

PODER JUDICIARIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
7ª VARA EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL
PROCESSO 0055873-94.2011.8.19.0001

SENTENÇA

Vistos etc. Cuida-se de Ação Civil Pública com pedido de liminar proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face de NET RIO LTDA., alegando que a ré cobra multa ilicitamente pela solicitação de cancelamento dos serviços de banda larga quando não se respeita o prazo de fidelidade de 3 a 36 meses. Aduz que a ANATEL em resposta a ofício enviado, afirmou que a cobrança de valores pelo cancelamento ou interrupção do serviço é vedada em qualquer circunstância, devido ao disposto no art. 59, VII, da resolução 272/2001 da ANATEL. Requer liminarmente seja a ré compelida a se abster de cobrar multa compensatória de todos os seus consumidores, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00; seja obrigada a não estipular nos novos contratos cláusula contratual dessa natureza; bem como sejam declaradas nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que prevejam prazo de vigência de 3 a 36 meses. No mérito, requereu a confirmação da liminar e a condenação da ré a indenizar os danos materiais e morais causados aos consumidores, individual e coletivamente considerados.

Com a inicial foram apresentados os documentos de fls. 32/211.

Decisão às fls. 214 indeferindo o requerimento de liminar e determinando a expedição do edital previsto no art. 94 da Lei 8.078/90.

Contestação apresentada às fls. 223/152 alegando preliminarmente a ilegitimidade ativa do Ministério Público, a ausência de interesse processual e, no mérito, que a modalidade de contratação com permanência mínima é mera opção para aquisição de serviços com descontos ou benefícios promocionais, mediante a vinculação por prazo determinado e que o art. 59, inciso VII da Resolução 272/2001 da ANATEL não se aplica aos consumidores fidelizados.

Com a contestação foram apresentados os documentos de fls. 238/257. Réplica às fls. 260/279, repisando os argumentos

apresentados na inicial e requerendo seja deferida a antecipação dos efeitos da tutela.

Decisão à fls. 266 indeferindo o pedido de antecipação de tutela novamente formulado.

Instados a se manifestarem em provas e se possuem interesse na realização da audiência de conciliação, o Ministério Público à fls. 271 e a ré à fls. 273 requereram o julgamento antecipado da lide.

Alegações finais da parte ré às fls. 277/278.

É o relatório.
Decido.

Não merecem acolhida as preliminares de ilegitimidade ativa, e falta de interesse de agir. Senão vejamos. Pela simples leitura da inicial facilmente se constata trata-se de violação a direitos individuais homogêneos a ensejar a defesa coletiva pelos legitimados extraordinários, como é o caso do parquet. Não se concluiu pela existência de uma simples soma de interesses individuais que possa ser resolvida em termos de litisconsórcio ativo facultativo, com outorga de mandato judicial a advogado, mas, ao contrário, o que se extrai do feito em análise é a existência de interesses aglutinados por origem comum, cujo número particularmente expressivo de sujeitos abrangidos justifica que se dê tratamento processual coletivo à matéria, evitando-se, destarte, a multiplicação desmesurada de ações individuais, inclusive com risco de soluções divergentes.

Logo, dado ao interesse social na solução da demanda e à natureza da lide, o meio escolhido - ação civil pública - e a iniciativa do Ministério Público fulcrada na Constituição da República, artigo 129, inciso III, se mostram adequados.

Assim, rejeito as preliminares e passo ao mérito da causa.

A nossa ordem jurídica tem como principal escopo proteger o lícito e reprimir o ilícito. Para tal o direito positivo impõe condutas externas aos indivíduos, denominadas de deveres jurídicos, os quais, uma vez

violados, geram um dever reparatório decorrente do dano causado pela violação.

Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho, in Programa de Responsabilidade Civil, 2ª edição, 3ª tiragem, Editora Malheiros, páginas 19/20:

- 1.1 Dever jurídico originário e sucessivo A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano a outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

Por oportuno, vale ressaltar que o Código do Consumidor consubstancia-se em um verdadeiro micro sistema jurídico, tratando-se de uma lei de cunho multidisciplinar já que cuida de questões que se acham inseridas nos Direitos Constitucional, Civil, Penal, Processual Civil, Processual Penal e Administrativo, mas sempre tendo por premissa inafastável a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, bem como sua condição de destinatário final de produtos e serviços, ou desde que não visem a uso profissional.

Assim, consumidor para efeitos da tutela do direito consumerista é o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial.

É de se destacar que o Código do Consumidor adotou a teoria da responsabilidade objetiva baseada no risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de

responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa.

Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor do serviço e não do consumidor.

Assim, os riscos inerentes à atividade desenvolvida pelo prestador de serviço ou fornecedor de produtos, se enquadram no chamado fortuito interno, assim entendido como o fato imprevisível e inevitável ocorrido quando da realização da atividade desenvolvida e que, portanto, não afasta sua responsabilidade, já que se refere à essência do próprio empreendimento.

In casu, é incontroversa a cobrança pela ré, de multa aos consumidores que solicitem o cancelamento dos serviços de banda larga quando não se respeitado o prazo de fidelidade de 3 a 36 meses, alegando a ré que a modalidade de contratação com permanência mínima é mera opção para aquisição de serviços com descontos ou benefícios promocionais, mediante a vinculação por prazo determinado e que o art. 59, inciso VII da Resolução 272/2001 da ANATEL não se aplica a tais consumidores. E

m verdade, tal cobrança se afigura abusiva e viola frontalmente o artigo 51 IV do CDC. Isso porque não é admissível que a empresa crie uma espécie de garantia de não rescisão do contrato impondo uma multa ao cliente que não mais deseja os serviços contratados e remunerados mensalmente.

Assim, impõe-se ao réu restituir os valores indevidamente cobrados dos consumidores a esse título. A restituição será na forma simples diante da ausência de má-fé da instituição ré.

No que tange ao pleito de condenação pelo dano moral eventualmente causado aos consumidores, não merece acolhida. O dano moral é lesão de bem integrante da personalidade tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

In casu, não há falar-se em dano moral individual. Isso porque a conduta do réu se consubstancia naqueles aborrecimentos

corriqueiros vividos no cotidiano, caracterizando mero ilícito contratual nos moldes do verbete nº 75 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.

Já no que tange ao dano moral coletivo, entendo que se faz presente diante da abusividade da conduta da ré em face da coletividade consumerista. De acordo com a melhor doutrina e jurisprudência o dano moral está incido na própria ofensa, decorrendo da gravidade do ilícito em si, existindo in re ipsa, ou seja, comprovada a ofensa, demonstrado estará o dano moral em decorrência de uma presunção natural.

No que tange ao quantum indenizatório não há valores fixos nem tabelas preestabelecidas para o arbitramento do dano moral. Essa tarefa cabe ao juiz no exame de cada caso concreto, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, utilizando-se de seu bom senso prático.

Por fim, os efeitos da presente decisão operar-se-ão em todo território nacional, já que se trata de ação coletiva para tutela de direito individual homogêneo, sendo inaplicável o disposto no artigo 16 da lei da Ação Civil Pública. Nesse sentido, o aresto do Superior Tribunal de Justiça, verbis:

(...)A questão em discussão diz respeito à interpretação de dois dispositivos legais, a saber, o art. 16 da Lei nº 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública - LAP), com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.494/97, e 103, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicável ao procedimento regulado pela LAP por força do que dispõe seu art. 21 (incluído nesta Lei em conformidade com o que dispõe o art. 117 do CDC). (...) A ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, ao menos em sua origem, não se destinava à defesa de direitos individuais homogêneos, mas apenas a interesses difusos ou coletivos. (...) A intenção original da LACP, de tutelar apenas essas duas modalidades de interesses, determinou toda a arquitetura da lei. (...) Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, todavia,

duas novidades surgiram: (i) em primeiro lugar, a tutela de qualquer modalidade de direitos do consumidor, sejam difusos, sejam coletivos, passou a contar com uma regulação específica ; (ii) paralelamente, uma nova categoria de direitos passou a ser protegida: a dos interesses ou direitos individuais homogêneos.(...) Disso decorreu que, a partir do CDC, a ordem jurídica brasileira passou a contar com uma disciplina específica , independente da disciplina da ação civil pública, para a tutela dos direitos transindividuais dos consumidores em juízo e, dentro dessa disciplina , normas ainda mais específicas regulando a tutela de direitos individuais homogêneos. O procedimento da ação civil pública, todavia, notadamente no que diz respeito à tutela dos direitos difusos ou coletivos, ainda permanecia aplicável, porém forma subsidiária - ou seja, naquilo que não contrariasse as normas do CDC (art. 90, do CDC). Os direitos individuais homogêneos também passaram a poder ser resguardados mediante esse mecanismo jurídico (art. 21 da LACP), todavia, dadas as suas características específicas, pouco do procedimento estabelecido pela LACP foi utilizado. Uma disciplina própria e praticamente exaustiva foi estabelecida nos arts. 91 a 100 do CDC.(...) Diante desse panorama, questiona-se: a norma do art. 16 da LACP, introduzida pela Lei nº 9.494/97, pode ser estendida às ações em que se busca a tutela dos direitos transindividuais protegidos pelo CDC? A resposta só pode ser negativa. Isso porque, se a LACP somente se aplica às relações de consumo no que não contrariar o CDC, ela somente terá incidência nas hipóteses em que este diploma legal seja omissivo . Ocorre que o CDC contém, em seu art. 103 e §§, uma disciplina expressa a respeito da formação da coisa julgada, disciplina essa que não contém qualquer limitação territorial para seu alcance. Assim, o art. 16 da LACP, como norma geral, mesmo tendo sido posteriormente introduzido no ordenamento jurídico, somente se aplicará às hipóteses dos incisos I, III, IV, V e VI do art. 1º dessa lei. Jamais às hipóteses do inciso II.(...) Prossegue o voto trazendo argumento subsidiário, no sentido de que o disposto no artigo 16 da Lei nº 7347/85 somente se aplicaria às hipóteses de direitos difusos e coletivos, em relações de consumo, mas nunca aos direitos individuais homogêneos: 'Ainda que não se coadune do entendimento ora defendido, e se entenda que, efetivamente, o art. 16 da LACP poderia estender sua eficácia também a hipóteses em que se discutem relação de consumo, tal extensão deveria se limitar aos direitos difusos e aos coletivos, jamais alcançando os direitos individuais homogêneos. Isso por dois motivos.

Em primeiro lugar, porque o escopo da LACP é, como já referido acima, o de tutelar apenas direitos difusos ou coletivos . A tutela a direitos individuais homogêneos foi introduzida originariamente pelo Código de Defesa do Consumidor e é nesse diploma que encontra sua regulação exhaustiva. Em segundo lugar, porque a própria redação do art. 16 da LACP aponta no sentido de que tal norma visa abranger apenas essas duas modalidades de direitos. Com efeito, tanto o art. 16 da LACP, como o art. 103, incs. I e II do CDC, disciplinam da mesma forma produção da coisa julgada erga omnes, ou seja: mencionam que ela se forma independentemente de a sentença julgar procedente ou improcedente o pedido, e excetua expressamente a hipótese de improcedência por insuficiência de provas. Ao utilizarem praticamente a mesma redação, tais normas dão uma indicação bastante significativa de estarem regulando as mesmas hipóteses. A coisa julgada erga omnes que se forma com relação aos direitos individuais homogêneos , todavia, é completamente distinta. Ela, nos expressos termos do inc. III, do art. 103 do CDC, ocorre ´apenas no caso de procedência do pedido´, e não há qualquer menção ao julgamento de improcedência por ausência de provas. Também dessa circunstância, portanto, decorre que essa modalidade de direitos é autônoma em relação aos direitos difusos e coletivos.(...)
(STJ - Resp. nº 411.529 - Rel. Min. Nancy Andrighi - 3ªTurma).

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE A PRETENSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO para, confirmando a tutela antecipada de fls.138, declarar nulas e abusivas, em todo o território nacional, a cláusula que imponha ao consumidor o pagamento de multa pela rescisão do contrato e condenar a ré a abster-se da cobrança da referida multa.

Condeno a ré a restituir aos consumidores, na forma simples, os valores pagos por eles a título da referida multa cuja cobrança ora é reconhecida como abusiva, após habilitação individualizada, visando a liquidação do dano porventura sofrido em razão da conduta da ré reconhecida nesta sentença, na forma do artigo 97 da Lei 8078/90.

Condeno a ré, ainda, ao pagamento de R\$100.000,00 (cem mil reais) a título de dano moral coletivo, corrigidos monetariamente a contar da publicação desta e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, na forma do artigo 13 da Lei 7.347/85.

Condeno por fim a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que serão revertidos que serão revertidos ao Centro de Estudos Jurídicos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ciência ao MP.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 24 de outubro de 2011.

NATASCHA MACULAN ADUM DAZZI

JUÍZA DE DIREITO