

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO Nº 101304/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA CAPITAL
RELATOR: DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

APELANTE: OI MÓVEL S. A.

**APELADA: ASSOCIAÇÃO MATOGROSSENSE DOS DEFENSORES
PÚBLICOS - AMDEP**

Número do Protocolo: 101304/2017

Data de Julgamento: 08-11-2017

E M E N T A

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL – TELEFONIA MÓVEL E INTERNET – INTERNET ACESSO INVIABILIZADO – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NESSE PONTO – COBRANÇA INDEVIDA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Ausente a comprovação pela empresa de telefonia e internet a viabilidade técnica de utilização dos serviços de acesso à internet, decorrente da precariedade do funcionamento dos equipamentos fornecidos, resta configurada a falha na prestação de serviços e indevida a sua cobrança.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO Nº 101304/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA CAPITAL
RELATOR: DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

APELANTE: OI MÓVEL S. A.

**APELADA: ASSOCIAÇÃO MATOGROSSENSE DOS DEFENSORES
PÚBLICOS - AMDEP**

RELATÓRIO

EXMO. SR. DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

Egrégia Câmara:

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pela OI MÓVEL S/A contra a sentença de fls. 782/785-v, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá, nos autos da Ação Ordinária de Rescisão Contratual nº 138/2009 (Nº. Único 0008345-34.2009.8.11.041), Código nº 371754; ajuizada pela ASSOCIAÇÃO MATOGROSSENSE DOS DEFENSORES PÚBLICOS - AMDEP, em face da ora apelante, de seguinte dispositivo:

“DIANTE DO EXPOSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS VEICULADOS NO PROCESSO ORIGINAL, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de tornar definitiva a liminar de fl. 425, declarando rescindida a avença litigiosa, a partir de 18/11/2008.

Com fundamento nas mesmas razões, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos insertos na reconvenção, extinguindo-a com resolução de mérito, ficando no disposto no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de condenar a requerente/reconvinda ao pagamento dos valores devidos a reconvinte/requerida, relativos aos serviços efetivamente contratados (fls. 582/622) e utilizados até 18/11/2008, devidamente corrigidos, desde a data de seu vencimento, bem como, a restituir os aparelhos entregues em comodato (mini modens ZTE MF622 e os aparelhos Nokia N-95), e na sua impossibilidade, ressarcir o valor equivalente indicado nas notas fiscais dos mesmos. Por fim, reconheço a inexigibilidade das faturas referentes aos serviços de internet 3G, vinculados aos “mini modens ZTE

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO Nº 101304/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA CAPITAL
RELATOR: DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

MF622”.

Em decorrência da sucumbência recíproca na ação principal, bem como, na reconvenção, nos termos do artigo 21, do CPC, condeno as partes no pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do artigo 20, §4º, do CPC, verbas que deverão ser pagas pelos litigantes na proporção de 50% para cada uma das partes.” (fls. 785/785-v).

O apelante/OI MÓVEL S/A, em suas razões recursais de fls. 787/790, requer a reforma parcial da sentença no ponto em que reconheceu a inexigibilidade das faturas referentes aos serviços de internet 3G, vinculados aos “mini modems ZTE MF622”, a fim de reconhecer a legitimidade das cobranças relativas a esse serviço de internet 3G, o denominado ‘pacote de dados’, mediante a utilização dos mini modems, objeto do contrato firmado entre as partes.

Intimado, o apelado/autor, não apresentou contrarrazões, conforme o certificado.

É o relatório.

V O T O

EXMO. SR. DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO
(RELATOR)

Egrégia Câmara:

Conforme o relatado, trata-se de recurso de apelação interposto pela OI MÓVEL S/A contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá, nos autos da Ação Ordinária de Rescisão Contratual Nº. Único 0008345-34.2009.8.11.041, Código nº 371754; ajuizada pela ASSOCIAÇÃO MATOGROSSENSE DOS DEFENSORES PÚBLICOS - AMDEP, em face da ora apelante, no ponto em que no julgamento da reconvenção apresentada às fls 433/440, reconheceu a inexigibilidade das faturas referentes aos serviços de internet 3G,

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO Nº 101304/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA CAPITAL
RELATOR: DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

vinculados aos mini modens ZTE MF622.

Cinge-se à controvérsia, portanto, quanto a legitimidade que apelante alega e ou inexigibilidade, que decidiu o Juízo do feito, das faturas referentes aos serviços de internet 3G, vinculados aos mini modens ZTE MF622.

A apelante/OI Móvel alega que as taxas de transmissões nos percentuais existentes no contrato quando de sua assinatura no ano de 2008, eram disciplinados pela Anatel, por meio do regulamento de Gestão de Qualidade do serviço Móvel Pessoal que ela/apelante deveria garantir mensalmente como taxa de Transmissão Média era de 60% da velocidade contratada e como taxa de transmissão pessoal instantânea (*download* e *upload*) era de 20% da velocidade pactuada; e, que a apelada não pode afirmar ser desconhecedora desses aspectos, pois, encontra-se regularmente prevista contratualmente e legítima a sua regular cobrança.

Não procede a irrisignação da apelante/OI Móvel.

Para melhor delimitação da área específica do mérito do presente apelo, adoto os fundamentos da sentença da lavra do d. Magistrado *a quo*, Dr. Jorge Iafelice dos Santos, cujos excertos nesse ponto, trago à colação:

“..., em detida análise dos fatos e documentos acostados aos autos, verifico que a autora logrou êxito em comprovar as irregularidades apontadas na exordial, uma vez que os valores cobrados foram contestados administrativamente pela requerente, bem como, restou demonstrada no feito o vício de qualidade dos serviços fornecidos, conforme evidenciado na resposta ao item 6, do documento de fl. 85, no pedido de fl. 93 e nos demais documentos (fls. 84/103), em que um preposto da requerida solicita o estorno dos valores referentes aos “mini modens”, pois não funcionaram.” (fls. 783). (grifei e destaquei).

Deveras, compulsando os autos desde as fls. 84 até a fl. 103, são colacionados informes e comunicados de ambas as partes que evidenciam a má qualidade dos serviços decorrentes da utilização dos denominados ‘mini modens’, de modo que especificamente às fls. 93, o preposto da apelante/requerida visando sanar o

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO Nº 101304/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA CAPITAL
RELATOR: DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

efetivo vício de qualidade dos serviços decorrentes dos referidos equipamentos foi bem claro em determinar como opção de ação da operadora o seguinte pedido: *“FAVOR ESTORNAR TODOS OS VALORES REFERENTES AOS ACESSOS: ..., POIS OS MESMOS (MINOMODEM) NÃO FUNCIONAM.”*

Esse fato sequer foi impugnado pela apelante, sendo presumido como verdadeiro.

Incontroverso, portanto, que houve sim a contratação dos citados serviços objeto da utilização dos citados mini modems, evidenciado, porém, que a sua utilização não foi viabilizada pela apelante a favor dos usuários, os associados da apelada, cuja inercia foi reconhecida pelo próprio preposto da apelante/requerida.

Assim, ficou plenamente evidenciada a inércia da apelante e esse comportamento, evidentemente, determinou a impossibilidade de alcançar a demonstração do fato controvertido.

Ressaltando-se que o ônus da prova, nas ações declaratórias negativas, não se distribui de acordo com a regra geral do CPC (art. 373), pois a autora pode apenas negar o ato ou fato cuja inexistência pretende ver declarada, cumprindo à parte adversa a comprovação de sua existência, como fato constitutivo do direito atacado.

De forma que nessas ações, portanto, quem faz prova do fato constitutivo do direito é o réu, e não a parte autora, como de praxe.

Especificamente quanto ao ônus da prova nas ações declaratórias, o processualista Alexandre Freitas Câmara, bem explícita entendimento doutrinários de que :

"(...) se o autor se limitar a negar a existência do fato constitutivo, (por exemplo, o autor pede a declaração da inexistência de uma obrigação que, segundo ele, jamais existiu, embora sua existência venha sendo alardeada pelo demandado) haverá, aí sim, uma inversão do ônus, cabendo ao réu demonstrar a existência do fato constitutivo do seu direito." (in Lições de Direito Processual Civil, v. I, 13ª edição, p. 406).

Logo, não há dúvidas de que se o réu sustenta a licitude do ato

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO Nº 101304/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA CAPITAL
RELATOR: DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

jurídico, ou seja, a legalidade da cobrança do valor ora discutido por existência do débito incumbe a ele o ônus da prova de que parte autora/apelada possui o débito objeto da demanda.

A propósito:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS – CONTRATO COM EMPRESA TELEFÔNICA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DÍVIDA – CANCELAMENTO DO CONTRATO SEM MULTA – RECURSO DESPROVIDO. 1. Diante da ausência de prova constitutiva do fato gerador de direito da empresa, não há que se considerar a licitude da cobrança. 2. “A falha na prestação do serviço torna ilegítima a cobrança da multa por fidelização. (Ap 68856/2014, DES. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 29/10/2014, Publicado no DJE 06/11/2014)”. (TJMT, Ap 126724/2016, Des. JOÃO FERREIRA FILHO, Primeira Câmara de Direito Privado, Julgado em 14/02/2017, Publicado no DJE 20/02/2017).

Ainda:

“APELAÇÃO - EMPRESA DE TELEFONIA - FORNECIMENTO DO APARELHO TELEFÔNICO AO USUÁRIO - VÍCIO DE QUALIDADE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - RESCISÃO CONTRATUAL - AUSÊNCIA DE ÔNUS - ABORRECIMENTOS, DISSABORES E CONTRARIEDADES - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. 1. Quando fornece o aparelho telefônico ao usuário, a empresa de telefonia, responde, solidariamente com o fabricante, pelos vícios de qualidade que o torna impróprio aos seus fins. 2. A prestação defeituosa do serviço de telefonia dá direito à rescisão contratual, sem qualquer ônus para o usuário. 2. Aborrecimentos, dissabores e contrariedades não ensejam, por si só, indenização por dano moral. (...).” (TJMG, Apelação Cível 1.0145.07.401733-9/001, Relator: Des. MAURÍLIO GABRIEL, 15ª

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO Nº 101304/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA CAPITAL
RELATOR: DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

Câmara Cível, julgamento em 13/03/2014). (grifei).

Assim, tem-se como consequência processual a inadmissão da existência da dívida e a consequente ilicitude da cobrança, sendo incontroversa a falha na prestação de serviços perpetrada pela requerida, ora apelante.

Isto posto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, no sentido de manter a r. sentença, por estes e por seus próprios fundamentos e deixo de majorar os honorários advocatícios ao procurador da Associação/apelada, de acordo com a orientação do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, tendo em vista que não foram apresentadas contrarrazões ao apelo.

É como voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO Nº 101304/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA CAPITAL
RELATOR: DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO, por meio da Câmara Julgadora, composta pelo DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO (Relator), DESA. MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS (1ª Vogal) e DES. JOÃO FERREIRA FILHO (2º Vogal convocado), proferiu a seguinte decisão: **À UNANIMIDADE, DESPROVEU O RECURSO.**

Cuiabá, 08 de novembro de 2017.

DESEMBARGADOR SEBASTIÃO DE MORAES FILHO - RELATOR