real, sério.

A teoria da perda de uma chance pode servir de fundamento à reparação de danos materiais, representado na vantagem que a vítima deixou de auferir; à reparação de danos morais, representado, por exemplo, no dissabor pela perda da vantagem, e à reparação simultânea de ambos os “tipos” de danos.

“A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos Tribunais, fala na *perda de uma chance* (*perte d'une chance*) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. O mestre Caio Mário, citando Yves Chartier, enfatiza que ‘a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo’ (*Responsabilidade Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 42).

O cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 81/82)

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. OBRA PÚBLICA. PREJUÍZO A ESTABELECIMENTO COMERCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. Pretensão autoral que abrange dano material, consistente em lucros cessantes, e dano moral. Sentença de parcial procedência, reconhecendo a configuração de dano moral. Apelação do Município Réu. Alegação de que o interesse da coletividade se sobrepõe ao interesse individual e afasta o dever de indenizar. Atraso na execução da obra admitido pelo próprio Réu/Apelante, justificado pela alegação de que fortes chuvas, que duraram nove meses, não permitiram o prosseguimento da obra. Não comprovação. Não demonstrado, por lado, o dano material sofrido pela empresa Apelada. Debate que se restringe à configuração, ou não, do dano moral. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral, questão já até mesmo sumulada pelo S.T.J., Enunciado n.º 227, restringindo-se, no entanto, à honra objetiva, vez que pessoa jurídica não possui consciência e não pode, portanto, ser atingida em sua auto-imagem. Dano que pode ser de natureza extrapatrimonial, quando se relaciona com a diminuição do conceito público de que goza a pessoa jurídica no seio da comunidade, ou patrimonial, quando resulta, por exemplo, em abalo de crédito, perda de chances de negócios e de celebração de contratos ou diminuição de clientela. Desnecessidade de comprovação do dano moral, mas sim do fato que o gerou. Precedentes do S.T.J. no mesmo sentido. Valor da verba reparatória arbitrado em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Recurso ao qual se nega provimento, por maioria (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.68950, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Orlando Secco).

ATIVIDADE BANCÁRIA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Não deve o banco limitar-se a xerocopiar a documentação apresentada, indiscriminadamente procedendo à abertura de contas. Responde

objetivamente a instituição pelo dano causado, independentemente de culpa ou dolo (art. 14 do CDC), pois a verificação da real identidade do cliente constitui uma das premissas da atividade bancária, não podendo o risco imaneente ao desenvolvimento do empreendimento lucrativo ser transferido a terceiros. No caso concreto, a conta-corrente fraudulentamente aberta em nome do Autor apontava débito, ensejando a negativa do Réu em abrir uma conta-salário. Com isso, a empresa interessada deixou de contratá-lo como empregado. Dano moral, portanto, patente, cujo valor merece majoração, considerando a perda da chance de emprego. Provimento do recurso adesivo (TJRJ, Ap.Cív. 2008.001.16814, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri).

Concurso Público. Candidato que foi impedido de prestar exame por falta de pagamento da taxa. Comprovação do referido pagamento. Revelia do réu que não influenciou no julgamento. Danos materiais e morais pela perda de uma chance, orçados em patamar razoável. Sentença confirmada (TJRJ, Ap.Cív. 2008.001.02888, 16ª Câmara Cível, Rel. Jds. Des. João Marcos Fantinato).

Dispõe o artigo 6º, VI, do CDC, que é direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Trata-se de responsabilidade civil objetiva, por força do disposto no artigo 14 do CDC, logo os fornecedores de serviços respondem, independentemente de culpa (presumida em razão do dever de qualidade adequação e segurança dos serviços colocados no mercado de consumo, e do dever de agir segundo a boa-fé objetiva), pelos danos causados na prestação dos seus serviços.

“Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder por eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imaneente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 422)

De acordo com as regras da responsabilidade civil objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, cabe ao ofendido demonstrar a presença de três pressupostos para responsabilizar o fornecedor: defeito do produto ou serviço ou conduta voluntária do fornecedor, dano e o nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo.

“A responsabilidade por danos decorre da propagação do vício de qualidade, alcançando o consumidor e inclusive terceiros, vítimas do evento, e supõe a ocorrência de três pressupostos: a) defeito do produto; b) *eventus damni*, e c) relação de causalidade entre o defeito e o evento danoso”. (DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 177)

Do defeito

Segundo o parágrafo primeiro do artigo 14 do CDC “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar”. Tratando-se de relação existente por força de um contrato, o descumprimento deste (conduta voluntária) configura o defeito.

“Não basta, todavia, a existência de um contrato válido para que tenha lugar a responsabilidade contratual. Será, ainda, necessária a *inexecução do contrato*, no todo ou em parte, a ocorrência

do ilícito contratual, que se materializa através do inadimplemento ou mora...” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 227/228)

Da relação contratual estabelecida com a ré - ou que possa vir a ser com ela estabelecida -, para obtenção da propriedade de um aparelho celular e a disponibilidade do serviço de telefonia móvel, legitimamente se espera dela uma atuação conforme os deveres de boa-fé, como os de lealdade, cuidado.

Os deveres de boa-fé, chamados laterais ou anexos, devem ser obrigatoriamente observados antes, durante e após a relação obrigacional.

O descumprimento de deveres que decorrem do princípio da boa-fé objetiva, como os de cooperação, cuidado e lealdade, é considerado inadimplemento contratual, um ilícito, portanto.

“Indica a doutrina que, em cada relação contratual, se alocam certos deveres de prestação, os quais se subdividem nos chamados *deveres principais*, ou *deveres primários de prestação* – constituindo estes o núcleo da relação obrigacional e definindo o tipo contratual (por exemplo, o dever de entregar a coisa e de pagar o preço, na compra e venda, o dever de cedência temporária da coisa locada e de satisfação do aluguel, na locação), os *deveres secundários* e os *deveres laterais, anexos ou instrumentais*.

(...)

O que aqui importa destacar, contudo, são os *deveres instrumentais*, ou *laterais*, ou *deveres acessórios de conduta*, *deveres de conduta*, *deveres de proteção* ou *deveres de tutela*, expressões todas que se reportam, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenpflichten* (Esser), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa, *Schulzpflichten* (Stoll) e *weitere Verhaltenspflichten* (Larenz), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento.

Esses deveres, assinala Mario Julio de Almeida Costa, são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei *ad hoc* ou da *incidência da boa-fé objetiva*. Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos ‘avoluntarísticos’ nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes. São ditos, geralmente, ‘deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses’, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor.

(...)

Os deveres de correção e de boa-fé, como requisito da conduta, constituem um dos pontos cardeais da disciplina convencional e legal de cada particular relação obrigacional, seja no que concerne às obrigações principais, seja no que concerne às obrigações colaterais de cooperação e proteção dos recíprocos interesses econômicos; daí decorre que a mera inércia consciente e voluntária, que seja obstáculo à satisfação do direito da contraparte, repercutindo negativamente no regulamento negocial e legal dos interesses (contratuais), contrasta com os aludidos deveres de correção e boa-fé e pode configurar inadimplemento”. (COSTA, Judith Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado, sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, pp. 437/442) (Grifei)

“Pessoalmente, tendo em vista nossa idéia de que o contrato é um processo (uma sucessão de ‘tempos’, como ocorre com o próprio negócio jurídico), que vai, desde a fase pré-contratual, passando à fase contratual, distribuída em três fases menores (conclusão do contrato, eficácia do contrato e execução/adimplemento do contrato), e indo até a fase pós-contratual, todas subordinadas à boa-fé objetiva, pensamos que, embora surgindo de ato ilícito, a responsabilidade pré-contratual, por se tratar de descumprimento de deveres específicos, gerados pela boa-fé objetiva, deva se submeter ao tratamento da responsabilidade contratual; haverá lugar, portanto, para presunção de culpa, capacidade contratual, prescrição *idem* etc... Os danos emergentes e os lucros cessantes devem ser os do interesse negativo”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo Comparativo com a Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Comum*. Revista Direito do Consumidor n.º 18. São Paulo: RT, p. 24)

Conforme visto, subordinar o desbloqueio de aparelho celular adquirido com desconto no preço, solicitado antes do prazo de permanência, ao pagamento de multa rescisória, representa uma prática abusiva por contrariar o princípio da boa-fé

objetiva, ou seja, trata-se de prática desleal que, a um só tempo, retira a liberdade do consumidor de contratar (e não contratar), de dispor livremente de um bem de sua propriedade e de obter um serviço mais adequado e/ou mais vantajoso no aspecto econômico.

Portanto, não se pode concluir de forma diversa: a ré, no caso concreto apresentado na presente, atua de forma ilícita.

Do dano

Segundo Paulo Jorge Scartezini Guimarães “dano é toda diminuição no patrimônio de uma pessoa, entendendo-se o termo ‘patrimônio’ em seu sentido *lato*, abrangendo tanto os bens materiais como os imateriais”. (*Vício do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*. São Paulo: RT, 2004, p. 314)

Acrescenta o mencionado autor que quando ocorre o cumprimento imperfeito de uma obrigação, ou obrigações, “podem surgir três tipos de dano: O primeiro, concernente às despesas contratuais; o segundo, chamado de dano *circa rem*, ligado aos prejuízos causados na coisa ou diretamente relacionados ao cumprimento imperfeito; por último, os danos causados na pessoa ou em outros bens do credor, de terceiros ou ligados indiretamente ao vício, chamados de dano *extra rem*”. (*Ob. Cit.* p. 314)

O direito brasileiro acolheu, em seu sistema de responsabilidade civil, o princípio da reparação integral dos danos. Isso significa que todos os danos, materiais e/ou morais, causados por outrem, devem ser indenizados.

“A Lei 8.078/90, apesar da confessada influência da Diretiva n. 85/374 CEE na redação dos arts. 12 a 17, afastou-se do direito comunitário europeu no momento da fixação do montante das indenizações pelos danos causados por acidentes de consumo, deixando, especialmente, de estabelecer um tarifamento indenizatório.

O legislador brasileiro respeitou a tradição de nosso ordenamento jurídico de acolhimento do princípio da reparação integral do dano. O Código Civil de 1916 consagra o princípio da reparação integral do dano tanto para a responsabilidade contratual (art. 1.059) quanto para a responsabilidade extracontratual (art. 1.518). O novo Código Civil adota o princípio da reparação integral no art. 944, mas abre exceção no seu parágrafo único: redução equitativa na medida da culpabilidade.

A lei n. 8.078/90 seguiu o mesmo caminho, não estabelecendo limitações às indenizações decorrentes de danos causados por acidentes de consumo, consagrando, em seu art. 6º, inciso VI, entre os direitos básicos do consumidor, o princípio da reparação integral dos danos materiais e morais sem qualquer restrição. O motivo pelo qual o legislador brasileiro afastou-se, nesse ponto, do modelo europeu, reaproximando-se indiretamente do modelo norte-americano, foi a clara opção por uma proteção mais completa do consumidor”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 220/221)

“O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in *Daños*, 1991). Limitar a reparação é impor a vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002, pp. 29/30)

O dano material que pode advir do atuar ilícito da ré, conforme visto, está relacionado com a perda da vantagem econômica oferecida por outra operadora de telefonia móvel ao consumidor. O montante do dano será a diferença entre

o que o consumidor pagou para remunerar o serviço de telefonia móvel prestado pela ré e o quanto pagaria se tivesse usufruído da oferta (apresentada por outra operadora de telefonia móvel) durante o período entre o pedido de desbloqueio ilicitamente subordinado ao pagamento de multa rescisória e termo final do prazo de permanência. A prova do dano, que somente poderá ser exigida em sede de liquidação de sentença ou em ação autônoma baseada em eventual sentença de procedência, consistirá na demonstração da existência de uma oferta concreta.

AÇÃO INDENIZATÓRIA. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. QUITAÇÃO DAS PRESTAÇÕES. DEMORA EXCESSIVA E INJUSTIFICADA NA OUTORGA DA ESCRITURA. POSSIBILIDADE DE NEGÓCIO FRUSTRADA. PERDA DE UMA CHANCE. 1. O documento constante de proposta escrita de compra e venda, com especificação detalhada de suas condições, e devidamente datado e assinado por corretor de imóveis com a respectiva inscrição no Conselho profissional, se afigura como prova suficiente da existência da oportunidade real de negócio. 2. Se, em razão da demora dos devedores na outorga da escritura definitiva do imóvel recém-quitado, deixa o credor de finalizar o negócio, tendo de aceitar em seguida proposta menos vantajosa, é de se condenar aqueles, eis que reconhecida a sua culpa, ao pagamento de indenização pelo correspondente à diferença, com base no que a doutrina convencionou chamar perda de uma chance. Provimento parcial do recurso (TJRJ, Ap.Cív. 2007.001.69648, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcos Alcino).

Já com relação ao dano moral deve-se, primeiramente, enfrentar a questão sobre a sua prova, tendo em vista o disposto no artigo 333, I, CPC.

Segundo Yussef Said Cahali “dano moral é tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumera-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade, no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral” (*Dano Moral*. São Paulo: RT, 1998, p. 20/21).

Discute-se na doutrina pátria e na jurisprudência dos Tribunais que o inadimplemento de um contrato não é capaz de causar danos morais indenizáveis, por se tratar de risco esperado pelas partes, que podem, para se resguardarem, prever penalidades para estas hipóteses.

Porém, reconhece-se pacificamente que existem situações em que o inadimplemento contratual ultrapassa o chamado “aborrecimento natural”, comum nestes casos, e interferem intensamente no psicológico do prejudicado, causando-lhe danos morais indenizáveis.

“Outra conclusão que se tira desse novo enfoque constitucional é a de que mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agredem a dignidade da pessoa humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 89)

“De forma geral dizem alguns doutrinadores e julgadores, sem maior aprofundamento do tema, que o descumprimento de um contrato, normalmente, não acarreta dano moral, pois todo negócio jurídico traz em si um risco e, assim, é inerente a qualquer transação a possibilidade de aborrecimento. Nestes termos, não se poderia falar em dano moral em decorrência de mero cumprimento imperfeito.

(...)

O argumento trazido, *data máxima vênia*, não nos convence, visto que o fato de existir um risco

não exclui – ocorrendo o fato danoso – o direito a posterior indenização. Todo ato ou atividade traz em si um perigo, e nunca se defendeu que, ao assumi-lo, estar-se-ia abrindo mão de eventual ressarcimento. Basta supor as relações de vizinhança ou mesmo o ato de dirigir um veículo; há neles um risco de ofensa e algo acontecendo, por exemplo, se formos humilhados pelo vizinho ou vítimas de um acidente de trânsito, teremos, teoricamente, direito à indenização por dano moral. Não temos dúvida em sustentar que o efetivo transtorno e o aborrecimento geram um abalo em nossa tranqüilidade, em nossa paz, afetando assim o chamado bem-estar psíquico. Por esse motivo defendemos que tais situações caracterizam um dano”. (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*. São Paulo: RT, 2004, pp. 322/323)

“No direito brasileiro, não obstante a ausência de disposição legal explícita, a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação do dano moral tanto originário de obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana, uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de fato ilícito relativo; o direito à indenização pode projetar-se por áreas mais diversas das sociais, abrangendo pessoas envolvidas ou não por um liame jurídico de natureza contratual: assim, tanto pode haver dano moral nas relações entre devedor e credor quanto entre caluniador e o caluniado, que nenhuma relação jurídica se acha, individualmente, com o ofensor.

Na realidade, conforme assinala Viney, toda forma de responsabilidade, qualquer que seja a causa ou a natureza, induz, a cargo do responsável, o desgosto, os sofrimentos e frustrações provocados pelo seu autor: sob esse aspecto, impõe-se constatar que a distinção, se ainda posta em confronto, entre responsabilidade contratual e responsabilidade delitual, não tem hoje senão uma importância mínima; a obrigação de reparar danos extrapatrimoniais, tende, quase toda, a assumir o domínio contratual, com a mesma importância que em matéria delitual”. (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: RT, 1998, pp. 462/463)

A prova das aflições, angústias, desequilíbrios, aborrecimentos, frustrações experimentados pela vítima, que tenham interferido em seu bem estar, é de difícil produção, uma vez que tais sentimentos normalmente se manifestam apenas no “interior” dos indivíduos.

Atentas a este fato, doutrina e jurisprudência sedimentaram o entendimento de que o dano moral é um desdobramento da própria conduta ofensiva, ou seja, basta, em regra, a comprovação da ocorrência de fato danoso, suficientemente capaz de causar sofrimento ao homem médio, para estar provada a ofensa moral.

“Nesse ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral a guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum” (Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE INDENIZAÇÃO. AÇÃO PROPOSTA POR ATUAL USUÁRIA DE IMÓVEL. EXISTÊNCIA DE DÍVIDA DO ANTERIOR CONSUMIDOR. CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESTABELECIMENTO. DESCUMPRIMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA QUE SE IMPÕE. A obrigação de quitar os débitos referentes ao fornecimento de água não tem natureza jurídica de obrigação propter rem, motivo pelo qual a atual ocupante do imóvel não pode responder pelos valores inadimplidos em período anterior. Consumo faturado pelo valor mínimo, cuja legitimidade é reconhecida por este Tribunal de Justiça. Súmula 84. A multa tem função coercitiva, destinando-se a induzir o réu a cumprir o determinado na decisão que a fixou. No tocante à prova do dano moral, por se tratar de algo imaterial ou ideal, não pode ser feita pelos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material, já que não seria plausível exigir-se da vítima que lograsse comprovar sua dor, humilhação ou tristeza através de documentos ou outros meios de prova tradicionais. Entendem a melhor doutrina e jurisprudência que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorrendo da gravidade do ilícito em si, existindo in re ipsa, ou seja, comprovada a ofensa, demonstrado estará o dano moral em decorrência de presunção natural. No que tange ao quantum indenizatório, não há valores fixos nem tabelas restabelecidas para o arbitramento do dano moral. Essa tarefa cabe ao juiz no exame de cada caso concreto, observados os princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade, utilizando-se de seu bom senso prático. Na reparação por dano moral há, por assim dizer, duas concausas, quais sejam, a punição ao infrator, por haver ofendido um bem jurídico da vítima, bem como, colocar nas mãos do lesado uma soma, que não é o preço da dor, mas o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja ela de ordem moral, intelectual ou mesmo material. O quantum indenizatório fixado na sentença se mostra proporcional, em consonância ao princípio da razoabilidade. APELAÇÃO 1: DESPROVIMENTO. APELAÇÃO 2: PROVIMENTO PARCIAL (TJRJ, Ap.Cív. 2007.001.31500, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Habib).

DANO MORAL. INCÊNDIO. RESIDÊNCIA. AQECEDOR ELÉTRICO. Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais devido a incêndio causado pelo mau funcionamento de aquecedor na residência do autor. Na liquidação da sentença por artigos, o juiz rejeitou os danos materiais em razão de ter considerado insuficiente a prova de quais objetos foram consumidos pelo fogo, mas condenou a empresa à indenização por dano moral (equivalente a 1.324 salários mínimos da época). Isso posto, o Min. Relator observou que a indenização por dano moral, como se sabe, não necessita de prova, mas resulta da situação sofrida, do vexame, do transtorno e do constrangimento a que fica exposta a pessoa. Entretanto, considerou exorbitante a indenização dentro dos critérios usualmente utilizados pela Turma e os reduziu a 300 salários mínimos. Com esses esclarecimentos, a Turma deu provimento ao recurso da empresa. Precedentes citados: REsp 719.354-RS, DJ 29/8/2005; REsp 556.031-RS, e REsp 291.384-RJ, DJ 17/9/2001 (STJ, REsp 687.839-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 20/10/2005). (Grifei)

No caso em questão não ocorre um mero inadimplemento contratual, nem aborrecimentos comuns do dia a dia. A jurisprudência do Tribunal Justiça do Estado do Rio de Janeiro pacificamente vem considerando como danos morais o sentimento de se perder uma chance real de vantagem pecuniária e/ou de uma prestação mais adequada, principalmente quando é de consumo a relação existente entre a vítima e o responsável pela perda da chance.

Serviços de telefonia móvel requisitados por terceiro em nome do autor. Negativação do nome desse. Sentença de improcedência. Apelação. Fraude. Risco do empreendimento, fortuito interno, no dizer da mais autorizada doutrina e, por isso, inepto à exclusão do nexa causal, em cujo envolver se situa, sem dúvidas quaisquer, a ação fraudulenta de terceiro que, munido de documentos do autor, por ele se fizera passar, logrando a obtenção e a utilização dos serviços da ré, carregados a esse e a seu nome, os ônus daí decorrentes. Responsabilidade do fornecedor dos serviços. Enunciado 6: Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar. Dano moral. O dano moral, em caso de indevida negativação do nome do consumidor ou de terceiro, resulta in re ipsa na medida em que, segundo o quod plerumque accidit, do fato resulta comprometimento do bom nome do negativado, pelo menos no que respeita ao respectivo patrimônio creditício, de índole imaterial. Repercussão, ademais, por sobre relações dessa natureza mantida pelo autor. Dano material, consubstanciado no fato de que lhe fora obviada a oportunidade de contratar serviços de telefonia mais vantajosos, que mais se insinua como a denominada perda de uma chance que, no caso, mais se assume feito de dano extrapatrimonial, tão remoto que se exhibe o pretendido lucro cessante daí decorrente. Verba única e moderada que se fixa, olhos postos no princípio da proporcionalidade que deve presidir a ponderação entre a lesão suportada e a franca inimizade que o ordenamento jurídico devota ao enriquecimento sem causa. Juros de mora. Embora subjacente na relação de consumo um vínculo contratual de compra e venda de bens ou serviços, em se cuidando de vítima de relação travada entre terceiros, exhibe-se extracontratual a responsabilidade do respectivo fornecedor. Juros contados do evento. Recurso parcialmente provido (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.48075, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Maurício Caldas Lopes).

INTERNET. CONTRATO DE ASSESSORIA PARA RECOLOCAÇÃO DE PROFISSIONAL NO MERCADO DE TRABALHO. ERRO EM CURRÍCULO. PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL. Apelação Cível. Relação de consumo. Contrato de assessoria para recolocação de profissional no mercado de trabalho com duas vertentes: intermediação (“headhunting”) e divulgação de resumo curricular da autora no sítio eletrônico da fornecedora de serviço. Obrigações de resultado e de meio. Currículo que consta com grave erro na rede de computadores durante meses. Autora que busca emprego com arquiteta e aparece na rede como administradora de empresa. Vício de qualidade do serviço por inadequação. Inteligência do art. 20 e par. 2., CDC. Dano moral decorrente de perda de chance. Recurso parcialmente provido pela maioria. Vencido em parte o Des. Antônio Saldanha Palheiro (TJRJ, Ap.Cív. 2007.001.09834, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ENSINO SUPERIOR. CURSO DE MESTRADO. NÃO RECONHECIMENTO. LUCROS CESSANTES. DANO MORAL. 1) Assoma-se o defeito na prestação dos serviços ofertados pela Ré, eis que frustrada a legítima expectativa do consumidor na obtenção do diploma, diante do não-credenciamento de curso de pós-graduação pelo MEC. 2) Ressalvadas as hipóteses expressamente prevista em lei, como os juros de mora e a cláusula penal, não há dano material presumido. Quem se alega prejudicado, portanto, deve provar, no próprio processo de conhecimento, que o fato de que se queixa concreta e efetivamente causou-lhe prejuízo, não bastando a simples potencialidade de dano a que ficou exposto. 3) Assim, as oportunidades eventualmente perdidas pelo autor subsumem-se, não exatamente aos lucros cessantes, mas ao que a doutrina francesa denomina de perda de uma chance, cuja mensuração já se encontra abarcada no montante fixado na sentença a título de danos morais, daí porque se admite a sua fixação em valor além do montante ordinariamente estabelecido pela Corte. Sentença que se mantém in totum (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.46181, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri).

RESPONSABILIDADE CIVIL, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AÇÃO DESFECHADA EM FACE DO ADVOGADO, QUE DEIXOU DE CUMPRIR OBRIGAÇÃO A SEU CARGO. ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR SÃO O ATO ILÍCITO, O DANO E O NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DO CDC. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA, A TEOR DO ART. 14, PARÁGRAFO 4º, DO CDC. ATO ILÍCITO DECORRENTE DA NEGLIGÊNCIA. PREJUÍZO CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE. RECURSO PROVIDO (TJRJ, Ap.Cív. 2003.001.29927, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Luisa Bottrel Souza).

Nas hipóteses em que o consumidor tenha recebido uma oferta de outra operadora, e desde que apresente, no momento oportuno, seus termos, principalmente as vantagens econômicas, a indenização pelo dano moral decorrente da frustração causada pela perda de uma chance de obtenção de vantagem econômica deverá ser cumulada com a reparação dos danos materiais (valor da vantagem que deixou de ser percebida).

Ao contrário, nas hipóteses em que o dano moral decorrer simplesmente da frustração do consumidor de perder a chance de ter um serviço mais adequado, a indenização será “pura”.

Ressalte-se que desempenha uma função social o reconhecimento de que ambas as situações (frustração pela perda de uma chance de vantagem econômica ou de serviço mais adequado) configuram dano moral.

Ademais, trata-se da única forma de se fazer a ré refletir se, de fato, vale a pena atuar de forma ilícita, tendo em vista a ausência de disposições legais prevendo uma específica sanção punitivo-pedagógica para o fornecedor faltoso, já que os artigos 16, 45 e 52, § 3º, todos do CDC, foram objetos de veto presidencial. Estes motivos deram à indenização por danos morais uma “dimensão coletiva”. Com efeito, a concretização dos objetivos pretendidos pelo legislador (artigo 4º, CDC) depende, quase que exclusivamente, do caráter punitivo-pedagógico que deve representar a indenização por danos morais.

“Por conseguinte, é imperioso – e essa é uma idéia fundamental do presente trabalho – que também no âmbito da tutela nominalmente individual se dê efetividade plena ao princípio da dimensão coletiva, a ele se atribuindo efeitos concretos, palpáveis. Ativando-se a função preventivo-pedagógica dos provimentos judiciais, alcança-se um desses efeitos concretos. Como a reparação dos danos morais, ao contrário do ressarcimento por prejuízos materiais, não tem balizas fixas, presta-se sobremodo a essa transcendência maior reclamada para o ‘processo do consumidor’. Se não tivessem sido objeto de veto presidencial os dispositivos do CDC que previam a multa civil (arts. 16, 45 e 52, § 3º), não se exigiria tanto da indenização por danos morais. Sem multa civil, porém, o já comentado *macroprocesso*, para a concretização dos seus amplos escopos, muito vai depender da concepção que triunfar, no foro, a respeito do peso da indenização por danos morais.

(...)

(...) É preciso então proclamar, com todas as letras: ao apreciar pedido de indenização por danos

morais, no território das relações de consumo, o magistrado deve pensar não só no caso concreto, mas também nos efeitos que a decisão produzirá em um raio muito maior. (...)”. (GARCIA, José Augusto. *O Princípio da Dimesão Coletiva das Relações de Consumo: Reflexos no “Processo do Consumidor”*, especialmente quanto aos Danos Morais e às Conciliações. Revista da EMERJ, v. 1, n. 2, Rio de Janeiro: EMERJ, 1998, 130/131)

Do nexo de causalidade

Flagrante o nexo de causalidade entre os danos citados e o atuar ilícito (abusivo) da ré, portanto, desnecessário tecer mais qualquer comentários.

“Refere-se o terceiro elemento à relação de causalidade entre o cumprimento imperfeito e o dano. Assim, o cumprimento imperfeito deve ser a causa, a gênese, a origem, enquanto o dano, a sua consequência”. (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*. São Paulo: RT, 2004, p. 338)

Da antecipação de tutela

A concessão de medida antecipatória, no sentido de vetar a ré de subordinar o desbloqueio dos aparelhos por ela comercializados com descontos ao pagamento de multa pela não verificação do prazo de permanência, se mostra necessária e pertinente, salvo quando comprovadamente não existir viabilidade técnica.

Dispõe o parágrafo 3º do artigo 84 do CDC que, “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

O dispositivo supramencionado cuida da concessão de tutela liminar para garantir a total satisfação do direito do consumidor nos casos em que a espera pelo provimento final da demanda interfere de forma negativa.

Trata-se, portanto, de verdadeira antecipação de tutela, logo, deve o dispositivo ora em comento ser interpretado em harmonia com o artigo 273 do Código de Processo Civil, que trata do assunto de forma geral.

O artigo 273 do CPC exige, para que seja concedida a antecipação parcial ou total da tutela pretendida, que exista prova inequívoca que convença o juiz sobre a verossimilhança das alegações do autor, e que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. A antecipação da tutela não será concedida caso exista “perigo” de irreversibilidade do provimento antecipado.

A doutrina já se manifestou sobre a contradição existente nas expressões “prova inequívoca” e “que convença da verossimilhança da alegação”, contidas no artigo 273 do CPC, concluindo que, havendo uma prova inequívoca haverá certeza, e não simples verossimilhança, cujo real significado é parecer ser verdadeiro o alegado, logo, a melhor interpretação para o dispositivo é haver probabilidade da existência do direito alegado, para que possa ser concedida a antecipação da tutela.

“O artigo 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz se convença da verossimilhança da alegação. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão

robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor.

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no artigo 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo 1995, ed. Malheiros, pp.143)

Portanto, para que a antecipação de tutela possa ser concedida é necessário que: haja prova (ou mesmo indícios) demonstrando que há probabilidade de as alegações do autor da demanda ser verdadeiras, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Os pressupostos e requisitos para a concessão da medida liminar encontram-se presentes, vejamos:

A ré, conforme pode ser verificado nos documentos em anexo, confessa que subordina o desbloqueio dos aparelhos que comercializa com desconto ao pagamento de multa por não verificação do prazo de permanência previsto no contrato. As alegações autorais, neste sentido, são mais do que verossímeis.

A insistência na abusiva prática que se pretende combater, conforme visto, é plenamente capaz de privar o consumidor de obter uma vantagem econômica ou um serviço mais adequado durante um considerável período. Os danos, ou melhor, as perdas de chances, nestes casos, são irreversíveis: ofertas, como se sabe, não são eternas; principalmente no concorrido setor de telefonia móvel, as ofertas costumam ter curto prazo de validade. A inadequação do serviço de telefonia móvel, como o péssimo sinal ou a falta deste em algumas localidades, podem facilmente gerar perdas irreparáveis, como uma proposta de emprego (não recebida pela falta de sinal), o não conhecimento de um fato que deveria ser sabido em um único momento (justamente quando o consumidor encontrava-se em uma localidade sem sinal).

O ordenamento jurídico pátrio não prevê como forma de cobrança de créditos a indisponibilidade de direitos alheios sem a devida intervenção do judiciário. O direito de crédito deve ser exercido na forma prevista em lei, e não na forma (abusiva) escolhida pela ré.

O direito de crédito decorrente da não observância do prazo de permanência não é perdido com o desbloqueio gratuito do aparelho. A ré, conforme acima mencionado, poderá exercê-lo na forma prevista no ordenamento. Portanto, concedida a antecipação da tutela na forma pretendida não há como se falar em dano reverso.

DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer:

01) A citação da ré via mandado próprio para, querendo, contestar a presente;

02) a condenação da ré na obrigação de não subordinar o desbloqueio de estações móveis que comercializa com desconto ao pagamento de multa pela não verificação do prazo de permanência previsto no contrato, salvo nos casos em que comprovada a inviabilidade técnica do aparelho;

03) a concessão de medida liminar em relação ao pedido 2;

04) a fixação de multa diária para assegurar o cumprimento da medida liminar e/ou da obrigação definitiva, caso seja concedida;

05) seja a ré condenada a reparar todos os danos causados aos consumidores pela prática abusiva que se pretende combater;

06) a condenação da ré na obrigação de publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação desta Capital, em quatro dias intercalados, sem exclusão do domingo, em tamanho mínimo de 20 cm x 20 cm, a parte dispositiva de eventual procedência, para que os consumidores dela tomem ciência, oportunizando, assim, a efetiva proteção de direitos lesados;

07) a intimação do Ministério Público;

08) a condenação da ré ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Protesta por todos os meios de prova admitidos. Dá-se à causa o valor de R\$ 25.315,00 (vinte e cinco mil trezentos e quinze reais).

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2008.

PAULO GIRÃO BARROSO
OAB/RJ 107.255

RODRIGO RIBEIRO THAUMATURGO CORRÊA
OAB/RJ 130.284