

NONA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº 0291468-78.2008.8.19.0001

Apelante 1: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Apelante 2: CLARO SA

Apelados: OS MESMOS

Relator: Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR COM ACESSO À INTERNET. SISTEMA 3 G. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público na qual se questiona a prestação de serviço de telefonia celular com acesso à internet utilizando o sistema 3G - banda larga - oferecido pela ré. O ponto nodal da questão é a veiculação de publicidade enganosa. Afirma-se que a ré não cumpriu com seu dever de informação quanto às limitações do serviço. Caso a ré tivesse informado com clareza ao consumidor que o serviço encontra-se em fase de ampliação, adaptação e aperfeiçoamento, bem assim, que está sujeito à influência de fatores externos, tais como localização geográfica, zona de sombra, argumentos utilizados aqui como tese defensiva, o consumidor poderia acautelar-se mais ao contratar o serviço ou optaria por não pactuar. Apenas a informação precisa possibilita ao consumidor a livre manifestação de vontade. A notícia de nova tecnologia e de velocidade mais rápida, para o leigo, traduz a ideia de um serviço melhor, nunca um serviço com restrições como as noticiadas nos autos. Noutra giro, um dos pedidos da lide refere-se à nulidade da cláusula 12.4 do contrato de adesão. A ré afirma que a cláusula é necessária porquanto não há viabilidade técnica para a prestação do serviço uniforme de internet 3G ao longo das regiões, justificando, no caso, a existência da cláusula contratual em questão. É certo que, se a ré alega que não pode prestar o serviço de maneira uniforme a todos, por impossibilidade técnica, impor tal prestação por sentença, em nada alterará a realidade fática. A cláusula deve ser interpretada apenas como uma garantia de serviço mínimo ao consumidor, conforme consta de cada contrato individual, tal como defendido pela ré. Mantém-se a validade da cláusula 12.4 nestes termos, pautado no princípio da conservação do contrato ex vi art.423 do Código Civil e art.47 do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, com efeitos prospectivos. Não se afigura o dano moral, tendo em vista que se trata de danos decorrentes de descumprimento contratual. Súmula 75 do TJRJ. No que se refere ao dano material, este não foi devidamente comprovado, pois não há prova nos autos de quais regiões o serviço não funcionou adequadamente, bem assim, se houve prejuízo material experimentado pelo consumidor em razão do defeito. Convém ressaltar que, ao mesmo tempo em que se noticia a falha na prestação do serviço, também há elementos nos autos que afirmam que o serviço funcionou perfeitamente em algumas regiões, não existindo, nesse caso, nenhum dano. Desse modo, não há possibilidade, em sede de demanda coletiva, se reconhecer o direito à reparação (an debeat), de maneira geral, tal como pretende o autor, o que não impede o pleito individual do consumidor que se sentir lesado. Exclusão da condenação por danos morais e materiais. **NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.***

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0291468-78.2008.8.19.0001, A C O R D A M os Desembargados que compõem a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO e em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO, nos termos do voto do relator. Decisão UNÂNIME.



VOTO

Integra-se ao presente o relatório constante dos autos.

Conheço e admito o recurso ante a presença dos pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público na qual se questiona a *prestação de serviço de telefonia celular com acesso à internet utilizando o sistema 3G - banda larga* - oferecido pela ré.

A r. sentença julgou **parcialmente procedente o pedido** para: **(i)** declarar a nulidade parcial da cláusula 12.4 do contrato de fls. 106/110, especificamente ao estabelecer que: “*independentemente da ação ou vontade da CLARO, fatores externos podem influenciar diretamente na velocidade de tráfego. Em virtude destes fatores, alheios à vontade da CLARO, fica garantido ao assinante o mínimo de 10% (dez por cento) da velocidade nominal contratada dentro de sua rede, por se tratar de ambiente restrito e controlado*”; **(ii)** para condenar a ré a informar ao público consumidor, nas peças publicitárias ou quaisquer divulgações que realiza do serviço, todas as características da velocidade do serviço, em todas as condições e modalidades contratadas, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); **(iii)** condenar a ré ao ressarcimento de todo dano material e/ou moral causado a todo e qualquer consumidor que contratou com a ré a prestação do serviço de acesso à *internet* e não logrou recebê-lo, conforme vier a ser apurado em liquidação de sentença; **(iv)** condenar a ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na forma do artigo 20 § 4º do CPC.

Pugna o **autor** - Ministério Público - pela reforma parcial da r.sentença a fim de que se condene a ré a cumprir toda e qualquer oferta veiculada por quaisquer meios de comunicação de serviço rápido à internet, seja por que meio for.

Postula a **ré** pela reforma do r. *decisum* julgando-se improcedentes os pedidos da inicial. Alega, em síntese: a) ilegitimidade ativa *ad causam*, b) existência de litisconsórcio passivo obrigatório; b) cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide sem a produção de prova pericial técnica; c) validade da cláusula contratual.

DA ILEGITIMIDADE ATIVA

Ab initio, refuta-se a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*. A ação civil pública é o instrumento processual adequado para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos oriundos de relação de consumo, sendo um dos legitimados o Ministério Público, consoante expressamente previsto no art. 81, parágrafo único, I, II e III c/c art. 82, I, da Lei nº 8.078/90. Há que se ressaltar, ainda, que no caso concreto há relevante interesse público em questão.



Nesse sentido a reiterada jurisprudência do Eg. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA MÓVEL. CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO. DIREITO CONSUMERISTA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 81 E 82, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 129, III, DA CF. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. (...)

1. O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos transindividuais, como sói ser a pretensão de vedação de inserção de cláusulas de carência e fidelização, que obrigam a permanência do contratado por tempo cativo, bem como a cobrança de multa ou valor decorrente de cláusula de fidelidade (nos contratos vigentes) celebrados pela empresa concessionária com os consumidores de telefonia móvel, ante a ratio essendi do art. 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor e art. 1º, da Lei 7.347/85. Precedentes do STF (...)

2. In casu, a pretensão veiculada na Ação Civil Pública ab origine relativa à vedação de inserção de cláusulas de carência e fidelização, que obrigam a permanência do contratado por tempo cativo, bem como a cobrança de multa ou valor decorrente de cláusula de fidelidade (nos contratos vigentes) celebrados pela Concessionária com os consumidores de telefonia móvel, revela hipótese de interesses nitidamente transindividuais e por isso apto à legitimação do Parquet.

3. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos.

5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimação ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

6. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial.

7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

8. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.

9. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada in utilibus poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria.

10. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. (...)

(REsp 700.206/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA,



julgado em 09/03/2010, DJe 19/03/2010)

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE – REGISTRO PROFISSIONAL NO CONSELHO DE MEDICINA VETERINÁRIA – EXAME.

1. Discute-se a legitimidade do Ministério Público Federal para demandar em Ação Civil Pública sobre as relações jurídicas constituídas pela Resolução n. 691/2001, editada pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária, que institui o Exame Nacional de Certificação Profissional. A Resolução impõe aos graduados de medicina veterinária a obrigação de realizarem o exame como condição prévia à obtenção do registro profissional no Conselho Regional.

2. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade ad causam do Ministério Público, seja para a tutela de direitos e interesses difusos e coletivos seja para a proteção dos chamados direitos individuais homogêneos, sempre que caracterizado relevante interesse social.

3. In casu, tanto a dimensão do dano e suas características como a relevância do bem jurídico a ser protegido determinam a atuação do Ministério Público (CDC, art.82, § 1º). (...)

(AgRg no REsp 938.951/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 10/03/2010)

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.

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

Precedentes.

Recurso especial provido.

(REsp 910.192/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 24/02/2010)

Ademais, os poderes dos membros do Ministério Público são conferidos pela Constituição Federal, a qual lhes atribui zelar pela tutela de interesses difusos e coletivos mediante a propositura de ação civil pública (art.129, III da CRFB¹). Noutro giro, o art.

¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;



25, IV, a da Lei 8625/93², complementa a previsão constitucional dispondo que também caberá ao *Parquet* a tutela dos direitos individuais homogêneos.

In casu, consoante bem colocado pela d.Procuradora de Justiça: “*nesta demanda há três espécies de interesses cuja tutela pretende o Ministério Público, a saber, difuso, quanto ao pedido de condenação ao cumprimento da oferta; coletivo, quanto à nulidade da cláusula abusiva e individual homogêneo, no tocante ao ressarcimento dos consumidores.*”

DO LITISCONSÓRCIO

Não assiste razão ao réu quanto à existência de litisconsórcio obrigatório a ensejar a inclusão das demais concessionárias que prestam o serviço de internet móvel na lide. Cada concessionária presta o seu serviço de forma autônoma e independente, não havendo identidade de causa de pedir ou de objeto. Assim sendo, a sentença proferida nestes autos não surtirá efeitos sobre outras concessionárias e sim apenas em relação à ré e aos consumidores que com ela contrataram.

DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE/ CERCEAMENTO DE DEFESA/ PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL TÉCNICA

Descabida a alegação de cerceamento de defesa, tendo em vista a não realização de prova pericial técnica.

Nesse ponto, convém ressaltar, que o juiz tem o poder de indeferir as provas que refutar desnecessárias ao processo, porquanto ele é o próprio destinatário do conteúdo instrutório. Ademais, o indeferimento de diligências inúteis ou protelatórias coaduna-se com o princípio constitucional da razoável duração do processo, esculpido no art.5º, LXXVIII, CRFB/88.

In casu, restou incontroverso nos autos, ante a própria defesa da ré, que não há viabilidade técnica para garantir a velocidade máxima contratada pelo usuário de internet móvel 3G. A todo tempo, a ré afirma que se trata de um serviço em fase de ampliação, adaptação e melhoramento.

Assim sendo, não haveria motivo para produzir prova pericial técnica sobre fato incontroverso nos autos.

² Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;



No que se refere à ausência de manifestação acerca dos documentos juntados pelo autor às fls.205/215, o que segundo a ré, afronta o princípio do contraditório, infere-se que estes em nada inovaram nos autos e a falta de manifestação acerca dos mesmos não trouxe qualquer prejuízo à ré, de modo que aplicável o princípio *pas de nulite sans grief*, sendo este o fundamento para **rejeitar a nulidade suscitada**.

DO DEVER DE INFORMAÇÃO / DA PUBLICIDADE ENGANOSA

No mérito, a d.juíza *a quo* pontuou bem a questão trazida a julgamento, afirmando que: *“O ponto controvertido repousa em perquirir-se quanto à qualidade do serviço de tecnologia 3G, banda larga, que está sendo prestado pela ré aos consumidores, em conformidade com as possibilidades existentes, se a contratação está sendo precedida das necessárias informações para que o contratante conheça previamente os limites do serviço a ser prestado, bem como se existe a nulidade parcial da cláusula 12.4 do contrato de adesão utilizado pela ré.”*

É o que se passa a analisar.

Compulsando os autos infere-se que o Ministério Público, no uso de suas prerrogativas constitucionais, ajuizou a presente ação civil pública pautado nas inúmeras reclamações de consumidores que chegaram ao seu conhecimento. Em apenso constam os inquéritos civis instaurados para fins investigatórios.

O ponto nodal da questão é a alegada veiculação de publicidade enganosa. Afirma-se que a ré não cumpriu com seu dever de informação quanto às limitações do serviço.

É bom lembrar, caso a ré tivesse informado com clareza ao consumidor que o serviço encontra-se em fase de ampliação, adaptação e aperfeiçoamento, bem assim, que está sujeito à influência de fatores externos, tais como localização geográfica, zona de sombra, argumentos utilizados aqui como tese defensiva, o consumidor poderia acautelar-se mais ao contratar o serviço ou optaria por não pactuar. Apenas a informação precisa possibilita ao consumidor a livre manifestação de vontade.

Não obstante, a notícia de nova tecnologia e de velocidade mais rápida, para o leigo, traduz a ideia de um serviço melhor, nunca um serviço com restrições como as noticiadas nos autos. Restrições essas, que segundo a ré, justificam a aposição da cláusula 12.4 no pacto de adesão, pela qual, há a garantia mínima de 10% da velocidade contratada, tema que se tratará adiante.

Ante a falta de informação adequada sobre as limitações do serviço - matéria incontroversa nos autos - houve a contratação do serviço pelo consumidor ignorando as suas limitações. Noutras palavras, não se noticia ao consumidor se no local onde utilizará a internet existe ou não a viabilidade do serviço. O consumidor apenas teve conhecimento das ditas restrições após o pacto, o que fere a sua legítima expectativa em relação ao serviço.



Os artigos 30 e 31 da Lei 8078/90 cobrem a veiculação de publicidade em desconformidade com os serviços oferecidos. Confira-se:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Sobre o tema, convém colacionar aos autos as precisas lições do i.Des. Sérgio Cavalieri Filho³:

“O Código consagrou o princípio da veracidade da publicidade ao proibir a publicidade enganosa no seu art.37: “É proibida a publicidade enganosa ou abusiva”. Esse é o grande avanço do Código de Defesa do Consumidor, apontado pela doutrina – apresentar um regramento jurídico claro da publicidade enganosa e abusiva, dando-lhe, ademais, capacidade de vinculação contratual. (...)”

Depreende-se do conceito legal, todavia, que o elemento fundamental para a caracterização da publicidade enganosa será a sua capacidade de induzir em erro o consumidor a respeito de qualquer dado do produto ou serviço objeto da publicidade.”

In casu, o conjunto probatório dos autos indica a existência de publicidade enganosa, ante o descumprimento do dever de informação quanto às limitações do serviço prestado, capaz de induzir a erro o consumidor e levá-lo a contratar, tal como ocorreu no caso concreto.

Malgrado afirme a ré que cumpriu com o dever de informação na veiculação de suas peças publicitárias, não trouxe qualquer prova do alegado, não servindo o documento de fls. 115 para tanto.

Por outro lado, no encarte de jornal constante nos autos não há qualquer informação sobre as possíveis limitações do serviço, alertando o consumidor (fls. 44 do inquérito civil 279/2008, em apenso). Tampouco em uma breve busca pelo *site* da operadora de telefonia se vê ditas informações (fls. 12/13 da representação n° 109/08, em apenso).

Assim sendo, correto o autor quando afirma que a ré não poderia colocar no mercado um serviço com qualidade e eficiência aquém daquela veiculada em sua

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p.117.



publicidade.

Colacione-se no voto, as palavras da d.representante da Procuradoria de Justiça, que bem examinou a questão (fls. 437):

“Analisando o material publicitário da CLARO, não há dúvida quanto a esta única característica exigida pela lei para operar o efeito da vinculação. Com efeito, a mensagem é direta e concreta, contendo uma promessa que se torna exigível por força de lei. Em sua propaganda, a empresa promete a seus consumidores, *verbis*: “*Ter internet banda larga em qualquer lugar e a qualquer hora*”. “*Com a CLARO você acessa a internet em alta velocidade com até 1 Mbps*. Não se trata de um exagero (*puffing*) ou frase de efeito utilizada para causar impacto na sua campanha. Aqui há evidentemente uma promessa, qual seja, de que a CLARO fornecerá conexão 3G mais rápida e mais eficiente que seus concorrentes “em qualquer lugar e a qualquer hora”

Noutro giro, no que tange à multa diária imposta pela i.Julgadora *a quo* para o **caso de descumprimento do dever de informação**, fixada R\$ 50.000,00, se revela excessiva, motivo pelo qual, arbitra-se no valor de R\$ 1.000,00, quantia que se mostra mais adequada. **Assim sendo, reforma-se a d.sentença nesse ponto.**

Impende considerar que o dever de informação aqui estabelecido é imposto tão-somente em relação aos novos contratos e à publicidade que for veiculada futuramente, bem assim, a multa só surtirá efeitos após o trânsito em julgado deste acórdão.

DA NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL

No que tange ao pedido de nulidade da cláusula 12.4 do contrato de adesão (fls.106/110), impõe-se as considerações lançadas a seguir à sua disposição literal, de teor seguinte:

“Independentemente da ação ou vontade da CLARO, fatores externos podem influenciar diretamente na velocidade de tráfego. Em virtude destes fatores, alheios à vontade da CLARO, **fica garantido ao assinante o mínimo de 10% (dez por cento) da velocidade nominal contratada dentro de sua rede**, por se tratar de ambiente restrito e controlado.”

Neste ponto, alega a ré que a cláusula é necessária porquanto não há viabilidade técnica para a prestação do serviço uniforme de internet 3G ao longo das regiões, justificando, no caso, a existência da cláusula contratual em questão.

É certo que, se a ré alega que não pode prestar o serviço de maneira uniforme a todos, por impossibilidade técnica, impor tal prestação por sentença, em nada alterará a realidade fática.



Noutro giro, a cláusula deve ser interpretada **apenas como uma garantia de serviço mínimo ao consumidor**, conforme consta de cada contrato individual, tal como defendido pela ré.

Desse modo, mantém-se a validade da cláusula 12.4 nestes termos, pautado no princípio da conservação do contrato *ex vi* art.423 do Código Civil e art.47 do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, com efeitos prospectivos.

Nesse ponto, colacione-se as palavras do d. Nélon Néri Jr.⁴ sobre o princípio da conservação dos contratos, em seus comentários sobre o art. 51, §2º do CPDC:

“Em atendimento ao princípio da conservação do contrato, a interpretação das estipulações negociais, o exame das cláusulas apontadas como abusivas e a análise da presunção de vantagem exagerada devem ser feitos de modo a imprimir utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo, não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção negocial de consumo.”

Impende considerar, ainda, que em relação ao dever de informação relativo à cláusula 12.4, impõe-se a sua divulgação de forma clara nos novos contratos.

Por tais fundamentos, reforma-se a r.sentença na parte em que anulava a cláusula contratual, a qual fica mantida, interpretando-a nos termos fixados neste acórdão.

DA CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS E MATERIAIS

Assiste razão à ré quanto à inoccorrência de danos morais, tendo em vista que se trata de danos decorrentes de descumprimento contratual. Nesse sentido, é o teor da Súmula 75 do TJRJ: “*O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em principio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.*”

Noutro giro, incabível a condenação em danos materiais em sede coletiva. Em caso de prestação de serviço precário, a situação deverá apurar-se em ação individual e não coletiva. Impende considerar que o dano material não foi devidamente comprovado, pois não há prova nos autos de quais regiões o serviço não funcionou adequadamente, bem assim, se houve prejuízo material experimentado pelo consumidor em razão do defeito.

Convém ressaltar que, ao mesmo tempo em que se noticia a falha na prestação do serviço, também há elementos nos autos que afirmam que o serviço funcionou perfeitamente em algumas regiões, não existindo nenhum dano.

Desse modo, não há possibilidade, em sede de demanda coletiva, se reconhecer o direito à reparação (*an debeatur*), de maneira geral, tal como pretende o autor, o que não

⁴ NERY JÚNIOR, Nélon. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover *et al*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 592



impede o pleito individual do consumidor que se sentir lesado.

Colacione-se os seguintes precedentes jurisprudencial em hipótese análoga:

CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARTÃO MÚLTIPLO DE DÉBITO E CRÉDITO. ENVIO SEM PRÉVIA SOLICITAÇÃO. PRÁTICA ABUSIVA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DANO MATERIAL. Ação civil pública movida pelo Ministério Público porque a Ré disponibiliza cartões com múltiplas funções sem prévia solicitação dos clientes. A legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos dos consumidores está prevista no artigo 25, IV, "a" da lei 8.625/93 e consagrada na jurisprudência. Se a causa de pedir e o pedido se dirigem ao Réu, correta a legitimidade passiva, considerando a teoria da asserção adotada no Código de Processo Civil. Presente o interesse processual na defesa dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, em tese, lesados. Presente a possibilidade jurídica do pedido ante a previsão legal para se formular pedidos de condenação em obrigação de fazer e não fazer. Eventual ausência de lei específica quanto ao fato descrito na causa de pedir não torna o objeto da ação impossível. O envio dos cartões sem prévia solicitação dos consumidores configura prática abusiva da instituição financeira, a impedi-la de realizar qualquer cobrança, nos termos da lei consumerista. O bloqueio da função de crédito até liberação pelo consumidor não ilide a conduta abusiva porque transfere a este o ônus de impedir o desbloqueio do cartão. Havendo cobrança relativa aos serviços impostos ao consumidor cabe a restituição em dobro da quantia paga em excesso. Desnecessário condenar a instituição financeira a informar ao consumidor a não-obrigatoriedade de aceitar o cartão múltiplo como já decidido em sede de Agravo de Instrumento tendo em vista o número ínfimo de reclamações. Desnecessária a fixação de multa diária por descumprimento do comando judicial tendo em vista o número irrisório de clientes insatisfeitos e a possibilidade de execução específica da decisão. Não há dano moral nas relações contratuais, exceto se ficar caracterizada ofensa à dignidade do consumidor. Orientação da Súmula nº 75 deste Tribunal de Justiça. Inviável a condenação em dano material se o Autor formula pedido carente de determinação e certeza. O acolhimento de parte dos pedidos provoca a sucumbência recíproca, divididas as despesas processuais e compensados os honorários de advogado. Agravo retido desprovido. Provimento parcial da primeira apelação e desprovimento da segunda. (0044489-13.2006.8.19.0001 – APELACAO, DES. HENRIQUE DE ANDRADE FIGUEIRA - Julgamento: 02/06/2010 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL)

DUPLO INCONFORMISMO AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. ESTIPULAÇÃO DE PRAZO DE CARÊNCIA SUPERIOR A 12 (DOZE) MESES. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA, INÉPCIA DA INICIAL, LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. AFASTAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE PRAZO DE CARÊNCIA E PRAZO DE FIDELIZAÇÃO. PREVALÊNCIA DOS LIMITES DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA LEALDADE E DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM DETRIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA. ADOÇÃO DE PRAZOS DE



CARÊNCIA SUPERIORES A 12 MESES QUE ENCONTRA OBSTÁCULO NO REGULAMENTO DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL - SMP, APROVADO PELA RESOLUÇÃO Nº 316/02 EXPEDIDA PELA ANATEL. ARTIGO 5º, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ASTREINTES FIXADAS EM OBSERVÂNCIA À MAGNITUDE DO INTERESSE EM JOGO (NATUREZA COLETIVA), BEM COMO AO PORTE DAS EMPRESAS DO SETOR DE TELEFONIA ENVOLVIDAS. INEXISTÊNCIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS A SEREM INDENIZADOS. CONDUTA ILÍCITA QUE NÃO CAUSA PREJUÍZO EVIDENTE AO CONSUMIDOR PELAS CARACTERÍSTICAS DA MANOBRA EMPRESARIAL. POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE DANO INDIVIDUAL DO CONSUMIDOR A SER RESSARCIDO EM AÇÃO PRÓPRIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ARTIGO 18 DA LEI Nº 7347/85. ISENÇÃO LEGAL QUE NÃO SE ESTENDE ÀS RÉS. CESSAÇÃO DA SUSPENSIVIDADE CONCEDIDA. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS. (0020546-64.2006.8.19.0001 (2007.001.55961) – APELACAO, DES. GABRIEL ZEFIRO - Julgamento: 08/07/2008 - OITAVA CAMARA CIVEL).

Assim sendo, impõe-se a reforma da r.sentença para excluir a condenação por danos morais e materiais.

DO PEDIDO DE CUMPRIMENTO DA OFERTA CONTRATUAL

Nesse ponto reside a insurgência do autor – Ministério Público. A d. sentença julgou improcedente o pedido, nessa parte, forte no argumento de que consoante a autorização concedida pela ANATEL à ré dispõe do prazo de 24 meses para alcançar nível satisfatório de eficiência na prestação do serviço.

Insurge o autor aduzindo que a determinação da Agência Reguladora não teria o condão de afastar a legislação vigente. A tese não merece prosperar. A Constituição Federal (art. 175, I) estabelece a regulamentação e a fiscalização dos serviços públicos concedidos pelas Agências Reguladoras, as quais possuem poder regulamentar no tocante a aspectos técnicos dos serviços prestados.

Confira-se a tese nas lições de José dos Santos Carvalho Filho⁵:

“Trata-se de modelo atual do exercício do poder regulamentar, cuja característica básica não é simplesmente a de complementar a lei através de normas de conteúdo organizacional, mas sim de criar normas técnicas não contidas na lei, proporcionando, em consequência, inovação no ordenamento jurídico. (...)

Exemplos dessa forma especial do poder regulamentar têm sido encontrados na instituição de algumas agências reguladoras, entidades autárquicas às quais o legislador tem delegado a função de criar as normas técnicas relativas a seus objetivos institucionais. É o caso da ANEEL e da ANATEL , em cuja competência se insere a produção de norma s técnicas

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 49



para os setores de energia elétrica e telecomunicações, objeto de sua atuação controladora.”

Ressalte-se, ainda, que o poder regulamentar da Agência Reguladora tem respaldo legal no art. 19 da Lei 9472/97⁶.

Desse modo, correta a r.sentença ao observar o prazo determinado no contrato de autorização estipulado entre a ANATEL e a ré.

Por tais fundamentos, voto no sentido de **negar provimento ao primeiro recurso e dar parcial provimento ao segundo recurso** para manter a cláusula contratual, nos termos fixados neste acórdão, para afastar a condenação por dano moral e por dano material e para minorar o valor da multa diária em R\$ 1.000,00 caso haja o descumprimento, pela ré, do dever de informação, com efeitos prospectivos.

Rio de Janeiro, 05 de outubro de 2010.

Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA – Relator

⁶ Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;



NONA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº 0291468-78.2008.8.19.0001

Apelante 1: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Apelante 2: CLARO SA

Apelados: OS MESMOS

Relator: Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA

RELATÓRIO

Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público na qual se questiona a *prestação de serviço de telefonia celular com acesso à internet utilizando o sistema 3G - banda larga* - oferecido pela ré.

Aduz o autor, em síntese, que a ré não cumpre a publicidade veiculada na medida em que oferece um serviço inovador 3G como de banda larga, mais eficiente e mais rápido de conexão à internet do que os existentes no mercado, sendo verificado, após, pelos consumidores, que é tão ou mais lento que os demais. A ré leva o consumidor a crer que está a se beneficiar de tecnologia inovadora, pois em qualquer situação será possível o acesso rápido e eficaz à internet. Nas peças publicitárias não há qualquer menção acerca das interferências externas que alega como escusa à deficiência de seu serviço. A publicidade dá a entender que o serviço será prestado sempre de maneira rápida, inobstante a localização geográfica. No mais, afirma o autor, que nas investigações, a ré não nega que o serviço prestado não se apresente tão eficiente quanto o propagado, haja vista que dependendo da área onde for utilizado, por questões tecnológicas, pode apenas funcionar com 10% da capacidade operacional, o que implica numa velocidade de conexão bem mais lenta do que a esperada pelo consumidor.

Requer o autor, o que se segue: a) a título de antecipação de tutela e, em definitivo, seja a ré compelida a solucionar em até 48 horas qualquer falha técnica inerente aos serviços prestados e a cumprir com quaisquer ofertas promocionais que tenha feito aos consumidores de acesso rápido à internet; b) declaração de nulidade de parte da cláusula 12.4 do contrato de adesão ou de qualquer outra de análoga redação; c) condenação da ré no ressarcimento do dano moral ou material causado ao consumidor que verificou as falhas ocorridas no serviço de acesso rápido à internet; d) condenação da ré em informar ao consumidor, nas peças publicitárias ou de oferta que faz, corretamente, todas as características de velocidade de tal serviço, em todas as obrigações contratadas ou a serem contratadas, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00.

A r. sentença (fls. 216/223) julgou **parcialmente procedente** o pedido para: **(i)** declarar a nulidade parcial da cláusula 12.4 do contrato de fls. 106/110, especificamente ao estabelecer que: *“independentemente da ação ou vontade da CLARO, fatores externos podem influenciar diretamente na velocidade de tráfego. Em virtude destes fatores, alheios à vontade da CLARO, fica garantido ao assinante o mínimo de 10% (dez por cento) da velocidade nominal contratada dentro de sua rede, por se tratar de ambiente restrito e controlado”*; **(ii)** para condenar a ré a informar ao público consumidor, nas peças publicitárias ou quaisquer divulgações que realiza do serviço, todas as características da velocidade do serviço, em todas as condições e modalidades contratadas, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); **(iii)**



condenar a ré ao ressarcimento de todo dano material e/ou moral causado a todo e qualquer consumidor que contratou com a ré a prestação do serviço de acesso à INTERNET e não logrou recebê-lo, conforme vier a ser apurado em liquidação de sentença; **(iv)** condenar a ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na forma do artigo 20 § 4º do CPC.

Embargos de Declaração da ré (fls. 226/238) rejeitados pela julgadora monocrática (fls. 291).

Recurso de apelação do **autor** (fls. 294/298 e documentos de fls. 299/313) pugnando pela reforma parcial da r.sentença a fim de que se condene a ré a cumprir toda e qualquer oferta veiculada por quaisquer meios de comunicação de serviço rápido à internet, seja por que meio for. Em suas razões recursais, alega, que: a) é obrigação do fornecedor de serviços prestá-lo de maneira adequada, eficiente e segura, conforme preconizado no art.6º, X da Lei 8078/90; b) art.6º, §1º da Lei 8987/95 determina a prestação de serviço adequado pela concessionária de serviço público; c) mesmo que a Agência Reguladora tivesse determinado um prazo para que a apelada alcançasse um nível satisfatório de eficiência, não teria o condão de afastar a legislação vigente; d) a Agência Reguladora também entende que o serviço deve ser prestado com qualidade e eficiência, não devendo colocar no mercado consumidor serviço com qualidade e eficiência aquém daquela veiculada em seus materiais publicitários; e) art. 30 da Lei 8078/90 traz o princípio da vinculação, um dos princípios informadores do marketing que se aplica não só à oferta mas também à publicidade; f) pouco importa se a ré tem ou não a tecnologia necessária para prestar o serviço com qualidade, pois uma vez colocado no mercado de consumo o seu serviço este deverá ser adequado; g) não basta a apelada simplesmente colocar o serviço à disposição sem prestá-lo efetivamente.

Recurso de apelação da **ré** (fls. 315/362) pugnando pela reforma do r. *decisum* julgando-se improcedentes os pedidos da inicial. Aduz, em síntese, que: a) a alegação de que o serviço de internet móvel 3G não corresponde com a eficiência divulgada não se baseia em qualquer laudo técnico sobre a velocidade de tráfego de dados na rede disponibilizada aos seus consumidores, mas tão somente nos procedimentos administrativos que tramitaram na 3ª Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor e Contribuinte; b) a cláusula que garante a velocidade mínima de acesso de 10% sobre a velocidade máxima contratada não tem a função de lhe possibilitar prestar o serviço em velocidade inferior à contratada, mas sim fixar uma garantia de velocidade mínima diante das diversas variáveis decorrentes da própria natureza dos serviços de tráfego de dados (como congestionamento na rede) e dos serviços de comunicação móvel (interferências geográficas e climáticas) que independentemente dos seus esforços influem na velocidade de acesso experimentada pelo consumidor; c) nulidade da sentença, uma vez que foi violado o princípio do contraditório e do devido processo legal, pois houve o julgamento antecipado da lide sem que fosse apreciado o pedido de requerimento de prova pericial, bem assim lhe tenha sido oportunizado se manifestar sobre documentos juntados pelo autor (art.398 do CPC); d) a sentença claramente se utilizou dos documentos juntados às fls.204/215, pois apontou expressamente a decisão liminar proferida nos autos; e) a complexidade técnica da lide não comporta o julgamento antecipado; f) necessidade de justificativa para eventual dispensa da prova pericial; g) a complexidade técnica da lide não comporta o julgamento antecipado; h) o ponto



controvertido da lide importa em perquirir quanto á qualidade do serviço de tecnologia; i) não se trata de questão de direito, mas sim de questão de fato, com aspectos eminentemente técnicos; j) a apelante defendeu a qualidade do serviço prestado e a existência de cláusula controversa na impossibilidade técnica de atender todas as regiões geográficas de forma uniforme, sendo decorrente da natureza do serviço prestado a oscilação da velocidade de acesso, o que justifica o estabelecimento de patamares mínimos para a prestação do serviço; k) a sua defesa é baseada na impossibilidade técnica da prestação do serviço de internet móvel atender á demanda do Ministério Público, logo para a aferição da procedência de tal argumento é absolutamente fundamental a realização de perícia técnica capaz de aferir a qualidade do serviço prestado e se realmente é possível a prestação do serviço de internet 3G de forma uniforme ao longo das regiões, justificando a existência da cláusula contratual em questão; l) é impossível averiguar a legalidade da cláusula em questão, posto que sua existência está intrinsecamente ligada à natureza do serviço e seus aspectos técnicos; m) ofensa ao contraditório; n) ausência de fundamentação para o deferimento do pedido indenizatório de dano moral e material, violando o art.93, IX da CRFB, 165 e 458, II do CPC; o) violação do princípio do contraditório; p) ilegitimidade ativa do Ministério Público, tendo em vista a ausência de subsídios probatórios capazes de justificar a propositura da ação, posto que fundada em caso isolados que já foram resolvidos; q) não se trata de um direito coletivo, difuso, mas sim individual, homogêneo, divisível e disponível; r) ausência de uma origem comum para que se considere o direito como individual homogêneo; s) princípio constitucional da isonomia – litisconsórcio necessário das demais prestadoras do serviço de internet móvel 3G envolvidas. No que se refere ao serviço objeto da lide, alega, ainda, que: 1) a grande maioria das prestadoras de serviço incluem nos seus contratos o conteúdo da cláusula 12.4, garantindo a velocidade mínima de 10%; 2) foi a primeira prestadora de serviço de internet móvel 3G com maior velocidade de transmissão de dados; 3) como uma tecnologia recentemente implantada o serviço de internet móvel deve ser visto sob o prisma de um serviço em fase de expansão, sendo que sua rede encontra-se me fase de ampliação, adaptação e aperfeiçoamento, conforme previsto no termo de autorização pra uso das radiofrequências associadas ao serviço móvel pessoal que entre si celebraram a ANATEL e a CLARO; 4) lhe foi concedido um prazo de 24 meses para atender plenamente os Municípios com mais de 500 mil habitantes; 5) informa de forma cristalina e em cumprimento ao CDC que garante ao assinante o mínimo de 10% da velocidade contratada; 6) a cláusula fornece ao consumidor a informação correta sobre o serviço contratado e sua limitações técnicas; 7) veicula também tais informações no *site* da *internet*; 8) a pretensão do Ministério Público de anular a cláusula 12.4 do contrato celebrado em nada contribuirá para a prestação do serviço; 9) a cláusula também integra as suas peças publicitárias e é plenamente válida e condizente com a velocidade da conexão contratada; 10) princípios da reserva do possível e da razoabilidade pois trata-se de serviço em fase de ampliação, adaptação e melhoramento; 11) a cláusula 12.4 ao integrar sua publicidade demonstra que age com transparência em relação aos consumidores, informando-os quanto à possibilidade de navegação com velocidade diferenciada, em razão da influência de fatores externos pontuais; 12) o juízo foi induzido a erro pelo Parquet ao comparar o serviço de internet móvel com o de internet residencial fixa. Na verdade, por ser um serviço móvel, deve ser comparado com outras formas de comunicações móveis como a telefonia celular que certamente sofre alterações por fatores externos; 13) o serviço é tido como satisfatório pela maioria dos usuários; 14)

equivoco em relação à decisão liminar proferida na ação civil pública 2009.001.212342-7 em trâmite perante a 4ª Vara Empresarial; 14) a liminar não está mais em vigor pois foi conferido efeito suspensivo ao agravo interposto contra a referida decisão; 15) os objetos das ações foram equivocadamente confundidos na r.sentença; 16) impossibilidade de se prestar os serviços sem os limites estabelecidos pela cláusula anulada; 17) a cláusula não tem como objetivo permitir a prestação de serviço de inferior qualidade à contratada, mas sim expor a especificidade do serviço sujeito à variações de velocidade; 18) resta consignado que o percentual de 10% será o mínimo fruído pelo consumidor; 19) todo e qualquer contrato de serviço de transmissão de dados de internet prevê uma velocidade mínima tolerável, mesmo o serviço residencial fixo; 20) é impossível oferecer uma garantia de manutenção da velocidade máxima contratada; 21) inexistência de propaganda enganosa, pois em todas as peças publicitárias veiculadas consta a informação de que a velocidade poderá ser de até 1Mbps variando de acordo com a escolha do consumidor e as condições geográficas e temporais do local; 22) inexistente o dever de indenizar, pois inexistente culpa ou ato ilícito e sim trata-se de força maior.

Contrarrazões aos recursos (fls. 396/407 e documentos de fls. 408/414 e fls.415/422).

Parecer do d. representante da Procuradoria de Justiça manifestando-se pelo provimento do primeiro recurso e pelo desprovimento do segundo apelo (fls.432/448).

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2010.

Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA – Relator

