

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
VIGÉSIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR
RELATOR: DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES

Agravo de instrumento nº 0052367-40.2016.8.19.000

Agravante: MINISTERIO PUBLICO

Agravado(a): TELEMAR NORTE LESTE S A

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROBABILIDADE DA EXISTÊNCIA DA POSIÇÃO JURÍDICA DE VANTAGEM AFIRMADA E DO PERIGO NA DEMORA DA DECISÃO JUDICIAL. NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES DESTINADAS A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE QUALIDADE AO CONSUMIDORES DO MUNICÍPIO DE BARRA DO PIRAÍ, SEGUNDO OS INDICADORES FIXADOS PELA ANATEL. PADRÕES MÍNIMOS OBRIGATÓRIOS NÃO ALCANÇADOS PELA OPERADORA DE TELEFONIA. VÍCIO DE QUALIDADE DO SERVIÇO.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em virtude da deficiente prestação do serviço de internet banda larga (Velox) no Município de Barra do Piraí-RJ, por demora excessiva para efetuar a instalação e os reparos necessários à adequada prestação do serviço.

Tendo em mente que ao Ministério Público conferiu-se o mister de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e o acolhimento, portanto, da tese de usurpação de atribuição exclusiva da ANATEL esvaziaria a própria essência da atuação do Ministério Público, vocacionado a defesa da ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses sociais e individuais indisponíveis. A autonomia decisória da agência reguladora e seu poder normativo (de ordem *técnica*) não podem aviltar a participação do órgão ministerial segundo a moldura normativa constitucional vigente, principalmente quando a prestação do serviço, de relevância social, impacta a vida da comunidade local, em desacordo aos arts. 37, caput, e 175, parágrafo único, incisos II e IV, da Carta Maior. No plano infraconstitucional, a Lei n. 8.625/93, no art. 25, IV, alínea a, em harmonia com o art. 129, III e IX, da Constituição da República de 1988, reconhece a atuação do Ministério Público, sob viés do direito material, para promover ação civil pública destinada à proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao consumidor e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos, como assim estipulam os arts. 1º, II, 5º, I, da Lei n. 7.347/85 e art. 82, I, da Lei n. 8.078/90 (CDC).

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor prevê diretriz no sentido de que haja ação governamental de proteger efetivamente o consumidor mediante garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, nos moldes do art.4º, inciso II,

alínea d, do CDC. A racionalização e melhoria dos serviços públicos constitui princípio orientador à Política Nacional das Relações de Consumo, que tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (art. 4, VII, do CDC). A concessionária assumiu, por meio de delegação, o compromisso de execução do serviço público no intuito de concretizar efetivamente, dentro do que lhe foi delegado, a obrigação de manter a prestação do serviço, não só adequado, mas também eficaz, como preconiza o art. 6, X, do CDC. Verifica-se que os indicadores apontam o descumprimento das metas estabelecidas no estado do Rio de Janeiro. Além disso, há elementos probatórios no sentido e que o descumprimento das metas abrange o município de Barra do Piraí, como decorre das inúmeras ações deflagradas em face da operadora de telefonia em questão. A implementação regular do plano destina-se a alcançar os resultados em conformidade com a exigência técnica da agência reguladora. Com isso, os direitos da comunidade local, detentora de legítima expectativa por um serviço adequado e eficiente, devem, por consequência, ser também atendidos em harmonia com a Política Nacional das Relações de Consumo e os direitos básicos do consumidor.

Com efeito, visa-se a assegurar a regularidade do fornecimento do serviço fundamental à comunidade, tendo em vista que, diferentemente do alegado pelo recorrente, há provas suficientes, em sede de cognição sumária, que demonstram o descumprimento de exigências legais e de norma técnica do que se pode esperar de um serviço adequado aos seus usuários. Por consequência, o cumprimento dos indicadores dentro da meta estabelecida pela Anatel não traz qualquer prejuízo a agravada, já que constituem plano de ação obrigatório a ser, de todo modo, cumprido pela agravada.

Provimento parcial ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do agravo de instrumento nº 0052367-40.2016.8.19.000 , em que figura como agravante MINISTERIO PUBLICO e como agravada TELEMAR NORTE LESTE S A.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro **em dar parcial provimento ao recurso**, nos termos do voto do relator. Decisão unânime.

Trata-se de agravo de instrumento, contra a decisão originária que, em ação civil pública, indeferiu o pedido de tutela de provisória para implementação, no âmbito do Município de Barra do Piraí, em prazo a ser fixado no provimento jurisdicional, de rotina de aferição da qualidade da banda

larga fixa (SCM) nos mesmos moldes realizados pela ANATEL; para, em prazo não superior a 60 (sessenta) dias, a elaboração de estudo técnico que identifique as causas que acarretam o vício de qualidade do serviço de comunicação multimídia (SCM) prestado no Município de Barra do Piraí e aponte as ações que deverão ser adotadas para sanar as falhas constatadas, com o respectivo cronograma de implantação, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00; para implementação das ações contempladas no estudo/projeto técnico referidos no item anterior, integral e satisfatoriamente, no prazo máximo de 180 a contar da conclusão do trabalho, com a observância do cronograma nele previsto, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 para a hipótese de descumprimento, parcial ou total, da obrigação imposta em tutela de urgência.

Às fls. 2 e ss, o agravante pretende que a concessionária implemente ações que permitam que o serviço alcance índices de qualidade aceitáveis, inclusive à luz das normas técnicas emanadas pela ANATEL. À luz do acervo coligido aos autos do inquérito civil nº 16/2015 que indicou o significativo número de reclamações e demandas relacionadas à prestação do SCM no Município de Barra do Piraí, que a TNL S/A implementasse uma rotina análoga àquela adotada pela EAQ para o monitoramento dos índices, de modo a assegurar a oferta aos consumidores de um serviço com a qualidade que dele se legitimamente espera nos tempos atuais, em que a tecnologia faz parte do cotidiano de significativa parcela da população brasileira e, também, da barrensense. Já o periculum in mora decorre do fundado receio de que o transcurso natural da demanda venha a causar danos irreparáveis aos consumidores, eis que, conforme provado pelos elementos coligidos ao procedimento investigatório que instrui a presente ação, são constantes recorrentes os episódios de excessiva demora para a instalação do serviço e reparo, bem como frequentes a ausência de disponibilidade e de oferta de velocidade abaixo da contratada, como atestam os índices apurados pela ANATEL. Sustenta que ensejará a continuidade da má prestação de um serviço essencial a milhares de usuários na atualidade, o que configura violação frontal aos seus direitos básicos de consumidor.

Às fls. 32, indeferido o efeito suspensivo, tendo em vista a necessidade de oitiva da parte adversa.

Às fls. 37, contrarrazões da parte adversa no sentido de que, na verdade, o Ministério Público não detém legitimidade ativa ou interesse de agir para a propositura da ação de origem, tendo em vista que não comprovou a existência da dimensão coletiva dos supostos danos alegados. Afirma a absoluta ausência de provas devido ao quantitativo reduzido de apenas 0,57% de clientes insatisfeitos com o serviço prestado. Sustenta ser extremamente difícil oferecer um serviço de internet fixa com a velocidade contratada pelo usuário durante 100% do tempo, por influência de diversos fatores como a qualidade dos equipamentos do próprio usuário e diversas infraestruturas de interligação.

O agravante pretende, na realidade, por vias impróprias, impor à agravada uma obrigação que a própria Anatel não impôs e à revelia das normas da Agência Reguladora, que impõem somente à Entidade Aferidora da Qualidade - EAQ a responsabilidade pela medição da qualidade da banda larga fixa. Rebate também pretensão sob o argumento de que, além de gerar um custo extra na prestação do serviço fornecido pela agravada, que não está previsto em nenhuma norma legal ou regulamentar, abrir-se-á uma brecha para que todos os usuários Municípios do país exijam a instalação de uma rotina de medição da qualidade da banda larga fixa (SCM), nos mesmos moldes realizados pela Anatel, o que tornará mais oneroso o serviço prestado pela agravada, em violação a livre iniciativa. Assim, o ato administrativo do agravante viola o princípio da proporcionalidade administrativa em todos os seus aspectos, já que não há prova da alegada falha de qualidade na prestação do serviço de internet fixa prestado pela agravada. Não é proporcional impor que a Telemar realize estudos técnicos e elabore cronogramas de implementação de medidas. Por fim, defende a falta de urgência no provimento postulado pelo Ministério Público visto que não há, aqui, risco de dano irreparável ou de difícil reparação, que justificasse, no caso, a concessão de tutela antecipada postulada pois os usuários de Barra do Piraí já possuem um serviço de internet fixa, se considerado o reduzido índice de reclamação contra o serviço prestado, o que não ocorreu.

Às fls. 72 , parecer da Procuradoria de Justiça no sentido de que a decisão recorrida padece de vício de fundamentação, por deixar de fazer qualquer tipo de relação com os aspectos específicos da lide originária para embasar a sua decisão de indeferimento. No presente caso, a decisão agravada afigura-se contrária à prova dos autos, visto que o *Parquet* reuniu farta documentação que demonstra de maneira cristalina que os consumidores de Barra de Piraí estão, de fato, sendo constantemente lesados pela baixa qualidade do serviço de internet banda larga fixa prestado pela empresa recorrida, O requisito do perigo de dano (*periculum in mora*) evidencia-se no caso concreto pela constância com que os referidos problemas na prestação do serviço de internet estão ocorrendo, bem como por sua gravidade, revelando danos diários aos consumidores, que já contrataram os serviços da Agravada, e grande possibilidade de danos futuros em relação àqueles que ainda pretendem contratar tal atividade no Município de Barra do Piraí – visto que, conforme afirmado na representação que deu origem ao Inquérito Civil em referência, a concessionária TNL PSC S/A, que faz parte do Grupo da Agravada, é a única que presta esse tipo de serviço naquele Município. Por tais argumentos, opina pela conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório. Voto:

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do

Estado do Rio de Janeiro, em virtude da deficiente prestação do serviço de internet banda larga (Velox) no Município de Barra do Piraí-RJ, pois havia demoraria excessiva para efetuar a instalação e os reparos necessários à adequada prestação do serviço.

As agências reguladoras enquadram-se como autarquias especiais e possuem a finalidade de regular determinados setores da atividade econômica. Para tanto, reservou-se um espaço de atuação descentralizado, alinhado com as diretrizes políticas traçadas pelo governo federal, sem submetê-las a este hierarquicamente. Por essa razão, foram-lhes conferidas as prerrogativas de poder normativo técnico, de autonomia decisória, de independência administrativa e de autonomia econômico-financeira. No caso em questão, o grau de autonomia a ela assegurado para a consecução de seus objetivos regulatórios não a coloca à margem do plano legal e do projeto normativo delineado na Carta Política de 1988.

Nesse sentido, adverte Gustavo Binenbojm, nos seguintes termos:

“A circunstância de as agências reguladoras gozarem de uma acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos. Em última análise, todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição”. (BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3 ago-set-out, 2005. Disponível na internet:<<http://www.direitodoestado.com.br>>)

Se todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, não menos razão decorre da premissa de serem sindicáveis pelo Poder Judiciário devido ao princípio da inafastabilidade de sua apreciação por força do artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988.

Dentro deste contexto, tendo em mente que ao Ministério Público conferiu-se o mister de instituição permanente e essencial à função *jurisdicional* do Estado e por essencial pode-se entender tudo aquilo que é inerente ao próprio ser, o acolhimento, portanto, da tese de usurpação de atribuição *exclusiva* da ANATEL esvaziaria a própria essência do Ministério Público, vocacionado à defesa da ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A autonomia decisória da agência e seu poder normativo (de ordem *técnica*) não podem aviltar a participação do órgão ministerial segundo a

moldura normativa constitucional, principalmente quando a prestação do serviço, de relevância social, impacta, negativamente, a vida da comunidade local, o que revelaria afronta aos arts. 37, *caput*, e 175, parágrafo único, incisos II e IV, da Carta Maior.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 8.625/93, no art. 25, IV, alínea a, em harmonia com o art. 129, III e IX, da Constituição da República de 1988, reconhece a atuação do Ministério Público para promover ação civil pública destinada à proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao consumidor e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos, como assim estipulam os arts. 1º, II, 5º, I, da Lei n. 7.347/85 e art. 82, I, da Lei n. 8.078/90 (CDC).

Nesse sentido, de acordo com a jurisprudência do STJ, o “Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública ou coletiva para tutelar, não apenas direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus *direitos individuais homogêneos*. Não há falar na existência de litisconsórcio passivo necessário com a ANATEL, tendo em vista que, no caso dos presentes autos, o ponto discutido é a relação de consumo entre a concessionária de telefonia e os consumidores (e não a regulamentação da referida agência reguladora). Assim, não há falar na existência de interesse jurídico do ente regulador.

Desta feita, o papel reservado a cada instituição não é, necessariamente, excludente em todos os seus espectros. Excluir a participação do Ministério em matéria afeta a sua atribuição em ação de defesa de direito coletivo significaria conduta contrária àquela desejada pela Carta Magna.

Nesse contexto, cabe destacar que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor prevê diretriz no sentido de que haja ação governamental de proteger efetivamente o consumidor mediante garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, nos moldes do art.4º, inciso II, alínea d, do CDC.

A racionalização e melhoria dos serviços públicos constitui princípio orientador à Política Nacional das Relações de Consumo que tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (art. 4, VII, do CDC)

A concessionária assumiu, por meio de delegação, o compromisso de execução indireta do serviço público no intuito de concretizar efetivamente, dentro do que lhe foi delegado, a obrigação de manter a prestação do serviço, não só adequado, mas também eficaz, como preconiza o art. 6, X, do CDC.

Numa visão paradigmática, Diogo de Figueiredo Moreira Neto vai além, ao chamar atenção para o seguinte fato:

É preciso, sobretudo, que o próprio resultado da gestão administrativa atenda as legítimas pretensões e necessidades dos administrados e o faça eficientemente, vale dizer, a legitimidade deve estar também nos fins e não apenas nos procedimentos, e os resultados também só podem ser considerados suficientemente satisfatórios se atenderem eficientemente as finalidades constitucionalmente cometidas ao Estado. Como se pode observar, legitimidade e eficiência não são apenas requisitos internos de ação administrativa, mas devem ser também aferidas em função da satisfação dos anseios, expectativas e necessidades dos administrados, constitucionalmente assegurados, pois esta é a principal razão de ser das Constituições: o serviço das pessoas. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Modernos: Legitimidade-Finalidade-Eficiência-Resultados**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008 p. 29/30)

O renomado autor alerta sobre a qualificação jurídica da ação administrativa do Estado, em superação aos paradigmas da legalidade e da eficácia, para uma visão pós-moderna no sentido de que haja uma dimensão finalística de resultado e não de intenções, o seja, um resultado administrativo legítimo e eficiente em vez de processos e atos administrativos e eficientes.

Feitas tais considerações, verifica-se que, em resposta ao ofício expedido pelo Ministério Público, a Anatel esclarece que a exigência de padrão de qualidade obrigatório se refere a monitoramento em âmbito estadual. Os indicadores de fls. 97 apontam o descumprimento das metas estabelecidas no estado do Rio de Janeiro, no ano de 2014. Da mesma forma se dá com o ano de 2015, segundo o documento acostado á fl. 1 do Anexo eletrônico.

Acresce a isso que o Ministério Público preocupou-se em trazer elementos probatórios no sentido de que os indicadores acima, verificáveis em sede estadual, englobam o município de Barra do Piraí, como decorre das inúmeras ações deflagradas em face da operadora de telefonia em questão, conforme fls. 188/195.

A implementação regular do plano destina-se a alcançar os resultados em conformidade com a exigência técnica da agência reguladora. Com isso, os direitos da comunidade local, detentora de legítima expectativa por um serviço adequado e eficiente, devem, por consequência, ser também atendidos em harmonia com a Política Nacional das Relações de Consumo e os direitos básicos do consumidor.

Se a regra é que a expansão do serviço (art. 6, §2º, da L. 8987/95) abranja todos que prontamente se dispõem a recebê-lo, mediante regular contraprestação, não compete ao consumidor, elemento mais vulnerável, assumir tais encargos que vão à contramão do bem-estar social.

Malgrado as vozes que veem a judicialização política com certa resistência, o Supremo Tribunal Federal se manifestou positivamente pela possibilidade no julgamento, de Relatoria do Min. Celso de Mello, da ADPF 45 MC/DF, a saber:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (ADPF 45 MC/D -Informativo STF 345)

Esse papel assumido pelo Poder Judiciário, embora não desejável sob a ótica da divisão funcional dos poderes, encontra substrato constitucional, à medida que impõe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo o fiel compromisso de realização dos direitos fundamentais mais básicos dos cidadãos, que configuram, nos termos do voto do Min. Celso de Mello, "*núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo*".

No plano infraconstitucional, o Código do Consumidor estabelece ser direito básico do consumidor a *efetiva* prevenção e repressão de danos, a teor do artigo 6º, inciso VI, do CDC. Por eles, fica o fornecedor sujeito à eventual responsabilidade, de natureza objetiva, pelo defeito na prestação do serviço, nos termos do art. 14, *caput*, c/c 22 do CDC.

Verifica-se também que o artigo 25 da Lei n. 8.987, incumbe à

concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

Com efeito, visa-se a assegurar a regularidade do fornecimento do serviço fundamental à comunidade, tendo em vista que, diferentemente do alegado pelo recorrente, há provas suficientes, em sede de cognição sumária, que demonstram o descumprimento de exigências legais e de norma técnica do que se pode esperar de um serviço adequado aos seus usuários. Por consequência, o cumprimento dos indicadores dentro da meta estabelecida pela Anatel não traz qualquer prejuízo a agravada, já que constituem plano de ação de cumprimento obrigatório.

Por tais fundamentos, dá-se parcial provimento ao recurso para deferir a tutela provisória de urgência a fim de que a parte agravada:

- a) No prazo de 60 dias, apresente estudo técnico que identifique as causas que acarretam o vício de qualidade do serviço de comunicação multimídia (SCM) prestado no Município de Barra do Piraí e aponte as ações que deverão ser adotadas para sanar as falhas constatadas, com o respectivo cronograma de implantação, a serem observadas as normas regulatórias do setor, sob pena de multa diária de R\$1.000,00, em caso de descumprimento parcial ou total;
- b) Implementação das ações contempladas no estudo/projeto técnico referidos na alínea anterior, no prazo máximo de 180 dias, a contar da conclusão do trabalho, com a observância do cronograma nele previsto, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00, para a hipótese de descumprimento, parcial ou total, da obrigação imposta em tutela de urgência;
- c) Implemente, no âmbito do Município de Barra do Piraí, rotina de medição da qualidade da banda larga fixa, nos moldes dos padrões realizados pela ANATEL, com vistas ao início ao processo de aferição dos indicadores SCM4 (*velocidade instantânea*), SCM5 (*velocidade média*), CM6 (*latência bidirecional*) SCM7 (*perda de pacotes*) e CM9 (*disponibilidade*).

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2017.

MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES
DESEMBARGADOR RELATOR