

ÍNDICE

EDITORIAL

Água: direito fundamental? A água é um direito humano.

MÁRIO FROTA

251

DOCTRINA

Algumas reflexões a propósito da proposta de directiva sobre
"direitos dos consumidores"

JORGE PEGADO LIZ

11

Práticas comerciais desleais – Um estudo da Directiva
2005/29/CE

CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA

45

Comercio electrónico y protección de los consumidores en
España.

M^a ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA.

131

Consumidor e telefonia: breves apontamentos sobre a cláusula
de fidelização e o prazo de instalação

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

145

ESTUDO

Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da
República de 12 de Fevereiro de 2009 – Serviços públicos
essenciais, concessão de serviços públicos, empresa privada,
energia eléctrica, contrato de fornecimento, taxa, imposto, taxa de
exploração, instalação eléctrica, cobrança, rede eléctrica nacio-
nal, bens do domínio público, utilização por particulares, preço,
consumos mínimos, proibição, princípio da transparência,
princípio da boa fé, práticas comerciais desleais, prática engano-
sa, direitos dos consumidores, protecção do consumidor, siste-
ma eléctrico nacional, privatização, regulação, obrigações de
serviço público

163

JURISPRUDÊNCIA

213

Acórdão de 3 de Dezembro de 2009 do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2010 – Nos termos do disposto na redacção originária do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e no n.º 4 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, o direito ao pagamento do preço de serviços de telefone móvel prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação.

235

Acórdão de 22 de Dezembro de 2008 do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) – Transporte aéreo – Regulamento (CE) n.º 261/2004 – Artigo 5.º – Indemnização e assistência aos passageiros em caso de cancelamento de um voo – Isenção da obrigação de indemnizar – Cancelamento devido a circunstâncias excepcionais que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis

FICHEIRO JURISPRUDÊNCIA

249

Síntese dos acórdãos publicados na Colectânea de Jurisprudência
CJ ANO XXXIV TOMO IV – 2009
CJ ANO XXXIV TOMO V – 2009

FICHEIRO LEGISLAÇÃO nacional

275

Síntese dos diplomas publicados no 1.º trimestre de 2010

FICHEIRO LEGISLAÇÃO comunitária

295

Síntese dos diplomas publicados no 1.º trimestre de 2010

Director	Mário FROTA
Coordenador Científico	Ângela FROTA
Colaboradores	J. PEGADO LIZ, Cláudia ABRUNHOSA, Mª Ángeles CARINANA, Frederico GLITZ, Cristina FREITAS, Teresa MADEIRA, Sofia PITA e COSTA
Secretariado	Sara VIDEIRA
Capa	João BOGALHO
Execução Gráfica	Ana SANTOS
Encadernação	Francisco OLIVEIRA

Periodicidade	Trimestral
Tiragem	1 000
Depósito legal	119139/97
ISSN	0873-9773

N.º **61** Março de 2010

Associação Portuguesa de Direito do Consumo

Apartado 4082
Villa Cortez, Rua Vilaça da Fonseca, 5
3030-321 Coimbra
NIF 503 381 039
Telef: 239 404733;
Telecópia: 239 404738
E-mail: apdc.cedc@mail.telepac.pt
www.apdconsumo.pt | www.netconsumo.com

CONSUMIDOR E TELEFONIA: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO E O PRAZO DE INSTALAÇÃO¹

“Eis um problema! E cada sábio nele aplica as suas lentes abismais. Mas quem com isso ganha é o problema, que fica sempre com um π a mais...”

(Mario Quintana)

Frederico Eduardo Zenedin GLITZ²

*Advogado
Professor das Faculdades do Brasil
(UNIBRASIL)*

¹ Palestra proferida no Ciclo de palestras: os grandes demandados nas relações de consumo promovida pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, entre os dias 21 e 23 de setembro de 2009.

² Advogado. Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais (UFPR); Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEF); Professor de Direito das Obrigações e Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito das Faculdades do Brasil (UNIBRASIL). Professor de Direito das

SUMÁRIO

I. Noções introdutórias. II. Relações de consumo: a compreensão da fronteira negocial. III. Cláusula de fidelização e prazo para instalação. IV. Notas conclusivas: em busca de relações contratuais equilibradas. Referências bibliográficas.

RESUMO

O consumidor tem, atualmente, sua vida regida por uma intricada teia de contratos, quase todos estabelecidos sob o regime da adesão. As transformações contemporâneas do Direito contratual passaram a exigir uma nova forma de conceber esta relação, exigindo do Estado papel mais ativo e tutelando a figura jurídica do consumidor. Ganha expressivo relevo neste cenário o modelo negocial pautado pelo princípio da boa-fé objetiva e voltado à busca de equilíbrio negocial. Esta necessidade é especialmente premente nas relações havidas entre consumidores e prestadores de serviço de telefonia. Desses contratos despontam duas cláusulas a serem entendidas: a cláusula de fidelização e o prazo de instalação.

PALAVRAS-CHAVE:

Consumo. Serviço de telefonia. Cláusula de fidelização. Prazo de instalação.

Obrigações dos Contratos da Faculdade de Direito da Universidade Positivo (UP). Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR e da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Membro do "Virada de Copérnico" grupo interinstitucional de pesquisa e estudo do Direito Civil. Membro do grupo de estudos em Direito empresarial da UPPR. Membro do QUIS (Grupo de Pesquisa em Sustentabilidade) da UNIBRASIL e dos estudos do Co-Extra (Co-existence and Traceability) no Brasil. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Membro do Conselho de Comércio Exterior da Associação Comercial do Paraná.

I. Notas introdutórias.

Durante a década de 1990 o Brasil experimentou diversas transformações sociais e econômicas. Uma das mais destacadas foi a estabilização econômica e a ampliação, talvez também em razão disso, do mercado de consumo.

A novidade econômica introduziu uma nova série de complexidades jurídicas que passaram a exigir atendimento. Ocorre, entretanto, que, também em termos jurídicos, o ambiente era distinto. Foi durante este mesmo período que se iniciou a consolidação da tutela das relações de consumo no Brasil.

Em certa medida, ainda que não nos demos conta, o consumidor brasileiro tem sua existência regida por uma intricada teia de relacionamentos contratuais. O atendimento de cada necessidade humana, vital ou supérflua, simples ou complexa, imediata ou contínua, condiciona-nos ao custoso jogo de poder do bailado negocial. Um bom exemplo deste cenário são os serviços de telefonia, sua ampliação e proliferação e os questionamentos que passaram a introduzir no direito do consumo e que exigem cuidado e detida análise.

O presente estudo foca, então, seu exame em duas cláusulas típicas deste tipo de contrato, buscando compreender suas respectivas naturezas jurídicas, condições de existência e consequências em caso de descumprimento. Serviremo-nos, portanto, deste recorte para tentar compreender este pequeno pedaço daquela trama maior. Nosso primeiro passo, portanto, será entender a complexidade negocial.

II. Relações de consumo: a compreensão da fronteira negocial.

Contemporaneamente, com certa liberdade, podemos afirmar que a complexidade é marca "normal" dos contratos. A lógica simplista da modernidade se contrapõe a realidade econômica. Para exemplificar este tipo de afirmação não é necessário árduo esforço, basta lembrarmos o incremento do comércio internacional (intensificado pela Internet, por exemplo), o desenvolvimento da economia nacional e a adoção de marcos regulatórios específicos.

O fato de o legislador ter assumido papel mais ativo na delimitação das liberdades individuais parece demonstrar ter tomado consciência de que certos ideais tradicionais (igualdade formal, neutralidade axiológica, codificação, autonomia da vontade, etc.) não mais encontravam respaldo na realidade econômica. Os princípios liberais que orien-

tavam o direito contratual também sofreram, em última análise, a influência das radicais alterações sociais e econômicas.

De igual modo, a crescente massificação das relações contratuais acabou afastando a possibilidade de prévia negociação e, como consequência, a própria concepção tradicional de liberdade. Para que se efetivasse o reequilíbrio contratual e fosse mantida a concorrência, passou a ser cada vez mais necessária a intervenção estatal. Em nosso caso sob análise, podemos citar o papel desenvolvido pelos órgãos de proteção das relações de consumo e a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações).

Esta constatação é ainda mais interessante se sopesarmos os números envolvidos na prestação deste serviço. Segundo dados da própria ANATEL, o número de unidades móveis no Brasil era de 13.897.614³ em agosto de 2009 e o número de assinantes de serviços de telefonia fixa equivalia a 41.051.372 em fevereiro de 2009⁴.

Esta rápida difusão do serviço, comprovada pela estatística da agência reguladora, acabou, nem sempre, sendo acompanhada do incremento da qualidade do serviço. Dados contidos no relatório elaborado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor sobre as demandas registradas pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SINDEC)⁵ acusam 607.746 (seiscentos e sete mil setecentos e quarenta e seis) reclamações em face do setor de Telecomunicações. Deste total, destacam-se os serviços de telefonia celular (10,63%) e fixa (10,60%), em segundo e terceiro lugar respectivamente no quadro dos mais demandados. Saliente-se que a pesquisa alberga dados colhidos de 1.º/05/2005 a 30/04/2009, em 23 (vinte e três) estados da federação (excluído o Paraná) por meio dos respectivos PROCONs.

Essas informações são ainda mais preocupantes quando ilustradas pelo perfil do consumidor curitibano traçado, segundo pesquisa realizada em 2001 pelo PROCON/PR, em que aproximadamente 59% (cinquenta e nove por cento) dos entrevistados afirmaram

³ Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=18939>, acesso em 21 de setembro de 2009.

⁴ Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=17682>, acesso em 21 de setembro de 2009.

⁵ Disponível em: [http://www.mj.gov.br/main.asp?Team=\(B5920EBA-9DBE-46E9-985E-033900EB51EB\)](http://www.mj.gov.br/main.asp?Team=(B5920EBA-9DBE-46E9-985E-033900EB51EB)), acesso em 21 de setembro de 2009.

conhecer “um pouco” da legislação consumerista e, aproximadamente, 32% (trinta e dois por cento) a desconhecerem completamente⁶.

Esta aparente apatia, em certa medida, reflete as consequências de uma técnica de formação dos contratos que não privilegia o livre estabelecer de condições obrigacionais. O atual estágio da economia demanda a adoção dessa técnica negocial de modo a proporcionar respostas rápidas às necessidades econômicas, ao mesmo tempo em que se apresentassem de modo menos formal e ritualístico de contratar. A produção, a distribuição e o consumo em massa⁷ de bens e serviços acabam por impor a “despersonalização” dos contratos.

Em princípio esta técnica negocial atenderia a necessidade de economia, segurança e praticidade tão prementes à atividade empresarial. Passa-se, então, a predispor antecipadamente um esquema contratual ideal, oferecido à simples adesão dos consumidores, estabelecendo as cláusulas contratuais aplicáveis às futuras relações contratuais. São os chamados contratos por adesão⁸.

⁶ Disponível em: <http://www.procon.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=222>. Acesso em 18 de setembro de 2009.

⁷ Fernando Noronha sintetiza as mudanças trazidas com a Revolução Industrial na massificação das relações: “A grande resultante de tais fenômenos foi a massificação da sociedade. Realmente, se existe uma palavra que possa sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, inclusive no âmbito que aqui interessa, que são os contratos, tal palavra é *massificação*: massificação nas cidades, transformadas em gigantescas colméias; nas fábricas, com a produção em série; nas comunicações, com os jornais, o rádio e a televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar imposta a pessoas componentes de grupos, por atos de membro não identificado (o que é verdadeiro caso de responsabilidade coletiva); no processo civil, com as ações coletivas, visando a tutela de interesses difusos ou coletivos (cf. Lei n. 7.347/85, art. 1.º, e Código de Defesa do Consumidor, arts. 81, 91 e 103); nas relações de consumo, finalmente, com os contratos padronizados e de adesão e até com as convenções coletivas de consumo, previstas no Código de Defesa do Consumidor (art. 107)!” (NORONHA, Fernando. O contrato e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994, p.71).

⁸ “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne varietur, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.” (MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos no Código de Defesa do Consumidor, p. 53/54). Ou, ainda, “Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.” (GOMES, Orlando. Contratos de Adesão, p. 3).

Em suma, o contrato de adesão tem por características: a pré-elaboração unilateral; oferta uniforme e geral, para número indeterminado de futuras relações contratuais; normalmente se dá através de instrumento impresso, no qual falta apenas o preenchimento dos dados referentes à identificação do contratante, do objeto e do preço; e, finalmente, modo de aceitação dado pela adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

Fica claro que tal tipo de contratação limita a liberdade do contratante de discutir as cláusulas contratuais, acabando o consumidor por ter de aceitá-las em bloco (lembrando-se que estas foram estabelecidas unilateral e uniformemente pelo outro contratante).

Entretanto, o contrato de adesão não é contrato autônomo. Constitui-se apenas um método de contratação, que obtém vantagens como: facilidade, rapidez, racionalização da transferência de bens, adaptação a novas situações, etc.. Por outro lado, a sua prévia elaboração pode facilitar a inclusão de cláusulas abusivas que assegurem vantagens unilaterais e excessivas para quem as elaborou⁹. Eis o motivo pelo qual a atual legislação tenta preservar o aderente de maior oneração instituindo regra de interpretação limitadora (art. 423 do código Civil e art. 47 do Código de Defesa do Consumidor).

Evidencia-se, hoje, que na realidade a disparidade econômica pode causar desigualdade entre os contratantes, principalmente quando seu conteúdo é estabelecido de forma abusiva. Desse modo, tratou-se de encontrar meios para que, principalmente, a disparidade econômica não sobrepujasse interesses individuais sobre os coletivos.

"O Direito de proteção aos consumidores transformou tudo isso. *Ab initio*, instala uma ordem protetiva que derroga o princípio geral da igualdade dos cidadãos. A ordem supletiva torna-se imperativa; surgem as 'nulidades virtuais', pretendendo a manutenção do propósito prático perseguido pelos contratantes. Os sistemas de módulos abertos para a qualificação de cláusulas contratuais abusivas, a 'listagem de cláusulas negras e cinzentas', o controle administrativo prévio, o repúdio de algumas cláusulas, mantendo o

⁹ MARQUES, Op. cit., p.56

negócio e dando-lhe novo contorno, são pouco frequentes no Direito Comum." ¹⁰

Trata-se, portanto, da superação da ficção do equilíbrio das partes presumido na vontade livre. Percebeu-se, na verdade, que a autonomia da vontade, escondida por detrás de uma aparente neutralidade axiológica, poderia ser instrumento de desequilíbrio. A busca de fundamentação da vinculação contratual acabaria encontrando uma nova base: o equilíbrio contratual.

"Ora, igualar a adesão ao consentimento manifestado após prévia discussão implicaria, ao nosso ver, uma valoração extremada da manifestação da vontade do aderente; implicaria talvez até se considerar que consentiu com algo que desconhecia (e, talvez, se conhecesse, não aderiria), pois axiomático é o fato de que na grande maioria das vezes o aderente desconhece grande parte do conteúdo normativo ao qual está aderindo. Ele adere através da boa-fé." ¹¹

Assim, o pressuposto contratual da não intervenção estatal sofreu grande alteração, influiu na importância do contrato como instrumento jurídico de busca da justiça do caso concreto.

"O contrato passou a ser arma de exploração do mais fraco pelo mais forte obrigando a uma política legislativa de tratamento desigual para restaurar o equilíbrio entre as partes. Foi preciso compensar a inferioridade econômica dos pobres com uma superioridade jurídica, limitando a liberdade de contratar e usando a técnica de determinar imperativamente o conteúdo de certos contratos. Tornou-se assim evidente a necessidade de um direito desigual." ¹²

Essas intervenções nos contratos, que, por uma tendência atual têm ocorrido, justificam-se por haver uma nova concepção do contrato, não mais a liberal, mas a social. O

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado, São Paulo: RT, 1998, p.47/48.

¹¹ *In* O contrato de Adesão. BITTAR, Carlos Alberto (coord.). Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas, p. 64.

¹² GOMES, Transformações gerais do direito das obrigações, p.72.

contrato como fenômeno social, em uma realidade que deve ser lida de acordo com as diretrizes básicas que norteiam a sociedade em um determinado momento histórico. Do ponto de vista da função social, o contrato é um instrumento de operacionalidade dessas situações subjetivas patrimoniais.

Na verdade, a questão de regulamentação dos contratos, vedação de cláusulas e práticas comerciais abusivas, e o restabelecimento do equilíbrio contratual fazem parte de uma nova lógica de mercado. Tenta-se conciliar as necessidades do mercado neoliberal com o protecionismo contratual.

III. Cláusula de fidelização e prazo de instalação.

Neste contexto de complexidade, a cláusula de fidelização, usual em contratos de telefonia móvel, merece especial atenção. Trata-se de condição contratual por meio da qual o usuário se compromete a permanecer "fiel", ou seja, vinculado a uma determinada operadora por um período determinado de tempo. Tais cláusulas normalmente são acompanhadas de outra, prevendo a indenização em caso de descumprimento do contrato. Em termos operacionais, por sua vez, é usual percebê-la em práticas concorrenciais como o "bloqueio" de aparelho (a inviabilização técnica de utilização de um determinado aparelho com o "chip" de outra operadora); o desconto para aquisição de um ou, ainda, a "remuneração" pelo empréstimo do aparelho.

Tal tipo de disposição contratual passa, então, pela criação de obrigação negativa (de não fazer) por meio da qual se comprometeria o consumidor a não "contornar" o contrato celebrado entre ele e a operadora de telefonia celular. Esta disposição, como outras constantes do direito brasileiro, a nosso ver, não representaria, por si só, hipótese de abusividade negocial. Devemos lembrar que inúmeras são as cláusulas contratuais que instituem omissões economicamente apreciáveis e que atendem o interesse do credor. Assim, por exemplo, as cláusulas de sigilo ou de exclusividade não são ilegítimas pelo crédito que criam.

Seu conteúdo, no entanto, pode ser utilizado de uma forma não adequada. Neste caso é o abuso de um eventual direito (art. 187 do Código Civil) ou, mesmo, prática abusiva (desequilibrada) que devem ser combatidas. Neste sentido, lembre-se do recentemente julgamento, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, das cláusulas de

exclusividade¹³ e raio¹⁴ constantes em diversos contratos celebrados entre lojistas e shoppings paulistas. Foi o prejuízo à concorrência, pela forma como contratadas as condições, que as tornaram abusivas.

Os questionamentos em torno da viabilidade jurídica deste tipo de cláusula gravitam em torno do direito de escolha, considerado como direito básico do consumidor (art. 6.º, II da Lei n.º 8.078/1990). Além disso, após a aprovação e implementação da chamada portabilidade poder-se-ia questionar seu equilíbrio. Passemos, então, a uma análise um pouco mais detida sobre o assunto.

A atual legislação consumerista prevê o direito a informação como sendo básico nas relações de consumo. Trata-se de posituação do princípio da boa-fé objetiva a exigir comportamento leal e transparente dos parceiros contratuais. Podem ser destacados alguns exemplos de como isso se dá: assegurando o acesso a informação de forma clara (art. 54, §3.º), destacada quando envolver limitações (art. 54, §4.º) e, mesmo, desvinculando o consumidor quando não houver oportunidade de conhecimento prévio das cláusulas contratuais (art. 46).

Por outro lado, a regulamentação específica da matéria passa ainda pela Lei n.º 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações), pelo Regulamento Geral da Portabilidade (Resolução ANATEL n.º 460/2007) e pela Resolução do SMP (Portaria ANATEL n.º 477/2007).

Interessante salientar que durante as discussões travadas em torno da edição do Regulamento da Portabilidade, chegou a existir proposta de proibição de cláusula de fidelização vinculada a portabilidade. O argumento que acabou prevalecendo na época foi de que "um usuário pode[ria] contratar a portabilidade, pagar alguns centavos e desistir em alguns meses, sem ressarcir efetivamente o custo total do pedido de portabilidade"¹⁵.

A Resolução do SMP prevê, ao seu turno, expressamente que a prestação de serviço de

¹³ CADE. Processo Administrativo n.º 08012.009991/98-82. Participações Morro Vermelho Ltda. *Versus* Condomínio Shopping Center Igatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.

¹⁴ CADE. Processo Administrativo n.º 08012.002841/2001-13. Condomínio Shopping D *versus* Center Norte S/A – Construção, Empreendimento, Administração e Participação.

¹⁵ Disponível em: http://www.gds.nml.unb.br:8080/xf/data/pdf/TextoIntegral/ATO/anl/anatel_20070305_131.pdf, acesso em 21 de setembro de 2009.

telefonía móvel deve estar associada a um Plano de serviços que, embora esteja proibido de estabelecer cláusula de carência (art. 25, §4.º) pode conter cláusula de fidelização desde que haja algum tipo de concessão ao consumidor (aquisição de aparelho por preço mais baixo e descontos nas tarifas – art. 40, §1.º). Diante da ausência de alguma dessas concessões ou caso o consumidor optasse por adquirir o aparelho pelo preço de mercado, o prazo mínimo seria ineficaz em relação a ele (art. 40, §5.º e §6.º). Assegurar-se-ia, ainda, a possibilidade de desvinculação a qualquer tempo (§7.º), sendo permitida a “multa rescisória” (§8.º).

Repercutindo esta regulamentação, o Tribunal de Justiça do Paraná tem considerado, nos poucos casos julgados nos últimos anos, tais cláusulas como legítimas.

“Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos materiais e morais. Serviço de telefonía móvel. Preliminar de não conhecimento do recurso. Rejeição. Multa por descumprimento do plano de fidelidade. Lícitude da cobrança devido aos benefícios garantidos ao aderente. Cláusula contratual, ademais, expressa e clara. Art. 54, § 4.º do CDC. Inscrição no cadastro de inadimplentes. Exercício regular de direito. Indenização por danos morais. Afastamento. Danos materiais devido à contratação de advogado. Ônus do apelado que deu causa ao processo, haja vista o provimento do apelo. Sucumbência. Inversão. Apelo provido.”¹⁶

Neste caso o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que seria legítima a cláusula de fidelização com amparo no art. 54, §4.º do CDC (já que as limitações apresentavam-se em destaque) e com base no art. 40 da Resolução ANATEL n.º 477/2007 (que permitira a exigência de permanência mínima em troca de vantagem ao consumidor).

O posicionamento esboçado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo parece ser, em tendência, coincidente.

¹⁶ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Claro S/A versus Roceto & Roceto Administradora e Corretora de Seguros Ltda. Apelação Cível n.º 561.190-1. Relator Des. Augusto Côrtes. Julgado em 25 de março de 2009. No mesmo sentido podem ser citadas as apelações n.º 584.122-1; 0515679-8 (2008); 475.429-4 (2008); 401.768-9 (2007) e o Agravo de instrumento n.º 0313798-6 (2007).

“Prestação de Serviços. Ação de revisão de cláusulas contratuais com pedido de devolução de quantias pagas julgada improcedente em 1.º grau. Contrato de prestação de serviços de telefonía móvel. (...) Nulidade da cláusula que prevê multa por rescisão antecipada do contrato. Inocorrência. Ausência de abusividade. (...) Inexistência de valores a restituir. Sucumbência. Correção monetária. Incidência sobre as custas e honorários a partir da propositura da ação e não a partir da data da citação, como pretendido. Recurso improvido.”¹⁷

Parte da doutrina, no entanto, tem entendido esta cláusula como sendo abusiva. Destacam-se, neste caso, três linhas de argumentação: (i) a possibilidade de existência de venda casada (art. 39, I); (ii) pela ausência de destaque específico de cláusula limitadora (art. 54, § 4.º, CDC) e (iii) pela ofensa ao direito de escolha do consumidor.

Neste último sentido, inclusive, há precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

“DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. DECLARATÓRIA. TELEFONIA MÓVEL. CLÁUSULA DE FIDELIDADE. NULIDADE ABSOLUTA. Não se mostra compatível com o sistema legal pátrio cláusula de fidelidade ou carência, que obriga o consumidor em relação ao serviço prestado pela operadora por longo lapso temporal. Venda casada, já que a compra do aparelho e os serviços de telefonía são operações distintas, que a fornecedora, indevidamente, vincula. Inexistência de vantagem real para o aderente. Desconto na aquisição do aparelho que é apenas o visgo para captar-se a adesão dos consumidores. Ofensa à livre concorrência. Nulidade da cláusula, ainda, por onerosidade excessiva. Procedência da demanda. Apelo PROVIDO.”¹⁸

¹⁷ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 32ª Câmara de Direito Privado. Apelação Com Revisão 1097347000. Relator Des. Ruy Coppola, julg. 31/01/2008. No mesmo sentido o acórdão que julgou a apelação 7153572700 (2007).

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. 19ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 70022138390, Relator Des. José Francisco Pellegrini. 19 de agosto de 2008.

Também em recentíssimo julgamento, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a cláusula de fidelização, por se referir à concessão pública, deve ser apreciada pela turma competente para julgar a matéria de Direito Público¹⁹. A questão envolvia demanda ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de CTBC Celular e a Maxitel S/A questionando, por entender abusivas, a inserção nos contratos de prestação de serviço móvel de telefonia da cláusula de fidelização.

Por fim, destaque-se que, atualmente, tramita, no Senado, projeto de lei²⁰ que pretende a reforma do CDC para inclusão de inciso considerando a cláusula de fidelização como cláusula abusiva. Também tramitam, na Câmara dos Deputados, projetos de lei sobre a temática²¹.

No que se refere ao prazo de instalação, indispensável uma breve digressão sobre a teoria do pagamento.

Segundo as tradicionais lições do direito das obrigações, a obrigação deve ser realizada no prazo estabelecido. Caso este prazo seja descumprido, tratar-se-ia de hipótese associada à noção de inadimplemento. Tratando-se de mora (art. 394 do Código Civil), falar-se-ia de possibilidade de o credor pretender a execução da prestação, fazendo jus, ainda, as respectivas perdas e danos. Tratando-se de adimplemento absoluto, caberia ao credor resolver a obrigação em perdas e danos.

O Código de Defesa do Consumidor, ao lado do regime do inadimplemento, prevê a tutela do consumidor em face dos vícios e defeitos do serviço. Estes são conceituados como os danos causados em razão do serviço prestado, aqueles, quando o serviço, por si só, é inadequado.

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n.º 100.503. Corte Especial. CTBC CELULAR S/A *versus* MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, julg. 28 de maio de 2009.

²⁰ Projeto de lei do Senado n.º 88 de 2009, apresentado pelo Senador Expedito Junior em 17 de março de 2009. Atualmente sob análise da Relatoria na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática.

²¹ Por exemplo o projeto de lei n.º 5.879/2009, apensado ao Projeto de lei n.º 5.260/2009 que altera a redação da Lei n.º 8.078/1990 para considerar como prática abusiva a utilização de "células de retenção" em sistemas de teletendimento, com funções de fidelização de clientes e para proibir o estabelecimento de cláusulas contratuais que obriguem a fidelização do consumidor, a estipulação de prazos mínimos de vigência e o pagamento de multas em caso de cancelamento antecipado de contratos de prestação de serviços, respectivamente.

Interessante notar que os regimes estabelecidos pelos arts. 20 (vício do serviço) e 14 (fato do serviço) são atraídos pelas circunstâncias do caso concreto. Isso porque, em tese, cada um deles poderia ser aplicável ao caso.

Assim, por exemplo, caso o atraso no cumprimento da instalação cause danos morais por eventual ofensa a direito de personalidade do consumidor, o regime aplicável seria aquele do fato do serviço. A resposta lá prevista é a da indenização pelo serviço defeituoso, este entendido como aquele que causa danos em razão do modo de seu fornecimento.

Por outro lado a jurisprudência, usualmente, adota o regime da responsabilidade civil previsto no Código Civil para outorgar a indenização cabível. Há interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça neste sentido.

"Direito do Consumidor. Instalação de linha telefônica em área rural. Inadimplemento contratual da prestadora de serviços telefônicos. Dano moral. Valor da indenização. Termo inicial dos juros moratórios e da correção monetária. (...)

III – Se o prejuízo que o recorrente alega decorre justamente da demora na prestação do serviço telefônico, que tardou anos para ser implementado, é possível estabelecer como termo inicial dos juros da indenização a data da publicação do julgamento, pois o valor arbitrado nesses casos já leva em conta o transcorrer do tempo."²²

Contudo, quando a prestação do serviço de forma é viciada, entendida, por exemplo, como realizada em desrespeito a normas regulamentares (art. 20, § 2.º) poderia o consumidor pretender a resolução do contrato, com a restituição do valor já pago e eventual indenização pelos danos causados ou, mesmo, abatimento do valor pago em termos proporcionais.

Tal entendimento é, inclusive, confirmado pelo disposto no art. 22 do CDC quando se refere à necessidade de prestação de serviços adequados e contínuos por parte das concessionárias de serviços públicos.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n.º 618940. Josemar Bezerra Raposo *versus* Telemar Norte Leste S/A. 24 de maio de 2005.

IV. Notas conclusivas: em busca de relações contratuais equilibradas.

A legislação protetiva do consumo é norteada por três princípios: vulnerabilidade, boa-fé objetiva e equilíbrio. Por meio deste regime principiológico, fundamenta a proteção do consumidor em face de cláusulas abusivas. A opção do legislador foi de estabelecer o combate às cláusulas abusivas *a posteriori* por meio do controle judicial de seu conteúdo. Para tanto adotou três instrumentos: a) prioridade do controle judicial sem excluir o controle administrativo; b) proteção contra a abusividade contratual e c) nulidade das cláusulas abusivas.

A abusividade verifica-se no momento de celebração do negócio, por isso não guarda relação com a revisão do contrato por fato superveniente, tão pouco depende de verificação de boa ou má-fé subjetiva. Deve ser entendida vinculada ao princípio da boa-fé objetiva. Poderia haver, então, a ofensa ao princípio da boa-fé objetiva quando estabelecidas cláusulas que limitassem os direitos do consumidor ou criassem vantagens unilaterais para o fornecedor.

Neste sentido, argumenta Fernandes Neto²³ que a cláusula de fidelização seria abusiva, pois ofenderia a comutatividade do contrato de prestação de serviço (importaria cláusula penal e, ao mesmo tempo, não haveria prestação do serviço); ofenderia, ainda, o princípio da proporcionalidade (quando se confronta, por exemplo, com a limitação de cláusula penal do art. 52, §1.º); ofenderia o princípio da boa-fé já que poderiam impor vantagem exagerada em favor do fornecedor (art. 51, IV) e seria excessivamente onerosa ao consumidor (art. 51, III) e ao princípio da função social da concessionária de serviço público. O autor identifica, ainda, a prática abusiva da venda casada (art. 39, I) quando condicionam a comercialização de chip à assinatura de contrato de fidelização.

Ora, como se percebe claramente a constatação da abusividade dependerá do caso concreto, vez que atrelada às práticas comerciais que podem ser entendidas como abusivas e do comportamento leal e transparente das partes.

Trata-se, pois de se tutelar, no caso, o equilíbrio da relação. Neste sentido seria teme-

²³ Disponível em: http://www.guilhermefernandes.pro.br/site_media/uploaded/article/Cláusula_de_Fidelidade.pdf, acesso em 20 de setembro de 2009.

rário afirmar, por hipótese, a abusividade desta ou daquela cláusula de fidelização, mas entendê-la no contexto do contrato. Se, por certo, deve o consumidor ser tutelado, sua tutela não pode ser irresponsável. Não se trata de exonerá-lo por conta de fórmulas vazias, mas concretizar proteção a sua vulnerabilidade e na exata medida dela.

Ser consumidor não pode ser "desculpa" para inadimplemento ou para o consumo irresponsável. É antes tutela da confiança do consumidor, do fornecedor e das relações de consumo. O que se tutela não é o direito egoísta de um contratante sobre o outro, mas a lógica solidarista de uma relação de cooperação.

Parece razoável supor, portanto, que é desproporcional a exigência de fidelidade quando o serviço é prestado de forma inadequada ou mal prestado, assim como a cláusula de fidelização como mecanismo para "burlar" o direito à portabilidade e aquela cláusula que preveja a exigência de cláusula penal compensatória exorbitante em face da "vantagem" auferida pelo consumidor.

Por outro lado, o desrespeito a condição contratual, tal como aquela estabelecida como prazo de instalação de linha telefônica, causadora do dano ao consumidor deve ser indenizada, não só por conta da tutela de confiança, mas igualmente pela lógica do adimplemento contratual.

A recepção da cláusula geral de boa-fé, portanto, na atual legislação brasileira de consumo, revela a existência de ferramenta útil para o estabelecimento de um modelo de consumo digno, pautado pela solidariedade e pela responsabilidade.

Referência bibliográfica

BITTAR, Carlos Alberto (coord.). Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: RT, 2008.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor, 2ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. In *Revista de Direito Mercantil*, n.º 15/16. São Paulo: RT, p.89-105.

COUTO E SILVA, Almiro do. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Ed. Síntese, Ano 1997, Vol. 13, p.7-27.

COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. In *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1992, Vol. 3, p.127-154.

CRETELLA JR., José (coord.). Comentários ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusula de fidelidade. Disponível em: http://www.guilhermefernandes.pro.br/site_media/uploaded/article/Clausula_de_Fidelidade.pdf, acesso em 20 de setembro de 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. São Paulo: Atlas, 1991.

GOMES, Orlando. Contratos, 6ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. Transformações gerais do direito das obrigações, 2ª ed., São Paulo: RT, 1980.

_____. Contrato de Adesão: condições gerais dos Contratos. São Paulo: RT, 1972.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado, São Paulo: RT, 1998.

LUCCA, Newton de. A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 86. São Paulo: RT, Abril/Junho 1992, p.89-99.

MANDELBAUM, Renata. Contratos de Adesão e Contratos de Consumo. São Paulo: RT, 1996.

MARINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto. São Paulo: RT, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 3ªed., São Paulo: RT, 1998.

_____. Novas regras sobre a proteção do Consumidor nas relações contratuais. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, Vol. 1, p.27-52.

_____. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem pública e o futuro

pós-moderno do direito comparado). In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.º 1. Rio de Janeiro: Padma, Janeiro/Março, 2000, p. 13-57.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In *Revista de Direito do Consumidor*, n.º3, p.44-77.

NETO LOBO, Paulo Luiz. Contratos no Código do Consumidor: pressupostos gerais. In *Revista do Tribunais*. São Paulo: RT, Vol. 705, Jul 1994, p.45-50.

_____. Contrato e mudança social. In *Revista do Tribunais*. São Paulo: RT, Vol. 722, Dez 1995, p.40-45.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Considerações sobre os princípios do Código de Defesa do Consumidor. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, Vol. 762, Abr. 1999, p.11-31.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994.

PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, Vol. 666, Abr. 1991, p.48-53.

PROCON. Perfil do Consumidor curitibano – 2001. Disponível em: <http://www.procon.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=222> acesso em 18 de setembro de 2009.

PUGGINA, Márcio de Oliveira. Âmbito de Incidência do Código de Defesa do Consumidor. In *Ajuris*, n.º 50, p.200-205.

SINDEC – Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor. Relatório SINDEC sobre Telecomunicações. Brasília, 02 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/main.asp?Team={B5920EBA-9DBE-46E9-985E-033900EB51EB}>, acesso em 21 de setembro de 2009.

STIGLITZ, Gabriel. O Direito contratual e a Proteção Jurídica do Consumidor. In *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, Vol. 1, p.184-199.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.