

Processo nº:	0291468-78.2008.8.19.0001 (2008.001.288621-4)
--------------	---

Tipo do Movimento: Sentença

Descrição: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO COMARCA DA CAPITAL JUÍZO DE DIREITO DA SEXTA VARA EMPRESARIAL Processo: 2008.001.288621-4 S E N T E N Ç A Vistos, etc. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro aforou Ação Coletiva do Consumidor, pelo rito comum ordinário, em face de CLARO S/A nova denominação de BCP S/A, alegando, em síntese, que a Ré é prestadora de serviços de telefonia celular e disponibiliza um serviço de acesso rápido à internet, conhecido como '3G' que, todavia, mostra-se aquém da qualidade propagada aos clientes, podendo funcionar com até 10% da capacidade operacional, resultando em velocidade de conexão bem mais lenta do que a esperada pelo consumidor. Aduz que através de pelo menos 05 (cinco) inquéritos civis verificou-se falha na prestação do serviço, consubstanciada em irregularidades denunciadas por consumidores. Requer inicialmente a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar que a ré solucione em 48 horas qualquer falha técnica inerente aos serviços prestados e a cumprir com quaisquer ofertas promocionais oferecidas aos consumidores de acesso rápido à INTERNET, sob pena de pagamento de multa diária. E, ao final a procedência do pedido, com a confirmação da tutela antecipada e a declaração de nulidade de parte da cláusula 12.4 do instrumento contratual de fls. 18/19 (do Inquérito Civil nº 279/2008 em apenso ao processo) ou qualquer outra de análoga redação, ante o propagado maciçamente nos meios de comunicação em geral quanto à oferta de acesso rápido à INTERNET, relativo à seguinte avença: "Independentemente de ação da vontade da CLARO, fatores externos podem influenciar diretamente na velocidade de tráfego. Em consequência destes fatores, 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"; a condenação da empresa-ré ao ressarcimento de todo dano material e/ou moral causado a todo e qualquer consumidor que verificou falhas ocorridas no serviço de acesso rápido à INTERNET por ela fornecido, tudo a ser apurado no pertinente processo de liquidação e ao cumprimento de toda e qualquer oferta veiculada por quaisquer meios de comunicação de serviço rápido à INTERNET, seja por que meio for, e a informar ao público consumidor, nas peças publicitárias ou de ofertas que faz, corretamente todas as características da velocidade de tal serviço, em todas as condições contratadas ou a serem contratadas, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00. Com a inicial vieram os autos do inquérito civil nº 297/2008, iniciado em 18/08/2008, bem como quatro procedimentos instaurados pelo Ministério Público em razão das reclamações prestadas por usuários. Despacho de fls. 10 requerendo que a parte autora trouxesse aos autos o contrato referente à prestação de serviço denominado '3G', vez que o acostado não correspondia a referida contratação. Manifestação do Ministério Público de fls. 10 verso, alegando que tal documento foi anexado pela própria ré na fase pré-processual e requerendo a inversão do ônus da prova, com fundamento no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Decisão às fls. 13 indeferindo a inversão do ônus da prova e a antecipação dos efeitos da tutela. O Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento (fls. 16/20), ao qual foi negado seguimento, conforme decisão monocrática de fls. 199/201, proferida pelo Desembargador Relator da Egrégia 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Regularmente citada, a Ré apresentou a contestação de fls. 26/46, requerendo a improcedência do pedido, sob alegação de que a tecnologia '3G' encontra-se em fase de ampliação, adaptação e melhoramento, e tal como a telefonia móvel, está sujeita a especificidades geográficas. Salienta que a ANATEL, agência reguladora, atribuiu-lhe um prazo de 24 meses para atender plenamente aos municípios com mais de 500 mil habitantes e que vem trabalhando arduamente na melhoria do serviço. Relativamente ao pleito de nulidade da cláusula 12.4, sustenta que a mesma objetiva exatamente a proteção do consumidor, cumprindo o dever de informação. Com a resposta vieram os documentos de fls. 48/182. O Ministério Público apresentou réplica a fls. 185/191. É o relatório. Passo a decidir. Anote-se na d.r.a. a retificação do nome da ré para que passe a constar sua nova denominação social CLARO S/A. O feito comporta julgamento antecipado, na forma do artigo 330, I do CPC, eis que a matéria mostra-se unicamente de direito, inexistindo necessidade de dilação probatória. 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 cediço que a obrigação do concessionário do serviço público de manter serviço adequado, eficiente e de qualidade possui fundamento constitucional, legal e contratual. A Constituição da República estabelece: 'Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei

disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado. O legislador infraconstitucional, por sua vez, editou a Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Logo no Capítulo II disciplina o que considera 'serviço adequado'. Confira-se: 'Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. §1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. §2º - A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.' No caso em exame, tem-se que a ré oferece no mercado de consumo a prestação de serviço de internet móvel de banda larga, conforme propaganda veiculada na imprensa escrita (fls. 44 do Proc. Administrativo do MP nº 279/08) e também divulgada na página da ré, consoante por ela mesma noticiado com a contestação (fls. 112/3). Serviço este podendo ser contratado com diferentes velocidades de acesso (250kbps, 500kbps ou 1Mbps), com possibilidade de utilização em desktop ou notebook 'na área de cobertura 3G da Claro', consoante fls. 112. A página da ré também indica as cidades com cobertura para recebimento do serviço. E, no caso, o Rio de Janeiro está inserido dentre as cidades 'com cobertura'. No entanto, imediatamente após informar a possibilidade de cobertura, a ré noticia, na mesma página, que a velocidade pode sofrer oscilações e variações de velocidade, dependendo das condições topográficas. E, na cláusula 12.4 do contrato de adesão (fls.108) faz inserir 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...' Ou seja, verdadeiramente, o assinante contrata o serviço 'as escuras' quanto ao efetivo conhecimento se na localidade em que utilizará a internet primordialmente existe ou não viabilidade do serviço. O que, realmente, mostra-se inadmissível. Todavia, a verificação prévia da possibilidade ou não da prestação do serviço mostra-se estranha a estes autos, vez que não integrou o pedido formulado na inicial, vedada a interpretação extensiva, sob pena de violação dos princípios que norteiam o processo, tais como contraditório e ampla defesa. No entanto, tal matéria foi objeto de concessão de liminar nos autos do processo nº 2009.001.212342-7, em ação coletiva do consumidor em tramitação na 4ª Vara Empresarial, determinando que 'a ré somente proceda na contratação do serviço denominado internet banda larga 3G, depois de certificada a real viabilidade técnica para a prestação do mesmo, ou seja, existir cobertura do sinal e equipamento adequado do consumidor, a partir da intimação desta, sob 'pena de multa diária....'. Nestes autos, cumpre-se examinar se a ré informa adequadamente quanto à possibilidade de velocidade inferior à contratada, bem como se o serviço prestado está em conformidade com a obrigação assumida pela mesma, além do exame da cláusula 12.4 do contrato. Relativamente a tais questões, verifica-se através da página na internet, que a ré divulga a informação de que a velocidade poderá ser inferior aquela contratada. Embora tal informação pouco auxilie o consumidor, em razão de desconhecer a real existência ou não da cobertura no local em que utilizará o serviço. Apesar de confiar na informação de que na sua cidade existe cobertura. Saliendo-se que na sua grande maioria, os usuários desconhecem elementos técnicos relativos a 'topografia, sombra, relevos, e etc.' que prejudiquem ou impeçam a recepção do sinal. E, objetivando-se exonerar-se da obrigação da prestação do serviço nos termos em que contratado, - já que previamente a ré, em verdade, desconhece se o local recebe ou não o sinal correspondente e necessário para conexão e navegação na internet - a CLARO inseriu no contrato de adesão (fls. 106/10) a cláusula 12.4, acima referida, que estabelece: '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...' Assim, com base na citada cláusula, tratando-se de contratação do serviço na velocidade de 250Kbps a ré obriga-se a garantir o mínimo de 25Kbps, equivalente aos 10% previsto no contrato. Ocorre que mesmo para um leigo, mero usuário da internet, é fácil concluir que 25Kbps é igual ou pior do que a realização de acesso discado, equivalendo a não prestação do serviço. E, na hipótese de qualquer reclamação quanto a lentidão no acesso ou navegação, indubitavelmente a ré tem em seu favor a cláusula contratual prevista no item 12.4. Constata-se que referida cláusula estabelece evidente ameaça ao objeto do contrato, no momento em que restringe obrigação fundamental inerente à natureza do mesmo, consoante previsto no artigo 51, § 1º, II da Lei 8078/90, consistente na prestação do serviço de acesso à internet com

utilização da tecnologia banda larga. Criando-se, desta forma, evidente vantagem em favor da prestadora do serviço, vez que mesmo não o prestando, estará exonerada da obrigação porque contratualmente prevista a possibilidade de prestação da velocidade mínima de 10% daquela contratada, com o direito de receber pelo 'não serviço'. E, na lição de Nelson Nery Júnior (em Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Forense Universitária - 9ª edição - pág. 602) 'Não é preciso que haja desequilíbrio contratual efetivo, pois a lei presume exagerada a vantagem, sempre que o objeto do contrato estiver ameaçado pelo conteúdo da cláusula...' Merecendo, ainda, transcrição a lição da Professora Cláudia Lima Marques ao examinar as cláusulas abusivas, nominando-a, na hipótese, de 'cláusula de exclusão de responsabilidade contratual'. E, outra não é a hipótese. A ré não promove a prévia verificação da efetiva possibilidade de prestação do serviço, realiza a contratação do mesmo, mas reserva em seu favor cláusula contratual prevendo expressamente que está obrigada, em razão de fatores externos, a prestar somente o equivalente a 10% do serviço contratado. Em conduta de exclusão da responsabilidade contratual. Concluindo-se, então, pelo acolhimento do pedido de nulidade parcial da cláusula 12.4 do contrato de adesão adotado pela ré. O Ministério Público ao postular a nulidade parcial da referida cláusula no item 2º do pedido (fls. 08 da inicial) acrescenta: '...ou de qualquer outra de análoga redação, ante o propagado maciçamente nos meios de comunicação em geral quanto à oferta de acesso rápido à INTERNET... Todavia, incabível que se estenda a nulidade a qualquer outra cláusula análoga, vez que inexiste indicação ou determinação qual seria a outra cláusula análoga que se pretende ter reconhecida a nulidade. No que concerne ao pedido formulado como antecipação da tutela, no sentido de ser a ré 'compelida a solucionar em até 48(quarenta e oito) horas qualquer falhar técnica inerente aos serviços prestados e a cumprir com quaisquer ofertas promocionais que tenha feito aos consumidores de acesso rápido à INTERNET, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)', certo que não merece acolhimento. Isto porque, por força de autorização concedida pela ANATEL, a ré dispõe do prazo de 24 meses para alcançar nível satisfatório de eficiência na prestação do serviço. Prazo este que somente se expirará em 2010. Por conseguinte, existindo dilação temporal da agência reguladora para que a operadora adote as providências e medidas necessárias ao aprimoramento do serviço, prazo este em vigor, descabe a tutela jurisdicional sobre a mesma matéria, impondo prazo diverso. Por fim, indubitável que compete à ré ao realizar a propaganda do serviço oferecido no mercado, apresentá-la de forma clara e precisa quanto as características da velocidade e os fatores que poderão influenciar na recepção do sinal, com redução da velocidade e conseqüente influência no tempo de conexão e de 'baixa de arquivos' (download). Isto mesmo nos lugares aonde existe a viabilidade de sinal para prestação do serviço. Sendo certo que a expansão e aprimoramento do serviço no país, conforme informado pela própria agência reguladora às fls. 52 do Inquérito Civil 279/08, não afasta a responsabilidade e dever da ré de informar o consumidor destes riscos, vez que o dever de informação consiste em um dos sustentáculos da relação consumerista. Obrigação esta atribuída ao fornecedor de serviço ou produto, que deverá detalhar satisfatoriamente todo e qualquer serviço disponibilizado ou não ao consumidor. Aduzindo-se que a informação a qual está obrigado o fornecedor de produto ou serviço, além do dever de noticiar o propósito ou a finalidade do mesmo, tem a função primordial de possibilitar ao consumidor a perfeita compreensão da opção que está realizando e o seu alcance. Isto porque, a informação acerca de produto ou serviço que, por outro lado, apresente conteúdo conclusivo diverso daquele que realmente se verifica no mundo exterior, induzirá ou facilitará que o consumidor tenha uma compreensão equivocada acerca dos direitos e deveres dos contratantes. Tanto assim que, a Lei 8078/90 previu dentre os direitos básicos do consumidor insculpidos no artigo 6º, 'a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços' (Inciso III). O que, por certo, constitui-se em obrigação da ré, que ora se reconhece. Merecendo transcrição o entendimento da Profª Cláudia de Lima Marques, in 'Contratos no Código de Defesa do Consumidor - Comentado Pelos Autores do Anteprojeto - SP - Ed. RT - 1992 - páginas: 104/105': '(...)Como frisamos anteriormente, transparência é maior clareza, é veracidade e respeito, através de maior troca de informações entre o fornecedor e o consumidor na fase pré-contratual. Como segundo reflexo do Princípio da Transparência temos o novo dever de informar imposto ao consumidor pelo CDC. Esse dever de informar concentra-se inicialmente, nas informações sobre as características do produto ou do serviço oferecido no mercado. (...) O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser natural da atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor.(...)' Ante ao exposto e o mais que dos autos consta, julgo procedente em parte o pedido inicial para 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... e para condenar a ré: 1) 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); e 2) 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. Condeno a ré, ainda, ao 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. P-se os editais, na forma do artigo 94 da Lei 8078/90. P.R.I. Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2009. Maria Isabel P. Gonçalves Juíza de Direito