

RECURSO.....: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE.....: TELEMAR NORTE LESTE S/A
APELADO.....: WELLINGTON MANOEL GONÇALVES
LIMA
JUÍZO DE ORIGEM.: 36ª VARA CÍVEL DA CAPITAL
DES. RELATOR: RICARDO ALBERTO PEREIRA

**DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL.
APELAÇÃO CÍVEL. SERVIÇO DE INTERNET.
COBRANÇA POR SERVIÇO CONTRATADO E NÃO
PRESTADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.
SERVIÇO ESSENCIAL. DANO MORAL IN RE IPSA.
INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL. RECURSO NÃO
PROVIDO.**

I. Caso em exame

1. Trata-se de apelação interposta pela parte ré contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória, para determinar a abstenção de cobrança por serviço de internet contratado e não prestado, bem como condenar a fornecedora ao pagamento de R\$ 5.000,00 a título de dano moral.

II. Questão em discussão

2. As questões em discussão consistem em: (i) definir se há demonstração da contratação do serviço de internet banda larga; (ii) estabelecer se a cobrança por serviço contratado e não prestado configura dano moral indenizável; e (iii) determinar se o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) fixado a título de indenização por dano moral observa os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

III. Razões de decidir

3. A relação jurídica entre as partes é de consumo, de modo que o fornecedor responde objetivamente por danos decorrentes de falha na prestação do serviço, salvo se demonstrar inexistência do defeito ou fato exclusivo do consumidor ou de terceiro.

4. O recurso pode ser processado apesar da pendência de julgamento do Tema 954 do STJ, pois a controvérsia dos autos diverge da matéria afetada, que trata de cobrança por alteração de plano de franquia ou de serviços de telefonia fixa sem solicitação do usuário.

5. *A contratação do serviço de internet banda larga é demonstrada por boleto juntado à inicial, no qual consta a cobrança referente ao serviço Oi Velox.*

6. *A própria parte ré reconhece, em contestação, o inadimplemento contratual, embora sustente que tal inadimplemento não ensejaria condenação por dano moral.*

7. *A privação de serviço de internet, essencial à vida moderna, devidamente contratado, viola a dignidade do consumidor e configura dano moral indenizável.*

8. *O valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) fixado na sentença observa os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo fundamento para sua redução.*

IV. Dispositivo e tese

9. *Recurso conhecido e não provido.*

Majoração dos honorários advocatícios para 12% sobre o valor da condenação.

Tese de julgamento: A cobrança por serviço de internet contratado e não prestado configura falha na prestação do serviço.

Dispositivos relevantes citados: CDC, arts. 2º, 3º, caput e § 2º, 14, § 3º, 22 e 42, parágrafo único; Lei nº 8.987/1995, art. 6º; CPC, arts. 373, II, e 85, § 11; CPC/1973, art. 333, I e II; CC, arts. 205 e 206, § 3º, IV.

Jurisprudências relevantes citadas: STJ, Tema 954. TJRJ, enunciado nº 343 da súmula de jurisprudência. STJ, RMS nº 10.873/MS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma; STJ, REsp nº 311.370/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma; STJ, REsp nº 169.867/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 05.12.2000, DJ 19.03.2001; STJ, REsp nº 207.926/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº **0185524-14.2013.8.19.0001** em que são Apelante **TELEMAR NORTE LESTE S/A** e Apelado **WELLINGTON MANOEL GONÇALVES LIMA**.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Décima Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do presente recurso nos termos da certidão a ser lavrada pela Secretaria da Câmara.

RELATÓRIO:

WELLINGTON MANOEL GONÇALVES LIMA ajuíza ação de obrigação de fazer cumulada com indenização, sob o rito sumário, em face de TELEMAR NORTE LESTE S/A, visando obter a antecipação dos efeitos da tutela para que a ré forneça o serviço de Internet 1 Mega, conforme pactuado, abstenha-se de cobrar débitos relativos ao serviço de internet enquanto não houver regularização, bem como se abstenha de incluir o nome do autor em cadastros restritivos de crédito. Pleiteia, ainda, a declaração de inexistência de dívida decorrente do serviço contratado, a devolução em dobro dos valores cobrados pela prestação do serviço não usufruído, a compensação pelo dano moral sofrido, bem como a condenação da ré ao pagamento dos ônus da sucumbência.

A parte autora relata, em síntese, que, em janeiro de 2013, requereu à ré a transferência da linha telefônica de sua titularidade, sendo informada de que a rede da nova residência não comportava o serviço de internet da linha anterior. Para viabilizar o acesso à internet, foi necessária a instalação de uma nova linha telefônica, ocasião em que lhe foram oferecidos os planos CONTROLE 80 MIN e 01 VELOX RES 1 MEGA. Alega que o serviço de internet apresentou funcionamento inadequado, com quedas frequentes de rede e baixa velocidade. Afirma ter solicitado a visita de um técnico, que constatou a incompatibilidade entre o serviço contratado e a capacidade suportada pela nova linha telefônica. Após essa constatação, recebeu ligação telefônica em que lhe foi requerida a contratação de um pacote de seguros e serviços para continuidade da utilização dos serviços de telefonia fixa e acesso à internet, passando, desde então, a receber cobranças mensais em seu cartão de crédito.

Decisão deferindo a JG à parte autora e indeferindo a antecipação de tutela. (index 28)

A contestação da primeira ré sustenta, em síntese, que não há qualquer requerimento de serviços de internet vinculado ao terminal do autor; que não há fundamento para o cancelamento de valores, uma vez que jamais realizou cobrança de valores distintos daqueles efetivamente consumidos pelo autor; que, em caso de inadimplemento contratual, não se configura dano moral indenizável; e que não estão presentes os pressupostos para a inversão do ônus da prova. Ao final, requereu a improcedência dos pedidos. (evento 08)

A sentença foi proferida com a seguinte parte dispositiva:

“Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido formulado, extinguindo o feito, com resolução do mérito, na forma do art. 269, I, do CPC, para:

1) Antecipar os efeitos da tutela, eis que verifiquei estarem presentes os requisitos do art. 273, do CPC, quais sejam a verossimilhança das alegações autorais, consubstanciada nos documentos adunados aos autos, bem como a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação e determinar que a empresa Ré se abstenha de cobrar débitos provenientes do serviço de INTERNET 1 MEGA, vinculado a linha de acesso 3866-4850, enquanto não houve a regularização do serviço, sob pena de multa de R\$500,00, por cada cobrança devida;

2) Declarar nulas as cobranças referentes ao número de acesso (21) 3866-4850, no que tange ao serviço de INTERNET nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2013;

3) Fornecer o serviço INTERNET 1 MEGA ao autor como contratado, no prazo de 10 dias, sob pena de multa única de R\$3.000,00 (três mil reais);

4) condenar a ré a compensar o autor pelos danos morais sofridos, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), que deverá ser acrescido de correção monetária, conforme os índices da CGJ, a partir da publicação desta e de juros legais, desde a citação. Por fim, confirmo a antecipação dos efeitos da tutela, anteriormente concedida.

JULGO IMPROCEDENTE o pedido de indenização por danos materiais, na forma do artigo 269, I do CPC.

Condeno, ainda, a Ré ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, eis que o autor decaiu de parte mínima do pedido.

Expeça-se mandado de intimação por OJA da antecipação dos efeitos da tutela.” (Index 101)

Recurso de apelação interposto pela parte ré, pugnando pela reforma da sentença, sob o argumento de que a parte autora jamais solicitou o serviço de internet e que não consta qualquer reclamação no sistema da ré sobre a não utilização ou cobrança indevida do serviço. Afirma inexistir ato ilícito ou dano moral indenizável no caso concreto. Assim, requer a improcedência da ação ou, subsidiariamente, a redução do dano moral fixado pelo juízo a quo. (index 106)

Contrarrazões prestigiando a sentença e pugnando por sua manutenção tal qual lançada. (index 128)

É o relatório.

VOTO:

O presente recurso deve ser conhecido, estando presentes os requisitos recursais objetivos e subjetivos.

A relação jurídica existente entre as partes é de consumo e, por isso, o fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos sofridos pelo consumidor decorrentes de falha na prestação do serviço, somente se eximindo de tal responsabilidade se demonstrada a inexistência do defeito ou a ocorrência de fato exclusivo do consumidor ou de terceiros (artigos 3º, caput, e 14, § 3º, da Lei 8.078/90).

Trata-se de ação de obrigação de fazer, cumulada com ação indenizatória, proposta por Wellington Manoel Gonçalves Lima em face de Telemar Norte Leste S.A., objetivando que a ré se abstenha de cobrar pelo serviço de internet contratado, mas não prestado.

A sentença julgou parcialmente procedente a pretensão autoral, e condenou a ré ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de dano moral.

Insurge-se a parte ré, pugnando pela reforma da sentença para a improcedência do pedido autoral ou, subsidiariamente, para a redução da verba indenizatória.

Cinge-se a controvérsia de analisar se há demonstração da contratação, se há prova de dano à honra subjetiva da parte autora e se a verba indenizatória foi fixada em atenção à razoabilidade e proporcionalidade.

Ab initio, o presente recurso pode ser regularmente processado, mesmo com a pendência de julgamento do Tema 954, uma vez que a matéria, *in casu*, diverge da matéria afetada pelo Eg. STJ.

Questões submetidas a julgamento pelo Tema 954/STJ -

A indevida cobrança de valores referentes à alteração do plano de franquia / plano de serviços sem a solicitação do usuário, com o consequente pedido de indenização por danos morais, em contrato de prestação de serviços de telefonia fixa;

- Ocorrência de dano moral indenizável, em virtude da cobrança de serviços advindos da alteração do plano de franquia / plano de serviços de telefonia fixa sem a solicitação do usuário, bem como, se configurado o dano, seria aplicável o reconhecimento "in re ipsa" ou a necessidade de comprovação nos autos;

- Prazo prescricional incidente em caso de pretensão à repetição de valores supostamente pagos a maior ou

indevidamente cobrados em se tratando de serviços não contratados de telefonia fixa advindos da alteração do plano de franquia / plano de serviços sem a solicitação do usuário, - se decenal (artigo 205 do Código Civil), trienal (artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil) ou outro prazo;
- Repetição de indébito simples ou em dobro e, se em dobro, se prescinde, ou não, da comprovação de dolo ou má-fé do credor (artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor) ou da sua culpa (imprudência, negligência e imperícia);
- abrangência da repetição de indébito - se limitada aos pagamentos documentalmente comprovados pela autora na fase instrutória ou passível de o quantum ser apurado em sede de liquidação de sentença, mediante determinação à parte ré de apresentação de documentos.

demais, não se sustenta a tese defendida pela parte ré de que a parte autora não contratou o serviço de internet banda larga.

Isso porque a parte autora juntou, com a inicial, boleto que demonstra a cobrança de R\$ 29,89 (vinte e nove reais e oitenta e nove centavos) em razão da contratação do serviço Oi Velox, prestado pela ré. Ademais, a própria ré, em sede de contestação, reconhece o inadimplemento contratual, sustentando, contudo, que tal inadimplemento não ensejaria condenação por dano moral, conforme se extrai do index 036.

Ressalta-se, ainda, que competia ao apelante desconstituir as alegações da parte autora e demonstrar que ela tinha plena ciência dos termos da contratação, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil.

Não se olvide que *allegatio et non probatio quasi non allegatio*, já que "**As meras alegações, desprovidas de base empírica, nada significam juridicamente e não se prestam a produzir certeza**" (STJ; 1ª Turma; ROMS nº 10873/MS; Rel. Min. José Delgado), pois, "**A sistemática do ônus da prova no Processo Civil Brasileiro (CPC; art. 333, I e II) guia-se pelo interesse. Regula-se pela máxima: 'o ônus da prova incumbe a quem dela terá proveito'**" (STJ; 3ª Turma; REsp. 311370/SP; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros), sempre lembrando que "**Ônus da prova. Artigo 333, inciso I, do CPC. O magistrado somente pode decidir à luz dos fatos comprovados, não podendo extrair ilações, através de presunções de fato, carentes de prova nos autos**" (TJ/RJ; 16ª Câ. Cív. Ap. Cív. 2004.001.33047; Rel. Des. Helda Lima Meireles).

Dessa forma, reconheço a ilicitude da concessionária ao promover as cobranças sem prestar efetivamente o serviço contratado, razão pela qual deve ser mantida a nulidade de tais cobranças, bem como a determinação de prestação regular do serviço contratado, conforme corretamente decidido na sentença ora recorrida.

No que se refere à ocorrência do dano extrapatrimonial, não há dúvida de que o fato ensejou dano moral ao apelado, por violar sua dignidade. Isso ocorre porque os serviços de telefonia e de internet constituem prestações essenciais à vida moderna. Ademais, a apelada está legalmente obrigada a prestar serviço adequado e eficiente, conforme dispõem os arts. 22 do CDC e 6º da Lei nº 8.987/95.

Resta igualmente claro que, na hipótese concreta, o dano moral se apresenta *in re ipsa*, em razão da ofensa à dignidade decorrente da privação de serviços públicos essenciais.

A fixação do montante indenizatório deve cumprir a finalidade a que se destina, proporcionando compensação ao lesado e atenuando o prejuízo experimentado. Quanto ao causador do dano, a indenização tem caráter sancionatório e pedagógico, visando impedir a repetição da conduta lesiva.

Quanto à controvérsia relativa ao valor da indenização, este deve ser arbitrado com moderação, de modo a não se tornar tão elevado a ponto de resultar em enriquecimento sem causa da vítima, nem tão reduzido a ponto de deixar de cumprir sua função preventiva e pedagógica em relação ao causador do dano.

Nesse sentido entendo que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), arbitrado pelo juízo *a quo*, bem atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e os entendimentos de que ***"Para se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado."*** (STJ, REsp. 169867/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2000, DJ 19/03/2001, p. 112), sendo certo que ***"O dano moral deve ser indenizado mediante a consideração das condições pessoais do ofendido e do ofensor, da intensidade do dolo ou grau de culpa e da gravidade dos efeitos a fim de que o resultado não seja insignificante, a estimular a prática do ato ilícito, nem o enriquecim***

indevido da vítima." (STJ, REsp. 207926/PR, Quarta Turma, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

Atenta-se, ainda, ao disposto no enunciado nº 343 da Súmula da Jurisprudência Predominante deste Tribunal de Justiça que afirma: ***“A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação.”***

Por fim, considerando o não provimento da apelação da parte ré, nos termos do disposto no artigo 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, o Colegiado da Corte de Justiça arbitrará honorários advocatícios pelo trabalho adicional prestado pelo causídico neste grau de jurisdição, sendo vedado ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Desta forma, majoro os honorários advocatícios fixados na sentença para 12% sobre o valor da condenação.

ANTE O EXPOSTO, VOTO POR CONHECER E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO. MAJORO OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NA SENTENÇA PARA 12% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. MANTÉM-SE, NO MAIS, A SENTENÇA TAL COMO LANÇADA.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargador RICARDO ALBERTO PEREIRA

Relator