



COMARCA DE PORTO ALEGRE
16ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL
Rua Márcio Veras Vidor (antiga Rua Celeste Gobato), 10

Número de Ordem: 514/2012
Processo nº: 001/1.10.0139601-5 (CNJ:1396011-90.2010.8.21.0001)
Natureza: Ação Coletiva
Autor: Ministério Público
Réu: Tim Celular S.A.
Juiz Prolator: Juíza de Direito - Dra. Laura de Borba Maciel Fleck
Data: 23/08/2012

AÇÃO COLETIVA. INTERNET BANDA LARGA 3G. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, COBRANÇA ABUSIVA E DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A HIPOSSUFICIÊNCIA DOS CONSUMIDORES. A BOA-FÉ, TRANSPARÊNCIA E HARMONIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO, INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO E PROVIMENTOS MANDAMENTAIS. ABRANGÊNCIA NACIONAL DESTA DECISÃO.

Vistos.

I – O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL ajuizou **ação coletiva de consumo** em desfavor da **TIM CELULAR S/A**, pessoa jurídica qualificada na demanda, referindo, em síntese, que a partir da instauração do **Inquérito Civil nº. 80/2009**, foi apurada a prática comercial abusiva e publicidade enganosa por parte da ré na comercialização do serviço Banda Larga 3G. Disse que a oferta induz o público em erro ao acreditar que a velocidade contratada lhe será disponibilizada na capacidade máxima negociada, sem informar qualquer restrição na quantidade de dados trafegados mensalmente. Ainda, omite esclarecimentos atinentes a fatores que impossibilitam o seu desempenho nos moldes contratados pelo consumidor, bem como o percentual mínimo efetivamente garantido para navegação. Asseverou que as circunstâncias que possam acarretar a redução da velocidade originalmente contratada não estão mencionadas com o mesmo destaque na oferta, nos contratos e nos meios de divulgação e que a referência à previsão de limitação da velocidade constante no contrato, por si só, implica em contradição com o termo “ilimitado” referido na publicação. Requeru, em caráter liminar: **a) a possibilidade de rescisão dos contratos sem a imposição de multa; b) a restituição imediata da quantia despendida pelo consumidor, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, c) a abstenção da ré na continuidade da prática comercial abusiva suso referida**, determinando que a mesma: informe o percentual mínimo da velocidade de acesso ofertada que garante contratualmente, as circunstâncias que possam acarretar a



redução da velocidade originalmente contratada, bem como as localidades que são abrangidas pela tecnologia 3G, com o mesmo destaque em todo e qualquer meio de divulgação; **d)** a imposição de que informe no site da TIM Celular, no mesmo local onde oferte o serviço de banda larga o significado dos aspectos técnicos da oferta, tais como: velocidade contratada, volume de tráfego e acesso à internet ilimitado e, **e)** a determinação de que seja entregue ao consumidor de uma via do contrato correspondente à operação contratada, no ato da compra ou, em caso de contratação por telefone ou internet, no prazo de até 10 dias anterior ao vencimento da primeira fatura, tudo, sob pena de multa combinatória. Nos provimentos finais, reiterou a tutela urgência, requerendo, também, a condenação da ré ao pagamento de dano moral e materiais coletivo e a publicação da parte dispositiva da presente decisão, em caso de procedência, nos jornais de grande circulação (fls. 02/22). Juntou documentos (apenso I).

A petição inicial foi recebida, restou invertido o ônus da prova e postergada a análise do pedido liminar para após o contraditório (fl. 23).

Citada (27v), a demandada ofereceu contestação. Discorreu que o usuário pode utilizar ilimitadamente o volume de tráfego, sendo que a velocidade de conexão terá o limite estabelecido pelo pacote de acesso contratado e que tais informações estão contempladas de forma explícita no "Termo de Compromisso para Contratação de Pacote de Dados – TIM Web" e na publicidade veiculada. Referiu que não existe confusão nas expressões referidas pelo Ministério Público e que a velocidade máxima que a conexão do usuário poderá alcançar depende, também, da rede utilizada e de eventuais oscilações, esclarecimentos prestados no momento da contratação e nos meios de divulgação disponível. Expôs que após a adesão, o consumidor possui três dias para desistir do serviço e caso decida manter a contratação, dispõe de Central de Atendimento para solucionar eventual impasse com o serviço. No mais, discorreu sobre a impossibilidade de rescisão do contrato com a isenção da multa fidelidade e dos demais pedidos mandamentais e condenatórios formulados na inicial. Pugnou pela improcedência dos pedidos (fls. 42/64). Acostou documentos (fls. 65/83).

Apresentada réplica (fls. 84/98), a antecipação de tutela restou deferida e as partes foram intimadas acerca do interesse na produção de outros elementos probatórios (fls. 108/109), tendo sido realizada audiência de instrução e julgamento, mediante inquirição de testemunha por carta precatória (fls. 227/228 e 240).

Foi publicado o edital previsto no art. 94 do CDC.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Passo a decidir.

II – O feito teve tramitação regular e se encontra apto para julgamento, tendo sido assegurado às partes o direito ao contraditório, permitindo-lhes, assim, a faculdade para a produção das provas que entendessem necessárias para o deslinde da lide.

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

A solução do litígio, diante das circunstâncias do caso concreto, é basicamente documental, de modo que passo analisá-la, sempre observando,



porém, a regra prevista no art. 333 do Código de Processo Civil.

Às partes não basta simplesmente alegar os fatos. Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado, o que se dá através das provas¹.

O ônus da prova é o momento subsequente ao ônus de alegação no processo civil. Em linha de princípio, tanto os fatos não alegados, quanto os fatos alegados, porém não demonstrados, são irrelevantes para o desfecho da causa. Desta forma, tendo em vista que as partes é que se mostram mais interessadas pelo provimento final, o Direito, com o escopo de instigá-las ao contraditório efetivo para o aclaramento da matéria controvertida, trabalha a teoria do ônus da prova².

Ora, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova é possível, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando a parte for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. No caso, tendo em vista os fatos e os fundamentos jurídicos dos pedidos, mostra-se pertinente a inversão do *onus probandi*, já determinada por ocasião da decisão que recebeu a peça vestibular (fl. 23), ainda mais diante da patente vulnerabilidade dos consumidores em tela e do fato de o demandante atuar como substituto processual.

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

A Constituição Federal refere-se ao consumidor entre os **direitos e garantias fundamentais**, em seu art. 5º, inciso XXXI, bem como, entre os **princípios gerais da atividade econômica**, em seu art. 170, inciso V. Igualmente, nas Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48.

Assim, sempre que se faz referência ao consumidor, a Constituição Federal determina a sua defesa, ou seja, reconhece necessidade de sua proteção especial, porque reconhece a sua **vulnerabilidade** dentro da relação de consumo³.

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

“Em verdade aqui se trata de um detalhamento do inciso III do art. 6º ora comentado, pois que se fala expressamente de especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, obrigação específica dos fornecedores de produtos e serviços. Trata-se, repita-se, do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles”.⁴

¹ USTÁRROZ, Daniel. *Prova no Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 47.

²Idem.

³BENJAMIN, Antonio Herman, MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

⁴In: BENJAMIN, Antonio Herman, MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual do



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

“A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”.⁵

De modo que esta nova transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato, o próprio contrato e o momento pós-contratual. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato.

Por sua vez, o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, ao regular o dever de informar, dispõe que: “a *oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores*”.

O Código Civil possui, hoje, preceito expresso no sentido de que as relações jurídicas devam ser realizadas com base na **boa-fé** (art. 422 do CC), a exemplo do que ocorre no Direito alemão (§ 242 do BGB – *Leistung anch Treu und Blauben* - “Prestação segundo a boa-fé”). Essa boa-fé objetiva decorre também dos princípios gerais do Direito, e a exigência de as partes terem de comportar-se segundo a boa-fé tem sido assim proclamada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência⁶.

O comportamento das partes de acordo com a boa-fé tem como consequência a possibilidade de revisão do contrato celebrado entre elas, pela incidência da *clausula rebus sic stantibus*, a possibilidade de arguir-se a *exceptio doli*, a proteção contra as cláusulas abusivas enunciadas no art. 51 do CDC, entre outras aplicações da cláusula geral⁷.

No sistema brasileiro das relações de consumo, houve opção explícita do legislador pelo primado da boa-fé. Com a menção expressa do art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor à “boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”, como princípio básico das relações de consumo – além da proibição das cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV, do referido diploma legal) – o microssistema do *Direito das Relações de Consumo* está informado pelo princípio geral da boa-fé, que deve reger toda e qualquer espécie de relação de consumo, seja pela forma de ato de

⁵ Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

⁶ In: Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2002. p. 594-595.

⁷ NERY Jr, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comendado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 515.

⁷ Idem.



consumo, de negócio jurídico de consumo, de contrato de consumo etc⁸.

A boa-fé na conclusão do contrato de consumo é requisito que se exige do fornecedor e do consumidor (art. 4º, III, do CDC), para que haja **transparência e harmonia nas relações de consumo** (art. 4º, *caput*, do referido diploma legal), buscando o equilíbrio entre os contratantes.

Em se tratando de **contrato de adesão**, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, a teor do que preceitua o art. 47 do CDC. É muito comum o consumidor tomar conhecimento de uma cláusula contratual que atua em seu desfavor apenas quando ocorre o fato que enseja a aplicação daquela cláusula⁹. O princípio da **isonomia**, modernamente, tem sido entendido como tendo implicação consequencial de **igualdade substancial real**, e não apenas formal. Isso se traduz, na prática, com a consideração de que isonomia quer significar tratar desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades¹⁰.

c) O interesse coletivo:

A *summa divisio* das origens do Direito, com a rígida divisão entre público e privado, era comprensível numa era em que os únicos pólos existentes eram o indivíduo e o Estado. *Tertium non datur!* Ocorre que a evolução do Estado, da sociedade e, consequentemente, do Direito trouxe o fracionamento do poder estatal e o surgimento de novos focos de poder¹¹.

Como salienta Waldemar Mariz de Oliveira Jr.,

“a sociedade em que vivemos é totalmente diversa das sociedades de séculos passados, havendo nela interesses e direitos que não se enquadram com precisão entre os de natureza individual e os de natureza pública. A verdade é que há interesses e direitos que não pertencem nem ao indivíduo e nem ao Estado, mas cuja existência é inegável. Situam-se eles, na realidade, entre ambos, pertencendo a grupos, classes, categorias de indivíduos, enfim a grupos ou formações intermediárias, os quais, ante algumas liberdades fundamentais que são outorgadas pela própria Constituição, julgam-se com direito à tutela jurisdicional.

⁸Ibidem.

⁹O excerto que segue, da obra do jurista Nelson Nery Júnior, embora redigido quando os aparelhos de toca-fitas ainda preenchiam a maior parte dos painéis dos veículos brasileiros, pode ser bem aplicado ao caso dos autos: “Os contratos de seguro de toca-fitas de automóvel, por exemplo, contém normalmente cláusula de que a cobertura do seguro somente ocorre uma vez. Isso em termos práticos significa: o prazo de vigência do contrato é de um ano *ou* quando ocorrer o sinistro e for efetivada a cobertura. Quando, pela segunda vez no período inferior a um ano, o consumidor se dirige à seguradora para pleitear a cobertura do furto do toca-fitas, recebe alegação sumária de que não tem direito àquela cobertura, porque o contrato já não está mais em vigor. (...) O Código exige que a redação das cláusulas contratuais seja feita de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor para que a obrigação por ele assumida para com o fornecedor possa ser exigível”. (In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 556).

¹⁰Ibidem.

¹¹SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.



A *summa divisio* encontra-se irremediavelmente superada na realidade social de nossa época, a qual é infinitamente mais complexa, mais articulada e mais sofisticada do que a expressa pela simplista dicotomia tradicional. Novos direitos e novos deveres aparecem, os quais, sem ser públicos no sentido tradicional da palavra, são, todavia, coletivos. Pertencem eles, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém. Com efeito, tendo-se em conta que pertencem a grupos, classes ou categorias de pessoas, deles ninguém é titular exclusivo, mas, ao mesmo tempo, todos os membros daqueles são seus titulares”.¹²

Os interesses coletivos são metaindividuais, ou superindividuais, por serem comuns a uma coletividade de pessoas determinada de acordo com o vínculo jurídico definido que a distingue. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, são os seguintes os requisitos para o interesse ser considerado coletivo: a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada¹³.

O conceito legal, constante do art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe serem os interesses ou direitos coletivos:

“os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”.

Na lição de Kazuo Watanabe,

“essa relação jurídica-base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda, constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica-base preexistente com a relação jurídica originária de lesão ou ameaça de lesão”.¹⁴

Os interesses ou direitos coletivos, organizados ou não, se são de natureza indivisível, passam a apresentar unidade, independentemente da reunião de seus titulares numa entidade representativa, tornando possível sua

¹²Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, pp. 2 e 6-7.

¹³MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55.

¹⁴WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5^a ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 629.



tutela em uma única ação¹⁵.

O Superior Tribunal de Justiça fixou as características e as distinções em relação aos interesses coletivos, ao decidir uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo contra a cobrança indevida de taxa de iluminação pública:

"Os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo" (STJ, Resp. Nº 49.272-6, RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21-9-94).

A tutela dos interesses já não pode estar baseada em sua titularidade, mas em sua relevância social. Nos interesses difusos, a relação de titularidade entre o interesse e uma pessoa determinada não existe. Não há possibilidade de apropriação por sujeito determinado, referindo-se o interesse difuso a uma série indeterminada de sujeitos. A indeterminação dos sujeitos deriva do fato de não existir um vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por esses interesses, que, ao contrário, são agregados, ocasionalmente, por situações de fato contingenciais, como o consumo, a vida em comunidade e até mesmo a própria existência apenas¹⁶.

O objeto do interesse difuso é um bem da vida de natureza difusa, de formação fluida no seio da comunidade, referindo-se a sua totalidade. Daí o caráter super ou metaindividual dos interesses difusos. Portanto, seus titulares são indetermináveis, ainda que no caso concreto um de seus sujeitos ou determinada entidade possa exercitá-los, ou exigí-los judicialmente. Tal fato se dá em razão da legitimidade de agir, da faculdade processual ou instrumental para a proteção dos interesses, o que não altera a essência do interesse, que é difusa, por se referir a toda a coletividade indistintamente¹⁷.

No caso em exame, os pedidos revelam compatibilidade e buscam o reconhecimento genérico de um direito dos consumidores e os interesses homogêneos encontram-se delimitados. Esses dados possuem superlativa importância, pois determinam a abrangência da demanda e revelam a necessidade e a adequação da demanda.

d) Do serviço de Internet Banda Larga 3G oferecido pela ré:

Na sociedade de consumo, o consumidor é geralmente mal informado. Ele não está habilitado a conhecer a qualidade do serviço oferecido no mercado, nem a obter, por seus próprios meios, as informações exatas e essenciais. Sem uma informação útil e completa, o consumidor não pode fazer uma escolha livre.

E não é qualquer modalidade informativa que se presta para atender as exigências legais previstas no Código de Defesa do Consumidor. A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa.

¹⁵SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

¹⁶Idem, p. 15.

¹⁷Ibidem, p. 15.



Isto porque, o objetivo da publicidade é mobilizar o imaginário do consumidor, a fim de tornar o produto desejado. Por isto, quando bem informado é um ser apto a ocupar seu espaço na sociedade de consumo. Só que essas informações muitas vezes não estão à sua disposição. Por melhor que seja a sua escolaridade, não tem condições, por si mesmo, de aprender toda a complexidade do mercado.

A investigação promovida pelo Ministério Público, através do Inquérito Civil nº. 80/2009, apontou a insatisfação de consumidores que aderiram à “INTERNET BANGA LARGA 3G”. Segundo relatos, a irresignação se refere ao vício no serviço oferecido, no tocante à lenta velocidade ou ausência de conexão à internet banda larga durante a navegação, bem como à dificuldade na rescisão do contrato sem a multa fidelidade.

No que tange ao reconhecimento da prática comercial abusiva atinentes à deficiência na informação quanto aos fatores que possam acarretar na redução da velocidade contratada, de inicio, analiso a controvérsia ressalvando que os documentos utilizados pela demandada como forma de dar publicidade ao serviço oferecido contém vício, pois não são todos que abrange a informação essencial transcrita na cláusula nº. 17 do “Termo de Compromisso para Contratação de Pacote de Dados – TIM Web” (fls. 67/70), qual seja: **para todos os pacotes após o consumo de 1G, a velocidade será reduzida para até 200Kbps, até o período de faturamento subsequente.**

Enquanto a requerida oferece planos ilimitados com velocidade de até 300Kbps, até 600Kbps e até 1Mbps, o contrato estabelece cláusula abusiva, na medida em que impõe condição que, no mínimo, deveria ser de conhecimento do consumidor em momento prévio à contratação, através de todos os meios de divulgação e com o tamanho da fonte compatível com a visualização.

O exemplo ilustrado é o folheto juntado à fl. 66. A publicidade ali veiculada divulga que o pacote disponível para contratação pode ser de **até 300Kbps, até 600Kbps e até 1Mbps** (fl. 66), sendo que o **asterisco** inserido ao lado remete para a seguinte informação:

... a velocidade está sujeita a fatores externos, que podem interferir na prestação do serviço”

E no “REGULAMENTO”¹⁸, a informação imprescindível à leitura do consumidor passa desapercebida, pois colocada em letra com tamanho muito reduzido, quase imperceptível e, mesmo se percebido, de difícil entendimento. Aquilo que está visualmente ao alcance do público nada aborda acerca da questão, dando a impressão que somente fatores externos podem influenciar na velocidade contratada, quando a compreensão apresenta-se equivocada à respeito da oferta.

Na verdade, não são só fatores externos que podem influenciar na velocidade contratada, mas, também, a conduta da requerida, que após o consumo de 1GB, reduz unilateralmente a velocidade para até 200Kbps. O comportamento da ré nesta fase pre contratual caracteriza afronta aos direitos básicos do consumidor.

Em termos financeiros, a desproporção pode não ser gritante para aquele que contrata **até 300Kbps**. Entretanto, para aquele que contrata **até**

¹⁸Cláusula 5.7.



1Mbps, por exemplo, e tem a sua velocidade reduzida para **até** 200Kbps, a medida caracteriza flagrante enriquecimento ilícito pelo desequilíbrio entre o valor pago e o serviço prestado, já que a limitação imposta ao consumidor é padrão – até 200Kbps, mas o valor do plano contratado não. Em última hipótese, não poderia o consumidor que contratou **até** 1Mbps sofrer redução em igual proporção aquele que contratou um plano de **até** 300Kbps, pagando o valor daquele pacote.

Sob este aspecto, a cobrança de tarifa mais elevada pelo pacote dito “ilimitado”, representa um verdadeiro engodo, um engano, pois de nada adiantaria a ausência de limite de tráfego de dados se a partir de certo volume a operadora pode reduzir a velocidade a tal ponto de insuficiência, que o próprio se torne inviável diante da irrisória velocidade de conexão. Assim, se cobra tarifa mais alta por tráfego ilimitado, não é compatível com as regras de proteção aos direitos do consumidor a possibilidade da redução de velocidade ao menos neste pacote.

Outro fator que demanda atenção é a deficiência na informação sobre as localidades abrangidas pela tecnologia 3G. Embora a disponibilidade de cobertura esteja disponível no site e através dos postos de venda, o “Termo de Compromisso para Contratação de Pacotes de Dados” juntado às fls. 08/11 do Inquérito Civil, é a prova cabal de que o serviço está sendo oferecido (e vendido) em região em que não há qualquer viabilidade técnica.

O contrato de adesão demonstra que o serviço “TIM WEB ILIMITADO” foi contratado em uma das lojas da requerida, localizada na Cidade de Gravataí – RS, quando o ofício enviado pelo departamento jurídico da demandada ao Ministério Público (fl. 54), em resposta à reclamação do consumidor que aderiu à contratação, revela que a área territorial não é atendida por esta modalidade de tecnologia 3G.

Ora, se não há viabilidade técnica para a prestação do serviço naquela região, o comportamento da empresa de telefonia beira à má-fé, pois oferece serviço aparentemente atrativo e efetiva contratação quando previamente ciente da impossibilidade no cumprimento das suas obrigações. Como se não bastasse, dificulta ao máximo a rescisão do contrato, valendo-se sempre de uma fidelidade que, diante do precário serviço oferecido, apenas agrava a conduta ilícita.

De igual forma, é imprescindível que haja divulgação em relação ao percentual mínimo da velocidade que garante contratualmente, já que é seu dever prestar o serviço de forma adequada, contínua e ininterrupta, nos termos em que pactuado. A requerida dispõe de todo um aparato técnico para realizar testes e estudos de viabilidade na região e se eventualmente não dispõe, não pode oferecer o serviço em questão. De qualquer maneira, o que não se pode admitir é que a ré possa desrespeitar direitos comezinhas do consumidor e prestar um serviço de péssima qualidade.

E mesmo que possível a variação de velocidade, não é aceitável que a oscilação ocorra com frequência e que a redução se dê de modo drástico, em percentual inferior a 80% (oitenta por cento) da velocidade esperada (e contratada). As regras do Código de Defesa do Consumidor, frise-se, se aplicam para todos os produtos e serviços, velhos ou novos, antigos ou modernos. Logo, eventual dificuldade técnica, cuja prova não veio aos autos, não constitui caso fortuito, força maior ou fato de terceiro, capazes de romper o nexo de causalidade.

O custo do serviço, por óbvio, foi calculado a partir da velocidade de navegação contratada (e quase nunca alcançada) pelo usuário. Uma empresa do quilate da TIM S/A não lançaria em âmbito nacional um serviço sem conhecer,



de antemão, sua capacidade operacional. Trata-se, assim, de uma deliberada propaganda abusiva e enganosa que comercializou um serviço que efetivamente pouco funcionava.

Ainda, faz-se necessária informação clara, precisa e ostensiva quanto aos conceitos básicos sobre os aspectos técnicos que envolve a relação contratual, disponibilizadas no mesmo local da oferta, tudo, para evitar que o consumidor seja induzido em erro ao contratar o serviço. Vale salientar que o público deve ter acesso visual a esse tipo de informação, por se tratar de elemento essencial de serviço de internet móvel.

No que diz com a possibilidade de rescisão contratual pelos consumidores que contrataram o serviço de internet banda larga 3G, ressalvo que a veiculação de propaganda enganosa, por si só, já causou dano, pois lesou interesse difuso, atingindo toda a coletividade, de forma indiscriminada e geral. Tal prática ofendeu simultaneamente todos os consumidores, razão pela qual deve ser possibilitada a extinção do contrato.

Assim, se uma pessoa, movida pelo anúncio enganoso, contratou o serviço, é evidente que possui o direito de pleitear a rescisão contratual, ficando, inclusive, desobrigada do pagamento da multa de fidelização, porquanto, repiso, somente contratou movida pela publicidade viciada que lhe induziu em erro.

Diante disso, todos os consumidores que contrataram o serviço de internet banda larga 3G e que se sentirem lesados em razão da publicidade enganosa veiculada poderão buscar a rescisão do contrato, com a restituição imediata da quantia despendida pelo consumidor, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ficando isentos do pagamento da multa pela fidelização. Em contra partida, aquele consumidor que aderir ao serviço, faz jus a receber uma cópia do contrato, mesmo quando o celebrado por telefone ou via internet, nestes casos em até dez dias antes do vencimento da primeira fatura.

O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa. Compreende-se que assim seja. Esse traço patológico afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado, pois provoca uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria.

Por certo, podemos identificar dois tipos básicos de publicidade enganosa: a omissiva e a comissiva. Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é.

Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de informar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é essencial ao negócio. Esta atitude deve ser reprimida, porque consiste em informações obrigatórias, que tem o condão de levar o consumidor a adquirir ou não o produto ou serviço, ou seja, influenciar na sua decisão, não materializando o negócio jurídico, caso o conheça.

Portanto, a conduta perpetrada pela ré, que somente a si lhe aproveita economicamente, deixando de informar a massa consumidora pontos relevantes à interferir na escolha do público, deve ser vedada pelo Poder Judiciário, pois, flagrante a infringência aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

e) Existência de dano moral coletivo:



Em relação aos **danos coletivos**, cumpre destacar a existência de elementos probatórios que indicam a ocorrência de dano patrimonial coletivo.

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

Como bem pondera Leonardo Roscoe Bessa,

"a correta compreensão do dano moral coletivo não se deve vincular, como já se destacou, a todos os elementos e racionalidade próprios da responsabilidade civil nas relações privadas individuais. Na verdade, o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de indenização pelos danos materiais, a condenação por dano moral coletivo só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais. [...] Especificamente em relação à positivação do denominado dano moral coletivo, a função é, mediante a imposição de novas e graves sanções jurídicas para determinadas condutas, atender ao princípio da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente, patrimônio cultural, ordem urbanística, relações de consumo e a outros bens que extrapolam o interesse individual. É evidente, portanto, neste aspecto, a aproximação com a finalidade do direito penal, pois 'a característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou como o punir, evitar o crime' (Francisco de Assis Toledo. Princípios básicos de direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3)".¹⁹

A dificuldade maior é o reconhecimento da configuração do dano moral coletivo nos interesses difusos, nos quais não há sujeitos determinados ou determináveis, em face dos quais se possa avaliar a ocorrência efetiva do dano extrapatrimonial.²⁰

Além dessa dificuldade, consoante bem destacou o Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, não se pode esquecer que a classificação doutrinária em direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos não pode ser determinante para o afastamento, a priori, de eventual direito indenizatório, tendo em vista que um dano ambiental, p. ex., pode causar ao mesmo tempo um dano em relação a toda coletividade (interesse difuso) e um dano determinado em relação a uma pessoa determinada pertencente a essa coletividade (individual homogêneo).²¹

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar Filho, *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*,

"Vem a teoria da responsabilidade civil dando passos decisivos rumo a uma coerente e indispensável coletivização. Substituindo, em seu centro, o conceito de ato ilícito pelo de dano

¹⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set de 2006, p. 91.

²⁰ Apelação Cível N° 70018714857, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 12/07/2007.

²¹ Idem.



injusto, tem ampliado seu raio de incidência, conquistando novos e importantes campos, dentro de um contexto de renovação global por que passa toda a ciência do Direito, cansada de vetustas concepções e teorias.

É nesse processo de ampliação de seus horizontes que a responsabilidade civil encampa o dano moral coletivo, aumentando as perspectivas de criação e consolidação da uma ordem jurídica mais justa e eficaz.

Conceituado como a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, o dano moral coletivo é produto de ação que toma de assalto a própria cultura, em sua faceta imaterial. Diante, pois, da evidente gravidade que o dano moral coletivo encerra, exsurge a necessidade de sua efetiva coibição, para a qual está o ordenamento jurídico brasileiro relativamente bem equipado, contando com os valiosíssimos préstimos da ação civil pública e da ação popular, instrumentos afinados da orquestra regida pela avançada Carta Magna de 1988.

Seja protegendo as esferas psíquicas e moral da personalidade, seja defendendo a moralidade pública, a teoria do dano moral, em ambas as dimensões (individual e coletiva), tem prestado e prestará sempre inestimáveis serviços ao que há de mais sagrado no mundo: o próprio homem, fonte de todos os valores".²²

A reparabilidade dos danos coletivos não deve atrelar-se à espécie de direito transindividual em questão, porquanto a sua conceituação não tem o condão de limitar eventual direito individual da parte lesada.

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

De todo modo, o juízo de reparabilidade deve levar em consideração o conteúdo do objeto do direito coletivo como elemento indissociável da tutela dos interesses e direitos coletivos. O conteúdo dos direitos coletivos, segundo a doutrina especializada vem defendendo, também ostenta uma dimensão extrapatrimonial, tal como ocorre nos direitos individuais²³.

Em relação à questão dos danos morais coletivos, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou nesse sentido, em análise de precedente originário deste Estado, consoante ementa abaixo destacada:

PROCESSUAL CIVIL RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REGULAR ANÁLISE E JULGAMENTO DO LITÍGIO PELO TRIBUNAL RECORRIDO. RECONHECIMENTO DE DANO MORAL REGULARMENTE FUNDAMENTADO.

1. Trata-se de recurso especial que tem origem em agravo de

²² Artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor 12, 1997, São Paulo:RT, p. 60

²³ Apelação Cível Nº 70018714857, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 12/07/2007.



instrumento interposto em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor de AGIP do Brasil S/A, sob o argumento de poluição sonora causada pela veiculação pública de jingle que anuncia produtos por ela comercializados. O acórdão impugnado pelo recurso especial declarou a perda de objeto da ação no que se refere à obrigação de fazer, isto porque lei superveniente à instalação do litígio regulou e solucionou a prática que se procurava coibir. O aresto pronunciado pelo Tribunal a quo, de outro vértice, reconheceu caracterizado o dano moral causado pela empresa agravante - em razão da poluição sonora ensejadora de dano ambiental - e a decorrente obrigação de reparação dos prejuízos causados à população. Daí, então, a interposição do recurso especial que ora se aprecia, no qual se alega, em resumo, ter havido violação do artigo 535 do Código de Processo Civil.

2. Todavia, constata-se que o acórdão recorrido considerou todos os aspectos de relevância para o julgamento do litígio, manifestando-se de forma precisa e objetiva sobre as questões essenciais à solução da causa. Realmente, informam os autos que, a partir dos elementos probatórios trazidos a exame, inclusive laudos periciais, a Corte a quo entendeu estar sobejamente caracterizada a ação danosa ao meio ambiente perpetrada pela recorrente, sob a forma de poluição sonora, na medida em que os decibéis utilizados na atividade publicitária foram, comprovadamente, excessivos. Por essa razão, como antes registrado, foi estabelecida a obrigação de a empresa postulante reparar o prejuízo provocado à população.

3. A regular prestação da jurisdição, pelo julgador, não exige que todo e qualquer tema indicado pelas partes seja particularizadamente analisado, sendo suficiente a consideração das questões de relevo e essencialidade para o desate da controvérsia. Na espécie, atendeu-se com exatidão a esse desiderato.

4. Recurso especial conhecido e não-providio.

(REsp 791653/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.02.2007, DJ 15.02.2007 p. 218)

Ainda sobre a conceituação do tema e seu cabimento ao caso em testilha, reproduzo excertos da lavra do hoje Ministro do STJ Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, na época desembargador integrante da 3^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator da apelação cível nº 70018714857, julgada em 12/07/2007:

“Entendo, portanto, inexorável também o reconhecimento da dimensão extrapatrimonial dos interesses e direitos coletivos, que merecem tratamento diferenciado, especialmente por se dirigirem à proteção de valores que transcendem ao indivíduo.

Reconhecida a reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo decorrente de ofensa a direito transindividual, há que se proceder à análise da questão da prova desse dano.

Os direitos transindividuais devem observar a mais ampla garantia de proteção na defesa dos direitos ou interesses coletivos (rt. 83 do CDC)”.



Nesse contexto, utilizando das observações traçadas por André Carvalho Ramos²⁴, destaco que a dor psíquica que alicerçaria o dano moral individual acaba cedendo lugar (sem excluí-lo), no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de desapreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma massa de consumidores. Tal intranquilidade e sentimento de desapreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, **acarreta lesão moral que também deve ser reparada coletivamente.**

Segundo farta doutrina, o dano moral individual é constatado a partir da prova do fato em si (lesão ao bem), não sendo necessária a prova da “dor psíquica” sofrida pela parte. É o chamado dano “*in re ipsa*”. Em outras palavras, “a coisa fala por si” (“*re ipsa loquitur*”). Na esteira da ampla garantia de proteção na defesa dos direitos ou interesses coletivos (CDC, art. 83), entendo que também deve ser aplicada essa mesma orientação na constatação dos danos morais coletivos²⁵.

Nesse sentido, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

“Em consequência, é perfeitamente possível que o ordenamento jurídico, protegendo um interesse público deduzível de seus princípios, imponha, à sua violação, uma sanção de natureza não-penal. Em outros termos, o ordenamento jurídico pode tutelar diretamente o interesse público com outras formas de sanções, como a sanção peculiar do direito privado: o resarcimento ou a reintegração específica. E não há necessidade de existir norma específica determinando a reparação, mas basta que o interesse esteja protegido pelo sistema normativo, que compreende não só a norma mas também os princípios gerais”.²⁶

Destaco, também, Xisto Tiago de Medeiros Neto,

“No dano moral coletivo, da mesma forma que o dano moral de natureza individual, a responsabilidade do ofensor, em regra, independe da configuração da culpa, decorrendo, pois, do próprio fato da violação , ou seja: revela-se com o *dammum in re ipsa*. É isso expressão do desenvolvimento da teoria da responsabilidade objetiva, em compasso com a evolução da vida de relações, verificada na sociedade atual”.²⁷

²⁴ In: Ação civil pública e o dano moral coletivo. Revista de Direito do consumidor, São Paulo, v. 25, p. 80-98, jan-mar. 1998.

²⁵ Apelação Cível Nº 70018714857, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 12/07/2007.

²⁶ Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo), Revista da EMERJ, v. 3, 2000, p. 29

²⁷ Dano moral coletivo: fundamentos e características, Revista do Ministério Público do Trabalho, 2002, p. 96.



Por todo o exposto, forçoso reconhecer que a conduta da ré acarretou dano moral coletivo aos consumidores, pois expostos às suas práticas empresariais abusivas.

Assim, considerando as peculiaridades do caso concreto, a inobservância do direito de informação pela ré, o risco causado a uma relativa quantidade de consumidores, a imediata frustração com o serviço logo após sua aquisição e os transtornos daí advindos, bem como o caráter sancionador da medida, tenho por fixar o valor da indenização por dano moral coletivo em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

O valor fixado é alto e disso não há a menor dúvida. Todavia, estamos tratando de uma das maiores empresas do país, que embora possua concessão de serviço público, age à margem da lei, pois diariamente os tribunais deste país julgam inúmeros de processos envolvendo a má prestação do serviço pela TIM S/A. As condenações até então fixadas em ações individuais, sob o temor quase pueril de evitar o enriquecimento ilícito, são completamente ignoradas pela demandada, que não dá ouvidos aos reclamos de seus consumidores com a mesma intensidade que ignora os sucessivos provimentos jurisdicionais.

Daí porque é necessário que, por vezes, também o Direito Civil dê sua contribuição, via responsabilidade civil, para que a vida de relação gire em torno de condutas éticas e morais compartilhadas por todos os cidadãos de bem. E essa contribuição pode ser dada através de uma excepcional função punitiva da responsabilidade civil – que, é bom que se apresse a dizer, não se confunde com um simples critério de quantificação do dano moral²⁸.

A função clássica exercida pela responsabilidade civil é, sem dúvida, a reparatória (ou indenizatória), pela qual se atribui à responsabilidade civil a função de garantir a reparação de um prejuízo material, sob a égide do princípio da *restitutio in integrum*. Isso é assim desde que ficou claro que a responsabilidade civil deve ter como foco a vítima, a quem se procura garantir a reparação do dano injustamente sofrido, ao passo que compete ao direito penal preocupar-se com o agente violador da ordem jurídica, impondo-lhe uma sanção²⁹.

Mas modernamente, sob inspiração do direito norte-americano, outras funções podem ser desempenhadas pelo instituto. Dentre essas, avultam as chamadas funções punitiva e dissuasória³⁰.

Concluo a justificativa do montante da indenização por dano extrapatrimonial coletivo expondo que os danos coletivos foram superiores aos danos individuais e que tal circunstância não pode ser ignorada pelo julgador. Trata-se, pois, de quantia adequada para reparar o dano com suficiente carga punitivo-pedagógica. Os valores reverterão para o Fundo dos Bens Lesados pelos danos patrimoniais e morais coletivamente causados aos consumidores difusamente considerados.

A correção monetária, pelo IGP-M, deverá incidir a partir da publicação desta sentença, nos termos da súmula 362 do STJ, ao passo que os de

²⁸Recurso Cível Nº 71001249796, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/03/2007.

²⁹Idem.

³⁰Ibidem.



juros de mora de 1% (um por cento ao mês) deverão incidir a partir da citação (22/06/2010).

g) Abrangência desta decisão:

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

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

O dispositivo foi introduzido por Medida Provisória, que se transformou na Lei 9494/97, e em que pese ser norma posterior ao CDC, deverá sofrer interpretação atendendo os princípios que norteiam o processo civil, designadamente na lógica das ações coletivas, no que diz ao alcance que se pretende dar a elas e a sua viabilidade no Brasil.

O CDC, em seu art. 103, confere às demandas coletivas efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, especificando tais efeitos nos incisos I, II e III do citado artigo. Notadamente, o dispositivo referendou a teoria da coisa julgada *secundum eventum litis*. O sistema adotado estabelece uma relação entre os limites subjetivos da coisa julgada e as eficácia*s ultra partes e erga omnes*. É uma decorrência natural da indivisibilidade dos interesses pautados pelas demandas coletivas, quer pela perspectiva dos direitos, quer pela extensão dos danos a serem evitados ou reparados.

Por serem direitos indivisíveis com abrangência geral, o efetivo acesso à justiça, na sua equivalência substancial, ocorre com a universalização dos efeitos da sentença, aqui traduzida com a extensão de seus efeitos à integralidade das pessoas que tiveram seus interesses atingidos, isso porque, o caráter homogêneo do direito individual deve ser o critério determinante da amplitude da jurisdição e não a competência territorial do órgão julgador. Conclusão imperiosa em face da já citada indivisibilidade dos interesses postos *sub judice*.

A aplicação do art. 16, da Lei 7.347/85, limitando a competência territorial, deve ser interpretada como uma regulação de competência funcional ligada à organização judiciária do Estado, servindo apenas para definir a competência para processar e julgar o feito, não devendo a regra, que é de cunho meramente organizacional, acarretar severo prejuízo aos fins maiores da demanda coletiva, que é evitar a explosão de ações individuais e repetição de ações coletivas. Neste sentido, utilizei a pericrucial de Nelson Nery Jr., ao analisar os limites subjetivos da coisa julgada em demandas coletivas:

“Trata-se de instituto criado para que a solução de pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas sejam tomadas em ação única. Do contrário, o instituto não teria serventia prática. (...)

Não é relevante indagar-se qual a justiça que proferiu a sentença, se federal ou estadual, para que dê o efeito extensivo da coisa julgada. A questão não é nem de jurisdição nem de competência,



mas de limites subjetivos da coisa julgada, dentro da especificidade do resultado de ação coletiva, que não pode ter a mesma solução dada pelo processo civil ortodoxo às lides intersubjetivas".³¹

O próprio articulista sustenta, também, a inconstitucionalidade da nova versão do art. 16, da Lei 7.347/85, por ferir o princípio do direito de ação, da razoabilidade e da proporcionalidade, além de ter sido introduzido no sistema legal brasileiro pela via da medida provisória, sem atender os requisitos de urgência e relevância. Refere que "não há limitação territorial para a eficácia erga omnes da decisão proferida em ação coletiva", denunciando a lamentável confusão entre limites subjetivos da coisa julgada e jurisdição e competência. Diz mais: até uma sentença de divórcio tem efeito em todo território nacional.³²

É importante termos presente que o efeito *erga omnes* da coisa julgada é vital para a plena introdução, no nosso País, da via coletiva de enfrentamento dos conflitos sociais de massa. Essa constatação é relevante para entendermos que não se pode restringir os efeitos de uma decisão judicial que venha a garantir direitos indivisíveis sem ferir o pacto constitucional.

Tenho, desta forma, que deverá ser a indivisibilidade do dano o critério determinante para definir o alcance da decisão, critério este que norteará também a amplitude territorial da sentença, e, como dito, não pela regra da competência motivada pela divisão do trabalho do Poder Judiciário no território nacional.

É oportuno esclarecer que não se está a patrocinar a usurpação da competência do STF, definida no art. 102, da Constituição Federal. O próprio STF já enfrentou a matéria ao julgar reclamação proposta contra o Tribunal de Alçada de São Paulo, por exarar decisão em ação coletiva, conferindo à mesma efeitos em todo território nacional. Como podemos observar de uma parcial do voto do Relator, o Ministro Ilmar Galvão:

"Afastadas que sejam as mencionadas exceções processuais – matéria cujo exame não tem aqui cabimento – inevitável é reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora da jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional e não local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo de primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis.

Não cabe, portanto, afirmar, como fez a inicial, que a ação pública civil em tela outra coisa não fez senão impugnar, conquanto por via oblíqua, o conteúdo normativo, ainda que parcial, do art. 17, I, da Lei nº 7.730/89, nem que essa providência somente poderia ter sido posta em prática por quem constitucionalmente legitimado a fazê-lo perante o Supremo Tribunal Federal. Tampouco, consequentemente,

³¹ Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante, 2004, pg. 1455.

³²Idem, p. 1456.



que, ao processá-la e julgá-la, haja a Corte reclamada usurpado competência deste Tribunal, dando lugar à reclamação prevista no art. 102, I, 1, da CF.

No primeiro caso, porque, como visto, se trata de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução nítida de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, embora sob alegação de ser inconstitucional o dispositivo legal que aparentemente estaria impedindo o seu gozo; e, no segundo, porque esse objetivo jamais poderia ser alcançado pelo autor, ora reclamado, em sede de controle in abstracto de ato normativo, não havendo espaço, portanto, para concluir, sem incidir em manifesta contradição, que invadiu a jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal o julgador que proferiu decisão insusceptível de ser ditada por esta própria Corte nas circunstâncias apontadas.

O meu voto, assim, é no sentido de julgar improcedente a reclamação".³³

Outra conclusão seria de difícil praticidade e até aplicabilidade. Caso considerássemos como destinatários da presente os domiciliados em Porto Alegre na data do ajuizamento da ação, o alcance da sentença seria: limitado no espectro de abrangência dos interessados; ineficaz no âmbito da administração da justiça (por que não evitaria novas demandas em outros territórios) e inconstitucional sob a ótica da isonomia ao acesso ao Judiciário.

O acesso à justiça e o princípio da universalidade da jurisdição, têm como pilar de sustentação a teoria da coisa julgada, compondo o sistema de tutela coletiva brasileiro, juntamente com a adoção do modelo de substituição processual que viabiliza o atendimento de interesses na dimensão transindividual.

No caso, o autor, por força do art. 82, do CDC, atua como substituto processual de todos os interessados na relação jurídica atacada. A supressão de qualquer dos substituídos, através da limitação dos efeitos da decisão por critérios de quadrantes regionais, firmados no restrito âmbito da competência territorial do Juiz, fere o sistema legal adotado para solucionar os conflitos coletivos no Brasil. Pior, o torna não efetivo. É inarredável a incidência dos princípios constitucionais elencados, e imperiosa sua referência jurisdicional. Não podemos olvidar que o modelo republicano atribui à jurisdição constitucional, no dizer de Jürgen Habermas³⁴, o papel de guardião da democracia deliberativa.

Por estes fundamentos, a presente decisão deverá atingir todas as pessoas que, no país, celebraram contrato com a TIM Celular S/A, adquirindo o serviço de internet banda larga “INTERNET BANDA LARGA 3G”.

h) Fundamentação dos dispositivos deste provimento jurisdicional:

Algumas medidas vislumbro necessárias para assegurar o alcance e efetividade da presente sentença ao direito material reconhecido.

Os desafios impostos ao Judiciário na empresa de abolir a morosidade processual são imensos. A via legislativa vem contribuindo com novas normas processuais direcionadas à celeridade e efetividade da decisão judicial,

³³ Reclamação n. 602-6-São Paulo – 1997 – Relator Min. Ilmar Galvão.

³⁴ Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade, Ed. Tempo Brasileiro. Vol. I 1997, pg. 341.



exigindo comandos sentenciais direcionados à efetividade da tutela deferida.

A massificação das relações de consumo, tem como característica a existência de um ator hegemônico que aparece como detentor do poder contratual e tecnológico, denominado fornecedor e, no pólo oposto, o cidadão, ente submetido e fragilizado pela opressão do fenômeno consumista, a tal ponto que leva a denominação de consumidor, por isso destinatário de norma protetiva.

A alta tecnologia, centralizada nas mãos de poucos (como dito, identificados como atores hegemônicos da economia) causa um desequilíbrio nas relações sociais que resulta numa litigiosidade endêmica, mesmo que reprimida, já que as legiões de vítimas dos abusos perfilam num quadro de insatisfação que influencia na qualidade de vida. O geógrafo e filósofo Milton Santos, bem percebeu o fenômeno:

“No período histórico atual, o estrutural (dito dinâmico) é, também, crítico. Isso se deve, entre outras razões, ao fato de que a era presente se caracteriza pelo uso extremado de técnicas e de normas. Uso extremado das técnicas e a proeminência do pensamento técnico conduzem à necessidade obsessiva de normas. Essa plethora normativa é indispensável à eficácia da ação. Como, porém, as atividades hegemônicas tendem a uma centralização, consecutiva à concentração da economia, aumenta a inflexibilidade dos comportamentos, acarretando um mal-estar no corpo social”.³⁵

O fenômeno que aponto tem gerado consequências no funcionamento do Estado, além do mal-estar social referido pelo articulista citado. Acarreta uma explosão de litígios com destinos bifurcados. Pequena parte ruma aos tribunais, a outra e muito maior, remanesce contida na sociedade.

Mas a parcela que chega ao Judiciário, pela via da demanda individual, ao mesmo tempo que assoberba e inviabiliza a jurisdição, não resolve o conflito social, gerando uma crescente tensão. Em suma, a via individual, nos casos em tela, torna-se perniciosa tanto ao funcionamento do Estado-judiciário, como ao convívio social.

Os altos padrões tecnológicos aplicados às relações de consumo, padronizando os contratos e as práticas de exploração comercial, potencializados em vínculos comerciais fundados em cláusulas centralizadas que oneram milhões de pessoas, acabam criando e recriando, com constância inabalável, conflitos de massa. Tais conflitos tradicionalmente vêm sendo judicializados pela via individual, demonstrando ausência de efetividade no que diz à composição integral do dano amargado pelo coletivo de vítimas.

Em recente obra publicada Voltaire de Lima Moraes percebe o fenômeno e afirma:

“Num conflito de massa (macrolide), o grau de litigiosidade é maior que o verificado num intersubjetivo (microlide), levando em conta os inúmeros interesses contrariados ou direitos lesados, em decorrência de serem várias as pessoas atingidas; e o não dirimir esse conflito, decorrente de uma decisão terminativa, sem resolução de

³⁵ Por Uma Outra Globalização, do Pensamento Único à Consciência Universal, Record - pg. 36.



mérito, intensifica essa litigiosidade, causada por uma frustração em ver decidido um processo, mas não a relação de direito material posta em juízo".³⁶

Mas já existem mecanismos processuais à disposição do judiciário, quer nos institutos que introduziram o processo coletivo, quer nas novas regras processuais constantes nas últimas reformas do CPC, especificamente àquelas que aboliram o princípio da tipicidade das formas executivas, conferindo ao juiz a atribuição de realizar a sentença mediante a busca do meio mais idôneo para solução integral do litígio coletivo, pelas técnicas processuais decorrentes das cláusulas abertas contidas nos art. 461 e 461-A do CPC e art. 84 do CDC.

Assim, tais reformas processuais equiparam a atividade jurisdicional dando poderes ao juiz para realizar o direito material, com mecanismos de utilização compulsória, já que direcionados a atingir o direito fundamental à tutela efetiva, incluindo o tempo razoável do processo, aqui na sua dimensão de preceito fundamental, incorporado pela Emenda 45.

O comportamento do legislador voltado à efetividade da decisão judicial foi antecedido por uma mudança nos paradigmas de solução de conflitos. A busca pela realização do julgado levou a doutrina a repensar o sistema de classificação das sentenças dedicando esforços no aperfeiçoamento dos provimentos da decisão, valorizando a noção mandamental da sentença.

A importância dos provimentos na busca da efetividade jurisdicional é bem apontada por Pedro Lenza:

"Percebe-se, desta feita, a necessidade de provimentos jurisdicionais mais bem adequados, com o objetivo, acima de tudo, de preservação do objeto material pretendido, qual seja, 'a tutela específica' a ser analisada, particularmente em relação às ações coletivas que tem como objeto bens transindividuais".³⁷

As determinações constantes no provimento da presente decisão estão levando em conta, sobretudo, a efetividade da jurisdição, já que visam à absorção racionalizada da demanda judicial. Assim, a via mandamental utilizada, contemplada no processo civil brasileiro, ainda subutilizada, bem verdade, aponta-se como imperiosa medida para resolver com celeridade os milhares de processos individuais sobre o mesmo litígio, indo mais além: beneficiando os lesados que não ingressaram em juízo.

Não temos mais tempo e espaço para postergarmos uma mudança de cultura na forma de soluções dos conflitos judiciais, considerando a metamorfose observada na conflitualidade social produzida pela relação de consumo massificada.

O litígio aqui apreciado tem suas especificidades, mas não é um fenômeno isolado no sistema judicial. Essa é a questão que assume importância. Litígios de âmbito coletivo, com as mesmas características, brotam no meio social porque decorrem das práticas de consumo já abordadas, sinalizando que o Judiciário, a permanecer amarrado na concepção individual de solução de conflitos de massa, sucumbirá à demanda ante os limitados recursos orçamentários, que lhe

³⁶ In: Ação Civil Pública – Alcance e Limites da Atividade Jurisdicional, Livraria do Advogado, pg. 56.

³⁷ in Teoria Geral da Ação Civil Pública, 2ª Edição, RT, pg. 334.



dão estrutura necessária para atender milhões de demandas sobre a mesma questão jurídica.

O custo de cada processo judicial, segundo dados publicados no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em média, no ano de 2006, chegou a quase R\$ 400,00, já tendo superado esta marca nos anos anteriores (2004 em R\$ 451,38 e 2005 em R\$ 477,93). Mas com o rigorismo que deve ser salientado, não se está buscando adequar os serviços judiciais à disponibilidade orçamentária, em hipótese alguma, ao contrário, o inexorável está na imperiosa adequação dos gastos à excelência dos serviços prestados pelo Estado Judiciário, como melhor e mais eficaz contrapartida pela carga tributária imposta à sociedade. Em síntese se busca a eficiência e efetividade dos serviços, sem desperdiçar recursos com métodos anacrônicos de solução de conflito.

Tenho que o enfrentamento individual de tais conflitos assume uma moldura autofágica, ausente de racionalidade e com visíveis sinais indicando para a falência do sistema judicial, caso continue admitindo a subversão de princípios processuais vitais ao acesso à justiça.

O tratamento dos litígios de massa deve ser coletivo, porque causa dano coletivo, um direito violado gera legiões de vítimas. É dizer, o dano coletivo vem de uma única origem. Uma conduta e milhares ou milhões de atingidos. O fenômeno exige resposta efetiva e abrangente, de forma que resolva integralmente o litígio sem proporcionar o represamento de litigiosidade na sociedade ou inviabilize a atividade jurisdicional aos poucos vitimados que buscam o Judiciário. Somente o processo coletivo é capaz de responder a esta demanda, quando judicializada. É isso que busca essa decisão: adequar a jurisdição à realidade do conflito. Solver o litígio integralmente e coibir outros tantos. Em síntese, visa a pacificar a sociedade, no que foi afetada pelo conflito aqui julgado.

Na linha desta exposição, as determinações exaradas buscam a completa efetividade da decisão sem, contudo, inviabilizar o Poder Judiciário, impondo à parte requerida o encargo de concretizar o direito material violado, para não sobrecarregar e onerar o Estado judiciário, porque o processamento de milhões de pedido individuais, de conhecimento, de liquidação e executórios, consomem verbas orçamentárias originadas de todos os cidadãos, superando qualquer razoabilidade que todos paguem pelo comportamento ilícito de um.

Mais, na forma com que o Judiciário vem atendendo as demandas de massa, como as da telefonia, por exemplo, o ente estatal acaba atuando como um verdadeiro departamento de corporações privadas, destinando grande quantidade de verbas orçamentárias para resolver os problemas advindos da exploração comercial de atividades hegemônicas. Chega-se ao limite quando tais corporações utilizam até as dependências físicas do Poder Judiciário como se fosse uma de suas sucursais.

O legislador muito bem percebeu os desdobramentos das modernas relações comerciais promotoras de conflitos de massa, e instrumentalizou a atividade jurisdicional com os arts. 461 e 461-A do CPC e, antes, com o art. 84 do CDC. Esses dispositivos propiciaram a abolição da idéia de absoluta congruência entre o pedido e a sentença, com a concentração de toda carga de tutela no direito material postulado, liberando a atividade jurisdicional das amarras da tipificação dos atos executórios e concedendo liberdade de buscar o meio mais idôneo à solução do conflito.

Tais meios, por decorrerem de cláusulas abertas, devem atender



o critério da proporcionalidade, porque é o critério de controle da atividade judicial. Assim, a escolha das ordens judiciais destinadas à efetividade do direito concedido, imperiosamente deve atender critérios de adequação, necessidade - aqui dimensionado no meio mais idôneo - e de menor restrição possível ao réu.

Na linha esboçada, a realização do direito concedido aos consumidores que celebraram negócio com a parte requerida e que não ingressaram em juízo, deverá ser promovida e executada pela própria parte requerida, nos termos determinados na parte dispositiva desta sentença, respaldadas pelos fundamentos específicos aqui delineados, nos moldes do disposto no parágrafo 5º do art. 461 do CPC, que autoriza a imposição de obrigações diversas das requeridas na inicial quando destinadas apenas a efetivar o direito material reconhecido, consoante observado por Luiz Guilherme Marinoni, ao abordar as amarras impostas pelo hermético princípio da congruência entre o pedido e a sentença:

“Essa proibição tinha que ser minimizada para que o juiz pudesse responder à sua função de dar efetiva tutela aos direitos. Melhor explicando, essa regra não poderia mais prevalecer, de modo absoluto, diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um ‘inimigo’, mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social. Pois bem: os arts. 461 do CPC e 84 do CDC - relativos às ‘obrigações de fazer e de não fazer’ - dão ao juiz a possibilidade de impor a multa ou qualquer outra medida executiva necessária, ainda que não tenham sido pedidas. O art. 461 do CPC, por exemplo, afirma expressamente, no seu §4º, que o juiz poderá impor multa diária ao réu, ‘independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação’, e no seu §5º que ‘poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como ...’.³⁸

Não se está abdicando da judicialização da execução, apenas se coloca ao encargo da parte causadora do dano sua efetivação, para que a extensão do prejuízo social não alcance patamares maiores do que já alcançou, o que certamente ocorrerá com as futuras liquidações e execuções individuais que ocorrerão visando à realização da tutela aqui deferida, levando em conta os milhares de consumidores que serão beneficiados e que não ingressaram em juízo. Não podemos esquecer que o judiciário é um ente vital ao funcionamento do Estado e sua ineficiência gera desorganização social. A prática de milhões de procedimentos para dar efetividade às execuções coletivas, consomem recursos preciosos para que o Poder Judiciário cumpra seu papel constitucional, onerando, inclusive, a parte sobre a qual recaem as obrigações impostas pela sentença.

Assinalo que não existe explicitamente um tipo processual que imponha a utilização de auxiliar na execução da sentença, sequer poderia existir. A concepção processual que aboliu a tipificação dos atos executórios é incompatível nos procedimentos herméticos, já que demonstraram ser ineficientes à realização

³⁸ in: As novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva – www.Professormarinoni.com.br.



da sentença. Mesmo assim, a figura do auxiliar já vem sendo utilizada em outros sistemas jurídicos como o *receiver* ou *master*, ou administrador ou *committees*, do sistema norte americano³⁹.

Aqui atendidos os rigores do devido processo legal, as medidas estão sendo adotadas em decisão terminativa e justificadas em paradigma legal tipificado, além de estar autorizado por cláusula geral processual, concedida pelo art. 461, § 5º, do CPC.

São estas as justificações dos provimentos da decisão.

III – Por todo o exposto, nos termos do art. 269, inciso I, do diploma processual civil, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos deduzidos pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** em desfavor da **TIM CELULAR S/A**, extinguindo a fase de conhecimento, com resolução do mérito, para:

a) tornar definitivos os efeitos da medida liminar deferida às fls. 108/109, que acolheu os pedidos de antecipação de tutela elaborados nos itens “a”, “b”, “c” e “d” da peça vestibular (fl. 20);

b) condenar a ré ao pagamento de indenização por dano material a cada consumidor lesado, consistente no valor adimplido pela aquisição e utilização do serviço defeituoso, bastando a liquidação individual desta sentença coletiva por parte do usuário, com correção monetária pelo IGP-M a contar de cada desembolso e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação (nesta ação coletiva);

c) condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 500.000,00 (quinquzentos mil reais), corrigido monetariamente pelo IGP-M, a partir da publicação desta sentença, nos termos da súmula 362 do STJ, e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento ao mês) a partir da citação (22/06/2010).

d) determinar que a ré junte aos autos, em CD-ROM, relação dos consumidores que contrataram o serviço “INTERNET BANDA LARGA 3G” e daqueles que requereram a resolução do contrato, no prazo de 90 (noventa) dias;

e) determinar que a ré remeta para cada consumidor do serviço “INTERNET BANDA LARGA 3G” informação acerca do dispositivos desta sentença e disponibilize, em cada uma de suas lojas, as informações necessárias aos consumidores para que tenham conhecimento dos valores a que tem direito, relativos aos valores indevidamente retidos ou cobrados, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, com comprovação nos autos até o quinto dia útil após o referido prazo. A

³⁹ In: WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 8ª ed. Pg. 846.



disponibilização dos valores deverá ser comunicada por escrito aos consumidores, por correio, com base nos endereços de que a requerida disponha;

f) o descumprimento de qualquer providência determinada nos itens “d” e “e” acarretará multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)

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

h) determinar que, para ciência da presente decisão aos interessados, deverá a demandada publicar às suas expensas, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, o inteiro teor da parte dispositiva da presente decisão em dois jornais de grande circulação, em cada estado da Federação, na dimensão mínima de 20cm x 20cm e em cinco dias intercalados, sem exclusão da edição de domingo.

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

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

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

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

Publique-se o edital nos termos do art. 94 do CDC.



Condeno a ré ao pagamento integral das despesas processuais.
Incabível a condenação em honorários em favor do Ministério Público, haja vista a vedação do artigo 128, §5º, inciso II, letra “a”, da Constituição Federal, e a interpretação que deve ser dada a partir da análise do art. 18 da Lei nº 7.347/8540.

Publique-se.
Registre-se.
Intimem-se.

Porto Alegre, 23 de agosto de 2012.

Laura de Borba Maciel Fleck,
Juíza de Direito

⁴⁰ Cito, exemplificativamente: Apelação Cível nº 70020349916, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 21/11/2007.