

RECURSO ESPECIAL Nº 1.097.582 - MS (2008/0237143-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
RECORRENTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADOS : MARILENA FREITAS SILVESTRE E OUTRO(S)
JEAN CARLOS SILVA MEDEIROS E OUTRO(S)
VÂNIA IFRAN SANDIM E OUTRO(S)
RECORRIDO : E M A TRANSPORTE LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : ORLANDO DUCCI NETO E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL E DE COMODATO DE APARELHOS CELULARES - EXCLUSÃO DE MULTA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO DE CARÊNCIA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - ACOLHIMENTO DO PLEITO RECURSAL DA AUTORA PELA CORTE A QUO - RECONHECIMENTO, NO ARESTO ESTADUAL, DE NULIDADE DA CLÁUSULA DE "FIDELIZAÇÃO", POR CONFIGURAR "VENDA CASADA".

INSURGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA.

1. Contratação simultânea de prestação de serviços de telefonia móvel e de "comodato" de aparelhos celulares, com cláusula de "fidelização". Previsão de permanência mínima que, em si, não encerra "venda casada".

2. Não caracteriza a prática vedada pelo art. 39, inc. I, do CDC, a previsão de prazo de permanência mínima ("fidelização") em contrato de telefonia móvel e de "comodato", contanto que, em contrapartida, haja a concessão de efetivos benefícios ao consumidor (v.g. custo reduzido para realização de chamadas, abono em ligações de longa distância, baixo custo de envio de "short message service - SMS", dentre outras), bem como a opção de aquisição de aparelhos celulares da própria concessionária, sem vinculação a qualquer prazo de carência, ou de outra operadora, ou mesmo de empresa especializada na venda de eletroportáteis.

3. Superado o fundamento jurídico do acórdão recorrido, cabe a esta Corte Superior de Justiça julgar a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456/STF.

4. Em que pese ser possível a fixação de prazo mínimo de permanência, na hipótese dos autos, o contrato de "comodato" de estações móveis entabulado entre as partes estabeleceu a vigência por 24 (vinte e quatro) meses, distanciando-se das determinações regulamentares da ANATEL (Norma Geral de Telecomunicações n. 23/96 e Resolução 477/2007), de ordem a tornar tal estipulação, inequivocamente, abusiva, haja vista atentar contra a liberdade de escolha do consumidor, direito básico deste.

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

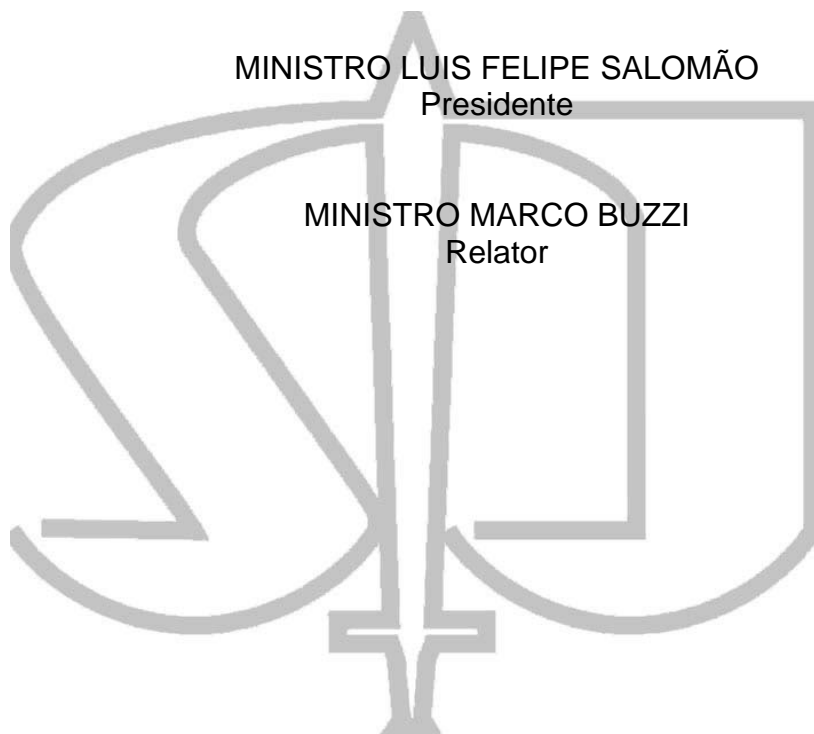
Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Presidente

MINISTRO MARCO BUZZI
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.097.582 - MS (2008/0237143-0)

RECORRENTE : TIM CELULAR S/A
ADVOGADOS : MARILENA FREITAS SILVESTRE E OUTRO(S)
JEAN CARLOS SILVA MEDEIROS E OUTRO(S)
VÂNIA IFRAN SANDIM E OUTRO(S)
RECORRIDO : E M A TRANSPORTE LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : ORLANDO DUCCI NETO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

Trata-se de recurso especial, interposto por TIM CELULAR S/A, fundamentado no artigo 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Na origem, E. M. A. TRANSPORTE LTDA - MICROEMPRESA moveu ação de rescisão de contrato c.c indenização por danos morais, em face de TIM CELULAR S/A, em que objetivou, em suma, a rescisão dos contratos de prestação de serviços e contrato de comodato de titularidade da autora, sem a incidência de multa por quebra de "fidelização", haja vista a abusividade da vinculação do contrato ao chamado "período de carência".

Expôs a autora, em sua peça exordial, que, em 29.01.2005, celebrou com a empresa de Telefonia os contratos de prestação de serviços de telefonia móvel e de comodato de nove aparelhos celulares, celebrados por prazo indeterminado, com possibilidade de rescisão a qualquer tempo, desde que observado, no primeiro, o prazo mínimo de carência de doze meses, e, no segundo, o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, sob pena de multa (proporcional). Afirmou que, quando da contratação, acreditava que o prazo de permanência mínima seria de doze meses, para ambos os contratos. Anotou que, decorrido pouco mais de doze meses da contratação (em fevereiro de 2006), insatisfeita com os serviços prestados, tentou rescindir os retrocitados contratos, ocasião em que obteve a informação de que, em relação ao contrato de comodato, ainda no período de carência, a rescisão conduziria a duas situações, quais sejam: a) pagamento da multa (correspondente ao valor constante da nota fiscal dos aparelhos, dividido por vinte e quatro, e multiplicado pelo número de meses restantes para o fim da vigência do contrato em virtude da rescisão contratual), hipótese em que não adquiriria a propriedade dos

Superior Tribunal de Justiça

aparelhos celulares; ou b) aquisição dos aparelhos celulares, mediante o pagamento proporcional ao prazo que faltava para encerrar o contrato de comodato. Aduziu ter escolhido a segunda opção, porém, ainda assim, a empresa de telefonia foi renitente em enviar os respectivos boletos, com a cobrança da aludida sanção. Ao final, requereu a rescisão do contrato de comodato, sem incidência de multa, já que o contrato de prestação de serviço de telefonia móvel a ele atrelado previa o prazo de carência de doze meses, devidamente observado.

O r. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS, ao final, entendeu por bem julgar improcedentes os pedidos delineados na inicial, sob o fundamento de que o prazo estabelecido no contrato de comodato consiste, na verdade, em prazo fixado para o pagamento do aparelho pelo usuário, não se tratando, portanto, de "fidelização". O r. Juízo *a quo* reputou, ainda, contraditória a postura da autora, pois, a despeito de ter admitido que escolheu o pagamento da multa, requereu, ao final, a rescisão do contrato, sem o pagamento de qualquer valor, a título de multa (fls. 100/105).

Irresignada, E M A TRANSPORTE LTDA – MICROEMPRESA apresentou recurso de apelação, ao qual o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul conferiu parcial provimento, em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL - RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM DANOS MORAIS - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - PRELIMINAR REJEITADA - RECUSA DE RESCISÃO DE CONTRATO SEM O PAGAMENTO DA CLÁUSULA DE FIDELIDADE - ILEGALIDADE - CLÁUSULA ABUSIVA - CARACTERIZAÇÃO DA VENDA CASADA - NULIDADE RECONHECIDA - DANOS MORAIS - PESSOA JURÍDICA - OFENSA À HONRA OBJETIVA - NÃO CONFIGURADOS - RESCISÃO DO CONTRATO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se a parte motiva suas razões recursais em conformidade com os fatos e fundamentos dispostos na inicial e na sentença, verifica-se que inexistente ofensa ao princípio da dialeticidade.

É nula, nos termos do art. 39, inc. I, do CDC, a cláusula de fidelidade, que impõe a cobrança de multa para a rescisão do contrato antes do término do prazo contratado. No caso, ocorre a chamada 'venda casada', porquanto condiciona o fornecimento de um produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço.

A cláusula de fidelidade acarreta onerosidade excessiva ao consumidor, que fica obrigado a manter-se fiel à operadora, mesmo que o serviço não esteja sendo prestado a contento.

A simples cobrança da multa contratual, decorrente da cláusula de fidelização, que posteriormente reputa-se como ilegal, não tem o condão de caracterizar danos morais, porquanto embora seja uma conduta reprovável, não atingiu o bom nome, a reputação ou a imagem da

Superior Tribunal de Justiça

apelante, ou seja, sua honra objetiva.

Reconhecida a parcial procedência dos pedidos deduzidos, configurada se mostra a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil."

Em suas razões de recurso especial, a recorrente TIM CELULAR S.A. aponta, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos artigos 408, 409 e 416 do Código Civil. Sustenta, em síntese, que a cláusula do contrato de comodato que prevê multa proporcional, na hipótese de não observância do prazo de carência de dois anos, não consubstancia qualquer prática abusiva, notadamente a denominada "venda casada". Afirma tratar-se, tão-somente, de cláusula penal decorrente da não observância, por parte da recorrida, do prazo de vigência estabelecido consensualmente pelos contratantes quando firmaram o instrumento particular de comodato, livres de qualquer vício de consentimento. Ressalta, assim, que a referida cláusula penal tem por escopo evitar que a parte se locuplete, indevidamente, do considerável desconto obtido quando da aquisição do aparelho dado sob a condição de observar o prazo de carência. Alega, também, que, da narrativa exposta na inicial, conclui-se que a recorrida apenas se insurge contra a proporcionalidade do valor cobrado, e não, propriamente, contra a legalidade da cobrança. Por fim, suscita a existência de dissenso pretoriano (fls. 153/158).

E. M. A. TRANSPORTE LTDA - MICROEMPRESA apresentou contrarrazões às fls. 165/168.

Após decisão de admissão do recurso especial, em razão do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.055.594/MS, de relatoria do Ministro Castro Meira, DJe de 21/08/2008 (fl. 177), os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

É o breve relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.097.582 - MS (2008/0237143-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL E DE COMODATO DE APARELHOS CELULARES - EXCLUSÃO DE MULTA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO DE CARÊNCIA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - ACOLHIMENTO DO PLEITO RECURSAL DA AUTORA PELA CORTE A QUO - RECONHECIMENTO, NO ARESTO ESTADUAL, DE NULIDADE DA CLÁUSULA DE "FIDELIZAÇÃO", POR CONFIGURAR "VENDA CASADA".

INSURGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA.

1. Contratação simultânea de prestação de serviços de telefonia móvel e de "comodato" de aparelhos celulares, com cláusula de "fidelização". Previsão de permanência mínima que, em si, não encerra "venda casada".

2. Não caracteriza a prática vedada pelo art. 39, inc. I, do CDC, a previsão de prazo de permanência mínima ("fidelização") em contrato de telefonia móvel e de "comodato", contanto que, em contrapartida, haja a concessão de efetivos benefícios ao consumidor (v.g. custo reduzido para realização de chamadas, abono em ligações de longa distância, baixo custo de envio de "short message service - SMS", dentre outras), bem como a opção de aquisição de aparelhos celulares da própria concessionária, sem vinculação a qualquer prazo de carência, ou de outra operadora, ou mesmo de empresa especializada na venda de eletroportáteis.

3. Superado o fundamento jurídico do acórdão recorrido, cabe a esta Corte Superior de Justiça julgar a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456/STF.

4. Em que pese ser possível a fixação de prazo mínimo de permanência, na hipótese dos autos, o contrato de "comodato" de estações móveis entabulado entre as partes estabeleceu a vigência por 24 (vinte e quatro) meses, distanciando-se das determinações regulamentares da ANATEL (Norma Geral de Telecomunicações n. 23/96 e Resolução 477/2007), de ordem a tornar tal estipulação, inequivocamente, abusiva, haja vista atentar contra a liberdade de escolha do consumidor, direito básico deste.

5. Recurso especial desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator): O reclamo não merece provimento.

1. Conforme já relatado, a controvérsia em exame cinge-se em aferir a caracterização ou não de abusividade em cláusula contratual de prestação de serviços de telefonia móvel, com previsão de duração por prazo mínimo ("fidelização" de 12 meses), cujo descumprimento enseja a imposição de multa; bem como se a mencionada estipulação caracteriza "*venda casada*", tendo em vista a existência paralela de ajuste de comodato de 09 (nove) aparelhos celulares, com prazo de carência de 24 (vinte e quatro) meses, cuja rescisão antecipada implicaria na incidência de sanção idêntica.

A insurgência deve ser desprovida, por fundamento diverso, uma vez que, a despeito de a contratação simultânea de serviços de telefonia móvel e de comodato com prazos de carência mínima não constituir "*venda casada*" (art. 39, I, do CDC), inegável a constatação de prática abusiva quanto à fixação de lapso de fidelização superior a 12 meses para o segundo ajuste (comodato), haja vista afrontar as normas regulamentares da ANATEL e a própria razoabilidade, além de não permitir ao consumidor a exata distinção entre o termo de um ou outro contrato.

Primeiramente, cumpre asseverar que as instâncias ordinárias entenderam de forma uníssona que a relação jurídica estabelecida entre as partes encontra-se regulada pela legislação consumerista, e não houve insurgência por parte da concessionária de telefonia sobre a aludida qualificação, razão pela qual a questão submetida a esta Corte será analisada em observância aos ditames da Lei n. 8.078/90.

Observa-se que a Corte Estadual, ao reformar a sentença de improcedência, considerou abusiva a "*cláusula de fidelidade*", por impor a cobrança de multa no caso de rescisão contratual antes do término do prazo de carência.

O aresto impugnado enfatizou, também, que o ajuste entabulado entre os contendores, por via transversa, implicou no condicionamento de fornecimento de um produto (aparelhos celulares) à disponibilização do serviço de telefonia móvel,

configurando, assim, a prática abusiva vedada pelo artigo 39, I, do Código de Defesa do Consumidor (denominada "venda casada").

Não obstante, consoante acima exposto, a previsão de um prazo de permanência contratual mínima, inserto em cada um dos mencionados ajustes, não encerra em si qualquer abusividade, desde que tenha como razão de ser a concessão de benefícios ao consumidor como contrapartida.

Desse modo, no caso do contrato de prestação de serviços de telefonia móvel, a vinculação do consumidor a um prazo mínimo é legítima sempre que este obtiver, durante a vigência desse período, vantagem pecuniária decorrente da cobrança de valores reduzidos (em comparação ao consumidor que contrata os mesmos serviços, sem, entretanto, vincular-se à cláusula de fidelidade).

Já no que tange ao comodato dos aparelhos celulares habilitados para uso naquelas mesmas linhas telefônicas, igualmente, o prazo de carência reverte-se em benefício ao consumidor, na medida em que permite, por parte deste, adquirir determinado terminal móvel por preço substancialmente inferior ao de mercado, subsidiado, portanto, pela empresa de telefonia.

Sobressai, em ambos os casos, o sinalagma da avença, caracterizado pela reciprocidade e aparente proporcionalidade das prestações impostas às partes contratantes, não se antevendo, a partir da fixação de um prazo de carência, por si só, prática não admitida pela legislação de regência.

De outro lado, deve-se afastar a compreensão de que o consumidor, ao celebrar tais contratos, adquire gratuitamente os aparelhos celulares. Na realidade, a oferta de custo reduzido leva em conta a "fidelização" do cliente à operadora, e enquanto não transcorrido o prazo de carência, a relação jurídica estabelecida entre as partes rege-se pelas disposições relativas ao empréstimo de bem infungível (denominado de comodato).

É um comodato *sui generis*, porquanto é um empréstimo em seu estágio inicial, mas, ao final, opera a transmissão da propriedade dos terminais móveis, a partir do transcurso do lapso de permanência, ou ainda mediante o rompimento antecipado do ajuste, caso em que se estipula o pagamento de multa.

Assim, o consumidor, ao estabelecer os contratos em tela com a empresa de telefonia móvel recorrente, teve por desiderato auferir as vantagens anunciadas por esta, consistentes em planos com custos reduzidos e na aquisição de aparelhos celulares subsidiados.

Ao consumidor era conferida a possibilidade de adquirir tais terminais da

Superior Tribunal de Justiça

própria recorrente, sem vincular-se a qualquer prazo de carência, ou de outra operadora, ou mesmo de empresa especializada na venda de eletro-portáteis. Não é demasiado, no ponto, assinalar que a atividade principal desenvolvida pela insurgente refere-se à prestação de serviços de telefonia móvel, e, não propriamente, à venda de aparelhos celulares.

Portanto, a fixação de prazo de carência, em si mesmo, não caracteriza condicionamento da prestação de serviço de telefonia à aquisição de aparelhos celulares.

Nesse sentido, destaca-se precedente da Terceira Turma desta Corte Superior, que, em *obiter dictum*, reconhece a licitude do prazo de carência fixado nos contratos de prestação de serviço de telefonia móvel, conforme se verifica do seguinte excerto:

"[...] Há tempos não subsiste a vinculação obrigatória dos aparelhos aos serviços de determinada operadora. Atualmente, é possível adquirir celulares desbloqueados, compatíveis com os serviços de qualquer prestadora. Existem, naturalmente, diferenças de preço – os aparelhos bloqueados são mais baratos – mas se trata de condição que fica ao talante do consumidor e que se mostra absolutamente aceitável como prática comercial (a operadora admite reduzir suas margens de lucro, tendo, como contrapartida, maior garantia de fidelidade do cliente), tanto que chancelada pelos arts. 40 e 81 do Regulamento de Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução 477/07 da ANATEL. [...] Há de se considerar, por outro lado, que o prazo de carência fixado no contrato de prestação de serviços tem origem no fato de que a aquisição do aparelho celular é subsidiada pela recorrente, de modo que a fidelização do cliente visa a garantir à operadora um mínimo de retorno do investimento feito. Para aqueles que queiram ou possam pagar pelo primeiro aparelho (aquele que venha a ser roubado ou furtado), existe a possibilidade de contratar o serviço de telefonia móvel sem nenhuma carência, inclusive os chamados celulares “pré-pagos”, livres de fatura mensal. (REsp 1087783/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 10/12/2009

Para que não paire qualquer dúvida sobre a licitude, em si, do prazo de permanência mínima previsto nos contratos relacionados aos serviços de telefonia móvel, releva assinalar, ainda, que a Agência Nacional de Telecomunicações, responsável por regular o Setor, já autorizava tal estipulação, por meio da Norma Geral de Telecomunicações n. 23/96, mantendo-a, mais recentemente, por intermédio da Resolução n. 477/2007, esta, fazendo expressa menção, inclusive, à aquisição de aparelhos.

Pela pertinência, transcreve-se, no que interessa à controvérsia, os

referidos preceitos normativos:

"5.1.1.1. A Concessionária do Serviço Móvel Celular pode estabelecer prazo de carência de vinculação do Assinante a um Plano de Serviço Alternativo por ela oferecido.

5.1.1.1.1. O prazo de carência não poderá ser superior a 12 (doze) meses." (Norma Geral de Telecomunicações n. 23/96)

"Art. 40. 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.

§1º Os benefícios referidos no caput, os quais deverão ser objeto de instrumento próprio, firmado entre a prestadora e o Usuário, 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.

[...]

§9º O tempo máximo para o Prazo de Permanência é de 12 (doze) meses. (grifos desta Relatoria) - Resolução n. 477/2007

Relembre-se que, na hipótese dos autos, não há qualquer discussão ou mesmo informação de que o contrato de comodato celebrado pelas partes tem por objeto os chamados aparelhos celulares "*bloqueados*" (vinculados aos serviços de determinada empresa de telefonia), caso em que se poderia cogitar a indevida imposição de aquisição de um aparelho celular, para viabilizar a fruição do serviço de telefonia móvel efetivamente contratado.

Esta circunstância, em momento algum aventada pela parte autora, não compõe os contornos fáticos delineados pelo Tribunal de origem, não se revelando, portanto, passível de valoração jurídica por esta Corte. Faz-se o presente registro apenas para bem delimitar a controvérsia.

Portanto, não caracteriza a prática vedada pelo art. 39, inc. I, do CDC, a previsão de prazo de permanência mínima ("*fidelização*") em contrato de telefonia móvel, contanto que, em contrapartida, haja a concessão efetivos benefícios ao consumidor (custo reduzido para realização de chamadas, abono em ligações de longa distância, baixo custo de envio de "*short message service - SMS*", dentre outros), bem como a opção de aquisição de aparelhos celulares da própria concessionária, sem vinculação a qualquer prazo de carência, ou de outra operadora, ou mesmo de empresa especializada na venda de eletroportáteis.

2. Superado o fundamento jurídico do acórdão recorrido, cabe a esta Corte de Justiça julgar a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do art. 257

do RISTJ e da Súmula n. 456/STF.

Anota-se que a jurisprudência desta Corte reconhece a necessidade de este Superior Tribunal de Justiça, após suplantar o entendimento adotado pelo Tribunal de origem que julga procedente a demanda, em acolhimento a uma das causas de pedir exaradas na inicial, imiscuir-se nas causas de pedir remanescentes, ainda que as instâncias ordinárias sobre elas não tenham esposado qualquer juízo de valor. Referida técnica de julgamento tem por substrato permitir que esta Corte bem desempenhe seu "juízo de revisão", em observância à efetividade da jurisdição.

Nesse sentido:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. TÉCNICA DE JULGAMENTO.

1. Se o Tribunal local acolheu apenas uma das causas de pedir declinadas na inicial, declarando procedente o pedido formulado pelo autor, não é lícito ao Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial do réu, simplesmente declarar ofensa à Lei e afastar o fundamento em que se baseou o acórdão recorrido para julgar improcedente o pedido.

2. Nessa situação, deve o Superior Tribunal de Justiça aplicar o direito à espécie, apreciando as outras causas de pedir lançadas na inicial, ainda que sobre elas não tenha se manifestado a instância precedente, podendo negar provimento ao recurso especial e manter a procedência do pedido inicial. (ERESP 58.265/SP, CORTE ESPECIAL, Rel. p/ acórdão Min. BARROS MONTEIRO, DJe 07/08/2008).

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 257 DO RISTJ. CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. MITIGAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. HARMONIA ENTRE DECISÃO EMBARGADA E ACÓRDÃOS PARADIGMAS. NÃO CONHECIMENTO.

- Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal.

- Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º graus de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação.

- A aplicação do direito à espécie também atende os ditames do art. 5º, LXXVIII, da CF, acelerando a outorga da tutela jurisdicional.

- Não há como conhecer dos embargos de divergência quando a decisão embargada encontra-se em harmonia com o entendimento contido nos acórdãos alçados a paradigma." (EResp 41.614/SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 30.11.2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TESES SUSCITADAS NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. ACOLHIMENTO DE PARTE DOS FUNDAMENTOS. NECESSIDADE DE ANÁLISE DOS DEMAIS. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE.

I - Caso o e. Tribunal a quo julgue procedente o pedido acolhendo uma das causas de pedir elencadas na inicial, o e. Superior Tribunal de Justiça deve, antes de prover o recurso especial da parte contrária, enfrentar as demais teses suscitadas nas contrarrazões recursais, aplicando o direito à espécie. Precedentes. (Art. 257 do RISTJ e Súmula nº 456 do Pretório Excelso).

II - In casu, o autor apresentou perante o e. Tribunal a quo, além da prejudicial de prescrição, outros fundamentos para ver reconhecida a procedência do seu pedido, sendo acolhidas a ausência de amparo normativo e a inobservância dos princípios da legalidade, da tipicidade e da anterioridade para dar provimento ao recurso.

III - Interposto recurso especial pelo agravante, e tendo o agravado reproduzido em suas contrarrazões as alegações trazidas em sede de apelação, deve a c. Primeira Turma, no julgamento do recurso especial, prosseguir no exame dos demais fundamentos suscitados, aplicando o direito à espécie. Agravo regimental desprovido" (REsp 1.088.405/RS, CORTE ESPECIAL, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJ 17.12.2010)

Pois bem. Reconhecida a licitude do prazo de carência inserto em contratos relacionados à prestação de serviço de telefonia móvel, desde que tenha como razão de ser, a concessão, em contrapartida de um benefício ao consumidor, resta analisar, na espécie, se o prazo de vinte e quatro meses, tal como previsto no contrato de comodato entabulado entre as partes, revela-se ou não abusivo.

3. Dos fundamentos exarados na petição inicial, extrai-se a assertiva da parte autora que, decorrido pouco mais de doze meses da contratação (em fevereiro de 2006), insatisfeita com os serviços prestados, requereu a rescisão dos retrocitados contratos, sem êxito, porém, ante a negativa da concessionária de telefonia, sob o fundamento de que em relação ao ajuste de comodato, o período de carência não havia se esgotado.

Ressaltou, no ponto, que, quando da contratação, acreditou que o prazo seria o mesmo daquele previsto no contrato de prestação de serviços de telefonia (doze meses). Pugnou, por isso, pela rescisão do contrato de comodato, sem a incidência de multa, ante o cumprimento do prazo de carência constante do contrato de prestação de serviço de telefonia móvel.

Efetivamente, a circunstância de o prazo de carência (no caso do comodato) ser superior a doze meses, distanciando-se das determinações regulamentares da ANATEL acima reproduzidas, com a vinculação contratualmente o consumidor por período desarrazoado (o dobro do período em que os serviços de

telefonia móvel foram contratados), torna tal estipulação, inequivocamente, abusiva, pois atenta diretamente contra a liberdade de escolha do consumidor, direito básico deste.

Diante da massificação das relações sociais, sobretudo as contratuais, ao Estado coube o relevante papel de orientar as práticas do mercado de consumo, a fim de equilibrar o postulado da livre concorrência e os princípios de defesa do consumidor (art. 170, IV e V, da CF/88), materializando balizas mínimas de intervenção, mercê do dirigismo contratual, que promoveu a redefinição dos negócios jurídicos à luz da função social e da boa-fé objetiva.

Como conseqüência, a evolução dos sistemas de comunicação, a universalização do atendimento e a ampliação da cobertura, tornaram os serviços de telefonia extremamente dinâmicos, a ponto de não mais justificar a vinculação do usuário a longos lapsos contratuais, haja vista a coexistência de ofertas das mais variadas, ensejando a oscilação do interesse do consumidor por um ou outro plano telefônico que melhor se ajuste às suas necessidades econômicas.

Daí a relevância da questão temporal, porquanto o ajuste que outrora revelava-se adequado aos interesses do usuário dos serviços de telefonia, especialmente no que tange ao viés econômico, pode tornar-se inapropriado ou obsoleto frente ao pluralismo de condições variadas típicas deste seguimento, que tende sempre a evoluir.

Por isso, em que pese a viabilidade de estipulação de prazo de permanência mínima, o aludido lapso não pode ser extenso a ponto de mitigar a liberdade de escolha do consumidor, isto é, se deseja permanecer em determinado plano ou vinculado a uma operadora específica.

Em comentário ao artigo 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor, especificamente no que diz respeito à liberdade de escolha do consumidor, autorizada doutrina, em cotejo com o caráter temporal da avença, assim se manifesta:

"[...] A nova teoria contratual, impregnada por uma visão total da relação e conforme a boa-fé, **passa também a valorizar o tempo** como elemento relevante. **Na formação do vínculo, o tempo será considerado como aliado da racionalidade e reflexão na decisão dos consumidores.** O Código de Defesa do Consumidor reconhece a importância das novas técnicas de vendas, muitas delas agressivas, do *marketing* e do *contrato como forma de informação do consumidor, protegendo o seu direito de escolha e sua autonomia racional, através do reconhecimento de um direito mais forte de informação (arts. 30, 31, 33, 34, 46, 48 e 54 do CDC) e um direito de reflexão (art. 49 do CDC).* A necessidade de proteção da

liberdade do contratante mais fraco leva a impor novos riscos profissionais aos fornecedores, que não poderão ser transferidos aos consumidores por nenhuma manifestação válida da vontade, a redefinir o abuso." (Marques, Claudia Lima, Benjamin, Antônio Heman V., e Miragem, Bruno, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada, 2006. Ed. Revista dos Tribunais, p. 175/176)

Nesse ponto, é imperioso novamente destacar o teor das Resoluções n. 26/96 e 477/2007 da ANATEL, que regulam especificamente o aspecto da duração dos contratos de serviço de telefonia móvel, inclusive naqueles em que os usuários podem adquirir os terminais móveis, *verbis*:

"5.1.1.1. A Concessionária do Serviço Móvel Celular pode estabelecer prazo de carência de vinculação do Assinante a um Plano de Serviço Alternativo por ela oferecido.

5.1.1.1.1. O prazo de carência não poderá ser superior a 12 (doze) meses." (Norma Geral de Telecomunicações n. 23/96)

"Art. 40. 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.

§1º Os benefícios referidos no caput, os quais deverão ser objeto de instrumento próprio, firmado entre a prestadora e o Usuário, 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.

[...]

§9º O tempo máximo para o Prazo de Permanência é de 12 (doze) meses. (grifos desta Relatoria) - Resolução n. 477/2007

Portanto, no caso em exame, a estipulação de duração do contrato de comodato pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, para além de excessivo, está em manifesta contrariedade às aludidas normas, que fixam lapso inferior.

Ademais, também revelam-se alinhadas aos ditames da Lei n. 8.078/90 as teses deduzidas pela parte autora, que, quando da contratação, acreditava, verdadeiramente, que o prazo de permanência mínima de ambos os contratos era o mesmo, qual seja, de doze meses. Primeiro, porque o prazo de doze meses, como assinalado, é a regra em contratos dessa natureza, de acordo com o senso comum, e, principalmente, conforme preconizam as determinações regulamentares da ANATEL. Segundo, porque o consumidor médio, ainda que suficientemente informado, quando estipula tais avenças, acredita tratar-se de um único contrato.

Desse modo, ainda que se repute válida tal previsão, notória é a

informação deficiente dada ao consumidor, porquanto no sentir deste signatário, a previsão de duas espécies de prazo para relações jurídicas vinculadas a mesma prestação de serviços de telefonia celular, sem realce ou destaque, enseja interpretações dúbias por parte do consumidor, em virtude da aparência de que a vigência da contratação possui duração única, de ordem a revelar-se em absoluto descompasso com os ditames do Código de Defesa do Consumidor (arts. 6, III, e 54, §4º), que, conforme alhures consignado, exigem clareza semântica, consubstanciada em redação imune a dupla ou tripla interpretação.

Outrossim, a presente relação jurídica contratual - conforme acima prefalado - submete-se aos preceitos da Lei n. 8.078/90, a qual estabelece a possibilidade de sustação da eficácia de cláusulas restritivas de vantagens impostas **sem o devido esclarecimento de seus efeitos ao aderente**, conforme anota Carlos Roberto Gonçalves:

"É comum, nos contratos em que se caracteriza a superioridade intelectual, econômica ou profissional de uma parte, e principalmente nos contratos de adesão 'a necessidade de **invocar-se o princípio da boa-fé para a eventual suspensão da eficácia do primado da autonomia da vontade**, a fim de rejeitar-se cláusula abusiva ou **imposta sem o devido esclarecimento de seus efeitos, principalmente no tocante à isenção de responsabilidade do estipulante** ou à limitação de vantagens do aderente'" (*Direito Civil Brasileiro - contratos e atos unilaterais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. III, p. 43 - grifou-se)

A propósito da compreensão dos efeitos jurídicos das cláusulas contratuais, vale transcrever trecho do voto exarado por este signatário no julgamento do Recurso Especial n. 1.106.827/SP, publicado em 22/10/2012, *in verbis*:

Nessa atividade hermenêutica, portanto, deve o intérprete pautar-se nos critérios da boa-fé, regra mestra condutora da atividade que busca a exata compreensão das cláusulas contratuais, e, no caso desta Corte de Uniformização, os efeitos jurídicos daí decorrentes, inclusive investigando **se presente aquele efeito neutralizador do princípio da autonomia da vontade**, cuja repercussão pode redundar na **sustação da eficácia de cláusulas restritivas de vantagens ao aderente** ou de cláusula liberatória da responsabilidade do estipulante (REsp n. 1.106.827/SP, deste Ministro, j. em 16/10/2012, DJe de 22/10/2012; grifou-se).

Nessa linha de princípio, chega-se à conclusão de que o prazo de carência, inserto nos contratos afetos aos serviços de telefonia móvel, superior a doze meses, em contrariedade às determinações regulamentares da ANATEL, bem como aos direitos básicos do consumidor, notadamente no que diz respeito à

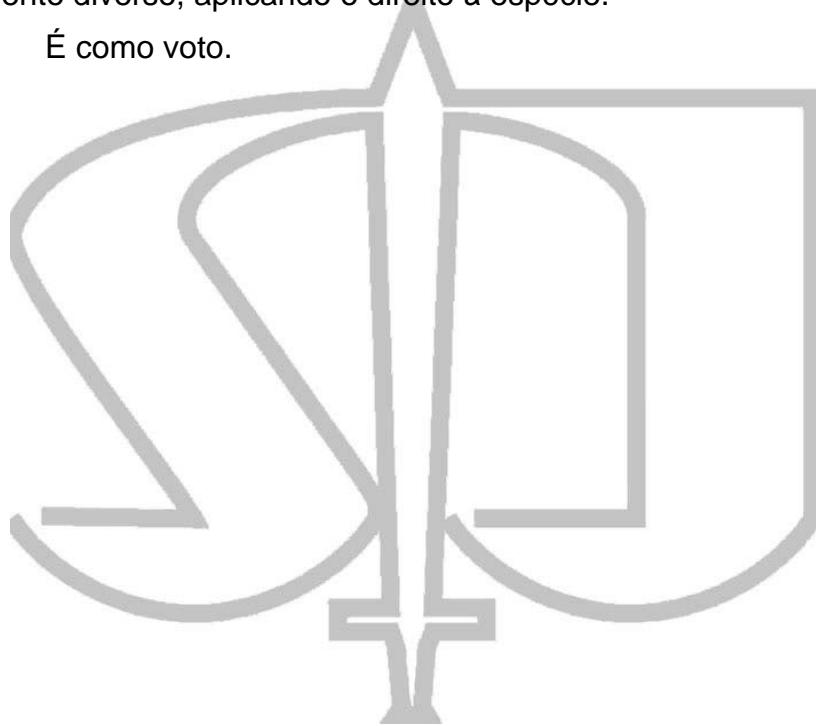
Superior Tribunal de Justiça

liberdade de escolha e à correta informação, importa em abusividade, revelando-se, por isso, nulo de pleno direito.

Na espécie, de acordo com a moldura fática delineada na origem, a recorrida, efetivamente, cumpriu, em ambos os contratos, o período de carência máximo admitido em avenças dessa natureza, qual seja, de doze meses, o que lhe confere, com esteio na fundamentação acima delineada, o direito de rescindir o contrato, sem a imposição de qualquer penalidade.

4. Do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, por fundamento diverso, aplicando o direito à espécie.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2008/0237143-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.097.582 / MS

Números Origem: 20070225342

20070225342000101

200801215350

2061024718

PAUTA: 19/03/2013

JULGADO: 19/03/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TIM CELULAR S/A

ADVOGADOS : MARILENA FREITAS SILVESTRE E OUTRO(S)

JEAN CARLOS SILVA MEDEIROS E OUTRO(S)

VÂNIA IFRAN SANDIM E OUTRO(S)

RECORRIDO : E M A TRANSPORTE LTDA - MICROEMPRESA

ADVOGADO : ORLANDO DUCCI NETO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Prestação de Serviços

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.