

A Proteção do Consumidor nos Contratos de Telefonia Móvel e Fixa e a Interpretação Jurisprudencial

Plínio Lacerda Martins

Promotor de Justiça/MG. Professor de Direito do Consumidor. Mestre em Direito pela UGF.

1. INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel informa que o Brasil já conta com mais de 125 milhões de assinantes no serviço celular, denominado serviço móvel pessoal (SMP), sendo que 80% são pré-pagos. Nos últimos meses o Brasil ganhou cerca de 24 milhões de novos assinantes, o que representa 23% de crescimento que, no entanto, não foi acompanhado de estrutura suficiente.

A cada minuto verifica-se que os direitos do consumidor são desrespeitados nos vários setores do mercado. Não obstante a tecnologia de ponta, implementada pelas operadoras do serviço telefônico, o consumidor continua sendo mal atendido, inclusive nos chamados SACs - Serviços de Atendimento ao Consumidor por telefone.

O grande desafio do presente século está relacionado à qualidade do serviço de telefonia móvel e fixo. Nesse sentido, foi inclusive editado o Decreto Federal nº 6.523/08,¹ conhecido como

¹ Decreto nº 6.523 da Presidência da República de 31 de julho de 2008, que entrou em vigor em 01 de dezembro de 2008, complementado pela Portaria nº 2.014 de 13 de outubro de 2008 do Ministério da Justiça, estabelecendo o tempo máximo de atendimento. Ver nesse sentido também a Portaria 49 de 12 de março de 2009 da Secretaria de Direito Econômico,

“lei do SAC” traçando normas relativas ao atendimento ao consumidor, em atenção à teoria da qualidade prevista na norma consumerista.

É cediço que o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, emergiu de comando constitucional, em busca do equilíbrio contratual entre fornecedor e consumidor, com a missão de combater os inúmeros abusos praticados no mercado de consumo. Ressalte-se que a Lei do consumidor prevê que a Política Nacional das Relações de Consumo 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, atendidos, entre outros princípios, o da melhoria dos serviços públicos.²

Em modo consoante dispõe o art. 6, X do CDC, como direito básico do consumidor:

“Art. 6 - São direitos do consumidor:

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Registra-se, ainda, que o CDC, no art. 22, estabelece que “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, **são obrigados** a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (grifamos).

Assim, resta estampada a conclusão de que as concessionárias, operadoras do serviço de telefonia móvel ou fixo, como fornecedoras de serviço público, são obrigadas a prestar um serviço de excelência ao consumidor, vale dizer, possuem um dever jurídico imposto pela lei do consumidor; *mutatis mutandis*, o consumidor possui o direito subjetivo de obter a qualidade do serviço de telefonia como um serviço público essencial no mercado de consumo,

que considera abusiva a recusa da entrega da gravação das chamadas efetuadas para o serviço de atendimento ao consumidor.

² Lei 8.078/90, Art. 4, VII - *racionalização e melhoria dos serviços públicos*.

devendo ser prestado de forma adequada, eficiente, que busque atender as necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, sob pena de ser infringida a norma de ordem pública, e ser a operadora responsabilizada pelo dano causado ao consumidor.

O trabalho ora desenvolvido é fincado na Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações -LGT), na Lei 8.977/85 (regula serviço de TV a cabo) e nas Resoluções Anatel:

- a) *Resolução 477/07 (serviço móvel pessoal- SMP)*
- b) *Resolução 85/98 (alterada pela Resolução 426/05) que regula o serviço de telefonia fixa (STFC)*
- c) *Resolução 460/07 (portabilidade) e,*
- d) *Resolução 488/07 (que regula a TV por assinatura)*

2. BREVE HISTÓRICO DO SERVIÇO DE TELEFONIA NO BRASIL

Raquel Dias da Silveira leciona que, em 1939, a Companhia Telefônica Brasileira-CTB vinha conseguindo um atendimento razoável da demanda: “só na cidade do Rio de Janeiro já possuía instalados quase cem mil telefones, atingindo, em média, 5,81 telefones para cada 100 habitantes”, sendo que a ligações interurbanas eram feitas via telefonista, com alto custo para o assinante.³

A Constituição Federal de 1946 estabeleceu a pluralidade de competências para a exploração da telefonia, atribuindo a competência do município para exploração da telefonia local, do Estado para a telefonia intermunicipal, e da União para as telefonias interestaduais e internacionais.

O Código Brasileiro de Telecomunicações foi editado em 1962, surgindo em 1965 a Empresa Brasileira de Telecomunicações - Embratel.

No ano de 1967, a Constituição Brasileira atribuiu à União competência exclusiva para exploração dos serviços telefônicos, surgindo os benefícios da DDI (discagem direta internacional) sem

³ Raquel Dias da Silveira **Regime Jurídico dos Serviços de Telefonia Fixa**. Belo Horizonte: editora Forum, 2003, p. 85.

telefonista, através da TELEBRAS em 1972. Em 1988, a Constituição da República atribui a União o monopólio federal da exploração serviço de telefonia.

A Emenda Constitucional nº 8, editada em 1995, cessa o regime do monopólio com exclusividade de concessão às empresas estatais, estabelecendo a competição com empresas privadas.

Em 1997 surge a Lei 9.472, denominada Lei Geral de Telecomunicações - LGT, com a finalidade de regular o serviço de telefonia fixa e móvel.

Com a flexibilização do monopólio estatal em 1998, foi inaugurada a privatização da Banda “B” de telefonia celular, oportunidade do lançamento da Resolução 85, com tratamento específico para o serviço telefônico fixo comutativo (STFC).

No ano de 2002, é editada a Resolução 316 que regulou o serviço de telefonia celular (SMP), reafirmando a aplicação do CDC.

Em 2005, é editada a Resolução 426 para o STFC, revogando assim a Resolução 85. Nos anos seguintes, foram editadas as resoluções 488 (regulando o serviço de TV por assinatura), 460, implementando a portabilidade nas prestadoras do STFC e do SMP (ano 2007), e a Resolução 477 para SMP, derogando, assim, a Resolução 316 (2008).

3. CONCEITO

O serviço de telefonia está relacionado à definição do que seja telecomunicação. A Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 60, § 1º define a telecomunicação como sendo a “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” concluindo tratar-se de um conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações.

Floriano Azevedo Marques Neto leciona que o serviço de telecomunicações consiste em um transporte de coisas não físicas (dados, sinais, imagens, etc.) por alguns meios que dão suporte a esta utilidade (fio, meio eletromagnético, ótico). A definição é

aberta e abrangente devido ao fato de ser impossível fixar o conceito de telecomunicações.⁴

No escólio de Rodrigo Tostes, na definição de telecomunicação há três elementos distintos: um que trata do conteúdo ou objeto da telecomunicação (símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza); outro que trata do meio, ou forma, pelo qual transita este conteúdo (por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético), e o terceiro que trata de definir de que tipo de trânsito se trata (transmissão, emissão ou recepção).⁵

Consigna-se que em sede doutrinária, o tratamento jurídico do serviço de telefonia é definido como sendo espectro de radiodifusão, reconhecido como um bem público administrado pela Agência Nacional de Telefonia (Anatel). É de conhecimento notório que o Código Civil divide os bens públicos em bens dominicais (que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público), bens de uso comum do povo (como os rios, estradas, ruas, praças), e bens de uso especial, que são aqueles “destinados a serviço da União, enquadrando o espectro de radiofrequência como bem de uso especial, destinado à prestação do serviço de telecomunicações de titularidade da União” (art. 99 do Código Civil).

4. RECLAMAÇÕES DO SERVIÇO DE TELEFONIA

Na sociedade de consumo, o serviço de telefonia tem sido campeão de reclamações nos órgãos de defesa do consumidor. Com acerto, é possível afirmar que também nos Juizados Especiais Cíveis do nosso país, os serviços de telefonia dominam as demandas propostas. São inúmeras as reclamações formuladas pelos consumidores, importando vício da qualidade do serviço, práticas abusivas e até o vício de informação por parte da operadora.

⁴ Floriano Azevedo Marques Neto. *Direito das Telecomunicações e Anatel. Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁵ Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas. *Direito das Telecomunicações*. Belo Horizonte: editora Forum, 2008. p. 43.

O Procon do Estado de São Paulo chegou, inclusive, a realizar uma estatística envolvendo as principais reclamações dos consumidores em face do serviço telefônico móvel.⁶

Destaca a estatística do Procon/SP que os consumidores não foram informados pelas operadoras das novas regras do serviço móvel de telefonia, tomando ciência através dos veículos de comunicação. Foi assim infringido o dever de informação ao consumidor, prejudicando as expectativas do mesmo, relacionadas ao serviço de telefonia celular.

A pesquisa do Procon/SP apurou que 65,4% dos consumidores não tinham ciência das novas regras do serviço de telefonia móvel que entraram em vigor em fevereiro de 2008, sendo que dentre os que tinham conhecimento, 76,98% ficaram sabendo pela imprensa e apenas 5,66% através de comunicado da própria operadora.

A pesquisa registra, ainda, que 79,25% dos consumidores responderam que acreditam que as mudanças garantem mais direito ao consumidor; todavia, 81,13% não acreditam que haverá uma fiscalização eficiente.

Em relação aos problemas do serviço telefônico, a estatística realça que 54,62% dos consumidores entrevistados confirmam a ocorrência de problemas após 13/02/2008, data em que as novas regras entraram em vigor, revelando os principais problemas:

- a) 22,46%: cobrança de desbloqueio do aparelho
- b) 17,15%: ausência de resposta da operadora (ou resposta não fundamentada)
- c) 16,18%: imposição de fidelização e não ressarcimento na forma e prazo de valor cobrado indevidamente.

5. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO SERVIÇO DE TELEFONIA

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços de telefonia reconhecendo como autêntica relação de consumo firmada entre a operadora e o consumidor como destinatário final.

⁶ Pesquisa do Procon - São Paulo realizada entre 07/04 a 27/04 de 2008 publicada no site do PROCON SP http://www.procon.sp.gov.br/pdf/TEL_MOVEL_2008.pdf.

O Ministro do STJ e doutrinador Herman Benjamin afirma em voto declarado:

*“As concessionárias de telefonia são, para todos os fins, fornecedoras, e as suas prestações de serviço aos assinantes-usuários (*rectius*, consumidores) caracterizam relação jurídica de consumo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Os objetivos, princípios, direitos e obrigações previstos no CDC aplicam-se integralmente aos serviços de telefonia, fixa ou não”.*⁷

No mesmo sentido, o Ministro José Delgado afirma que “Inferese do disposto nos artigos 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor que a relação entre a concessionária de serviço público, considerada como fornecedora aos seus usuários, é indubitavelmente de consumo.”⁸

O art.5º da Lei Geral de Telecomunicações - LGT estabelece que na “disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público”.

A Resolução 426/05 (STFC) da Anatel, que regula os serviços de telefonia fixa, impõe a aplicação do CDC: “Art. 78. Aplicam-se ao contrato de prestação de STFC as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º8.078, de 1990, e suas alterações, salvo hipótese de ser a norma regulamentar mais benéfica ao consumidor”.⁹

⁷ O Ministro Herman Benjamin expressou posicionamento diverso do entendimento do STJ em seu voto vencido, fundamentando que a “telefonia fixa residencial é típico contrato de consumo, na forma estipulada pelo Código de Defesa do Consumidor: há um consumidor-destinatário final (art. 2º, *caput*), há um fornecedor (art. 3º, *caput*) e há um serviço de consumo (art. 3º, § 2º). Recurso Especial nº 1.006.892 - MG (2007/0271242-4), jul. 04.03.2008.

⁸ STJ. Recurso Especial nº 1.018.719 - MT (2007/0305667-8) Relator - Ministro José Delgado.

⁹ No mesmo sentido a Resolução n. 85/98, no art. 51: “Aplicam-se ao contrato de prestação de STFC, no que couber, as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 1990.”

Na mesma linha, a Resolução 477/07, que regula o serviço móvel, estabelece a aplicação do CDC nos serviços de telefonia celular: “Art. 9º Os direitos e deveres previstos neste Regulamento não excluem outros previstos na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na regulamentação aplicável e nos contratos de prestação firmados com os Usuários do SMP”.

O doutrinador Tostes ensina que há distinção entre usuário e consumidor do serviço de telecomunicações. Usuário do serviço de telecomunicações é todo aquele que, de qualquer maneira, com ou sem contrato formal com uma operadora, utiliza-se de um serviço de telecomunicações, enquanto consumidor do serviço de telecomunicações é todo o usuário que utilize os serviços na qualidade de “destinatário final”, nos termos do art. 2º do CDC.¹⁰

Fato curioso baseou o julgamento de uma empresa, provedora de acesso à internet, que reclamava aplicação do Código do Consumidor em face de uma operadora de serviço telefônico. Nesse processo, indagou-se se a empresa poderia ser reconhecida como consumidora (trata-se de consumo ou insumo?).

O STJ dirimiu a controvérsia no aresto da lavra do Ministro Jorge Scartezzini, afirmando que a empresa pode ser considerada consumidora, desde que seja destinatária final. Inexiste relação de consumo quando a empresa é “consumidora intermediária”.¹¹

O Código do Consumidor vem sendo aplicado amplamente nas demandas entre consumidor e operadoras/comerciantes de telefonia, como ocorre, por exemplo, com a aplicação do princípio da vinculação da oferta publicitária nas vendas de aparelhos telefônicos. Registra o Tribunal de Justiça carioca o julgamento de uma oferta denominada “Promoção do Dia dos Pais do ano de 2006”. O anúncio veiculado em revista oferecia telefone celular no plano pré-pago por determinado preço, quando na verdade ocorreu um equívoco no tocante à modalidade do plano, que seria o pós-pago. O consumidor ficou impedido pela operadora de telefonia

¹⁰ Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas. *Op. cit.* p. 69-70.

¹¹ STJ. Resp 660026/ RJ (2004/0073295-7) - Relator Ministro Jorge Scartezzini - Quarta Turma. jul. 03/05/2005.

de adquirir o telefone pelo preço veiculado. O Tribunal de Justiça reconheceu a aplicação dos arts. 30 e 35 CDC, em decorrência da responsabilidade do risco-proveito do empreendimento.¹²

Outra questão que impõe aplicação do CDC é a da multa contratual. O STJ reconheceu a aplicação da multa de 2% ao invés de 10%, na forma do art. 52, § 1º do CDC, aos contratos de telefonia em que ocorra o inadimplemento do consumidor, muito embora o contrato não envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento. Consigna o *decisum* do STJ, *in verbis*;

*“Aplica-se o disposto no art. 52, § 1º do CDC (Lei n. 8.078/1990) aos contratos de prestação de serviços de telefonia, uma vez que há relação de consumo, logo incidirá o percentual de 2% em decorrência de atraso no pagamento pela prestação dos serviços telefônicos. A Portaria n. 127/1989 do Ministério das Comunicações, a qual estabeleceu multa de 10% a ser cobrada pelo inadimplemento de contas telefônicas, não pode sobrepor-se a uma lei ordinária, de interesse público e hierarquicamente superior àquela. Assim, a Turma, ao prosseguir o julgamento, negou provimento ao recurso”.*¹³

Finalizando, é direito básico do consumidor a informação por parte do serviço telefônico, em atenção ao princípio da transparência máxima, previsto no art.6, III do CDC. Não pode o usuário estar obrigado ao pagamento do que não lhe foi previamente informado, conforme disposto no art. 46 do CDC: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” A Lei n.º 9.472/97, Lei Geral das Telecomunicações, estabelece, no art. 3º, inc. IV e IX, que:

¹² TJRJ Apelação Cível n.2007.001.66114 - 18ª CC. Des. Cristina Tereza Gaulia - Julg.08/01/08.

¹³ STJ. REsp 436.224 - DF. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. em 18/12/2007.

“Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação de serviços, suas tarifas e preços.

IX - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos”.

6. PRÁTICAS ABUSIVAS NO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA (STFC)

São inúmeras as práticas abusivas no mercado de telefonia. Uma das mais rotineiras envolve a “venda casada”, repelida pela norma consumerista no art. 39, I do CDC. Assinala o CDC que é vedado ao fornecedor de serviço “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço...”.

No mesmo entendimento, a Resolução da Anatel 426/2005, que regula o serviço de telefonia fixa, dispõe no art. 11, inciso XVIII o direito do usuário de “não ser obrigado ou induzido a consumir serviços ou a adquirir bens ou equipamentos que não sejam de seu interesse, bem como a não ser compelido a se submeter a condição para recebimento do serviço, nos termos deste Regulamento”

A prática da venda casada também é repelida pela Resolução 477/07 que regula o serviço da telefonia móvel (SMP), no art. 6º, XVIII e art. 29.¹⁴

A despeito da vedação, há registro de práticas de venda casada, como por exemplo, na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal com o intuito de impedir que a empresa telefônica impusesse, ao usuário final, a contratação de um provedor de acesso.¹⁵

¹⁴ Dispõe o art. 6º da Res. 477/07, no inciso XVIII: “não ser obrigado a consumir serviços ou a adquirir bens ou equipamentos que não sejam de seu interesse”. O art. 29 da mesma Resolução estabelece: “É vedado à prestadora condicionar a oferta do SMP ao consumo casado de qualquer outro serviço ou facilidade, prestado por seu intermédio ou de suas coligadas, controladas ou controladora, ou oferecer vantagens ao Usuário em virtude da fruição de serviços adicionais ao SMP, ainda que prestados por terceiros.”

¹⁵ Nesse sentido ver Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal da 3ª Vara de Bauru. Processo 2007.61.08.010584-8.

A ação civil pública foi motivada pelos resultados de investigações a respeito de venda casada, em que se apurou que a TELESP/Telefônica exigia, para se contratar o seu serviço de acesso rápido de transmissão de dados (tecnologia ADSL, instalada na própria linha telefônica do assinante - *Speedy* - Banda larga), a contratação de serviço de acesso/conexão à Internet (PCSI), por meio de um provedor. Na sentença, o juiz impôs à empresa telefônica que não exigisse essa intermediação. O serviço de acesso deveria ser oferecido diretamente por ela ao usuário final.¹⁶

Uma das práticas abusivas constatadas no nosso mercado de consumo de serviço de telefonia é a ausência da cópia do contrato. Muita embora a Resolução da Anatel 426/05 o consagre como direito do usuário, este dispositivo é descumprido por parte de operadoras de telefonia. Dispõe a Resolução 426/2005 em seu art. 11, inciso XXIII, que é direito do usuário “receber cópia do contrato de prestação de serviço, bem como do plano de serviço contratado, sem qualquer ônus e *independentemente de solicitação*” (grifamos).

Outro direito do consumidor que não é respeitado pelas operadoras de telefonia é o direito de obter uma resposta eficiente para sua reclamação, fato este registrado pelos Procons como rotineiro, embora a Resolução 426/2005 prescreva como direito do usuário o direito de “de resposta eficiente e pronta às suas reclamações e correspondências, pela Prestadora” (art. 11 inciso XII Res. 426/05). Idem em relação ao direito do consumidor de obter atendimento pessoal “que lhe permita efetuar interação relativa à prestação do STFC, nos termos da regulamentação, sendo vedada a substituição do atendimento pessoal pelo oferecimento de autoatendimento por telefone, correio eletrônico ou outras formas similares” (art. 11, inciso XXV, Res. 426/05).

A taxa de religação é outra prática considerada abusiva no serviço de telefonia. Parafraseando o Ministro José Delgado, a

¹⁶ Idem em relação ao tempo do chamado “Plano de Expansão” da Telerj, pois o consumidor pretendia obter a prestação do serviço de telefonia, e não subscrever ações. Ocorria verdadeira venda casada, prática legalmente vedada pelo superveniente Código de Defesa do Consumidor. TJRJ. Agravo de Instrumento nº. 2008.002.12063 19 CC. Rel. Des. Denise Levy Tredler.

taxa de religação é abusiva, “tendo o usuário os encargos legais para suprir a mora, não pode ser cobrada a taxa de religação, por configurar-se esta como *bis in idem* contratual, de caráter punitivo”.¹⁷ Apesar disso, inclusive, ajuizada Ação Civil Pública em face da concessionária de outro serviço público também essencial, o fornecimento de água e esgoto, pleiteando a suspensão da cobrança da taxa de religação em caso de inadimplemento; foi obtida sentença favorável ao pedido, determinando a não cobrança de serviço de religação e “a devolução dos valores pagos, em dobro, pelo período de até cinco anos antes da propositura da ação”.¹⁸

É frequente a inclusão do nome do consumidor nos cadastros de restrição de crédito, por débitos no serviço telefônico. Chegou-se inclusive a editar lei proibindo as empresas prestadoras de serviços públicos de inscrever nos bancos de dados dos órgãos de proteção ao crédito os usuários inadimplentes. No entanto, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual.¹⁹

Todavia, há abusividade no registro de lançamentos indevidos, como na hipótese de falha na entrega da conta no endereço contratado. Esclarece o Ministro Sálvio de Figueiredo que a inclusão do assinante nos cadastros de inadimplentes, que se originou da negligência da prestadora no envio correto da fatura, inclusive

¹⁷ STJ. Recurso Especial nº 1.018.719 - MT (2007/0305667-8) Relator - Ministro José Delgado.

¹⁸ TJRJ. Apelação Cível 2006.001.39533. Relator Des. Gilberto Rego - 6 CC. Julg: 07/03/2007.

¹⁹ Lei nº 3.762/02 do Estado do Rio de Janeiro, que proibia as empresas prestadoras de serviços públicos de inscrever nos bancos de dados dos órgãos de proteção ao crédito os usuários inadimplentes residentes ou domiciliados no Estado do Rio de Janeiro. O TJRJ acolheu o voto do desembargador Sylvio Capanema, que considerou um incentivo à inadimplência a não inclusão do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, reconhecendo a competência das Agências Reguladoras para organizar os respectivos sistemas. O fundamento da inconstitucionalidade consiste na subtração dos agentes econômicos da informação sobre inadimplência, confrontando com a garantia constitucional do direito à informação, consubstanciada nos incisos XIV e XXXIII do art. 5º da CF, invasão da seara de regulamentação específica das atividades de competência da Agência Reguladora (Anatel), cujas normas admitem, expressamente, o registro das inadimplências de serviços de telefonia nos cadastros de proteção ao crédito e ainda, invasão a competência privativa da União sobre telecomunicações (Lei Federal 9.472/97).

em não diligenciar na localização do devedor, cujo endereço poderia ser obtido até mesmo por telefone, é uma prática abusiva.²⁰

Também a inclusão indevida do nome do autor nos cadastros restritivos de crédito, sob alegação de débito relativo à multa rescisória por determinado período envolvendo a cláusula de fidelidade é outra prática abusiva.²¹

A prestadora de serviços de telefonia fixa de longa distância responde pela inclusão indevida do nome do consumidor em órgão restritivo de crédito, por dívida referente à “má prestação de serviços” da operadora local no repasse das informações à empresa, gerada por suposto uso de serviços telefônicos que o consumidor não solicitou ou mesmo utilizou-se.²²

A Resolução da Anatel 426/2005 estabelece no art. 11, inciso XXIV o direito do usuário “à comunicação prévia da inclusão do nome do assinante em cadastros, bancos de dados, fichas ou registros de inadimplentes, condicionado à manutenção de seu cadastro atualizado junto à prestadora”, descrevendo a Resolução 477/07 (SMP) no art. 51, § 3º que é “vedada a inclusão de registro de débito do Usuário em sistemas de proteção ao crédito antes da rescisão do Contrato de Prestação do SMP prevista no inciso III deste artigo, podendo a Prestadora, após rescindido o contrato de prestação de serviço por inadimplência, incluir o registro de débito em sistemas de proteção ao crédito, desde que notifique ao Usuário por escrito com antecedência de 15 (quinze) dias”.

A cobrança dos débitos telefônicos pelas operadoras é outra prática rotineira contrária ao ordenamento jurídico. O CDC estabelece que na “cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça” (Art. 42 CDC.).

A Resolução nº426/2005 estabelece o método da cobrança para que o consumidor não seja exposto a qualquer tipo de

²⁰ STJ. Recurso Especial nº 327.420 - DF (2001/0065017-4) - Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ: 04/02/2002.

²¹ Nesse sentido ver acórdão TJRJ. Apelação cível n. 2008.001.09044 - 19ª CC. Des. Denise Levy Tredler - Julg: 25/03/2008.

²² Ver aresto - STJ. REsp 790.992-RO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2007.

constrangimento. O art. 93 da resolução em comento afirma que a “prestadora deve apresentar a cobrança ao assinante no prazo máximo de 60 (sessenta), 90 (noventa) e 150 (cento e cinquenta) dias, para as modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional, respectivamente, contados a partir da efetiva prestação do serviço”, sendo que a “cobrança de serviço prestado após os prazos estabelecidos neste artigo **deve ocorrer em fatura separada, sem acréscimo de encargos, e mediante negociação prévia entre a prestadora e o assinante**”(§ 1º, grifamos). Na negociação, a prestadora deve parcelar os valores, no mínimo, pelo número de meses correspondentes ao período de atraso na apresentação da cobrança (§ 2º), fato este não obedecido pelas operadoras, e considerado como autêntica prática abusiva.

Finaliza o art. 93, § 3º afirmando que a prestadora não pode suspender a prestação do serviço ou impor qualquer restrição ao usuário em virtude de débitos apresentados a ele fora dos prazos estabelecidos neste artigo, fato este também ignorado pelas operadoras de telefonia.

Na repetição do indébito, a Resolução 426/05 da Anatel optou pela concepção objetiva ao invés da concepção subjetiva. Ao nosso aviso, agiu com acerto a Resolução da Anatel, atendendo assim à interpretação teleológica do CDC, muito embora a jurisprudência venha adotando a concepção subjetiva, com fundamento inclusive na Súmula 159 do STF.²³

O art. 42 do CDC estabelece que o “consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”. Na lição da doutrinadora gaúcha Cláudia Lima Marques, a interpretação objetiva significa que engano justificável é o fator externo, ou seja, caso fortuito externo, não podendo a empresa se eximir da responsabilidade pela cobrança indevida

²³ Súmula 159 do STF “cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”.

alegando ausência da culpa, já que a responsabilidade é objetiva.²⁴

Da leitura da Resolução 426/2005, conclui-se que não há hipótese de “engano justificável” a impedir a repetição do indébito a favor do consumidor, não constando na referida resolução esta expressão, em atenção à teoria da qualidade, estabelecendo o art. 98 *in verbis*: “A devolução de valores cobrados indevidamente, deve ocorrer no próximo documento de cobrança ou outro meio indicado pelo usuário”, assegurando ainda que o “usuário que efetuar pagamento de quantia cobrada indevidamente *tem direito à devolução de valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido dos mesmos encargos aplicados pela prestadora aos valores pagos em atraso*” (parágrafo único, destacamos).

A Resolução 477/07, que regula o serviço móvel pessoal, também consagra a concepção objetiva, ao consignar que a empresa de telefonia que cobra indevidamente o valor deverá devolver em dobro em até 30 dias após a contestação da cobrança indevida (art. 71), prescrevendo que “os valores cobrados indevidamente *devem ser devolvidos em valor igual ao dobro do que foi pago em excesso, acrescidos de correção monetária e juros legais* (art.71, parágrafo único - destaque nosso).

Entre as inúmeras práticas abusivas do serviço de telefonia, realçamos a questão da assinatura básica. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), que a autoriza, desde que prevista no edital e no contrato de concessão.

A jurisprudência do STJ afirma que a “tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade de a concessionária manter disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, o serviço de telefonia ao assinante, o que

²⁴ Recomendamos a leitura do artigo da lavra de Luiz Cláudio Carvalho de Almeida. “A Repetição do Indébito em Dobro no Caso de Cobrança Indevida de Dívida Oriunda de Relação de Consumo como Hipótese de Aplicação dos *Punitive Damages* no Direito Brasileiro”. *In Revista de Direito do Consumidor*. RT, v. 54.

lhe exige dispêndios financeiros para garantir sua eficiência”.²⁵ O STJ chegou inclusive a editar a Súmula nº 356 que afiança: “É legítima a cobrança a tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”.

Contudo, sustentamos o entendimento de que a cobrança da assinatura básica é uma prática abusiva, *data venia* a inteligência do STJ. Com habitual maestria, Herman Benjamin assevera, em relação à assinatura básica, que viola o art. 39, I do CDC, ao obrigar o usuário a adquirir uma franquia de pulsos (a consumir), independentemente do uso efetivo, condicionando, assim, o fornecimento do serviço, sem justa causa, a limites quantitativos; infringe o CDC, pois constitui vantagem exagerada, uma vez que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence” (art. 51, § 1º, I), notadamente os princípios do amplo acesso ao serviço, da garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I, da LGT) e da vedação da discriminação (art. 3º, III, da LGT); mostra-se excessivamente onerosa (art. 51, § 1º, III, do CDC) ao impor o pagamento de quantia considerável (cerca de 10% do salário-mínimo só pela oferta do serviço) ao assinante que utiliza muito pouco o serviço público; e importa desequilíbrio na relação contratual (art. 51, § 1º, II, do CDC), já que, ao mesmo tempo em que onera excessivamente o usuário, proporciona arrecadação extraordinária às concessionárias (cerca de treze bilhões de reais por ano, conforme consta da página eletrônica da ANATEL).²⁶

7. PRÁTICAS ABUSIVAS NO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL (SMP)

A publicidade enganosa é uma rotina praticada livremente no mercado de telefonia celular. Em Minas Gerais, o Ministério Público chegou a ajuizar Ação Coletiva com o objetivo de repelir

²⁵ STJ entende legítima a cobrança de assinatura básica. Resp 911.802-RS, Rel. Min. José Delgado, julg. 24/10/2007.

²⁶ No voto proferido pelo Min. Benjamin consta ainda que a cobrança da assinatura básica é ilegal, por não estar prevista e autorizada pela LGT, havendo *in casu* afronta ao princípio da legalidade por parte da ANATEL ao prevê-la em Resolução, fato este com que não concordamos em razão do art. 93, VII da lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações -LGT), que a autoriza, desde que prevista no edital e no contrato de concessão. Recurso Especial nº 1.006.892 - MG (2007/0271242-4), jul. 04.03.2008.

a prática abusiva relacionada a uma empresa que veiculou em jornal de grande circulação no Estado de Minas Gerais o seguinte anúncio: “Deu a Louca no Ricardão”. O anúncio informava aos leitores que seriam vendidos pela empresa celulares por R\$ 29,90, a saber, os aparelhos Nokia 2160 e 5120, fato este que não ocorreu.²⁷

Uma das práticas também rotineiras efetivadas pelas operadoras de telefonia celular envolve o envio de mensagens não solicitadas para celulares, que o consumidor paga quando tem que acessar sua caixa postal para ouvi-las, ou mesmo publicidades veiculadas ao consumidor que aguarda na linha telefônica o atendimento de suas solicitações, sendo prática vedada pelo art. 33, parágrafo único do CDC.²⁸

Outra prática abusiva executada pelas operadoras do serviço de telefonia móvel é a exigência de boletim de ocorrência policial para proceder ao bloqueio do aparelho celular em razão de extravio. O consumidor que extraviou o aparelho celular, aflito com a perda do aparelho, busca em sua operadora o pronto serviço do bloqueio, sendo surpreendido com a exigência da confecção do boletim de ocorrência policial, sob pena de não se concretizar o bloqueio solicitado.

Tal prática é considerada abusiva, motivando o Ministério Público a propor Ação Civil Pública contra operadoras em razão da exigência, pois o extravio do aparelho celular não constitui fato que enseje atuação policial a ponto de justificar a lavratura de boletim de ocorrência, sendo irrazoável, com onerosidade excessiva para o consumidor, ofendendo inclusive a boa-fé do mesmo. O fato é completamente estranho à atividade policial, tornando impertinente a lavratura da ocorrência na Polícia, caracterizando conduta abusiva prevista pelo art. 39, V do Código

²⁷ Ação Civil Coletiva movida pelo Ministério Público do Estado De Minas Gerais contra Ricardo Eletro Divinópolis Ltda., cuja sentença condenou a empresa a pagar uma indenização de 50 salários mínimos. TJMG. Apelação cível nº 1.0079.01.011207-0/001 - 11 CC. Rel. Des. Fernando Caldeira Brant julg. 07. 06.2006.

²⁸ Estabelece o art. 33, parágrafo único do CDC: “É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que origina”.

de Defesa do Consumidor, e que se mostra excessivamente onerosa ao consumidor.²⁹

Outro abuso observado no mercado de consumo envolve a cláusula de fidelidade prevista no contrato de adesão firmado com o consumidor.

Lamentavelmente, a Resolução 477/07, que regula o serviço de telefonia móvel, não extinguiu a “cláusula de fidelidade”, deixando de reconhecer como abuso praticado pelas operadoras, limitando-se apenas a regulamentar o tema.

A Resolução da Anatel consigna que a prestadora do serviço móvel pessoal “poderá oferecer benefícios aos seus Usuários e, em contrapartida, exigir que os mesmos permaneçam vinculados à prestadora por um prazo mínimo”. Dispõe o art. 40 da Resolução 477/07 que a “prestadora do Serviço Móvel Pessoal poderá oferecer benefícios aos seus Usuários e, em contrapartida, exigir que os mesmos permaneçam vinculados à prestadora por um prazo mínimo”. Os benefícios poderão ser de dois tipos:

- a) Aquisição de Estação Móvel, em que o preço cobrado pelo aparelho terá um valor abaixo do que é praticado no mercado; ou*
- b) Pecuniário, em que a prestadora oferece vantagens ao Usuário, em forma de preços de público mais acessíveis, durante todo o prazo de permanência. (§ 1º)*

A Jurisprudência vem reconhecendo a legalidade da cláusula de fidelização constante no contrato de telefonia celular em face do princípio da segurança jurídica do contrato, considerada como cláusula penal, em razão da desistência do consumidor.

Assevera Letícia Sardas, citando Oswaldo Henrique Freixinho:

“...analisando a natureza jurídica da multa oriunda da cláusula de fidelidade, constante do contrato pactuado entre as

²⁹ Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro (Processo 2008.001.014003-1), em face da operadora TIM, pela exigência de apresentação de Boletim de Ocorrência Policial para bloqueio.

partes litigantes, acertadamente concluiu pela inexistência de abusividade a justificar o acolhimento da pretensão deduzida em juízo. É que, como cláusula penal, a referida multa nada mais é do que a prefixação dos danos sofridos pela empresa com o investimento realizado em favor do cliente, sendo, portanto, perfeitamente válida e eficaz.”³⁰

Todavia, as reclamações registradas por consumidores decorrem exatamente do inadimplemento por parte das operadoras em relação à qualidade do serviço prestado, o que configura quebra de contrato em decorrência do vício de qualidade do serviço, razão da desistência do consumidor do contrato, configurando a cláusula de fidelidade autêntica prisão ao serviço da telefonia.³¹

Estabelece o art. 51, IV do CDC que são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Logo, a cláusula contratual que ofende o princípio da boa-fé objetiva é considerada nula, pois o consumidor teve a sua expectativa frustrada, pelo abuso da confiança por ele depositada.

Há contratos celebrados entre as empresas de telefonia e os usuários que possuem previsão de um prazo de carência de 12 a 24 meses, dentro do qual a rescisão fica subordinada ao pagamento de um valor, proporcional ao número de meses faltantes para o seu término, e que é cobrado mesmo em caso de roubo ou furto do aparelho celular. Tendo havido o furto ou roubo do aparelho, o consumidor, que é a vítima, não contribuiu culposamente para o extravio do aparelho, não sendo justa a cobrança da “cláusula de fidelidade”.

³⁰ Apelação Cível n.º 2008.001.18871 - TJRJ. Rel. Letícia Sardas.

³¹ Nesse sentido, ver Apelação Cível 2008.001.09044, do TJRJ da lavra da Des. Denise Levy Tredler, que reconheceu a não aplicação da cláusula de fidelidade por determinado período, havendo defeito no serviço e ausência de culpa do consumidor. Aplicação do artigo 408 do Código Civil. Circunstâncias configuradoras de aborrecimento que ultrapassa a barreira da normalidade, atingindo direito da personalidade do consumidor.

Considerando que a cláusula penal varia em até 100% do valor total da obrigação, mostrando-se excessiva para o consumidor, o Juiz pode reduzi-la, em razão da ofensa aos princípios da razoabilidade e da boa-fé na relação contratual firmada.

Nesse sentido foi ajuizada ação para coibir esta prática abusiva, sendo proferida sentença julgando procedente o pedido, condenando a empresa de telefonia celular a se abster de cobrar qualquer multa, tarifa, taxa ou valor por resolução de contrato decorrente de força maior ou caso fortuito, especialmente em hipóteses de roubo e furto do telefone celular, bem como a reduzir o valor constante da cláusula penal dos seus contratos para o equivalente a 3 meses de franquia. “Não há que se falar em sanção contratual se não houve inexecução, mas tão somente esvaziamento material do objeto do contrato, por caso fortuito ou força maior, especialmente no caso de roubo ou furto comprovado por registro de ocorrência, restando a cobrança da multa por rescisão ilegal e indevida”.³²

A cláusula de fidelidade também é considerada abusiva quando o consumidor requer o cancelamento do contrato por ausência de sinal. Todavia, o reconhecimento da abusividade e cancelamento da cláusula somente ocorrem na Justiça. “Com efeito, revela-se absurda a pretensão das empresas prestadoras de serviços que incluem nos contratos tal tipo de cláusula, impondo ao consumidor a permanência injustificada como assinante durante determinado período de tempo, ainda que o serviço prestado não tenha atendido a contento às expectativas do contratante, como é o caso da presente hipótese”.³³

A Resolução 477/07 da Anatel prescreve, em relação à desistência do benefício, que “O Usuário pode se desvincular a qual-

³² TJRJ. 15ª CC. Apelação cível nº 21.660/07. Rel. Desembargadora Helda Lima Meireles. Também foi ajuizada ACP para declarar abusiva a multa cobrada; fixação que deve consistir em um mês de franquia do plano contratado pelo consumidor, *pro rata*, não podendo o valor ultrapassar o menor pagamento mínimo mensal fixado para os planos de serviço pós-pago da Tim Celular na forma simples, mantidas as demais condenações (TJRJ. 2005.001.31312 - Apelação Cível - 16ª CC. Des. Siro Darlan de Oliveira - julg. 21/03/2006).

³³ TJRJ. 1ª CC. Apelação nº 33015/2008 Relator: Desembargador Ernani Klausner.

quer momento do benefício oferecido pela prestadora”, deixando patente a possibilidade da cobrança da multa rescisória (art. 40, § 7º). Contudo, no caso de vício de qualidade do serviço atribuído à própria Operadora, a Resolução assegura a impossibilidade da cobrança, em razão de descumprimento de obrigação contratual. Entretanto resta uma indagação: O ônus da prova em relação ao vício ou defeito no serviço telefonia é do consumidor ou do fornecedor? Quem possui o ônus da prova? O ônus é *ope judicis* ou *ope legis*?

A própria Resolução 477/07, no § 8º, do art. 40 assim responde, *in verbis*: “No caso de desistência dos benefícios por parte do Usuário antes do prazo final estabelecido no instrumento contratual, poderá existir multa de rescisão, justa e razoável, devendo ser proporcional ao tempo restante para o término desse prazo final, bem como ao valor do benefício oferecido, salvo se a desistência for solicitada em razão de descumprimento de obrigação contratual ou legal por parte da Prestadora, *cabendo à Prestadora o ônus da prova da não procedência do alegado pelo Usuário*. (destacamos).

A Resolução da Anatel conclui, em relação à cláusula de fidelização, que o tempo máximo do prazo de permanência é de 12 (doze) meses devendo a cláusula contratual ser explícita, de maneira clara e inequívoca, no instrumento próprio firmado entre a prestadora e o usuário (art. 40 § 9º e § 10).

O oferecimento de produtos por meio de “torpedos” é considerado uma prática abusiva, pois sempre que recebe um “torpedo” o consumidor verifica o seu conteúdo, de forma a conhecer o comunicado que lhe estão enviando. Se o torpedo contiver promoções e campanhas publicitárias, os consumidores são necessariamente constrangidos a conhecê-las, mesmo que nisso não tenha qualquer interesse, razão inclusive de ajuizamento de Ação Civil Pública por parte do Ministério Público.³⁴

³⁴ Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face da TNL PCS S.A (“OI”) TJRJ. Apelação cível nº 2008.001.196194-0. A Lei Estadual do Rio de Janeiro, nº 4.863/06 prevê que as operadoras de telefonia celular facultarão aos seus clientes, por ocasião da contratação, a opção de receber ou não “torpedos” referentes a promoções e campanhas publicitárias.

Interessante é que a própria Resolução da Anatel nº 477/07 (SMP) estabelece como direito do usuário o “não recebimento de mensagem de cunho publicitário da prestadora em sua Estação Móvel, salvo na hipótese de consentimento prévio”(art. 6º, inciso XXIV).

A dificuldade de cancelamento da linha telefônica é outra prática abusiva apontada pelos consumidores. Na ação proposta pelo Ministério Público Estadual, consta a ocorrência de um consumidor que só conseguiu cancelar o serviço decorridos 5 (cinco) meses, após diversas tentativas, o que retrata a dificuldade inadmissível para o exercício de um direito, mantendo o consumidor vinculado contratualmente à empresa de telefonia e obrigado ao pagamento das respectivas tarifas.³⁵

As lojas das operadoras de telefonia celular, embora tenham autonomia para realizar abertura de contas, mudança e transferência de planos, não possuem poderes para proceder ao cancelamento da linha telefônica, dependendo de autorização da “operadora central”, obrigando o consumidor a continuar pagando pelo serviço pelo qual já manifestou o seu desinteresse. O mesmo acontece nos *sites* das operadoras de telefonia celular, que contêm ofertas de serviços, inexistindo o ícone de cancelamento automático do serviço telefônico.

Apesar disso, a Resolução 477/07, no art. 23, estabelece que o Contrato de Prestação do SMP pode ser rescindido e a “desativação da Estação Móvel do Usuário, decorrente da rescisão do Contrato de Prestação do SMP, deve ser efetivada pela prestadora em até 24 (vinte e quatro) horas, a partir da solicitação, sem ônus para o usuário (§ 1º.), afirmando ainda a Resolução da Anatel que “no caso de rescisão a pedido do usuário, a prestadora deve informar imediatamente número sequencial de protocolo, com data e hora, que comprove o pedido, e efetuar a rescisão em até 24 (vinte e quatro) horas do recebimento do pedido, independentemente da existência de débitos”, fato este ignorado pelas operadoras.

³⁵ Ação Civil Pública proposta pelo MPE em face da operadora TIM. TJRJ. Apelação Cível 2008001128078-0.

Há também a prática, no mercado de telefonia celular, de que o pedido de cancelamento só possa ser aceito após a quitação do débito. Sem embargo, a operadora viola a Resolução 477 da Anatel que dispõe, no art. 23, que o contrato de prestação do SMP pode ser rescindido a pedido do Usuário, a qualquer tempo, sendo que a prestadora não pode efetuar qualquer cobrança referente a serviços prestados após decorridas 24 (vinte e quatro) horas da solicitação de rescisão, assumindo o ônus de eventuais encargos, inclusive perante as demais prestadoras de serviços de telecomunicações (§ 9º), considerando como falta grave, punida nos termos da regulamentação, a retenção de qualquer pedido de rescisão de contrato (§ 11).

Outro fator de reclamação contra o serviço de telefonia móvel está relacionado à questão dos celulares “pré-pagos”, envolvendo a estipulação de prazo de validade para a utilização de créditos na modalidade pré-paga da telefonia celular. A extinção do prazo de validade de cartões pré-pagos de telefonia móvel demonstra um desequilíbrio para o consumidor, que carece de auxílio.

O Procon chegou a registrar reclamações de consumidores contra prestadoras de telefonia, relativas à revalidação dos créditos vencidos quando o usuário inseria novos créditos, nos cartões pré-pagos de telefonia móvel. Hodiernamente, este fato está superado, em razão da norma da Anatel que estabelece que os créditos podem estar sujeitos a prazo de validade; no entanto, sempre “que o Usuário inserir novos créditos a saldo existente, a prestadora deverá revalidar a totalidade do saldo de crédito resultante pelo maior prazo, entre o prazo dos novos créditos inseridos e o prazo restante do crédito anterior”(art. 62, § 3º da Resolução 477), prescrevendo ainda que no “caso de inserção de novos créditos, antes do prazo previsto para rescisão do contrato, os créditos não utilizados e com prazo de validade expirado serão revalidados pelo mesmo prazo dos novos créditos adquiridos” (art. 62, § 4º).

Nos serviços telefônicos “pós-pagos”, a abusividade consiste em não repassar para os meses subsequentes os minutos de conversação pagos pelo consumidor e que não foram efetivamente utilizados, como por exemplo, “plano 180 minutos”, sendo que o consumidor utilizou somente 80 minutos.

Resta assim configurado o enriquecimento ilícito por parte da operadora de telefonia celular, ao não repassar para os meses subsequentes os minutos de conversação pagos pelo consumidor e que não foram efetivamente utilizados.³⁶

As práticas abusivas envolvem inclusive os fabricantes de aparelhos celulares e as operadoras de telefonia, consoante inúmeras reclamações de aparelhos com suas funcionalidades bloqueadas, sobretudo com relação aos dispositivos que permitem que o celular troque informações com outros celulares, computadores, entre outros aparelhos eletrônicos, mecanismo conhecido como “Bluetooth”. Há a ausência de informação ao consumidor, vez que o bloqueio do “Bluetooth” não foi informado na oferta do produto, o que indica a existência de vício do produto, por não atender às legítimas expectativas do consumidor (artigo 18 do C.D.C.)³⁷

A Resolução 477, no art. 72, indica que o Usuário deve ser informado sobre os aspectos relativos às programações incluídas nas facilidades dos Planos de Serviço e eventuais bloqueios na Estação Móvel ou na Central de Comutação e Controle, antes de qualquer ato que indique adesão ao plano, devendo ainda ser informado sobre a faculdade de alteração da programação das facilidades e dos bloqueios, durante o prazo de carência do Plano de Serviço. (§ 1º).

Em relação à cobrança do serviço de telefonia celular, a Resolução da Anatel prevê a possibilidade de que ocorra em fatura separada, asseverando no dispositivo previsto no art. 45, que a Prestadora deve apresentar ao Usuário a cobrança dos valores re-

³⁶ Foi ajuizada ACP pelo MPE. em face da operadora VIVO, sendo o pedido julgado procedente, determinando à empresa que cumule os minutos não utilizados pelo consumidor no plano pós-pago, para sua utilização nos meses subsequentes. Processo: 2008.001.011524-3 - Cartório da 4ª Vara Empresarial Rio de Janeiro. Juíza Fernanda Galliza do Amaral. Jul. 30/01/2009. Ver tb. ação coletiva de consumo TJRJ. Apelação civil 2008.001.074012-5.

³⁷ Ação proposta contra a operadora VIVO, pelo fato de os aparelhos celulares da marca LG, operados pela VIVO, encontrarem-se com suas funcionalidades bloqueadas. A LG sustenta que o bloqueio foi determinado pela operadora VIVO para restringir o acesso a conteúdos exclusivamente fornecidos por esta, enquanto a VIVO afirma que a prática visa combater a pirataria. O bloqueio do “Bluetooth” deveria ser realizado de forma onerosa através da assistência técnica. TJRJ. Apelação Cível. Processo 2007.001.244703-4.

lativos aos serviços prestados no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da efetiva prestação do serviço. A cobrança em prazo superior deve ocorrer em fatura separada, sem acréscimo de encargos, e a forma de pagamento ser objeto de negociação prévia entre a prestadora e o Usuário (§ 1º); deve ser ofertada a possibilidade de parcelamento dos valores pelo número de meses correspondentes ao período de atraso na apresentação da cobrança (§ 2º), fato este não verificado, e razão de inúmeras reclamações nos órgãos de proteção ao consumidor.

8. PRÁTICAS ABUSIVAS NO SERVIÇO DE TV A CABO

O serviço de TV a cabo, conhecido como serviço de TV por assinatura, é um serviço de telecomunicações, e, ainda que regido pela Lei 8.977/95, submete-se à regulação da Agência de Telecomunicações.³⁸ A própria Lei nº 8.977/95 define que “O serviço de TV a CABO é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio a assinantes, mediante transporte por meios físicos” (artigo 2º).

A Anatel informa que atualmente existem, no país, quatro serviços diferentes de TV por Assinatura, regulamentados em função da tecnologia utilizada em sua operação: Serviço de TV a Cabo, Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanais (MMDS), Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH), e o Serviço Especial de TV por Assinatura (TVA).³⁹

Uma das práticas abusivas constatadas no serviço de TV por assinatura envolve a questão do ponto extra. Em Minas Gerais, o Procon Estadual chegou a editar a Nota Técnica nº 07/2005, reconhecendo como prática abusiva a cobrança por ponto adicional de TV a cabo na residência do assinante, em virtude do princípio do equilíbrio das relações de consumo.⁴⁰

³⁸ Conforme ensinamentos de Rodrigo Tostes, *Op.cit.* p. 47.

³⁹ Fonte: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>.

⁴⁰ Nota Técnica n. 07 do Procon Estadual de Minas Gerais traduzindo a ementa: “Em virtude do princípio do equilíbrio das relações de consumo, é prática abusiva a cobrança por ponto adicional de TV a CABO na residência do assinante”.

Inicialmente, a Norma Técnica define o que representa a terminologia “ponto extra”, em diferenciação com o que se denomina “ponto escravo”, terminologia esta adotada pelas concessionárias.⁴¹

A terminologia “ponto escravo” é empregada para definir um ponto de recepção do sinal de radiodifusão que não seja autônomo, pois não existe possibilidade de se alterar a programação através dele, sendo totalmente dependente do ponto principal. Essa terminologia é utilizada ao ponto advindo do ato de se colocar um “divisor de cabo” (*splitter*) após o decodificador de sinal, de maneira que sejam conectados dois ou mais aparelhos de televisão.⁴² Quanto às conexões denominadas “ponto escravo”, as concessionárias não impõem quaisquer restrições, inclusive esclarecem ao consumidor que ele pode conectar aparelhos de TV após o decodificador.

Já a terminologia “ponto extra” ou “ponto adicional” é empregada ao ponto que se encontra instalado na mesma dependência em que se encontra o ponto principal, mas o sinal de radiodifusão é recebido de modo autônomo e simultâneo. Dessa maneira o ponto extra, quando conectado a um segundo aparelho de televisão, na mesma dependência do usuário, permite que se acesse o sinal de radiodifusão de maneira autônoma do ponto principal, de modo a que se possa assistir simultaneamente programações distintas. O “ponto extra” pressupõe o regular acesso como assinante ao serviço de TV a CABO e deve ser instalado dentro da dependência do usuário, para fins iguais ao do ponto principal - lazer, sem finalidades comerciais.⁴³

⁴¹ Conceito extraído da norma técnica do Procon Estadual de Minas Gerais, Norma Técnica nº 07/2005.

⁴² Dessa maneira, esclarece a nota técnica do Procon, “verifica-se que há o ponto principal, no qual se recebe o sinal codificado e se encontra o decodificador, permitindo a troca da programação, e um segundo ponto (ou mais), que é/são denominado(s) “ponto escravo”. Assim, o aparelho de televisão conectado ao “ponto escravo” não irá gerar uma programação que seja independente, ou seja, não se pode acompanhar de maneira simultânea a programação no segundo televisor, mas tão somente a programação que esteja sendo veiculada no ponto principal. A programação a se assistir será a mesma em todas as conexões e somente no ponto principal se consegue modificá-la. Cf. extraído norma Técnica, *op cit.*

⁴³ Norma Técnica, *op cit.*

A norma técnica do Procon conclui que a prestação de serviço de TV a CABO, por meio de cobrança de valores pelas concessionárias, tendo como fatos geradores a instalação e utilização de “pontos extras” (pontos adicionais), constitui uma prática ilegal, tendo em vista que a política tarifária prevista na lei que os regulamenta não contempla a possibilidade de que sejam cobrados. Trata-se de prática abusiva, em conformidade ao artigo 39, inciso V da Lei Federal 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que afirma, ainda, que no contrato de prestação de serviços de TV a CABO, a previsão pelas operadoras da cobrança de valores referentes à utilização de “pontos extras” do assinante é cláusula nula de pleno direito, pois contempla uma prática abusiva, em conformidade ao artigo 51, inciso IV, da Lei Federal 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

A Resolução nº 488 da Anatel é precisa ao determinar, em seu artigo 29, que o ponto extra ou o ponto de extensão é direito do assinante, sem qualquer tipo de ônus, “independentemente do Plano de Serviço contratado”.

Contudo, o artigo 30 da mesma Resolução dispõe a possibilidade da cobrança, afirmando que “a prestadora somente poderá cobrar, no que concerne ao ponto extra, a instalação, a ativação e a manutenção de rede interna”.

Ao nosso juízo, a cobrança pelo ponto extra constitui uma prática abusiva, malgrado a Resolução da Anatel admitir a possibilidade da cobrança, envolvendo o custo do gerenciamento do negócio ofertado ao consumidor.⁴⁴

⁴⁴ Recentemente foi editada a Res. 528 da Anatel, em 17 de abril de 2009, que confirma a proibição, em definitivo, da cobrança de ponto extra. Contudo, a própria Anatel voltou atrás e decidiu que as operadoras de TV por assinatura podem cobrar pelo ponto extra, argumentando que a cobrança pode ser feita desde que não seja pelo serviço ofertado (programação), e sim pelo aluguel do equipamento. ABTA está também questionando a nulidade da Resolução nº 528. Há uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, que questiona a eficácia da Resolução anterior (Resolução nº. 488/08). Processo nº 2005.001.161388-7.