



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
EMBARGANTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADOS : ÂNGELA BURGOS MOREIRA
CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)
CHRISTIANE RODRIGUES PANTOJA
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO. TURMA COMPOSTA POR MAIORIA DE DESEMBARGADORES CONVOCADOS. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. Inexiste nulidade no fato de o julgamento de recurso especial se dar por Turma composta majoritariamente por Desembargadores convocados para substituição, nos termos dos arts. 118 da LOMAN e 56 do RISTJ, visto que assumem o cargo do Ministro afastado, investindo-se plenamente dos poderes a ele inerentes.
2. A atribuição de efeitos modificativos aos embargos declaratórios é possível apenas em situações excepcionais, em que sanada a omissão, contradição ou obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência lógica e necessária.
3. Inexiste previsão no art. 535 do CPC, quer para reabertura do debate, quer para análise de questões não abordadas nos acórdãos recorridos, notadamente quando fundados os embargos de declaração no mero inconformismo da parte.
4. Os embargos declaratórios, mesmo manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição.
5. Os embargos declaratórios não se prestam a viabilizar o acesso da parte ao recurso extraordinário, se a questão constitucional não surgiu no acórdão recorrido e nem foi suscitado em momento anterior.
6. Embargos de declaração no recurso especial rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Massami Uyeda, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2011(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

EMBARGANTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADOS : ÂNGELA BURGOS MOREIRA
CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)
CHRISTIANE RODRIGUES PANTOJA
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

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

Cuida-se de embargos de declaração interpostos por TIM CELULAR S.A. contra o acórdão de fls. 1.476/1.496, que deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

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

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

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

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

- Considerando que a relação de direito material objeto da ação é, exclusivamente, aquela estabelecida por força de um vínculo contratual, entre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessionária e o usuário do serviço de telefonia, não pode a ANATEL ser litisconsorte, nem facultativo e muito menos necessário. A ANATEL, concedente do serviço público, não faz parte desse contrato e nem, portanto, da relação jurídica dele decorrente.

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

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

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

Recurso especial parcialmente provido.

Sustenta a embargante, em sede de preliminares, a nulidade do acórdão embargado, em razão da composição da Turma por maioria de desembargadores convocados, bem como porque a decisão seria *extra petita*. No mérito, afirma que a decisão de fls. 1.476/1.496 padece de omissões na análise das alegações de: (i) negativa de prestação jurisdicional; e (ii) necessidade de devolução dos valores pagos e redução do valor da multa. Ainda, alega as seguintes contradições: (i) entre os fundamentos e o resultado prático do acórdão; (ii) na manutenção dos danos morais; e (iii) entre o reconhecimento da nulidade do acórdão do TJ/RJ e a inexistência de determinação para que este fosse anulado. Por fim, sustenta obscuridade em relação às questões práticas inerentes à reforma do acórdão do TJ/RJ (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.501/1.529).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
EMBARGANTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADOS : ÂNGELA BURGOS MOREIRA
CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)
CHRISTIANE RODRIGUES PANTOJA
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

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

Diante dos diversos temas abordados nos embargos de declaração, procede-se a uma análise individualizada de cada alegação.

I. Das Preliminares.

(i) A nulidade do acórdão embargado em razão da composição da Turma por maioria de desembargadores convocados.

A embargante alega que no julgamento do recurso especial a composição da 3ª Turma “era majoritariamente de desembargadores convocados para o STJ, e não de Ministros do STJ, o que fere o princípio do juiz natural, bem como o art. 104 da CF/88”.

De início, há de se diferenciar a convocação de Juízes para compor Turmas ou Câmaras, visando a dar vazão ao excesso de processos pendentes de julgamento; da convocação de Juízes para o preenchimento temporário de vaga deixada por membro de Tribunal afastado do cargo.

Existem, portanto, duas modalidades bem distintas de convocação de Juízes: (i) para substituição, em que o Juiz ocupa a vaga do membro do Tribunal afastado por período superior a 30 dias, assumindo o cargo e investindo-se dos poderes a ele inerentes; e (ii) para auxílio, regulada pelo art. 5º da Resolução nº 72/09 do CNJ, em que o Juiz é deslocado para o Tribunal, em caráter excepcional, em virtude do acúmulo de serviços.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A legalidade da convocação para auxílio foi bastante discutida, inclusive no âmbito desta Corte, cujo entendimento ficou dividido no início, vindo no entanto a se pacificar após o posicionamento do Pleno do STF a respeito do tema, exarado no julgamento do HC 96.821/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 20.04.2010, em que se reputou válida essa modalidade de convocação, assentando que “não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial”.

A decisão do STF quanto à inexistência de violação do princípio do juiz natural para as hipóteses de convocação para auxílio, que suscita muito mais dúvidas do que a convocação para substituição, torna a matéria superada.

Com efeito, se o STF admite que uma Câmara seja composta, em sua maioria, por Juízes convocados para auxílio – admitindo, por consequência, um julgamento no qual a opinião manifestada por esses Juízes seja determinante – com muito mais razão deve se admitir a formação de uma Turma predominantemente composta por Juízes convocados para substituição, em que, repise-se, há investidura nos poderes inerentes ao cargo.

É justamente essa a situação dos autos: os i. Min. Vasco Della Giustina e Paulo Furtado foram convocados, por substituição, para preencher temporariamente vagas em aberto nesta Corte, nos termos dos arts. 118 da LOMAN e 56 do RISTJ.

Sendo assim, não se vislumbra nenhuma nulidade no fato do julgamento do recurso especial da embargante ter se dado por sessão da 3ª Turma em que a composição era majoritariamente de Desembargadores, visto que, convocados para substituição, foram plenamente investidos dos poderes de Ministro do STJ.

Acrescente-se, por oportuno, que os julgados alçados a paradigma pela embargante, além de dizerem respeito a convocação para auxílio, são anteriores à pacificação do tema pelo STF, época em que, como dito, havia divergência interna no STJ. Atualmente, porém, a jurisprudência desta Corte é uníssona quanto à legalidade dessa modalidade de convocação.

(ii) A nulidade do acórdão embargado por decisão extra petita.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De acordo com a embargante, ao determinar que, na hipótese de perda do celular por caso fortuito ou força maior, seja dado ao cliente um aparelho em comodato, o acórdão embargado “foge dos limites em que a lide foi proposta, mormente porque tal questão não foi suscitada pelo Ministério Público” (fl. 1.514).

Inicialmente, destaco que, conforme reconhece a própria embargante, a decisão embargada estabeleceu uma obrigação **alternativa**, impondo que, “na hipótese de perda do celular pelo cliente, decorrente de caso fortuito ou força maior, devidamente comprovada, a recorrente dê em comodato, pelo restante do período de carência, um aparelho ao cliente, que lhe permita usufruir de todos os serviços previstos no plano por ele contratado; ou, alternativamente, (ii) se abstenha de cobrar 50% do valor da multa rescisória” (fl. 1.490).

O pedido formulado pelo Ministério Público, descrito nas próprias razões destes embargos, foi para que “a ora embargante se abstenha de impor e exigir qualquer multa, taxa ou valor por resolução do contrato com seus usuários, quando tal ocorrer por força maior ou caso fortuito” (fl. 1.503).

Em suma, o pedido foi de abstenção de cobrança da integralidade da multa rescisória, enquanto a obrigação imposta pelo acórdão embargado foi de abstenção de cobrança de apenas metade do encargo, ou seja, concedeu-se menos do que foi pleiteado na petição inicial.

No que tange à entrega de um aparelho celular em comodato, a decisão embargada ressalva que não se poderia “simplesmente impor tal condição à recorrente. Cabe a ela avaliar se os custos envolvidos na operacionalização dessa solução se mostram aceitáveis, de modo a assegurar a restauração do equilíbrio contratual”, concluindo que, “não se mostrando a recorrente disposta à revisão do contrato na forma acima fixada, a única alternativa restante será admitir a resolução do contrato” (fl. 1.488).

Em outras palavras, manteve-se a essência do pedido contido na petição inicial, com o decote necessário à manutenção do equilíbrio contratual – limitando a redução da multa a 50% – e sensível inclusive à possibilidade da própria embargante ter interesse em dar continuidade à prestação do serviço, **facultou-se** a entrega de um aparelho em comodato, deixando claro que, na hipótese de concluir que os custos inerentes à efetivação dessa medida a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inviabilizam, poderá a concessionária, a seu exclusivo critério, simplesmente rescindir o contrato.

Nesse contexto, não há de se falar em decisão *extra petita*.

II. Das alegações de omissão.

(i) Da negativa de prestação jurisdicional.

Conforme esclarecido no acórdão embargado, “não está o Tribunal obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC” (fl. 1.480). Em outras palavras, não há necessidade de fazer referência a todos os dispositivos de lei invocados pelas partes, bastando que se pronuncie de maneira a abordar a discussão de todos os aspectos fundamentais do julgado.

Na hipótese dos autos, a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada, sendo certo que, embora o TJ/RJ não tenha feito referência expressa aos artigos de lei em relação aos quais a embargante considera ter havido omissão, foram todos eles analisados por este STJ, evidenciando que a matéria neles contida também foi objeto de apreciação pelo Tribunal local.

Inexiste, pois, qualquer omissão no exame da alegação de afronta ao art. 535 do CPC.

(ii) Da necessidade de devolução dos valores pagos e redução do valor da multa.

O acórdão embargado manteve, entre outras coisas: (i) a devolução dos valores cobrados a maior a título de rescisão do contrato; e (ii) a redução do valor contratual da multa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por rescisão do contrato, na forma fixada pelo TJ/RJ, “por não terem sido objeto de recurso” (fl. 1.490).

A embargante afirma ter impugnado esses temas no item XIII do recurso especial, mais especificamente à fl. 1.303.

Entretanto, o referido item do recurso especial versa sobre o interesse da ANATEL na lide, tendo sido expressamente analisado pelo acórdão embargado (fls. 1.481/1.482).

Ao contrário do que procura fazer crer a embargante, os temas relativos à devolução dos valores pagos e à redução do valor da multa NÃO são tratados neste ponto do recurso especial, sendo certo que os supostos trechos apresentados nas razões dos embargos de declaração NÃO constam da fl. 1.303.

Na realidade, os mencionados trechos constam do item XIV do recurso especial, que trata da suposta inoccorrência de danos morais e que não foi conhecido ante a falta de prequestionamento do art. 188 do CC/02.

Ainda assim, esses trechos procuram apenas demonstrar ter a embargante exercido regularmente um direito seu, como meio de afastar a condenação imposta a título de danos morais. Em momento algum se discute a devolução dos valores pagos tampouco a redução do valor da multa. Se essa foi a intenção, claro está que, nesse ponto, o recurso especial incorre no óbice da Súmula 284/STF.

Dessa forma, também aqui não se vislumbra nenhuma omissão.

III. Das alegações de contradição.

(i) Os fundamentos e o resultado prático do acórdão embargado.

A embargante aduz que, não obstante o acórdão embargado afirme a busca por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equilíbrio nos ônus da empresa e dos consumidores, o resultado prático da decisão contradiz essa afirmação, pois a concessionária “terá de arcar com os custos da aquisição de diversos aparelhos celulares para cedê-los em comodato aos seus consumidores” (fl. 1.523).

Porém, como ressaltado linhas acima, o comodato de aparelhos constitui apenas uma **faculdade** da embargante, cabendo exclusivamente a ela, nos termos da própria decisão embargada, “avaliar se os custos envolvidos na operacionalização dessa solução se mostram aceitáveis, de modo a assegurar a restauração do equilíbrio contratual” (fl. 1.488).

Seja como for, custa crer que a aquisição desses aparelhos representará prejuízo para a embargante, tendo em vista que, em contrapartida, manterá vigentes os contratos frente aos usuários, recebendo pela prestação de serviço respectiva.

Também não convence a assertiva de que “não haverá utilidade para os telefones entregues em comodato no fim dos respectivos contratos, vez que já estarão usados, se não danificados” (fl. 1.523). Os aparelhos poderão ser entregues em comodato a outros clientes, que se encontrem na mesma situação dos anteriores. Além disso, no comodato, o comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, sob pena de responder por perdas e danos, nos termos do art. 582 do CC/02, de modo que, sendo o aparelho danificado, o cliente responderá pelos prejuízos suportados pela embargante.

(ii) A manutenção dos danos morais.

O item do recurso especial que impugna os danos morais não foi conhecido, ante à ausência de prequestionamento do art. 188 do CC/02, de sorte que não há como rever a condenação imposta a esse título.

Não bastasse isso, constata-se ter havido a determinação de pagamento de danos morais pelo fato da embargante ter compelido seus clientes a pagar o valor **integral** da multa rescisória, procedimento que foi considerado ilegal pelo 1º e 2º grau de jurisdição e parcialmente mantido por esta Corte.

Assim, esse ponto do acórdão embargado na padece da contradição ventilada pela embargante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(iii) O reconhecimento da nulidade do acórdão do TJ/RJ.

De acordo com a embargante, haveria contradição na decisão embargada “quando afirma inexistir incongruência entre a causa de pedir e o acórdão de segundo grau, não obstante afirmar que, de rigor, o que se tem em debate é a não ofensa ao art. 264 do CPC, porém o art. 460 do CPC” (fl. 1.524).

A suposta contradição não existe.

O acórdão embargado afastou a alegação de violação ao art. 264 do CPC, porque ela seria, “a rigor, de existência de sentença *extra petita*, circunstância que, se confirmada, caracteriza ofensa ao art. 460 do CPC. Ocorre que o recurso vem fundado unicamente na violação ao art. 264 do CPC, fazendo incidir à espécie a Súmula 284/STF” (fl. 1.480).

Todavia, para fins de argumentação, a decisão embargada superou o referido óbice, demonstrando que a causa de pedir não se limitou à alegação de ilegalidade no prazo de carência do contrato, de modo a afastar qualquer incoerência desta com a prestação jurisdicional do TJ/RJ.

IV. Da alegação de obscuridade. As questões práticas inerentes à reforma do acórdão do TJ/RJ.

A embargante afirma a obscuridade da decisão embargada no tocante: (i) ao meio adequado para o consumidor fazer prova de roubo ou furto do aparelho celular; e (ii) à extensão do julgado aos casos de perda do aparelho.

No que concerne aos meios de prova de que o consumidor poderá fazer uso para demonstrar a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, o acórdão embargado não pode ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o alcance pretendido pela embargante.

Evidentemente, o consumidor poderá se valer de qualquer meio admitido em lei para comprovar a ocorrência de caso fortuito ou força maior, não havendo como exigir que o acórdão embargado enumere, de forma taxativa, todos esses meios.

Note-se, por oportuno, que nada impede a concessionária de, não concordando com as provas apresentadas, demonstrar a eventual insubsistência das alegações do cliente, também dispondo de todos os meios legais de prova.

Outrossim, houve clara delimitação das hipóteses de perda abrangidas no acórdão embargado, o qual consigna expressamente que a perda do aparelho celular deve ser “decorrente de caso fortuito ou força maior, devidamente comprovada” (fl. 1.490), inexistindo, pois, qualquer obscuridade nesse sentido.

Dessa forma, constata-se a inexistência das supostas nulidades, omissões, contradições e obscuridades ventiladas pela embargante, cujos embargos declaratórios, na realidade, traduzem mero inconformismo e a tentativa de emprestar ao recurso efeitos modificativos, o que não se mostra viável no contexto do art. 535 do CPC.

O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, que servem ao aprimoramento, mas não à sua modificação que, só muito excepcionalmente, é admitida.

V. Do prequestionamento para fins de interposição de recurso extraordinário.

Consoante entendimento pacífico do STJ, os embargos declaratórios, mesmo manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizam a sua interposição. Confirmam-se, a esse respeito, os seguintes precedentes: EDcl no AgRg no Ag 786.871/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 12.04.2007; EDcl no MS 11.038/DF, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 12.02.2007; e EDcl no AgRg no RMS 21.258/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 30.10.2006.

Por outro lado, os embargos de declaração não se prestam a viabilizar o acesso da parte ao recurso extraordinário, se, como ocorre na espécie, a questão constitucional não surgiu no acórdão recorrido nem foi suscitada em momento anterior.

De fato, é remansosa a jurisprudência desse Tribunal, no sentido de não serem admissíveis, no âmbito do recurso especial, a oposição dos embargos de declaração com a finalidade de prequestionamento de dispositivos constitucionais, como meio transversal de forçar a abertura da via extraordinária. Nesse sentido: EDcl no AgRg na Pet 4.214/DF, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 18.12.2006; e EDcl no AgRg nos EDcl no MS 11.765/DF, 2ª Seção, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 20.11.2006.

Forte nessas razões, REJEITO os presentes embargos de declaração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0192563-0

**EDcl no
REsp 1.087.783 / RJ**

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

PAUTA: 16/11/2010

JULGADO: 16/11/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

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

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADOS : CHRISTIANE RODRIGUES PANTOJA
CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)
ÂNGELA BURGOS MOREIRA
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi, rejeitando os embargos de declaração, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Sidnei Beneti e Vasco Della Giustina, pediu vista o Sr. Ministro Massami Uyeda. Aguarda o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília, 16 de novembro de 2010

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
EMBARGANTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADOS : ÂNGELA BURGOS MOREIRA
CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)
CHRISTIANE RODRIGUES PANTOJA
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Ao relatório da eminente Ministra Relatora, elaborado com grande apuro, acrescenta-se que o feito foi levado a julgamento pela egrégia Terceira Turma, ocasião em que, após a prolação do voto da ilustre Ministra Relatora Nancy Andrichi, no sentido de rejeitar os embargos de declaração, no que foi acompanhada pelo eminente Ministro Sidnei Beneti, pediu-se vista dos autos para melhor análise da matéria.

A demanda que subjaz aos presentes autos noticia que o ora embargado, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ajuizou, em face da ora embargante, TIM CELULAR S/A, Ação Civil Pública em que pleiteou, resumidamente, a condenação da ora embargante, TIM CELULAR S/A, em abster-se de cobrar multa em face da ocorrência de caso fortuito ou força maior, especialmente nas hipóteses de roubo ou furto de aparelho de telefonia celular. Requereu, ainda, a redução do valor cobrado a título de cláusula penal, bem como devolver, em dobro, eventuais valores recebidos de consumidores, nas hipóteses de perda do aparelho por caso fortuito ou força maior. Asseverou, também, a necessidade de condenação por danos morais e materiais, causados aos consumidores, em consequência da cobrança da referida multa. (fls. 2/21)

O r. Juízo da 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital/RJ, julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais. Dentre seus judiciosos fundamentos, é possível destacar, *in verbis*: "(...) as alegações de que o contrato extinto por ato unilateral do consumidor é exclusivamente o de prestação de serviço, não havendo qualquer responsabilidade pelo perecimento ou extravio do aparelho de telefone, não se compatibiliza com a prática do mercado de telefonia móvel, pois os serviços não poderão ser utilizados caso o consumidor não readquira outro aparelho desbloqueado pela ré. " Ao final, foi categórico: "(...) JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, a fim de condenar a ré a abster-se de cobrar multa rescisória, na hipótese de esvaziamento material do objeto do contrato, decorrente de caso fortuito ou força maior,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especialmente no caso de desapossamento por furto ou roubo, desde que certificado por boletim de ocorrência, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 corrigida monetariamente. Outrossim, condeno a devolver em dobro os valores pagos a este título, acrescido de atualização monetária e juros de 1% ao mês, na forma do art. 406, CCB E 10-1, §1º, CTN, desde a data do pagamento, assim como a reparar os danos morais dos consumidores que foram compelidos a pagar tal valor, arbitrados em 15% do montante a ser restituído pela ré, julgando extinto o processo na forma do art. 269, I, do CPC." (fls. 998/1007)

Opostos embargos de declaração (fls. 1.009/1.011), foram rejeitados à fl. 1.012.

Irresignadas, ambas as partes, apresentaram recurso de apelação, oportunidade em que o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Décima Sexta Câmara Cível, por maioria de votos, entendeu por bem dar parcial provimento ao recurso da TIM CELULAR S/A e dar provimento ao recurso interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. A ementa, por oportuno, está assim redigida:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MULTA SIGA A FORMA SUGERIDA NA INICIAL, CONFORME ACIMA ANALISADO". (fls. 1.189/1.195)

Opostos embargos de declaração (fls. 1.197/1.202), foram rejeitados às fls. 1.205/1.209, com imposição de multa protelatória, arbitrada em 1% (um por cento), sobre o valor da causa, nos termos do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ato contínuo, a ora embargante, TIM CELULAR S/A, interpôs recurso especial. Em resumo, apontou violação aos artigos 46, IV, 47, 103, 264, 535, I e II; 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil; 3º da Lei 7.437/85; 188 e 473, do CC/02; 14, II, do Código de Defesa do Consumidor; 8º, da Lei 9.472/97, bem como divergência jurisprudencial. (fls. 1.289/1.306)

Nas razões recursal, apontou a existência de negativa de prestação jurisdicional. Disse, ainda, que há litisconsórcio passivo necessário da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Asseverou, também, que o v. acórdão recorrido extrapolou a causa de pedir. Outrossim, aventou a incompetência do r. Juízo Estadual ou, pelo princípio da eventualidade, conexão com demanda em trâmite perante o r. Juízo da 5ª Vara Empresarial da Comarca da Capital/RJ. Sustentou, ainda, que é incabível a cumulação de pedidos, no âmbito da Ação Civil Pública. Defendeu a possibilidade de cobrança de multa, pela resolução do contrato. Asseverou, finalmente, que os embargos de declaração não possuem caráter protelatório.

Devidamente intimado, o ora embargado, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, apresentou contrarrazões. (fls. 1.385/1.395)

Às fls. 1.397/1.405, sobreveio juízo negativo de admissibilidade recursal, oportunidade em que, por meio do Agravo de Instrumento n.º 1.018.116/RJ, a eminente Ministra Nancy Andrighi, Relatora, deu-lhe provimento, determinando, por conseguinte, a subida dos autos, para melhor exame da matéria. (fls. 1.438)

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 1.444/1.454)

Incluído o presente feito na pauta de julgamentos do dia 01/09/2009, esta col. Terceira Turma, acompanhou o voto da eminente Ministra Nancy Andrighi, Relatora que, ao examinar a controvérsia, em percuente voto, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento para: "*(i) determinar que, na hipótese de perda do celular pelo cliente, decorrente de caso fortuito ou força maior, devidamente comprovada, a recorrente dê em comodato, pelo restante do período de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

carência, um aparelho ao cliente, que lhe permita usufruir de todos os serviços previstos no plano por ele contratado; ou, alternativamente, (ii) se abstenha de cobrar 50% do valor da multa rescisória; e (iii) afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Dentre seus judiciosos fundamentos, entendeu a eminente Relatora, em resumo, que:

a) acerca da negativa de prestação jurisdicional, conclui, *in verbis*: "(...) Da análise do acórdão recorrido, verifico que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes. O TJ/RJ se pronunciou de maneira a abordar a discussão de todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites impostos por lei, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados logo adiante." (fl. 1.479);

b) acrescentou, ainda, que: "(...) A controvérsia exige, pois, que se compatibilize os direitos, obrigações e interesses das partes contratantes à nova realidade surgida após a ocorrência de evento inesperado e imprevisível, para o qual nenhuma delas contribuiu. De um lado a recorrente, que subsidiou a compra do aparelho pelo consumidor, na expectativa de que este tomasse seus serviços por um período mínimo. De outro, o cliente, que, ante a perda do celular por caso fortuito ou de força maior, e na impossibilidade ou desinteresse em adquirir um novo aparelho, se vê compelido a pagar por um serviço que não vai utilizar." (fl. 1.487);

c) nesse contexto, decidiu que: "(...) Diante disso, considerando ser o consumidor parte hipossuficiente na relação comercial estabelecida frente à recorrente e que, a rigor, o negócio desta está centrado na prestação de serviços de telefonia (e não na venda de celulares), bem como, ainda, tendo em vista as facilidades de que dispõe para a obtenção de aparelhos, inerentes à sua própria atividade, é razoável condicionar a manutenção do contrato à disponibilização, pela recorrente, de um celular, que não precisa ser idêntico ao perdido, desde que permita ao cliente usufruir de todos os serviços previstos no plano por ele contratado. O aparelho será entregue ao cliente em comodato, pelo período de carência remanescente, findo o qual deverá ser restituído." (fl. 1.488);

d) finalmente, quanto ao caráter protelatório dos embargos de declaração, decidiu que: "(...) verifica-se que os declaratários objetivaram o efetivo prequestionamento de dispositivos de lei, o que afasta o caráter procrastinatório reconhecido pelo TJ/RJ. Assim, afasta-se a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC." (fl. 1.490)

Irresignada, a ora embargante, TIM CELULAR S/A, opôs embargos de declaração em face do supramencionado *decisum* (fls. 1.501/1.529). Em resumo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sustentou a nulidade do v. acórdão ora embargado porque a Turma julgadora foi composta por maioria de desembargadores convocados. Asseverou, também, negativa de prestação jurisdicional. Aduziu, ainda, omissão quanto à necessidade de devolução dos valores pagos e redução do valor da multa. Sustentou, igualmente, a existência de contradição entre os fundamentos do r. *decisum* e o resultado prático do v. acórdão. Disse, outrossim, que há contradição quanto à manutenção dos danos morais à espécie. Finalmente, aduziu a existência de contradição entre o reconhecimento da nulidade do acórdão do eg. Tribunal de origem e a inexistência de determinação para que este seja anulado. (fls. 1.501/1.529)

Incluído o presente feito na pauta de julgamento do dia 09/11/2010, após o voto da eminente Ministra Nancy Andrighi, Relatora, que, ao examinar a controvérsia, com esmero, rejeitou os embargos de declaração, no que foi acompanhada pelo eminente Ministro Sidnei Beneti, esta Relatoria pediu vista dos autos, para melhor exame da matéria que, doravante, passa-se a expor.

É o relatório.

Os presentes embargos de declaração não merecem prosperar.

Com efeito.

Inicialmente, acompanha-se a eminente Ministra Relatora, Nancy Andrighi, no que se refere às questões relativas à suposta ausência de prestação jurisdicional, bem como acerca da inexistência de nulidade do v. acórdão ora embargado em razão da composição, por maioria de Desembargadores convocados.

Quanto às demais questões, observa-se que, na realidade, o que pretende a ora embargante, TIM CELULAR S/A, é o novo julgamento da controvérsia o que, à evidência, não é o desiderato dos embargos de declaração. Isso porque, ao sustentar, dentre outras razões, que o julgamento é omisso acerca da necessidade de devolução dos valores pagos e redução do valor da multa, bem como quanto à suposta contradição no que se refere à manutenção dos danos morais à espécie, a ora embargante, TIM CELULAR S/A, *data venia*, não atentou-se para às fls. 1.481/1.482, em que a eminente Ministra Nancy Andrighi, Relatora, com o cuidado que lhe é peculiar, responde, com fundamentação adequada ao caso, a tais questionamentos.

Registra-se, nesse contexto, porque oportuno, que a prestação jurisdicional que se revela contrária ao interesse de quem a postula, não se equipara, para efeito de acesso à via recursal extraordinária, com a ausência de prestação jurisdicional, aptos a justificar sua nulidade.

Na verdade, esta Corte Superior tem repetido, à exaustão, que o órgão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado (CPC, art. 131), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso (*ut* AgRg no REsp nº 705.187/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26/09/2005).

Assim, ausente alguma das hipóteses autorizadoras do presente recurso, acompanha-se o voto da eminente Relatora Ministra Nancy Andrichi no sentido de rejeitar-se os embargos de declaração opostos pela TIM CELULAR S/A.

É o voto.

MINISTRO MASSAMI UYEDA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0192563-0

EDcl no
REsp 1087783 / RJ

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

PAUTA: 11/10/2011

JULGADO: 11/10/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO VIEIRA BRACKS**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

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

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADOS : CHRISTIANE RODRIGUES PANTOJA
 CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)
 ÂNGELA BURGOS MOREIRA
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Massami Uyeda, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.