



Apelação Cível: 0339290-24.2012.819.0001

Apelante: Sky Brasil Serviços LTDA

Apelado: Ministério Público

Relator: Des. Plínio Pinto Coelho Filho

Apelação Cível. Demanda coletiva. Direito Administrativo e Consumerista. Legitimidade ativa do Ministério Público. Direito individual homogêneo. Teoria da Asserção. Questão controvertida que compreende as normas consumeristas e as normas regulatórias da atividade. Legitimidade extraordinária decorrente da Constituição da República, da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. Preliminar de coisa julgada rejeitada. Confrontação do julgado anterior com o presente. Ambas as demandas perpassam pela discussão acerca da possibilidade de cobrança pelo ponto adicional/extra, mas elas não se confundem. Continência que em nada afeta esta demanda, seja porque a outra já fora julgada, seja porque envolve juízos com competências absolutas distintas. Prejudicada a discussão a respeito de haver ou não limites territoriais à coisa julgada formada em demanda coletiva. Julgamento *ultra petita* que não se reconhece. Sentença que guarda relação com o pedido. Doutrina e precedentes do STJ. Pretensão de reforma da determinação para que a apelante se abstenha de cobrar valores que tenham como fato gerador a transmissão da programação do ponto principal para o extra/extensão. Verifica-se nos documentos acostados aos autos que a apelante não cumpre a Res. 488/2007 da Anatel. Manutenção da determinação. Pretensão de reforma da condenação a devolver em dobro. Entendimento consolidado do STJ. Imprescindibilidade da má-fé do fornecedor para que haja repetição em dobro. Caracterização da má-fé. Ajuste do termo inicial para a devolução em dobro. Pretensão de reforma

da condenação em danos morais e materiais. Dano material que está associado com a devolução em dobro a ser apurado em liquidação individual de sentença coletiva pelo consumidor lesado. Dano moral que deve ser reformado. Inexistência de elementos nos autos que demonstre terem sido lesados os direitos da personalidade ou os inerentes a dignidade da pessoa humana que possam ser apurados de forma coletiva para que haja tal condenação a esse título no presente caso. Recurso a que se dá parcial provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº **0339290-24.2012.819.0001**, em que é apelante **SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA** e apelado **MINISTÉRIO PÚBLICO**.

Acordam os Desembargadores da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador relator.

VOTO

Ratifico o relatório de fls. _____.

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito à legitimidade do MP. Em que pese a argumentação do recorrente, tem-se que a tese não pode ser acolhida.

A identificação da natureza do direito postulado envolve o interesse envolvido, o grupo de pessoas atingido, o objeto e a origem do direito discutido.

Como cedição, os direitos coletivos em sentido amplo comportam 03 espécies: (i) os direitos difusos, (ii) os coletivos estrito senso e (iii) os individuais homogêneos.

Os direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I do CDC). Os coletivos estrito senso são entendidos como 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 (art. 81, parágrafo único, II do CDC). Por fim, os individuais homogêneos são, de natureza divisível, de que sejam titulares pessoas determinadas decorrentes de uma origem comum (art. 81, parágrafo único, III do CDC), ou seja, não há uma relação direta entre si que os una.

No caso, discute-se um direito cujos titulares são determináveis – os contratantes dos serviços da apelante – e seu objeto é divisível, na medida em que o vínculo jurídico nasce da suposta lesão decorrente da conduta imputada à apelante. Ela, por sua vez, é individualizável para cada um dos prejudicados, de modo que se caracteriza como a circunstância de fato que une todos os supostos lesados. Logo, nota-se que se está diante de um direito individual homogêneo.

Atente-se que o STJ expressamente já observou que o conceito de homogeneidade não está relacionado com a natureza individual, disponível e divisível. Ele diz respeito tão somente à sua origem comum em razão da violação de direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas ligadas por uma circunstância de fato.

Nesse sentido, confira-se:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS CONFIGURADOS.
- *O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para a propositura de ação civil pública objetivando a cessação de atividade inquinada de ilegal de captação antecipada de poupança popular, disfarçada de financiamento para compra de linha telefônica.*
- *Não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou*

determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato. Inteligência do art. 81, CDC. (grifou-se)

- Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância. Precedentes. Recurso especial provido.

(REsp 910.192, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI, julgamento 02/02/2010, DJe 24/02/2010 , informativo 421)

Acrescenta-se, inclusive, que, ao contrário do que parece sustentar a apelante, a presente discussão não se limita ao direito consumerista. Envolve também o direito administrativo. Em outros termos, ainda que se queira questionar a disponibilidade do direito para fins de legitimidade do MP, a questão controvertida compreende também a observância das normas regulatórias emitidas pela Agência Reguladora para regular a atividade da apelante, o que evidentemente envolve regras cogentes e, portanto, direito indisponível.

Com base na teoria da asserção, tem-se que as condições da ação são verificadas à luz das afirmações feitas na petição inicial pelo demandante. Significa dizer que a verificação é feita em *status assertionis*, ou seja, deve ser considerado como verdadeiro, por hipótese, o que foi deduzido pelo demandante e daí emergir o preenchimento ou não das condições da ação.

No caso dos autos está preenchido o requisito da legitimidade, porque o MP postula a observância das normas regulatórias e consumeristas que estariam sendo descumpridas pela apelante em seus contratos individualmente firmados com seus consumidores. Em assim sendo, constata-se que se trata de direito individual homogêneo, cuja legitimidade extraordinária decorre da própria Constituição da República em seu art. 127 c/c art. 129, III, bem como do art. 5º, I c/c 1º, II e IV da Lei 7.347/1985 e do art. 82, I do CDC.

Superada essa questão. Passa-se à preliminar de coisa julgada.

Inicialmente, deve-se atentar que há coisa julgada quando se repete demanda que foi decidida por sentença e de que não caiba mais recurso (art. 301, §3º do CPC). A razão de ser dessa regra decorre do fato de que a coisa julgada é a imutabilidade e a intangibilidade do dispositivo de um pronunciamento judicial, que se opera em decorrência de não mais ser sujeitar a recurso (art. 467 c/c ar. 469, ambos do CPC).



Considerando isso, faz-se necessário analisar a similitude entre as demandas confrontadas.

A sentença proferida na demanda ajuizada pelo MPF de Santa Catarina encontra-se em fls. 161-166. Nela verifica-se que a controvérsia dizia respeito a ser ou não a cobrança de aluguel pela disponibilização dos conversores/decodificadores uma forma camuflada de cobrar pelo ponto extra/adicional.

Assim expressamente se pronunciou o sentenciante da Justiça Federal:

[...] a ANATEL permite às prestadores de serviço a cobrança pela disponibilização dos conversores/decodificadores aos consumidores e é exatamente nesse ponto que reside a controvérsia entre as partes, pois o MPF aduz que a cobrança pelo aluguel é uma forma camuflada de cobrança pelo ponto-extra, ao passo que os réus alegam que a cobrança é permitida.

Por outro lado, a presente não discute exatamente a mesma questão. O MP do Rio de Janeiro formulou pedido de declaração de nulidade da cláusula contratual que permita a cobrança pelo ponto adicional/extra. Pretende também que a apelante seja condenada em se abster de cobrar quaisquer valores referentes aos serviços de pontos extras/adicionais ou sob qualquer outra denominação e, ainda, que os valores pagos a esse título fossem repetidos em dobro aos consumidores lesados.

Nota-se, então, que ambas as demandas perpassam pela discussão acerca da possibilidade de cobrança pelo ponto adicional/extra, mas elas não se confundem. Dessa forma, no máximo, haveria continência entre elas, porque o objeto da presente demanda é mais amplo que a anterior deduzida em Santa Catarina.

Nota-se com essa constatação que a demanda anterior em nada afeta a apreciação desta, seja porque aquela já foi julgada, seja porque envolve juízos com competências absolutas distintas. Lembra-se que a continência é hipótese de modificação apenas da competência relativa, e não da absoluta, conforme extrai-se da inteligência do art. 102 do CPC.

Percebido isso, fica prejudicada a discussão a respeito de haver ou não limites territoriais à coisa julgada formada em demanda coletiva.





Atenta-se apenas que há uma verdadeira confusão a respeito do regime da coisa julgada nas demandas coletivas. Observa-se que, ao contrário do que se deu na sentença proferida, o regime da coisa julgada dos direitos individuais homogêneos não está tratado o art. 16 da Lei 7.347/1985, mas sim na Lei 8.078/1990. Isso porque àquela só se aplica aos direitos difusos e aos coletivos estrito senso (art. 1º, IV).

Rejeita-se, então, a preliminar de coisa julgada com essas considerações.

Em relação ao julgamento ter sido ou não *ultra petita*, algumas considerações devem ser feitas.

Primeiramente, o princípio da correlação diz respeito tão somente aos pedidos e não alcança a causa de pedir. Há 02 (duas) grandes teorias a respeito da causa de pedir: (i) a teoria da individuação ou individualização e (ii) a da substanciação ou substancialização.

A primeira delas não é adotada no Brasil, é, porém, em países como a Itália. Segundo ela a causa de pedir corresponde à relação jurídica afirmada no processo envolvendo um fato gerador de lesão a ela; limita-se, portanto, a indicação da relação jurídica sem que seja indicado o fato jurídico que lhe deu causa. Já a segunda, adotada no Brasil, identifica a causa de pedir como os fatos jurídicos que embasam a pretensão do demandante, ou seja, são os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido.

Identificada a teoria, impõe-se atentar que fundamento jurídico não se confunde com fundamento legal. Isso porque o magistrado não está limitado pelos fundamentos legais invocados pelo demandante. Dessa forma, ainda que se admita por hipótese a tese da apelante que as normas utilizadas pelo demandante não se aplicam a ela, tais argumentos utilizados são irrelevantes para o julgamento, na medida em que cabe ao magistrado verificar a sua incidência no caso à luz dos fatos e fundamentos jurídicos deduzidos para o pedido formulado.

Em outras palavras, do Direito cuida o magistrado, porque ele conhece a norma (*jura novit curia*). Significa com isso dizer que se os fatos narrados foram mal categorizados, pouco importa, porque deve o magistrado categorizá-los corretamente. Não gera qualquer prejuízo pelo deslize técnico do profissional no embasamento da pretensão que foi formulada. Ao contrário, se postulou bem, mas pediu mal; nada o



magistrado pode fazer, pois, em razão da inércia da jurisdição, ele está adstrito ao pedido formulado.

Portanto, a sentença deve guardar correlação com o pedido, e não com a causa de pedir. Em assim sendo, não se verifica um julgamento *ultra petita*, na medida em que não condenou a apelante em quantidade superior ao que lhe foi demandado, tendo decidido a lide nos limites em que lhe foi proposta e se conheceu apenas das questões para a qual foi provocado (art. 128 c/c art. 460, ambos do CPC).

Eis os ensinamentos de Calmon de Passos:

A tipificação dos fatos pelo autor é irrelevante, pois se ele categorizou mal, do ponto de visto do direito, os fatos que narrou, pouco importa, pois o juiz conhece o direito e deve categorizá-lo com acerto. E se os fatos, incorretamente categorizados, autorizam o pedido que foi feito, nenhum prejuízo pode decorrer para o autor do deslize técnico de seu advogado. Inversamente, se categorizou bem e pediu mal, em nada lhe aproveita ter sido exato na categorização dos fatos, pois o juiz esta adstrito ao pedido formulado, sem poder corrigi-lo de officio. (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2004, 9. ed., p. 159-160.)

Igualmente, confira-se a jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PERMISSONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO - TRANSPORTE COLETIVO. REAJUSTE DE TARIFAS. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE LICITAÇÃO. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF. NECESSIDADE DE EXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7/STJ. RECURSO ESPECIAL ADESIVO PREJUDICADO.

1. Não ocorre contrariedade ao art. 535, inc. II, do Código de Processo Civil, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.

2. A questão relativa à suposta quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de permissão de serviço de público foi expressamente tratada na decisão do juízo singular. Sendo assim, o Tribunal de origem, ao agregar outros fundamentos para manter a improcedência do pedido de indenização, não violou o disposto no art. 515 do CPC.

3. Isso porque o magistrado não está vinculado ao fundamento

legal invocado pelas partes ou mesmo adotado pela instância a quo, podendo qualificar juridicamente os fatos trazidos ao seu conhecimento, conforme o brocardo jurídico [narra] mihi factum, dabo tibi jus ("dá-me o fato, que te darei o direito) e o princípio jura novit curia ("o Juiz conhece o Direito").

(...)

12. Recurso especial principal das permissionárias a que se nega provimento e recurso especial adesivo do Distrito Federal e DFTRANS prejudicado.

(REsp 1.352.497 / DF, REL. MIN. OG FERNANDES, julgamento 04/02/2014, DJe 14/02/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO EM FACE DE LEI MUNICIPAL. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA Nº 280/STF.

1. O princípio geral segundo o qual o juiz conhece o direito (iura novit curia) determina que o julgador solucione a demanda aplicando as normas que entender cabíveis, independentemente daquelas invocadas por qualquer das partes. Ademais, nos termos do artigo 337 do CPC, a necessidade de comprovação do teor e da vigência da legislação municipal é uma mera faculdade do Juiz.

2. As instâncias ordinárias reconheceram o direito líquido e certo do Impetrante com fundamento da Lei Orgânica do Município de Frutal, não se havendo falar em ofensa à Lei Municipal 4.910/02, o que induz a aplicação, por analogia, da Súmula 280 do STF, segundo a qual "por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1.272.810 / MG, REL. MIN. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA [DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE], julgamento 07/02/2013, DJe 25/02/2013)

Atenta-se ainda neste ponto que, como será analisado adiante, há uma cronologia das normas sobre a matéria. Ocorre que o próprio *parquet* em sua argumentação embasou-se em regras revogadas, mas cujo teor das normas encontram-se previstos nas que a sucederam. Reforça-se, portanto, que não prospera a pretensão de correlação com a causa de pedir.

Vencida todas essas questões. Passa-se à matéria de fundo.

Para fins de apreciação da impugnação, dividir-se-á de acordo com os pedidos formulados no presente recurso.

O primeiro diz respeito à pretensão de reforma da determinação para que a apelante se abstenha de cobrar valores que tenham como fato gerador a transmissão da programação do ponto principal para o extra/extensão.

Tem-se que a Lei 9.472/1997 dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação, bem como a criação e o funcionamento da Anatel. A referida norma classifica os serviços de telecomunicações, quanto ao regime jurídico de sua prestação, em público e privado (art. 63). O público é prestado mediante concessão ou permissão (art. 63, parágrafo único). Já o privado é o que depende de prévia autorização da agência reguladora (art. 131).

Do art. 137 da Lei 9.472/1997 – que trata das sanções por descumprimento das condições ou compromissos assumidos em relação à autorização – extrai-se que é o próprio termo de autorização emitido pela Anatel que regulará a autorização da apelante. Todavia, isso não significa que está esgotado o seu regime jurídico no termo de autorização, porque ele apenas traz as condições ou compromissos assumidos em relação à autorização. Portanto, não regula a atividade em si, mas sim a vigência da autorização.

Delimitado isso, há que se atentar que a Lei 8.977/1995 encontra-se revogada pela Lei 12.485/2011, ou seja, antes mesmo da propositura da presente demanda (28/08/2012). Isso, inclusive, reforça tudo que foi exposto em relação ao julgamento não ter sido *ultra petita*.

A Lei 12.485/2011 dispõe sobre a comunicação de acesso condicionado (art. 1º). Ela mesma conceitua o que seria “acesso condicionado” em seu art. 2º, XXIII, *in verbis*:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

XXIII – Serviço de acesso condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

Percebe-se da definição legal que corresponde a exatidão a atividade desempenhada pela apelante. Nota-se, com isso, que beira a litigância de má-fé da apelante afirmar que não se submete a Lei 12.485/2011.

Inclusive, o art. 29 da Lei 12.485/2011 prevê que a atividade de distribuição por meio de serviço de acesso condicionado é regida pelas disposições da referida lei, da Lei 9.472/1997 e das regulamentações editadas pela Anatel. Portanto, são essas as normas que regem a atividade em si da apelante, sem prejuízo, é claro, das normas de direito privado como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, etc.

Nesse contexto, é que se insere a norma em discussão. A Res. 488/2007 da Anatel dispõe sobre Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura. Em seu art. 29 e art. 30 traziam originariamente a seguinte redação:

Art. 29. A utilização de Ponto-Extra e de Ponto-de-Extensão, sem ônus, é direito do Assinante, pessoa natural, independentemente do Plano de Serviço contratado, observadas as disposições do art. 30 deste regulamento.

Art. 30. Quando solicitados pelo Assinante, a Prestadora poderá cobrar por serviços realizados, relativos a Ponto-Extra, especialmente:

I – a instalação;

II – a Ativação; e

III – manutenção da rede interna.

Parágrafo único. A cobrança pelos serviços acima mencionados fica condicionada a sua discriminação no documento de cobrança definido no art. 17 deste regulamento.

Com esses artigos houve um alvoroço midiático a respeito das cobranças feitas pelas empresas que prestavam o serviço de telecomunicação de acesso condicionado.

A regra era objetiva em dispor que é um direito do assinante, pessoa natural – estavam excluídas as pessoas jurídicas, portanto –, independentemente do plano de serviço contratado, a utilização de ponto extra/extensão sem ônus (art. 29 da Res. 488/2007 em sua redação original). Então, somente seria possível a cobrança para fins de instalação, ativação e manutenção da rede interna, mas, ainda assim, desde que

houvesse a discriminação no documento de cobrança (art. 30 da Res 488/2007 em sua redação original).

Entretanto, a regra teve uma breve eficácia. Isso porque em 31 de julho de 2008 a Anatel expediu a Res. 508/2008 que suspendeu a produção de efeitos do art. 29 e prorrogou a suspensão do art. 30, ambos da Res. 488/2007. Assim o foi ao longo dos anos até a aprovação da Res. 528/2009 que deu nova redação aos dispositivos em questão.

É notória a falta de técnica legislativa. Como o art. 30, que era o condicionamento para a possível cobrança envolvendo pontos extras/extensão, foi suspenso antes do artigo 29, que previa a vedação de cobrança? Em outros termos, como a ressalva à regra foi suspensa antes da regra?

Pois bem, nos autos do inquérito civil em anexo consta a manifestação da apelante de fls. 36-37 em que esta afirma ser ambígua e controversa a regra – o que efetivamente não era – e que, nas palavras dela:

“[...] **vem realizando consultas informais à Anatel** e inclusive já foi esclarecido pela Agencia reguladora que a cobrança do Ponto Extra não será proibida e, na realidade, nem poderia ser, haja vista os custos incorridos pela empresa e a natureza do serviço de TV por assinatura, que é prestado sob o regime privado[...]” (destacou-se)

Questiona-se: Como é possível a entidade fiscalizada dar orientações ao órgão fiscalizador de como aplicar a regra trazida pelo Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura? A toda evidência que essas consultas tinham que ser informais, pois formalmente nunca poderiam ser admitidas. Até porque colocaria em cheque a efetiva autonomia, o papel fiscalizatório e regulador das agências reguladoras.

Feitas essas constatações, nota-se que a medida não foi bem recebida pelas prestadores de serviço de comunicação de acesso condicionado. Tem-se que o exercício do poder normativo técnico da agência reguladora colidia com os interesses particulares das pessoas privadas que desempenhavam a atividade. A existência desse conflito de interesses culminou na suspensão da eficácia dos referidos artigos da Res. 488/2007 até uma melhor definição da questão.

A Res. 528/2009, então, definiu a questão basicamente repetindo a redação originária, mas com algumas alterações. Os artigos 29 e 30 da Res. 488/2007, após alteração, passou a conter a seguinte redação.

Art. 29. A programação do Ponto-Principal, inclusive programas pagos individualmente pelo Assinante, qualquer que seja o meio ou forma de contratação, deve ser disponibilizada, sem cobrança adicional, para Pontos-Extras e para Pontos-de-Extensão, instalados no mesmo endereço residencial, independentemente do Plano de Serviço contratado. [\(Redação dada pela Resolução nº 528, de 17 de abril de 2009\)](#)

Art. 30. Quando solicitados pelo Assinante, a Prestadora pode cobrar apenas os seguintes serviços que envolvam a oferta de Pontos-Extras e de Pontos-de-Extensão: [\(Redação dada pela Resolução nº 528, de 17 de abril de 2009\)](#)

I - instalação; e [\(Redação dada pela Resolução nº 528, de 17 de abril de 2009\)](#)

II - reparo da rede interna e dos conversores/decodificadores de sinal ou equipamentos similares. [\(Redação dada pela Resolução nº 528, de 17 de abril de 2009\)](#)

§ 1º A cobrança dos serviços mencionados neste artigo fica condicionada à sua discriminação no documento de cobrança, conforme definido nos arts. 16 e 17 deste Regulamento. [\(Redação dada pela Resolução nº 528, de 17 de abril de 2009\)](#)

§ 2º A cobrança dos serviços mencionados neste artigo deve ocorrer por evento, sendo que os seus valores não podem ser superiores àqueles cobrados pelos mesmos serviços referentes ao Ponto-Principal. [\(Redação dada pela Resolução nº 528, de 17 de abril de 2009\)](#)

Pela nova redação, a norma é no sentido de que a programação do pronto-principal – o que abrange os programas pagos individualmente – deve ser disponibilizada, independentemente do plano de serviço contratado, para os pontos extras ou de extensão sem qualquer cobrança adicional quando se der no mesmo endereço residencial (art. 29 da Res. 488/2007).

Veja que a norma anterior não previa expressamente que a programação paga à parte estava abrangida, como também não havia qualquer menção a limitação ao mesmo endereço residencial. Além disso, não há mais a limitação quanto à pessoa.



Quanto ao que pode ser cobrado (art. 30 da Res.), também houve alterações. Não é possível mais cobrar a ativação. Agora, a prestadora pode cobrar apenas, em princípio: (i) a instalação e (ii) o reparo da rede interna e dos conversores/decodificadores de sinal ou equipamentos similares.

Há que se atentar, em relação à cobrança de reparação, que ela é em tese possível. Todavia, deve-se analisar essa viabilidade em concreto. Isso porque depende da verificação da causa que gerou a necessidade de reparação do equipamento ou da rede interna. A depender dela, pode ser que seja o caso da prestadora cobrar pelo serviço, como pode ser que se revele uma prática abusiva à luz do CDC e, portanto, na segunda hipótese não será admissível a cobrança. Considerando se tratar de uma demanda coletiva, cabe apenas atentar isso, na medida em que uma análise mais profunda da questão deve ser feita quando for suscitada a possibilidade de tal cobrança em demanda própria.

Em relação ao modo da cobrança (art. 30, §1º da Res.), a norma foi repetida e continua a exigir, como condicionante da cobrança, a discriminação no documento de cobrança.

Diferentemente das regras anteriores, acrescentou um limite aos valores a serem cobrados. O art. 30, §2º da Res. 488/2007 prevê que a cobrança só ocorrerá por evento e que é vedado a fixação de valores superiores àqueles cobrados pelos mesmos serviços referentes ao ponto principal.

Observa-se, sem analisar a eficácia da coisa julgada da demanda deduzida pelo MP de Santa Catarina, que a nova regra envolve a discussão que foi enfrentada naquela oportunidade: até que ponto o valor permitido a ser cobrado se revela como uma cobrança disfarçada do ponto adicional ou de extensão. Em outras palavras, o limite para a cobrança permitida.

Delimitado os contornos de toda a matéria envolvida, resta verificar as provas dos autos para se saber se a norma está sendo cumprida ou descumprida e, em seguida, concluir se deveria ou não ser condenada.

Em fls. 66-67 do anexo, a apelante reconhece expressamente a cobrança pelo ponto adicional e se justifica nos seguintes termos:



[...] a referida cobrança [do ponto adicional] está pautada na decisão judicial proferida pelo MM. Juiz da 4º Vara da justiça Federal (documento anexo), onde mediante antecipação de tutela, a aplicação do artigo 29 da referida Resolução que impõe, a princípio, a restrição da cobrança do ponto adicional, está suspensa.

Em fls. 113 do anexo, novamente a apelante reconhece em manifestação de 09/02/2010 que cobra pelo aluguel do equipamento e licenciamento de *software*, o que não estão incluídos nos valores que podem ser cobrados nos termos da Res. 488/2007.

Em fls. 296 do anexo encontra-se a reclamação de um consumidor em 02/08/2012 informando que por ter solicitado um ponto extra foi obrigado a ter mudar o plano e pagar um aluguel pelo aparelho ou comprar o aparelho e manter o plano. Explica que teria optado por adquirir o aparelho para não ter que mudar de plano e manter o valor da fatura . Todavia, ainda assim, houve o aumento da fatura.

Em fls. 297 do anexo há outra reclamação de 07/03/2012 que relata a solicitação do ponto extra, mas que, para tanto, seria necessária a mudança do plano/pacote contratado.

Fls. 301 do anexo também, inclusive com os números de protocolo, noticia em 05/03/2012 a tentativa de solicitação do ponto extra , mas sem êxito. Tudo porque, da mesmo forma, seria necessária a migração do pacote, na medida em que o contratado não daria direito ao ponto extra.

Em fls. 303 do anexo há um caso de contratação de um plano no valor de R\$ 75,90. Todavia, após a solicitação do ponto adicional o valor passou para 120,00, ou seja, um aumento de R\$ 44,10, o que equivale a um aumento de quase 60%.

Em fls. 305 do anexo é noticiado em 06/11/2011 que é o cobrado pela apelante o valor pelo licenciamento do *software*, segurança de acesso e locação de aparelho receptor, verbas que não estão autorizadas no art. 30 da Res. 488/2007.

Em fls. 247 há a notícia de que 13/09/2012 a apelante teria informado a um consumidor de que a cobrança pelo ponto adicional é realizada.



Em fls. 258 consta a notícia em 10/01/2013 da tentativa de fruição do ponto extra sem ônus por uma assinante, mas que foi negada.

Fls. 262 há a informação em 08/03/2013 de que uma consumidora estava há aproximadamente um mês tentando a instalação do ponto adicional, mas que não seria possível por falta de equipamento. Todavia, seria possível a obtenção do ponto desejado se optasse pela mudança de plano de maior valor.

Evidencia-se, com tudo isso, que a apelante não cumpre a Res. 488/2007 da Anatel com as alterações trazidas pela Res. 528/2009. E mais, em alguns casos, tentou driblar a norma impondo uma mudança compulsória de plano/pacote mais oneroso para que o consumidor pudesse usufruir do ponto adicional ou de extensão na mesma residência.

Portanto, por conta de tais considerações, à pretensão de reforma da determinação para que a apelante se abstenha de cobrar valores que tenham como fato gerador a transmissão da programação do ponto principal para o extra/extensão não pode ser acolhida. Como o dispositivo da sentença limitou-se a quase reproduzir *in totum* a literalidade da legislação, não há razão para retoques.

Superada a primeira questão de fundo, passa-se a analisar a devolução dos valores.

Tem-se que, como comprovado nos autos e apontado acima, a apelante de fato não cumpre a Res.488/2007 da Anatel que veda a cobrança do ponto extra/adicional independentemente do plano/pacote contratado. Conseqüentemente, os valores cobrados em desacordo com a referida resolução devem ser repetidos, pois se caracterizam como cobrança indevida.

Há que se atentar, por outro lado, que segundo o entendimento consolidado no STJ a respeito do art. 42, parágrafo único do CDC, a devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente e pagos pelo consumidor depende da caracterização da má-fé.

Nesse sentido confira-se:



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - CIVIL E CONSUMIDOR - AÇÃO DE COBRANÇA - ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - DECLARATÓRIA DE INEFICÁCIA DE QUITAÇÃO DE DÉBITO - PRIVATIZAÇÃO DA COPESUL - AQUISIÇÃO DE AÇÕES - MOEDAS DE PRIVATIZAÇÃO - VALORES COBRADOS A MAIOR - RESSARCIMENTO EM DOBRO - CABIMENTO - MÁ-FÉ DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CARACTERIZADA - INCIDÊNCIA DO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS.

1. Litigância de má-fé. Ausência de similitude fática entre o acórdão embargado e aquele apontado como paradigma (REsp n. 323.266-SP).

2. Incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC. Esta Corte de Justiça possui entendimento consolidado acerca da viabilidade da repetição em dobro de valores nos casos em que comprovada a má-fé da parte que realizou a cobrança indevida.

A cobrança indevida caracterizou-se pela conduta da casa bancária de exigir dos mutuários, no bojo de contrato de mútuo, quantia superior à efetivamente utilizada para a aquisição das ações, diferença que passou a existir em decorrência de deságio sofrido pelas moedas da privatização.

Não integra o conceito de engano justificável a conduta da embargante que, na condição de instituição financeira mandatária, constituída por consumidor para a realização de negócio jurídico de aquisição de ações, descumpra cláusula expressa da avença e, mesmo após reiteradas solicitações dos mandantes para a prestação de contas, atinente à comprovação do valor pago pelas moedas da privatização, recusa-se ao cumprimento da obrigação. Má-fé caracterizada, devendo haver a devolução em dobro das quantias indevidamente exigidas.

3. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, na extensão, desprovidos.

(EREsp 1.127.721 / RS, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, Rel. p/ acórdão Min. MARCO BUZZI, Segunda Seção, julgamento 28/11/2012, DJe 13/03/2013)

No caso dos autos, há manifesta má-fé da apelante na sua conduta. Tanto é que, inclusive, tentou ultrapassar a vedação da norma regulatória impondo a necessidade de, em alguns casos, haver a mudança do pacote/plano contratado para outro mais oneroso. Tentativa que se deve ter por igualmente frustrada, pois o art. 29 da Res. 488/2007 é expresso em prever: “independentemente do plano contratado”.



No entanto, só é possível retroceder até 23/04/2009, dia seguinte a data da publicação da Res. 528 de abril de 2009 da Anatel. Isso porque foi quando a vedação teve sua eficácia restabelecida apta a produzir seus regulares efeitos.

Assim sendo, também neste ponto a pretensão recursal não há como ser acolhida por completo. Deve, porém, ser ajustado apenas o marco inicial, ao invés de ser genericamente abril de 2009, como determinado na sentença, para que passe a constar que a devolução será possível a partir de 23/04/2009. Por consequência, uma vez comprovada em fase de liquidação individual da sentença coletiva a cobrança indevida e o pagamento pelo consumidor, deve ser repetido em dobro os valores pagos a partir de tal data.

Por fim, a reparação pelos danos morais e materiais individualmente sofridos.

Em que pese a argumentação de terem sido auferidos de forma hipotética, ela não se sustenta em parte.

Acontece que, em relação ao dano material, a questão já foi verificada quando da repetição do valor cobrado e pago indevidamente. E assim o foi com base nas provas dos autos. Logo, neste aspecto, não há que ser analisar novamente os prejuízos materiais. Por consequência, não há razão para que se conste genericamente uma condenação de dano material dissociada da repetição. Dessa forma, deve ser apenas atentado que o dano material é a condenação de ressarcimento em dobro, o que deve ser apurado em liquidação individual de sentença coletiva pelo consumidor lesado.

Já o dano moral. Esse sim deve ser reformado. Não há nada nos autos que demonstre terem sido lesados os direitos da personalidade ou os inerentes a dignidade da pessoa humana que possam ser apurados de forma coletiva para que haja tal condenação a esse título no presente caso. Se casuística e individualmente houve alguma lesão extrapatrimonial, ela deve ser perquirida e apreciada na demanda individual própria. Isso porque dos elementos constantes dos autos extrai-se apenas a lesão patrimonial coletiva que afetou aos usuários dos serviços da apelante.

Portanto, a condenação de dano moral deve ser reformada para ser julgado improcedente o pedido. Assim deve ser, porque não é possível





a sua aferição no presente caso devido à ausência de elementos probatórios a seu respeito.

Pelo exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto tão somente para fixar a data de 23/04/2009 como termo inicial do cômputo do dano material e reformar para que seja julgado improcedente o pedido de dano moral formulado. No mais, manter-se tal como lançada a sentença.

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2015.

Des. Plínio Pinto Coelho Filho
Relator