

**Processo nº:** 0138641-48.2009.8.19.0001 (2009.001.139191-8)

**Tipo do Movimento:** Sentença

**Descrição:**

I - RELATÓRIO Trata-se de Ação Civil Pública com pedido de liminar proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face NETRIO S/A. A inicial veio instruída com o Inquérito Civil sob nº 559/2007. O autor sustenta que a empresa ré é prestadora de serviços de telecomunicação multimídia (SMC), fornecendo no mercado de consumo em geral um serviço de acesso rápido à INTERNET, utilizando o sistema de banda larga, conhecido como 'VIRTUA'. Aduz que, tal serviço vem sendo desempenhado de forma a não garantir a eficiência, adequação e segurança ao consumidor usuário, na medida em que se verifica um número muito grande de reclamações conforme fls. 73/157 dos autos do inquérito civil nº 559/2007. Sustenta que tal documentação supramencionada se traduz em reclamações feitas à ANATEL nos anos de 2007/2008, nas quais se verificam um número muito grande de pessoas que se queixam de ter interrompidos os seus serviços pela operadora ré, pelos mais variados motivos por ela alegados, sem, contudo, se restabelecer a normalidade na prestação de tais serviços, mesmo após entrarem em contato com esta última para protocolarem suas reclamações. Dessa forma, requer na petição inicial de fls.02/08 que seja deferido pedido de antecipação de tutela, determinando, que a ré: a)Seja compelida a solucionar em até 48( quarenta e oito) horas qualquer falha técnica inerente aos serviços de acesso à INTERNET prestados e a cumprir com quaisquer ofertas promocionais que tenha feito aos consumidores para a prestação destes serviços, sob pena de pagamento de multa diária de R\$10.000,00( dez mil reais).Pleiteia no mérito: a)O deferimento em definitivo do pedido de antecipação de tutela acima formulado, com a cominação da multa pleiteada;b)A condenação da empresa ré ao ressarcimento de todo dano material e moral causado a todo e qualquer consumidor que verificou falhas ocorridas no serviço de acesso à INTERNET por ela fornecido,tudo a ser apurado no pertinente processo de liquidação;c)A declaração de nulidade de cláusula contratual 08.02.02, eis que não estabelece um limite temporal para que se dê a interrupção do serviço contratado, quer para manutenção preventiva, quer para a manutenção emergencial; Decisão antecipatória de tutela às fls.10 determinando que a ré seja compelida em 48 horas a solucionar toda e qualquer falha técnica referente aos serviços de internet por ela prestados, bem como a cumprir todas as ofertas promocionais que envolvam estes serviços e que tenham sido feitas a seus consumidores, sob pena de multa diária de R\$10.000,00( dez mil reais). Contestação por parte dos réus a fls. 40/101, acompanhada dos documentos de fls. 102/204, requerendo: a)A reconsideração da decisão concessiva da antecipação de tutela;b)Caso a antecipação de tutela seja mantida requer que a astreint seja reduzida para R\$59,90( cinquenta e nova reais e noventa centavos ) por dia. C) que seja a presente demanda julgada extinta sem resolução de mérito, decretando: (a)A ilegitimidade ativa do autor para ajuizar Ação Civil Pública, considerando que a presente ação não versaria sobre questão de relevante interesse social e direitos indisponíveis) A ausência de interesse processual do autor, ante a inadequação da ação proposta por ausência de interesse difuso ou coletivo em questão; c) Inépcia da petição inicial, ante a impossibilidade jurídica do pedido; d)Subsidiariamente, requer a ré que se julgue a presente ação totalmente improcedente, mantendo-se a validade da cláusula que permite a interrupção do serviço para manutenção programada e emergencial;e) subsidiariamente, ainda, requer que eventual astreints imposta na sentença seja limitada ao valor máximo do objeto do serviço de internet virtual, ou seja, R\$59,90, bem como a indenização por dano moral coletivo seja fixado no valor máximo de R\$1.000,00( mil reais). Agravo de instrumento proposto às fls.207/251. Decisão do Desembargador relator da 10ª Câmara Cível deferindo efeito suspensivo ao recurso e asseverando que a matéria requer aprofundamento das provas, eventualmente com perícias e vistorias. Réplica a fls. 260/269. A parte ré às fls.272/283 requer que o feito seja julgado extinto, sem resolução do mérito e que seja decretada a ilegitimidade ativa do autor bem como a ausência de interesse processual do mesmo, ante a inadequação da ação proposta por ausência de interesse difuso ou coletivo e, ainda, a inépcia da petição inicial, ante a impossibilidade jurídica do pedido. Decisão deste juízo às fls.304/309rejeitando as preliminares e declarando o feito saneado, bem como fixando como ponto controvertido ser, ou não, o serviço prestado pela ré eficiente e seguro dentro da proposta feita ao consumidor e, ainda, deferindo a prova documental superveniente e a prova pericial para averiguação da eficiência e segurança do serviço prestado

pela ré aos consumidores. Laudo pericial acostado às fls.399/460, acompanhado dos anexos às fls.463/585. Despacho de fls.586determinando que o presente feito tramite em segredo de justiça. Parecer técnico do assistente técnico da ré NET às fls. 598/607 sustentando que na perícia foi constatado que as quedas de sinal do VIRTUA são esporádicas e momentâneas e não seriam vícios de qualidade e sim parte da própria natureza do serviço, bem como o laudo teria confirmado que seria tecnicamente impossível restabelecer o sinal do VIRTUA sempre em 48 horas. Promoção do Ministério Público às fls. 647 sustentando que o laudo apresentado não pode ser considerado como seguro;e reiteração do parecer do GATE às fls. 651/653. Manifestação do perito às fls. 656/661 e promoção do MP às fls. 671/674 requerendo complementação de laudo, bem como às fls. 686/688 o MP alega que o laudo pericial seria 'imprestável' como meio de prova. Complementação de laudo às fls. 741/780, acompanhado dos documentos de fls. 782/931. Manifestação da NET RIO S/A às fls. 938/944 alegando que o Ministério Público estaria atuando em causa de interesses econômicos privados e, assim, requerendo a extinção do feito, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267,VI do CPC. Promoção do MP de fls.951/954 opinando que o laudo pericial não teria o condão de responder de forma objetiva e clara aos quesitos formulados, razão pela qual não deve servir de elemento de prova a fim de desconstituir a pretensão jurídica até agora exercida. Parecer técnico acostado às fls. 958/968 quanto a análise das respostas do laudo pericial apresentado pelo perito do juízo conforme fls. 741/777. Manifestação da NET RIO às fls. 972/973 informando que o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela NET RIO contra decisão que rejeitou as preliminares arguidas em contestação transitou em julgado,uma vez que os recursos especiais e extraordinários não foram admitidos.Por fim, requer, novamente, que seja julgada absolutamente improcedente afastando-se todos os pedidos formulados pelo autor. II - FUNDAMENTAÇÃO O presente feito encontra-se apto à sentença na forma do artigo 330, I do CPC. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face NET RIO S/A, cuja causa de pedir é a alegação de que a empresa ré presta de forma ineficiente e não adequada o serviço de telecomunicação multimídia (SMC), fornecendo no mercado de consumo em geral um serviço deficiente de acesso à INTERNET, utilizando o sistema de banda larga, conhecido como 'VIRTUA'. A presente demanda foi proposta com base em um número grande de reclamações de consumidores conforme se verifica às fls. 73/157 dos autos do inquérito civil nº 559/2007. Este juízo deferiu tutela antecipada às fls.10, determinando que a ré seja compelida em 48 horas a solucionar toda e qualquer falha técnica referente aos serviços de internet por ela prestados, bem como a cumprir todas as ofertas promocionais que envolvam estes serviços e que tenham sido feitas a seus consumidores, sob pena de multa diária de R\$10.000,00( dez mil reais).Tal decisão foi cassada em 2ª instância às fls.352/353. Em sede de preliminar de contestação, a empresa ré alega que a presente ação não versaria acerca de questão de relevante interesse social, mas sim de direitos disponíveis e, assim, haveria ilegitimidade ativa e, ainda, ausência de interesse processual do autor por não se tratar de interesse difuso ou coletivo. Sustenta, também, inépcia da petição inicial, pois se trataria depedido juridicamente impossível. Note-se, por relevante, que as matérias suscitadas como preliminares de contestação foram devidamente rejeitadas por este juízo em decisão que declarou o feito saneado acostada às fls. 304/309. Assim, passo ao exame do mérito. O Ministério Público tem legitimidade ativa na propositura de ações em defesa dos direitos coletivos latu sensu entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos stricto sensu e os direitos individuais homogêneos, na forma do artigo 81, parágrafo único, incisos I,II e III c/c artigo 82,I da Lei 8078/90 c/c artigo 82,III do CPC. Dentre as funções institucionais do Ministério Público está a promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos, na forma do art. 129, III da CRFB e do disposto no art. 1º, IV, da Lei 7.347/85. O artigo 103, III do CDC determinou que a sentença na ação civil pública tem eficácia erga omnes, ou seja, o pedido nas ações coletivas se constitui em uma tese jurídica genérica que beneficia a todos os substituídos e, sendo assim, as particularidades, se existentes, são atendidas somente em liquidação de sentença a ser procedida individualmente. In casu, sob o enfoque da deficiência na prestação de serviço pela NET RIO, o Ministério Público requer a declaração de nulidade de cláusula contratual 08.02.02, eis que não estabelece um limite temporal para que se dê a interrupção do serviço contratado, quer para manutenção preventiva, quer para a manutenção emergencial. Sustenta o órgão ministerial que a empresa ré, que presta serviço de telecomunicação multimídia

(SMC), serviço de acesso à INTERNET, utilizando o sistema de banda larga, conhecido como 'VIRTUA' (se enquadrando, portanto, no conceito de fornecedor previsto no art. 3º do CDC), estaria praticando o mesmo de forma ineficiente e não adequada pois, segundo reclamações, a NET RIO estaria interrompendo o serviço de INTERNET banda larga sem prévio aviso ao consumidor, bem como não estaria ocorrendo abatimento do preço pelo serviço não prestado. Importante esclarecer que o SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, no regime privado, mediante autorização da ANATEL, disponibilizando a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet aos seus assinantes. A prestação do SCM deve basear-se nos princípios constitucionais da atividade econômica para exploração e execução do serviço, sendo a prestadora responsável perante o assinante e a Anatel. Embora o Estado adote a economia de mercado, da livre iniciativa, não deixa de cumprir seu papel no controle da atividade econômica, atuando direta ou indiretamente nas hipóteses nas quais se verifica que de alguma forma esteja ocorrendo excessos. O Estado cumpre, assim, o seu papel no controle da atividade econômica como garantidor da segurança jurídica, do equilíbrio contratual e em prol dos interesses da coletividade. A prestadora dos serviços de telefonia ao desenvolver sua atividade empresarial auferir lucro, mas, por outro lado, a partir da análise da teoria do risco do empreendimento, é cediço que todo aquele que atua no mercado de consumo responde objetivamente pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos. Importante ter em mente que a responsabilidade decorre do simples fato de realizar atividade de produção, distribuição e comercialização ou, ainda, a execução de determinados serviços. Assim, no caso vertente, a cláusula contratual 08.02.02 não está em conformidade com a resolução vigente nº 614 de 28/05/2013, que disciplina as condições de prestação e fruição de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), que revogou a resolução anterior nº 272/2001 da ANATEL. Nesse sentido segue os artigos pertinentes à Resolução nº 614 de 28/05/2013: Art. 46. Em caso de interrupção ou degradação da qualidade do serviço, a Prestadora deve descontar da assinatura o valor proporcional ao número de horas ou fração superior a trinta minutos. § 1º A necessidade de interrupção ou degradação do serviço por motivo de manutenção, ampliação da rede ou similares deve ser amplamente comunicada aos assinantes que serão afetados, com antecedência mínima de uma semana, devendo ser concedido abatimento na assinatura à razão de um trinta avos por dia ou fração superior a quatro horas. § 2º O desconto deverá ser efetuado no próximo documento de cobrança em aberto ou outro meio indicado pelo Assinante. Art. 56. O Assinante do SCM tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável (...) IV - à informação adequada sobre seus direitos e acerca das condições de prestação do serviço, em suas várias aplicações, facilidades adicionais contratadas e respectivos preços; (...) VI - ao conhecimento prévio de toda e qualquer alteração nas condições de prestação do serviço que lhe atinja direta ou indiretamente; (...) XI - à resposta eficaz e tempestiva às suas reclamações, pela Prestadora; (...) XVIII - à continuidade do serviço pelo prazo contratual; Art. 58. Os direitos e deveres previstos neste Regulamento não excluem outros previstos na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, no Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008, na regulamentação aplicável e nos contratos de prestação firmados com os Assinantes do SCM. (grifos nossos). Embora a NET RIO S/A tenha informado que as interrupções do fornecimento do serviço de internet banda larga objetivam garantir a qualidade do serviço, e que estas seriam imprescindíveis para manutenção dos equipamentos e, ainda, que, por vezes, ocorreria necessidade de manutenção não programada, isto é, emergencial e corretiva, não se pode olvidar o direito do consumidor em ter descontado do valor da mensalidade o período de serviço não prestado. Assim, o consumidor deveria ser previamente notificado a respeito do período no qual o serviço ficará indisponível, quando a manutenção é programada, e sempre deveria a empresa ré conceder o desconto proporcional ao período de manutenção da rede, que se reverteria em crédito na próxima fatura a todos os assinantes atingidos. Muito embora a empresa ré, segundo o laudo pericial de fls. 408/415, apresente prestação de serviço de 'qualidade aceitável', pois os números de reclamações estariam no percentual de 4,27%, isto é, abaixo da meta de 6% da ANATEL, não pode este magistrado, diante da existência de um número significativo de consumidores que formularam reclamações contra a empresa ré, deixar de aferir a necessidade de se impor algumas limitações, inclusive temporais, a esta possibilidade de suspensão dos serviços prestados. Não se nega, entretanto, que restou evidente da leitura da perícia de fls. 408/415 que há diversos fatores externos que podem prejudicar o sinal da NET, tais como:

atos de vandalismo, acidentes de trânsito que afetem fiações, proibição de entrada em determinados dias e horários em condomínios fechados para realização de manutenção técnicas, além de áreas de riscos, bem como que o referido laudo pericial concluiu que a ré não opera de forma irregular ou imprópria. Frise-se que na hipótese de ocorrência de qualquer falha técnica inerente aos serviços de acesso a INTERNET prestados pela ré, torna-se fundamental que seja estipulado prévia comunicação ao cliente com o abatimento proporcional do preço cobrado, em razão do serviço não prestado, mas também que seja determinado prazo máximo para restabelecimento do serviço, uma vez que, em uma sociedade globalizada e dinâmica, é razoável supor que há inúmeros consumidores que dependem do acesso ao serviço de INTERNET até mesmo para seu próprio sustento e de sua família. O princípio da boa-fé objetiva tem aplicação em todo o ordenamento jurídico, sendo pressuposto da ordem jurídica, revelador da lealdade das partes, modelo de conduta ética que os contratantes devem possuir. O dever de observar uma conduta leal e correta na celebração dos contratos é cogente inclusive no comércio eletrônico e na internet, uma vez que um dos requisitos de validade de todo negócio jurídico é o agente ser capaz, e a capacidade de fato somente ocorre com a livre e plena manifestação de vontade do agente. Por outro lado, a prática da ré não se configurou em ato ilícito e não restou demonstrado que a ré teria prestado de forma ineficiente ou não adequada o serviço de telecomunicação multimídia (SMC), não sendo, assim, razoável a concessão de danos materiais e morais que a autora alega já terem sido causados aos consumidores. Contudo, conforme já esclarecido, é imperioso que se imponha algumas obrigações à empresa ré, ou seja, limitações contratuais como forma de proteção ao consumidor, que é a parte mais vulnerável nesta relação de consumo, com fulcro nos artigos 5º, XXXII e 170, V da CRFB c/c artigos 4º, inciso I da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Hodiernamente, o princípio da obrigatoriedade dos contratos, isto é, o contrato faz lei entre as partes ('pacta sunt servanda'), tem sua aplicação diminuída, pois passa a preponderar a interpretação dos contratos segundo sua função social, da equidade e da boa-fé objetiva. Note-se, por relevante, que a obrigatoriedade dos contratos somente se justifica se não ferir o alcance de justiça e o princípio da boa-fé objetiva. Assim, temos com o dirigismo contratual, a flexibilização do princípio da obrigatoriedade dos contratos, visando inibir abusos. Logo, o Estado pode intervir modificando o contrato dando, inclusive, solução diferente ao avençado entre as partes. Para melhor esclarecer o denominado dirigismo contratual temos os ensinamentos do doutrinador André Luiz Menezes Sette: 'O fundamento de vinculatividade dos contratos foi deslocado da vontade para termos econômico-sociais (porque interessa à sociedade a tutela da situação jurídica que ali nasceu), justificando, via de consequência, a intervenção do Estado nos contratos; o que se convencionou chamar de dirigismo contratual. Surge então, uma nova concepção sobre Direito dos contratos.' Nesse sentido, temos a aplicação do dirigismo contratual em sede de direito do consumidor, conforme jurisprudência a seguir: 0128374-46.2011.8.19.0001 - APELACAO - DES. PEDRO FREIRE RAGUENET - Julgamento: 01/08/2012 - SEXTA CAMARA CIVEL- Consumidor. Empréstimo. Retenção de valores em contracheque que excedem 30% da renda do autor. Pedido de modificação de cláusulae recebimento de danos morais. Sentença de procedência parcial do pedido. Apelos recíprocos. CDC. Dirigismo contratual. Limitações a máxima pacta sunt servanda impostas pelo legislador com escopo de restabelecer a comutatividade em relações jurídicas firmadas entre partes em antinomia econômica e técnica. Relativização dos parâmetros contratados. Redução dos descontos que se mantém. Empréstimo de grande vulto concedido a devedor que já ostentava outros débitos em espaço ínfimo de tempo. Conduta do credor que não se prestigia. Inobservância dos termos da Lei 10.820/2003 aplicada aqui por simetria. Ofensa aos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, por criar óbice à satisfação dos interesses globais envolvidos no contrato. Segundo os padrões ético-jurídicos vigentes, cabe ao credor agir de forma a mitigar seus próprios prejuízos. Precedentes do E. STJ. Antecipação de tutela. Indeferimento mantido. Caso concreto que denota a percepção de quantia expressiva, que em cotejo com as contas e débitos apresentados pelo autor, não se mostra capaz de firmar a presença dos requisitos para o deferimento do pleito liminar. Ausência de perigo pela espera do trânsito em julgado. Dano moral. Ausência de vício de vontade. Conduta do autor livremente assumida. Pretensão de obtenção de vantagem econômica indevida. Efeitos do contrato mitigados apenas em função da ofensa ao comando legislativo. Inocorrência de lesão não material. Manutenção da sentença. Improvimento dos apelos. Decisão monocrática e liminar nos termos do artigo 557,

caput, do CPC.(grifos não originais) Em se tratando de direito individual homogêneo, cada indivíduo tem direito próprio, que pode variar qualitativa e quantitativamente. Daí porque a sentença genérica limita-se, neste momento, a reconhecer a necessidade de impor limitações ao contrato celebrado, eis que de adesão, como forma de proteger o consumidor, elo mais fraco na presente relação de prestação de serviços de comunicação multimídia. III - DISPOSITIVO Diante de todo o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido para o fim de condenar a ré a que: a)Seja compelida a solucionar em até 72(setenta e duas) horas qualquer falha técnica inerente aos serviços de acesso INTERNET BANDA LARGA contratado, e a cumprir com quaisquer ofertas promocionais que tenha feito aos consumidores para a prestação destes serviços,sob pena de pagamento de multa diária de R\$5.000,00(cinco mil reais); b)A modificação da cláusula contratual 08.02.02, no prazo de 15(quinze) dias, sob pena de multa diária de R\$1.000,00(mil reais), nos termos do artigo 11 da Lei 7347/85, para que na mesma passe a constar que na hipótesede interrupção ou degradação do serviço por motivo de manutenção,ampliação da rede ou similares deve ser amplamente comunicada aos assinantes que serão afetados, com antecedência mínima de uma semana,devendo ser concedido abatimento na assinatura à razão de um trinta avos por dia ou fração superior a quatro horas,que se reverterá em credito na próxima fatura. Por ter decaído da maior parte do pedido, condeno a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios ora fixados em 10% do valor da causa, a serem revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público,com fulcro no artigo 4º, XII da Lei 2.819/97. Dê-se ciência pessoal ao Ministério Público. P. R. I.