



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal da _____ Vara da
Seção Judiciária Federal de São Paulo**

O Ministério Público Federal, por seu Procurador que ao final assina, e com base no art. 129, II e III da Constituição Federal e no art. 1.º e seguintes da Lei n.º 7.437/85, vem ajuizar a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** em face da:

**ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, com sede na
SAUS Quadra 6 - Bloco H, Edifício Ministro Sérgio Motta,
Brasília -DF.**

Pelos seguintes fundamentos de fato e de direito.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

I - Introdução

Pela presente ação, pretende o Ministério Público Federal que a regulação dos serviços de televisão por assinatura e serviço móvel pessoal enquadre a disciplina das cláusulas de fidelização ou de prazo mínimo de contratação aos termos da tutela contratual do consumidor, garantindo a adequação e continuidade do serviço pelo tempo da fidelização, o funcionamento do equipamento pelo mesmo prazo e, ainda, a manutenção das condições iniciais de contratação, sem agravamento ou piora em desfavor do consumidor.

Pretende, também, o Ministério Público Federal a adequação da contratação com prazo mínimo de permanência ao instituto da onerosidade superveniente, conforme trazido pelo Código de Defesa do Consumidor.

II - Da pretensão

II.1 - O prazo mínimo de contratação ou fidelização

O modelo de exploração econômica dos serviços de televisão por assinatura e telefonia móvel tem se sustentado largamente em um modelo contratual que, em troca do aparelho a ser utilizado pelo usuário ou desconto em seu preço ou no planos de serviço, exige dele um prazo mínimo de permanência junto à operadora, sob pena de multa pela rescisão.

Assim, no dia da contratação, assume o consumidor a obrigação contratual de permanecer ligado à prestadora do serviço por um período de 12 meses.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

O entendimento do Ministério Público Federal na presente inicial é o de que esse prazo mínimo deva ser compatibilizado com o Código de Defesa do Consumidor, nos termos abaixo detalhados.

Para permitir uma introdução da pretensão, pode-se dizer, primeiro, que ao assumir um prazo mínimo de contratação, o consumidor tem condição de pressupor apenas sua condição financeira com base em seu cenário pessoal, no momento da assinatura do contrato. Ademais, a fidelização deve manter as partes em equilíbrio e impedir que o fornecedor possa proceder de modo unilateral (art. 51, XIII, CDC). Também, deve haver subordinação à teoria da qualidade do produto e do serviço, expressamente adotada pelo CDC, arts. 18 e ss.

II.2 O prazo mínimo de contratação na Resolução 477 da ANATEL

A Resolução 477 da ANATEL - Regulamento do Serviço Móvel Pessoal - trata do prazo mínimo de contratação em sua Seção III, nos seguintes termos:

Seção III

Dos Prazos de Permanência

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,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

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.

§2º Os referidos benefícios poderão ser oferecidos de forma conjunta ou separadamente, a critério dos contratantes.

§3º O benefício pecuniário deve ser oferecido também para Usuário que não adquire Estação Móvel da prestadora.

§4º O instrumento a que se refere o §1º não se confunde com o Termo de Adesão a Plano de Serviço aderido pelo Usuário, sendo de caráter comercial e será regido pelas regras previstas no Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/1990, devendo conter claramente os prazos dos benefícios, bem como os valores, com a respectiva forma de correção.

§5º Caso o Usuário não se interesse por nenhum dos benefícios acima especificados oferecidos, poderá optar pela adesão a qualquer Plano de Serviço, tendo como vantagem o fato de não ser a ele imputada a necessidade de permanência mínima.

§6º Caso o Usuário não se interesse especificamente pelo benefício concedido para a aquisição de Estação Móvel, poderá adquiri-la pelo preço de mercado.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

§7º O Usuário pode se desvincular a qualquer momento do benefício oferecido pela prestadora.

§8º 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.

§9º O tempo máximo para o Prazo de Permanência é de 12 (doze) meses.

§10 A informação sobre a permanência a que o Usuário estará submetido, caso opte pelo benefício concedido pela prestadora, deverá estar explícita, de maneira clara e inequívoca, no instrumento próprio firmado entre a prestadora e o Usuário.

§11 O instrumento contratual assinado deverá conter o número do Plano de Serviço aderido pelo Usuário, conforme homologado pela Anatel.

II.3 O prazo mínimo de contratação na Resolução nº 488, da ANATEL, alterada pela Resolução nº 528/2009



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

A Resolução n° 488, da Anatel, alterada pela Resolução 528/2009, aprova o regulamento de Proteção e Defesa dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura e estabelece:

Art. 27. Ao Assinante deve sempre haver a opção de contratar os serviços da Prestadora sem cláusulas de fidelização.

§1° O prazo máximo de fidelização, quando houver, deve ser igual ou inferior a 12 (doze) meses.

§2° As regras de fidelização e os valores dos benefícios dela decorrentes deverão constar expressamente do contrato de prestação de serviços.

II.4 A fidelização e a teoria da qualidade do serviço

O Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e determinante da intervenção do Estado na ordem econômica para proteção precisamente do consumidor, define uma teoria da qualidade do serviço, pela qual os oferecidos no mercado de consumo devem ser adequados aos fins aos quais se destinam (art. 18).

Faz assim, obrigatoriamente, parte da economia de qualquer contrato de prestação de serviço que este esteja apto a atender os propósitos ordinários para os quais presta.

Tem-se desse modo o dever de adequação do serviço como dever de ordem pública a determinar a responsabilidade do fornecedor. Nesse sentido, o ensinamento da doutrina:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

A responsabilidade por vício do produto e do serviço como aquela atribuída ao fornecedor por anormalidades que, sem causarem riscos à saúde, à segurança do consumidor, afetam a funcionalidade do produto ou do serviço nos aspectos qualidade e quantidade, tornando-os impróprios ou inadequados ao consumo ou lhes diminuindo o valor, bem como aquelas decorrentes da divergência do conteúdo com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária". (João Batista de Almeida, Manual de Direito do Consumidor, p. 68).

"A responsabilidade do fornecedor por vícios do produto ou do serviço abrange o efeito decorrente da violação aos deveres de qualidade, quantidade, ou informação, impedindo com isso, que o produto ou serviço atenda aos fins que legitimamente dele se esperam (dever de adequação). Veja-se que, fiel a finalidade específica da responsabilidade por vícios no CDC, que é a garantia de qualidade do produto ou serviço, três são os deveres colocados em relevo: a qualidade do produto ou serviço, a quantidade e a informação transmitida pelo fornecedor". (Bruno Miragem, Direito do Consumidor, p. 309)

A proteção legal da qualidade do serviço não pode estar ausente necessariamente do campo contratual, espaço em que os fornecedores indicam aos consumidores os termos de suas próprias obrigações.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

Com essa ideia, não pode prevalecer qualquer obrigação de permanecer fiel a um fornecedor que não atenda às legítimas expectativas do consumidor na prestação do serviço.

Entretanto, como esclarece, por exemplo, o Procon às fls. 23, no universo da telefonia móvel, boa parte das reclamações diz respeito a "pedido de cancelamento do serviço motivado por vício/não cumprimento à oferta, não atendido, ou atendido com a condição (injustificável) de pagamento de multa, com base no cumprimento de prazo mínimo de permanência".

A jurisprudência tem, por sua vez, reconhecido o direito do consumidor romper a relação, sem ônus com a empresa prestadora em razão de falha na prestação, vício no serviço ou sua inadequação .

Nesse sentido:

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE INTERNET BANDA LARGA. FIDELIZAÇÃO. CONDICIONAMENTO DA RESCISÃO CONTRATUAL A PAGAMENTO DE MULTA. DEFICIÊNCIA ABSOLUTA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NEGATIVAÇÃO CADASTRAL. DANO MORAL CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Demonstração inequívoca da efetiva lesão não-patrimonial advinda da execução defeituosa do serviço contratado, pelo que devida a indenização por danos morais. O fato de haver cláusula abusiva de fidelidade reforça ainda mais a conduta faltosa da Concessionária. Adequado valor indenizatório fixado, porquanto considerada a



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

gravidade do fato. Negativa de seguimento ao recurso na forma do art. 557 do CPC. (TJ/RJ, AC 0347844-84.2008.8.19.0001 (2009.001.68454), Rel. Des. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA, NONA CAMARA CIVEL , j. 26/11/2009).

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERNET BANDA LARGA - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DEFICIÊNCIA NA TRANSMISSÃO DE DADOS - DIREITO DO CONSUMIDOR A RESCISÃO CONTRATUAL, A INEXIGIBILIDADE DAS COBRANÇAS, INCLUSIVE DA MULTA DE FIDELIZAÇÃO DANO MORAL - DESCABIMENTO. I- Não há como se compelir o consumidor a permanecer vinculado à empresa fornecedora de serviços se o serviço não está sendo prestado da forma e nas condições em que foram ofertados. II- Inegável direito à rescisão contratual e à inexigibilidade das cobranças, inclusive, da multa de fidelização. III- Reparação moral já concedida em demanda anterior, onde foi reconhecida a falha na prestação do serviço da empresa ré, no que tange a disponibilidade deficiente da capacidade de transmissão de dados, a trazer o seu não acolhimento nesta ação. IV- Recurso que se dá parcial provimento, na forma do Art. 557, §1º-A, do C.P.C., apenas para declarar a rescisão do contrato objeto dos autos, e a inexigibilidade das cobranças apontadas na inicial. (TJ/RJ, AC 0009289-70.2009.8.19.0087 (2009.001.63508), Rel.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

DES. RICARDO COUTO, SETIMA CAMARA CIVEL, j. 05/11/2009).

DIREITO DO CONSUMIDOR - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERNET MÓVEL - DESCUMPRIMENTO AUSÊNCIA DE TRANSMISSÃO DE DADOS - DIREITO À RESCISÃO CONTRATUAL, À INEXIGIBILIDADE DAS COBRANÇAS, À MULTA DE FIDELIZAÇÃO E À REPARAÇÃO MORAL. I- Evidenciado nos autos que a empresa fornecedora do serviço de internet móvel deixou de prestar o serviço a que se obrigou, agindo com descaso, mesmo diante das diversas solicitações e reclamações efetuadas com relação a estas deficiências. II- Inegável direito do consumidor à rescisão contratual e à inexigibilidade das cobranças, inclusive, da multa de fidelização, que tem sua incidência apenas se o serviço é prestado adequadamente, sob pena de servir como cláusula de isenção de cumprimento do dever advindo do negócio celebrado, estimulando o inadimplemento e o enriquecimento sem causa. III- Dano moral caracterizado, diante da falha na prestação do serviço da empresa ré, no que tange a indisponibilidade da transmissão de dados, e que, na situação, foi corretamente fixado, com observância dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, não merecendo modificação. IV Recurso a que se dá parcial provimento, nos termos do art. 557, §1º-A, do C.P.C., tão-somente para determinar que a restituição dos valores indevidamente pagos seja feita de forma simples.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

(TJ/RJ, AC 0002859-43.2009.8.19.0042, Rel. DES. RICARDO COUTO, SETIMA CAMARA CIVEL, j. 01/02/2010).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TELEFONIA MÓVEL. INTERNET BANDA LARGA. DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DA MULTA EM FACE DA CLÁUSULA DE FIDELIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO DEVIDA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ART. 14 DO CDC. Não sendo prestado o serviço de acordo com o contratado, possível se mostra a resolução do contrato havido entre as partes. Resolução do contrato com o retorno das partes ao estágio inicial da contratação, ou seja, devolução do preço e equipamentos para utilização do serviço. Cabível, ainda, a repetição do indébito, devendo ser devolvidos ao cliente todos os valores cobrados pelo plano de telefonia e Internet banda larga escolhido. Descabimento da aplicação da multa pela rescisão do contrato durante o período de vigência da cláusula de fidelidade, haja vista que a rescisão tem como fundamento a falha na prestação do serviço. Aplicação, pois, da legislação de defesa ao consumidor quando discutida a falha da prestação do serviço entre consumidor final e prestadora de serviços. Exegese do artigo 14 do CDC. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. CABIMENTO. Para a fixação do valor da indenização por dano moral, além das peculiaridades de cada caso em concreto, deve, o



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

Julgador, ater-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como observar a natureza jurídica da indenização. Observadas as circunstâncias que envolvem a causa, e ainda que se trate, a ré, de empresa de porte com atuação nacional no ramo de telefonia móvel, impõe a redução do valor da indenização, já que fixado em valor por demais excessivo, mormente em se considerados os parâmetros desta Câmara. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TJ/RS, AC Nº 70032188500, Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/02/2010).

Tem-se assim que a teoria da qualidade determina que a continuidade do consumidor deve estar associada a continuidade na adequação do serviço. Não fosse assim, teríamos a permissão jurídica para o oportunismo do fornecedor: realizada a venda, fidelizado o consumidor, embaraçada a sua livre saída, deve ser evitado o incentivo para condutas que se aproveitem da pactuada permanência do consumidor.

De qualquer modo, a qualidade do serviço, como norma jurídica, determina padrões legais de observância obrigatória, cujo descumprimento importa na inexecução do contrato, na mora do fornecedor e em sua responsabilidade.

De ser observado também que o critério da expectativa do consumidor como padrão legal de qualidade do serviço serve para definir, do mesmo modo, a impossibilidade da alteração unilateral dos termos contratuais - quando se estabelece a expectativa do consumidor - pelo que a frustra e retira a validade da cláusula de



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

fidelização a alteração, depois de assinado o contrato, dos termos iniciais de prestação (aí incluída a alteração dos planos e condições oferecidas, do preço e encargos).

II.5 A teoria da qualidade e a teoria do contrato

A cláusula de fidelização ou de tempo mínimo de contratação é dispositivo contratual que não deve se isolar do conjunto do contrato, das normas impositivas aos contratantes, da economia do contrato e da teoria da justiça contratual.

O direito do consumidor é o exemplo central de como o direito contratual passa a conviver e determinar a intervenção do estado nas operações privadas e de como ele abandona o pressuposto de neutralidade quanto ao conteúdo para se ancorar em princípios de equilíbrio contratual, boa fé e ao conceito de função social. Como ensina Roppo, *"o contrato tornou-se um objecto e um instrumento essencial das políticas de market regulation, que visam oporem-se às prática anticoncorrenciais, às assimetrias informativas e a outras "falhas do mercado."*, (Enzo Roppo, O contrato, p. 4)

Preocupa-se o direito especialmente com o fenômeno do poder nas relações entre as partes. Como diz Wieacker, *"a liberdade contratual é sempre também poder econômico e político"* (Franz Wieacker, História do Direito Privado Moderno, p. 523.)

Esse elemento de poder, estrutural no campo do direito do consumidor, determina a atenção do estado ao fenômeno contratual como instrumento das relações de consumo. Às preocupações do CDC na garantia da justiça contratual, soma-se a de impedir que a via



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

contratual se faça uma porta de fuga das normas de ordem pública trazidas pela legislação consumerista.

Daí a grande razão para o artigo 1º da Lei 8078/90 já indicar de imediato aquela natureza de ordem pública, insubstituível pela formalização de uma vontade das partes. De ordem pública resta assim o próprio princípio de qualidade dos produtos e serviços postos ao consumidor.

Não poderia ser de outro modo, na própria medida em que novas formas de organização privada das relações econômicas e novas instituições da sociedade de consumo produzem uma nova ordem contratual que deve receber renovada atenção do direito (*"a nova ordem contratual, traduzida na reafirmação do contrato de adesão, nas cláusulas gerais de contratação, nos contratos relacionais, nas redes contratuais, no compromisso arbitral e no surgimento dos contratos eletrônicos, ganha por parte da doutrina civilista uma investigação científica mais pormenorizada"* (...)) *"nesse aspecto, é forçoso concluir que o contrato é redimensionado como técnica de transformação social (e não apenas consenso)..."* - Fernando Rodrigues Martins, p. 11 e p. 20)

A cláusula de tempo mínimo de contratação deve ser, nesse quadro, posta em conformidade com o modelo contratual de proteção do consumidor, com o equilíbrio contratual entre as partes e com a justiça do conteúdo dos contratos. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DO CONSUMIDOR - SERVIÇO DE
TELEFONIA MÓVEL - CANCELAMENTO DE CONTRATO - PRAZO
DE CARÊNCIA - MULTA CONTRATUAL - COBRANÇA INDEVIDA
E NEGATIVAÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS CADASTROS



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

RESTRITIVOS DE CRÉDITO (fl. 24) - DEMORA NA ENTREGA DO APARELHO ADQUIRIDO JUNTO COM O PLANO - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DANO MORAL CONFIGURADO - SENTENÇA JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, PARA DECLARAR INEXISTENTE A DÍVIDA REFERENTE À MULTA CONTRATUAL POR RESCISÃO DE CONTRATO E CONDENOU A RÉ (TNL PCS S.A.) A INDENIZAR O AUTOR POR DANOS MORAIS NO VALOR DE R\$ 3.000,00 (três mil reais) - INCONFORMISMO DE AMBAS AS PARTES.

1 - O autor, ora apelante 2, contratou com a ré, ora apelante 1, a prestação de serviços de telefonia em operação casada com a compra de aparelho de telefonia móvel, e teve sua legítima expectativa frustrada pela demora na entrega do aparelho de telefone, que o impediu de utilizar, adequadamente, o serviço. 2 - Portanto, a multa por violação de cláusula de fidelização, conhecida também como período de carência, não é devida, uma vez que a prestadora do serviço concorreu de forma decisiva para que o consumidor desistisse do contrato.

3 - Não obstante os argumentos do recorrente não merece modificação o quantum fixado na sentença, que está em conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

4 - Recursos Conhecidos. Negado Provimento a ambos. (TJ/RJ, AC N° 02877/2008, Rel. DES. GILBERTO RÉGO, SEXTA CÂMARA CÍVEL).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

Aqui, como ensina Fernando Rodrigues Martins, "é possível conceber o princípio da justiça contratual, em seu âmbito funcional, perspectivando sete postulados ou critérios que são comuns e informadores do modo de solução de situações injustas nas relações jurídicas contratuais, a saber: (i) a reciprocidade; (ii) a comutatividade; (iii) a equivalência material; (iv) a proporcionalidade; (v) a proibição do enriquecimento sem causa; (vi) a função social do contrato e (vii) a distribuição de riscos e ônus", (ob. cit., p. 272.)

Assim, quer pela reciprocidade, como pela comutatividade, equivalência, proporcionalidade, função social do contrato, quando não pela correta distribuição de riscos e ônus, a qualidade do serviço é condição inerente à continuidade do consumidor pelo prazo mínimo de contratação. É o entendimento dos tribunais:

Apelações cíveis. Ação de rescisão contratual e cancelamento de débito. Serviço de telefonia móvel. Sentença de procedência parcial que reconheceu a ilegalidade da multa imposta pela rescisão, porém negou o dano moral. Falha na prestação de serviços. Verossimilhança das alegações do consumidor. Encerramento amigável do primeiro contrato em julho de 2005 com o respectivo pagamento das parcelas devidas. Elaboração de um segundo contrato, sobre o qual também a autora manifestou interesse na rescisão em dezembro de 2005, igualmente por falha da prestação de serviço. Cobrança indevida de multa rescisória por violação à cláusula de fidelização, a qual não prevalece se o fornecedor deu causa à rescisão. Dano moral não configurado porque a



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

contratante é a própria pessoa jurídica que não teve sua honra objetiva abalada. Sentença que merece reforma somente no tocante à fixação do termo final da rescisão do primeiro contrato pactuado. Recurso autoral parcialmente provido. Desprovimento do recurso da parte ré. (TJ/RJ, AC N° 2009.001.33046, Rel. Des. MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA, QUARTA CÂMARA CÍVEL, j. 09/10/2009).

O conceito de justo impõe a necessidade de se conformar o serviço prestado. Sobre a doutrina do contrato justo como o que traz o equilíbrio de direitos e obrigações, diz Roberto Senise Lisboa :

"com o pleno cumprimento dos deveres principais e secundários decorrentes da avença, estabelece-se o que denomina a doutrina de contrato justo, ou seja, promove-se a redução da coação imposta pelo absolutismo econômico e pressupõe-se a inexistência de desequilíbrio de direitos e obrigações" (Contratos Difusos e Coletivos, p. 171)

Em conclusão, pois, a proteção contratual do consumidor é também a proteção quanto à qualidade do serviço contratado e sua conformação à teoria da qualidade como trazida pelo próprio CDC. Ademais de direito do consumidor, a qualidade deve fazer corresponder as necessárias repercussões contratuais.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

II.6 A proteção contratual do consumidor

A proteção contratual do consumidor é a proteção da parte mais fraca em relações não paritárias, ou seja, a proteção da parte vulnerável. A doutrina e jurisprudência reconhecem essa vulnerabilidade como fática, técnica, jurídica e informacional. Ou seja ela é estrutural, resultante da posição do consumidor em face ao fornecedor, mas não decorre simplesmente da maior capacidade financeira ou econômica do fornecedor (o que, inclusive, nem sempre ocorre). Vem da situação do consumidor em face ao processo de produção e consumo, sua condição não profissional e da sua limitação de tempo e informação. O fornecedor é a parte com o domínio do processo referido de produção e comercialização. Para tanto se organiza profissionalmente e se racionaliza. Conhece o produto que fornece e controla os métodos de venda. A ida do consumidor ao mercado de consumo se dá sem processo organizado, informado e, de modo geral, com menos recursos. Caso haja alguma divergência, o consumidor é uma parte processual eventual e o fornecedor também é profissional como parte. Sua organização e estrutura incluem os meios necessários para a defesa de seus interesses junto ao poder judiciário. Essa divergência entre a relação episódica, generalista e sem aprofundamento com o bem ou prática comercial torna o consumidor estruturalmente vulnerável em face de uma parte profissional, especialista e informada.

Com esse conteúdo, *"as legislações protetivas do consumidor são marcadas pelo mesmo escopo, qual seja reequilibrar a relação de consumo, por uma de duas formas, ou reforçando a posição do consumidor, ou proibindo e limitando certas práticas mercantis"*, (Cláudio Belmonte, *Proteção Contratual do Consumidor*, p. 87).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

Especialmente por ser o contrato o instrumento normal de interação entre consumidor e fornecedor. A legislação não poderia deixar de ter na proteção contratual da parte vulnerável um de seus pilares. Notadamente nos casos em que a massificação das relações de consumo determina a massificação e padronização dos contratos, pelo uso das cláusulas gerais de contratação:

"Não há como negar que as cláusulas contratuais gerais podem ser consideradas instrumentos do poder empresarial. Aliás, segundo alguns, a característica marcante das cláusulas contratuais gerais seria a desigualdade entre as partes", (Diogo L. Machado de Melo, Cláusulas contratuais gerais, p. 17).

A proteção contratual do consumidor não é estática quando o fenômeno contratual é dinâmico - caso típico dos contratos relacionais, como o em que se dá a fidelização. Com isso, não aceita essa proteção legal que o fornecedor altere posteriormente os termos em que se dá o consentimento, alterando o serviço, suas circunstâncias ou seu preço. A cláusula de fidelização deixa de ser eficaz quando passa a se tornar cláusula de submissão e permite o fornecedor prender o consumidor e liberar e alterar sua conduta no âmbito da execução do contrato.

II.7 A fidelização em cláusulas contratuais gerais

Podem ser definidas as cláusulas contratuais gerais nos seguintes termos:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

"são estipulações redigidas, prévia e unilateralmente, pelo proponente, para utilização reiterada em uma série indeterminada de futuros contratos singulares, cujos destinatários limitar-se-ão a aceitá-las em bloco, sem nenhuma possibilidade de alterar o seu conteúdo", (Machado de Melo, ob. cit. p. 50)

Pode ser posta aí, ademais, a seguinte problemática:

"os problemas que os contratos de adesão levantam são, fundamentalmente, de três ordens: no plano de formação do contrato, aumentam consideravelmente o risco de o aderente desconhecer cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de cláusulas abusivas; no plano processual, mostram a inadequação e insuficiência do normal controle judiciário, que atua a posteriori, depende da iniciativa processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso concreto", (António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, p. 654).

Tem-se assim que, introduzidas no conteúdo dos contratos as cláusulas de fidelização por meio de cláusulas contratuais gerais, a proteção do consumidor aderente deve ser garantida pela plena compreensão dessas cláusulas, pelo equilíbrio de seu conteúdo e pela garantia da boa execução do contrato, na bilateralidade de



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

seus termos e na vedação da alteração unilateral dos termos da relação.

II.8. Teoria da qualidade nos contratos sinalagmáticos e de duração continuada

Os contratos de prestação de serviços de telefonia móvel e de televisão por assinatura são contratos bilaterais, ou sinalagmáticos, e de duração continuada.

Nos contratos sinalagmáticos, a bilateralidade das prestações determina o direito de resolver o contrato quando frustrada a prestação a que a parte tinha direito.

Nos contratos de duração continuada, a regra é que a resolução do contrato possa se dar a qualquer tempo pelo consumidor. A cláusula de fidelização é precisamente exceção a essa regra e que existe apenas quando, paralelamente, atende o fornecedor às suas obrigações.

Na economia desses contratos, presente o tempo mínimo de contratação, é esse eficaz apenas se presente a normalidade na prestação do serviço (sinalagma).

Sentido contrário seria permitir que o fornecedor se valesse da vulnerabilidade do consumidor para modular o sinalagma das prestações em seu interesse. Em verdade, para quebrar o equilíbrio entre as prestações de ambas as partes.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

Deve ser assim entendido que a manutenção do consumidor pelo prazo mínimo de contratação se vincula ao cumprimento da obrigação de prestação adequadamente pelo fornecedor e pela manutenção dos termos do contrato original, ou seja, sua não alteração ou não surpresa.

Cabe aqui a desconsideração da fidelização, como ineficaz, e a regra da cláusula resolutiva própria dos contratos bilaterais de trato continuado.

Essa interpretação decorre, necessariamente, ademais, na sequência aduzida nessa inicial, da ordem pública própria das normas protetivas do consumidor, da teoria da qualidade do serviço, das normas de justiça contratual, equilíbrio dos contratos, conforme a proteção do consumidor em face, especialmente, das cláusulas gerais de contratação.

II.9. Fidelização e contratos relacionais

Característica do contrato em que se insere cláusula de fidelização é a distinção entre dois momentos, um, de assinatura do pacto, outro, de sua execução. Há aqui o consentimento presente para um consentimento futuro. Nesses termos, a ideia de consentimento e de justiça contratual determinam que as condições de contratação sejam definidas e conhecidas pelo consumidor por ocasião da assinatura do contrato.

A fidelização é apenas quando ao assinado e no tempo do assinado, não podendo haver vínculo do consumidor quanto a alterações que não dizem respeito ao estado do contrato e da economia contratual ao tempo do encontro de vontades.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

Assim,

"posteriores desequilíbrios dos direitos e obrigações, bem como da equação financeira entre as partes, devem ser coibidos", (Senise, ob. cit., p. 172).

II.10 - Fidelização e a economia do contrato

O Código de Defesa do Consumidor é norma especialmente concernente ao conteúdo do contrato e à justiça contratual. Afasta-se da doutrina tradicional do contrato ou clássica, vista como simples modelo do consenso. Enquanto o contrato do liberalismo e do século XIX confirma ampla liberdade contratual - com o afastamento estatal do controle do conteúdo dos contratos, centralizando-se a regulação na formação do acordo, com base em um modelo de igualdade formal entre as partes - o contrato no direito atual é visto em sua perspectiva econômico-social e no quadro da estrutura de poder entre as partes. Vincula-se, assim, no interesse do consumidor, à garantia da utilidade da prestação que lhe é devida, ao equilíbrio e justiça entre as obrigações e à proteção do consentimento e da bilateralidade dos termos contratuais. Pode-se ver aí a proteção da economia do contrato, como arquitetura definidora das obrigações principais e dos deveres laterais (como boa fé e função social).

Assim,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

*"A economia de um contrato resulta não apenas das estipulações pelas quais as partes definem as prestações que por elas é devida, como também das cláusulas por meio das quais se organizam sua relação ao fixar seus direitos e obrigações acessórias. É evidente, por exemplo, que, quando uma parte limita de maneira drástica sua responsabilidade para o caso de execução defeituosa de sua prestação, que ela afeta o equilíbrio contratual. Assim caso uma das partes possa, quando sua situação lhe permita de forçar a redação de um contrato, aproveitar para inserir cláusulas que lhe sejam sistematicamente favoráveis."*¹

Cumpra assim à fidelização que respeite a economia do contrato e não que sirva de modo posto ao fornecedor para: a) exonerar ou atenuar sua responsabilidade por vícios (CDC, art. 51, I); b) impor a renúncia a direitos (art. 51, I); c) estabelecer obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (IV); d) permitir a alteração unilateral dos termos do contrato, inclusive quanto ao seu preço, o conteúdo ou a qualidade do contrato, (X e XIII); e) se colocar em desacordo com o sistema de proteção do consumidor,

¹"L'économie d'un contrat résulte non seulement des stipulations par lesquelles les parties définissent les prestations qu'elles se doivent, mais aussi des clauses au moyen desquelles elles organisent leurs rapports en fixant leurs droits et leurs obligations accessoires. Il est, par exemple, évident que, lorsqu'une partie limite de manière drastique la responsabilité qu'elle est susceptible d'encourir en cas d'exécution défectueuse de sa prestation, cela affecte l'équilibre contractuel. Or l'une des parties peut, lorsque sa situation lui permet de peser sur la rédaction du contrat, en profiter pour y insérer des clauses, qui lui sont systématiquement favorables.", François Terré, Droit Civil, Les obligations, p. 327



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

se permitindo a prestação de um serviço fora da qualidade que dele se espera (art. 20 c/c art. 51, XV).

Ademais, fazendo o aparelho fornecido eventualmente ao consumidor fidelizado parte da economia do contrato, a utilidade da fidelização deve ser compreendida como vinculada à utilidade desse aparelho, não podendo se manter preso o consumidor quando lhe resta frustrada a utilidade da cláusula por defeito ou vício no aparelho ou por sua perda ou extravio sem culpa do fornecedor. É o entendimento dos tribunais:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR. RESCISÃO DO CONTRATO POR CULPA DA OPERADORA DE TELEFONIA. DEFEITO NO APARELHO POR ELA FORNECIDO. COBRANÇA DE MULTA RESCISÓRIA E NEGATIVAÇÃO INDEVIDA NO SERASA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. RECURSO DA OPERADORA. APARELHO FORNECIDO PELA OPERADORA, EM RAZÃO DO CONTRATO E DO PLANO DE FIDELIZAÇÃO. DENÚNCIA DO CONTRATO EM RAZÃO DE DEFEITO NO CELULAR. INEXIGIBILIDADE DA MULTA RESCISÓRIA. ANOTAÇÃO DESABONADORA INDEVIDAMENTE LANÇADA. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO FIXADA EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. ATR. 402, DO CÓDIGO CIVIL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ/RJ, AC N° 2009.001.48281, Rel. DES. NORMA SUELY FONSECA QUINTES, j. 18/08/2009).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

RESCISAO CONTRATUAL CUMULADA COM DANOS MORAIS -
Comprovação dos defeitos existentes em aparelhos de
celulares- Direito a rescisão contratual -
Aplicação do CDC à empresa consumidora final que
usa os aparelhos para viabilizar sua atividade
empresarial - Dano moral não caracterizado - .
Sentença parcialmente reformada para excluir a
indenização por danos morais - Recurso parcialmente
provido. (TJ/SP, AC N° 7.138.957-4, Rel. Des.
Claudia Ravacci, j. 26/10/2007).

**II.11. Fidelização e onerosidade superveniente (onerosidade no
CDC)**

O Código de Defesa do Consumidor traz norma própria e, assim,
um regime próprio de revisão do contrato por onerosidade
superveniente. Trata-se aqui do inciso V do art. 6°.

O referido inciso V considera o equilíbrio dos contratos
tanto por ocasião de sua formação, quanto, futuramente, em
decorrência de fatos supervenientes. Fundamenta assim, com o
princípio de boa fé, a justiça contratual nas relações de consumo.
Vincula o equilíbrio dos contratos ao princípio da
proporcionalidade e equivalência e autoriza maior intervenção do
juiz no controle dos contratos de consumo. Destaca, em seu
propósito, que a vulnerabilidade do consumidor nos contratos
existe na proporção da disparidade de poder das partes, dada pela
elaboração unilateral das cláusulas contratuais pelo fornecedor,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

pela assimetria informacional, pela condição profissional de uma das partes e pela desproporção de forças das partes em relação aos encargos presentes e eventuais.

Como dito, o inciso reconhece a possibilidade de um desequilíbrio original e de um superveniente. Em ambos os casos autoriza a modificação judicial dos contratos. O papel do juiz é aqui ativo, não se limitando ao reconhecimento de nulidade ou inexigibilidade, mas, efetivamente, a alteração judicial do conteúdo dos contratos - o inciso fala em modificação.

Quanto ao desequilíbrio superveniente, adota o CDC instituto mais flexível que a teoria da imprevisão. Não exige o Código a imprevisibilidade do evento, apenas sua onerosidade. Limita o inciso, pois, o esforço a ser exigido da parte não profissional em razão da alteração das condições iniciais de contratação. Para a norma, dessa forma, a definição da melhor parte para suportar os riscos é dada pelo binômio profissionalidade do fornecedor/vulnerabilidade do consumidor.

Por outro lado, não se trata apenas de impossibilidade, mas, propriamente, de dificuldade ou onerosidade maior que a legitimamente esperada.

Considerada essa norma do direito positivo, no caso presente, tem-se que a cláusula de fidelização engessa o consumidor futuramente por avaliação feita ao tempo da contratação. Observa-se nesse ponto que a ocorrência, após a assinatura do contrato, de evento que determine a perda da renda pelo consumidor, notadamente em caso de demissão ou perda do trabalho, comprometida resta a base objetiva do contrato, com a concorrência do conjunto das



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

despesas domésticas sem a contrapartida da renda, tornando onerosa a manutenção do consumidor em um plano de contratação com prazo mínimo.

Vê-se, assim, que a consideração da onerosidade é relevante pela necessidade do prazo mínimo de contratação se flexibilizar para permitir sua conformação ao art. 6º, V, do CDC, que prevê a revisão dos contratos em razão de fatos supervenientes que importem na excessiva onerosidade das prestações.

Por se perceber desse modo, ademais, que a estrutura profissional do fornecedor está mais apta a trabalhar com fatos inesperados do que a estrutura de economia doméstica do consumidor. Considerada a economia doméstica como base objetiva do contrato para o consumidor, por outro lado, mostra-se irrazoável exigir que reste ele vinculado a uma despesa mensal ou multa que comprometa sua capacidade de reorganização em razão de evento, como o desemprego, que determine dificuldade no atendimento às despesas do período.

Resta irrazoável, também, exigir que não esteja o consumidor protegido por cláusula contratual que expressamente já defina esse direito, fazendo custoso para o consumidor o exercício do seu direito e, propriamente até, improdutivo, pelos custos de acesso ao Judiciário.

Mostra-se assim excessivamente oneroso nos termos da disciplina trazida pelo CDC não considerar ineficaz a cláusula de fidelização quando perca o consumidor a renda que justificou a contratação.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

Veja-se que nada impediria ao fornecedor organizar um sistema de fidelização que premiasse o tempo passado e não que determinasse a continuidade por tempo futuro, baseando-se, por exemplo, no modelo de pontuação adotado pelas companhias aéreas. Ao trabalhar com o futuro, o profissional deve isentar o consumidor de assumir o risco que comprometa sua renda. Não fosse assim, exigir de um desempregado o gasto mensal com o celular ou com a TV por assinatura seria determinante da vantagem exagerada tratada pelo § 1º do art. 51, ou seja, aquela que I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

II.13. Fidelização e o consentimento do consumidor

Os contratos de consumo trazem diretamente o problema do consentimento do consumidor. A redação unilateral pelo fornecedor das cláusulas contratuais gerais impõe ao consumidor a condição de aceitar ou largar o contrato como um todo, sem possibilidade de discutir os termos de algumas das cláusulas. Há o problema, por outro lado, do conhecimento pelo consumidor do texto e do conteúdo do contrato. Surge assim a necessidade de se proteger o consumidor pela garantia do conhecimento do conteúdo negocial:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

"em qualquer modelo contratual, o direito à informação clara e precisa é de suma importância (...)

o aderente tem o direito de conhecer todo o conteúdo da avença. Não apenas o estado no qual se encontra o objeto mediato do negócio jurídico, como inclusive o teor de todos os dispositivos inseridos no instrumento do pacto formulado.

É dever do predisponente fornecer todas as informações concernentes ao negócio jurídico que se formará, assim como o seu desenrolar, com a execução. O que se deve discutir, nessa sede, não é a inexistência do consentimento, o qual se faz presente ainda que de forma tímida ou controlada, mediante a vontade do ente autorizador ou da lei, mas o conhecimento equitativo dos dispositivos negociais, vez que a falta de informação do adquirente do produto ou do serviço pode vir a desfazer a avença.

Constata-se, destarte, uma vez mais, a importância da informação na sociedade pós-industrial. Apesar de o aderente não ter como discutir o conteúdo das cláusulas negociais, deve ele ter o conhecimento do teor integral do pacto para consentir ou não na sua efetivação (...)", (Senise, p. 169).

"Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

o sentido teleológico e finalístico da norma indica dever do fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (art. 54, § 4º, CDC)" (...) "é muito comum o consumidor tomar conhecimento de uma cláusula contratual que atua em seu desfavor apenas quando ocorre o fato que enseja a aplicação daquela cláusula", (CDC comentado pelos autores do anteprojeto, p. 385).

Imposta, nestas condições, a obrigação ao fornecedor e ao estado interventor no mercado de consumo de fazerem constar dos termos contratuais as cláusulas e informações que permitam ao consumidor o exercício de suas faculdades e a avaliação de seu consentimento.

Quanto ao consentimento e o reconhecimento que se dá no momento da contratação e nos termos contratos, deve ser referenciado, por sua vez, que esse consentimento se limita aos termos originais de contratação, não abrangendo posteriores alterações de preço, qualidade, plano ou prazos, por exemplo.

II.14. Instrumento contratual e a informação do consumidor

O direito à informação é um dos principais direitos sobre o qual é construído o sistema de proteção do consumidor. A informação é um guia para a ação, reduz os custos de transação e



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

efetivação dos direitos, garante a sinceridade do consentimento, da autonomia negocial e voluntariedade dos negócios jurídicos, gera capacidade de escolha, reduz a incerteza e permite a condição de agente da pessoa. Em verdade, a informação deve ser vista como o pressuposto de outros direitos, principalmente na medida em que um dos maiores obstáculos à confirmação desses direitos do consumidor é precisamente a desinformação.

A vulnerabilidade do consumidor nos contratos pode ser definida também assim pelo poder do fornecedor em definir como a informação é produzida e trocada. Seus direitos são detalhados e os seus deveres são remetidos genericamente à legislação protetiva, sem especificação e sem informação ao consumidor. É o que acontece na hipótese presente, ainda que se entenda subentendidos no sistema de proteção ao consumidor os direitos acima levantados. Por norma de ordem pública, é a conclusão, o consumidor deve ser informado de seus direitos no contrato. Assim:

"No momento em que a remota possibilidade aplicativa das ccg [cláusulas contratuais gerais] se concretizou, pela alegada verificação de um facto que elas prevêem e regulam, o aderente deve estar em condições de identificar sem grandes dificuldades a cláusula ou cláusulas relevantes para o ponto em questão e de formar uma ideia segura do seu alcance prescritivo, para poder ajuizar do fundamento da conduta do utilizador e orientar, em conformidade, a sua própria actuação. Não condicionando ex ante a decisão de



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

contratar, o conhecimento do conteúdo das ccg é um requisito indispensável a um controlo da forma como o utilizador faz funcionar o regulamento de interesses por si instituído, prevenindo comportamentos oportunistas” (Joaquim de Sousa Ribeiro, O problema do contrato, p. 382)

A informação contratual, por outro lado, é uma das vertentes da boa fé. Como se tem ensinado, “O direito à informação no Código de Defesa do Consumidor constitui ainda um reflexo do princípio da transparência, que significa maior clareza, veracidade e respeito, por meio da maior troca de informações entre as partes (consumidor e fornecedor)”. Conforme leciona Claudia Lima Marques:

“Na formação dos contratos entre consumidor e fornecedor o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4º, caput, do CDC, o da transparência. A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre o consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

Ao direito subjetivo do consumidor corresponde o dever de informar do fornecedor, que,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

desenvolvido na teoria contratual pela doutrina alemã como dever anexo, acessório, decorrente do princípio da boa-fé, passa, no sistema do CDC, a adquirir o papel de verdadeiro dever independente, essencial (ou básico), isto é, obrigando o fornecedor de forma direta.

Desse modo, nasce, com o Código de Defesa do Consumidor, um novo dever de informar, cujo alicerce pode ser encontrado tanto na boa-fé como na transparência, a qual concretiza a idéia de reequilíbrio de forças nas relações de consumo, especialmente quando da conclusão do contrato, imposto pela lei como forma de alcançar a tão sonhada justiça contratual”, Fernanda Nunes Barbosa, Informação: direito e dever nas relações de consumo, (Editora Revista dos Tribunais, p. 100/101).

O direito do consumidor à informação, por sua vez, em uma estrutura regulatória dá fundamento precisamente à regulação da informação como modo de fortalecimento da posição do usuário:

“por este tipo de regulación se obliga a uma de las partes a informar sobre los detalles concernientes a la calidad y otras cuestiones relacionadas com el bien o servicio ofrecido”, (Mariano Carbajales, El estado regualdor, p. 88)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

Vê-se assim que a informação ao consumidor das cláusulas contratuais que garantem seus direitos, qualificando o prazo mínimo de contratação é norma nas relações de consumo. A regulação não deve se contentar assim com a permissão da fidelização. Deve também, em contrapartida a tanto, determinar o seu controle.

II.15. O controle da fidelização

A regulação dos contratos é um dos elementos essenciais à regulação. Essa função parte de diversos pressupostos que colocam o contrato como elemento central na relação entre fornecedor e usuário.

Dentre esses pressupostos, enxerga-se exatamente o afastamento do poder público como prestador dos serviços e o prestígio dos instrumentos de direito privado na organização da prestação. Mas aqui sem deixar o usuário "*lidar livremente com as forças do mercado em atividades de grande relevância social*" (cf. Aragão, serviços públicos, p. 43/44).

A iniciativa privada resta assim trazida para o modelo de prestação mas essencialmente dentro do enquadramento do regulador e do processo regulatório. Nesse ponto se diz, então, precisamente, que, por sua natureza, a regulação impede um indivíduo ou firma de fazer o que ele, de outra maneira, teria feito ou impor o que ela teria imposto. Como o modo pelo qual a firma atua é normalmente pela via contratual, o enquadramento regulatório não raro é um controle sobre o conteúdo dos contratos.

Com isso, a regulação dos contratos, na tutela do consumidor, se presta a garantir que a parte forte não seja capaz de impor



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

determinadas cláusulas violadoras de determinados parâmetros de equidade, equilíbrio e razoabilidade. De outro lado, a razão da regulação do contrato é precisamente definir a atividade regulatória como atribuição do regulador e não do agente privado. Dessa maneira, na medida em que se reconhece que a padronização dos instrumentos contratuais em relações massificadas acaba trazendo para o regulado precisamente a capacidade de fato de “legislar por contrato” [lawmaking power]:

“Ao estabelecer a disciplina uniforme das suas futuras contratações, o predisponente cria uma ordem jurídica particular que sistematicamente afasta, em benefício próprio, mais do que hipotéticas e improváveis disciplinas negociadas, as soluções dos preceitos dispositivos. A aplicação generalizada dessa regulação, em esferas negociais, por vezes, de enorme amplitude (como é o caso do tráfico em massa) outra coisa não significa do que a generalizada imposição de uma conformação estabelecida por uma parte interessada, como uma função e um âmbito regulador idêntico ao das normas legais, mas sem apresentar idênticos títulos de legitimação.

Nesta visão macrojurídica, a intervenção restritiva justifica-se em defesa da integridade e da efetividade do próprio ordenamento, ameaçadas regulamentações de ordem privada, mas com uma projecção applicativa em larga escala. É pela sua potencialidade



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

distorsiva do equilíbrio global do sistema (simultaneamente uma potencialidade lesiva dos interesses de um amplo círculo de contraentes) que as ccg ficam sujeitas a mais apertados limites de conteúdo, para evitar que os padrões normativos legais possam ser completamente esvaziados da sua função ordenadora, e transformados num estéril law in the books, sem operatividade prática. Nesta perspectiva, as ccg não representam apenas a denegação, de facto, da liberdade de estipulação de cada um dos sujeitos que venham a contratar como o seu utilizador, mas também a manifestação de um poder "normativo", de um poder de editar uma ordem contratual concorrente do direito estadual. É por isso que o seu conteúdo, a forma como realizam a repartição de riscos entre as partes, é matéria de social policy, não podendo deixar de merecer a atenção controladora das instâncias responsáveis por uma adequada regulação da via em colectividade" (o problema do contrato, p. 456/458)

A norma, por sua vez, é que as agências reguladoras são modo de intervenção do estado nos contratos e que, por sua produção normativa, vinculam o conteúdo dos contratos de seus regulados.

A regulação caminha assim em associação como a principal adaptação do direito à perda da igualdade material entre os contratantes e à adoção de cláusulas unilaterais e massificadas pelo fornecedor, qual seja, a de controle do conteúdo dos



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

contratos. A intervenção do estado impõe necessariamente o controle das cláusulas gerais dos contratos². No ensinamento de Nelson Nery Júnior,

"Uma das formas de tutela contratual do consumidor é a que se realiza mediante o controle das cláusulas gerais dos contratos. Esse controle pode ser efetivado administrativamente ou pela via judicial. Tanto num como noutro caso, o controle pode ser abstrato ou concreto.

O controle administrativo dá-se: a) pela instauração de inquérito civil (art. 8§ 1º, da Lei n.º 7.347/85, aplicável às ações fundadas no CDC por incidência do art. 90, CDC); b) pela adoção de providências no âmbito da administração pública, relativamente às atividades por ela fiscalizada ou controlada

(...)

a segunda forma de controle administrativo se dá pela possibilidade de a administração pública poder exercer seu poder de fiscalização e regulamentação, por meio de decretos, portarias e outros atos administrativos, dirigidos ao estabelecimento de padrões para que os administrados possam exercer a atividade controlada e fiscalizada pelo poder público"

² "se as cláusulas contratuais gerais forem ofensivas à boa fé objetiva, ou ao princípio da função social dos contratos, ou ainda, se representarem alguma espécie de abuso de direito, o controle de conteúdo de tais cláusulas estará justificado", Machado de Melo, p. 153



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

É reconhecida nessa parte a função da Agência como ente de intervenção jurídica e não apenas técnica. Na lição de Carlos Ari Sunfeld:

*"penso que nas grandes agências ainda não se implantou a convicção de que regular é produzir Direito, já que envolve o cumprimento de fins com o emprego de instrumentos estritamente jurídicos (a edição e aplicação de normas). O espírito realmente forte nas agências é o de que regular seria tratar de questões técnicas e econômicas - além de tomar cuidado com a opinião pública. O direito muitas vezes é visto como um grande empecilho a ser vencido, ou como um conjunto de truques utilizáveis ora para cá, ora para lá. Parece estranho dizer isso, mas a regulação, na prática, ainda não entrou no mundo do Direito",
sunfeld, direito administrativo econômico, p. 38*

II.16 Contratação e regulação

A regulação, nos setores respectivos, como se tem aqui invocado, faz parte do complexo que forma o conteúdo dos contratos. A intervenção do estado nos contratos determina exatamente que os termos do acordo não são produzidos apenas na esfera de interação entre as partes. Quando se percebe que essa interação, por si só, retira o contrato do espaço da justiça contratual e da equidade, bem como produz, em sua consideração massificada, um sistema de incentivos para o fornecedor em criar



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

assimetrias na economia do contrato e se aproveitar dessas assimetrias, o contrato passa a ser visto, para o cumprimento especialmente do direito do consumidor, não como um plano só, mas como diversos:

"Utilizamos, para o efeito, um critério hermenêutico que nos foi sugerido por Teubner, ao apontar três diferentes planos de construção do sistema "contrato": o "plano de interação" entre as partes; o "plano da instituição", em que, a nível intermédio, estão em causa conexões institucionais, designadamente com o mercado, e o "plano da sociedade", em que são tematizadas as exigências que o sistema social, no seu conjunto, ou alguns sistemas parciais (com relevo para o ordenamento jurídico) colocam ao contrato", (o problema do contrato, p. 11).

O plano em que se coloca a regulação é determinante para a justiça contratual não apenas na relação de parte à parte, mas, no consolidado das relações criadas e a serem criadas, a garantia que o fornecedor dirigirá seus esforços também para a qualidade do serviço³.

³"nesse aspecto, é forçoso concluir que o contrato é redimensionado como técnica de transformação social (e não apenas consenso)", Rodrigues Martins, p. 20



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

II.17- A regulação e a proteção do consumidor

Ensina Fernando Costa de Azevedo (Considerações sobre o direito administrativo do consumidor, RDC 68/38, p. 54):

"O início da vigência do CDC, a partir de março de 1991, ocorreu no mesmo momento em que se iniciava um processo gradual de reforma estrutural da Administração Pública brasileira, isto é, um processo de mudança no papel interventor do Estado no setor econômico e social. A idéia central dessa reforma - que foi levada adiante nos anos 90 - era a de que o Estado prestador de atividade econômica deveria dar lugar ao Estado gestor ou regulador dessas atividades".

Importante, pois, aqui perceber a função da regulação como *"característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumento de autoridade"*⁴

Fica assim a regulação como modo de presença efetiva e contínua do Estado, vinculada por seus fins à tutela do consumidor, direta e indiretamente. Direta, pelo controle da qualidade do serviço e pela tutela dos direitos dos usuários. Indiretamente pela garantia de um modelo de prestação privada a ser mais eficiente em favor do consumidor, quer pelos incentivos

⁴ Carlos Ari Sundfeld, Direito Administrativo Econômico, p. 23



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

privados em sua melhor prestação, quer pelos resultados da introdução de um modelo concorrencial.

Na tutela do consumidor, vinculam-se as agências reguladoras de serviços prestados mediante contraprestação individualmente paga ao CDC como norma geral de tutela. Assim, o marco legal de tutela é esse Código e:

" o fato é que, mesmo que o ato normativo da autoridade reguladora goze de maior liberdade que os demais atos regulamentares, em função da própria natureza das agências, as agências não podem regular em confronto com o que dispõe a lei, com o próprio CDC, mas sim em sintonia com ela, sob o guarda-chuva da Constituição. Pode até o ato da autoridade reguladora, dentro de suas funções administrativa e fiscalizadora, regular onde o legislador nada disse, mas não pode dizer diferentemente onde a lei já diz. Não poderia, v.g., ao regulamentar atividade de consumo, autorizar a limitação da responsabilidade do fornecedor, quando há disposição expressa, em sentido contrário, do art. 51, I, do CDC ".(Paulo Khouri, Direito do Consumidor, p. 234/235)

III - Do Pedido

Diante do exposto, é a presente ação para requerer SEJA A ANATEL CONDENADA NA OBRIGAÇÃO DE FAZER, CONSISTENTE EM ADOTAR FORMAL E PUBLICAMENTE ENTENDIMENTO E, COM BASE NELE, EXIGIR QUE,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS MÓVEL PESSOAL E DE TELEVISÃO POR ASSINATURA EM QUE HAJA CLÁUSULA DE TEMPO MÍNIMO DE CONTRATAÇÃO, SEJAM EXPRESSAMENTE INCLUÍDAS CLÁUSULAS PREVENDO QUE É PERMITIDA A RESOLUÇÃO DO CONTRATO PELO CONSUMIDOR SEM A EXIGÊNCIA DE MULTA A SER PAGA AO FORNECEDOR EM RAZÃO DA REFERIDA CLÁUSULA nas hipóteses em que se tenha

- 1) defeito, não funcionamento, funcionamento falho, interrupção, suspensão ou falha no serviço;
- 2) alteração dos termos iniciais de prestação, aí incluída a alteração dos planos e condições oferecidas, alteração do valor da assinatura, preços, tarifas ou quaisquer encargos;
- 3) perda da renda do consumidor, especialmente nas hipóteses de demissão posterior à assinatura do contrato, com base no inciso V, do art. 6º do CDC;
- 4) e ainda que as prestadoras de serviços de televisão por assinatura e as prestadoras de serviço móvel pessoal de telefonia garantem o funcionamento do aparelho pelo prazo mínimo de contratação como garantia complementar à garantia legal (art. 24 do CDC) , bem como que o defeito ou vício no aparelho permite a resolução do contrato pelo consumidor sem a exigência de multa a ser paga ao fornecedor em razão de cláusula de prazo mínimo de contratação.

Requer, ademais, o autor a citação do réu, para que apresente sua defesa.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO**

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais)

São Paulo, 25 de março de 2010.

Márcio Schusterschitz da Silva Araújo
Procurador da República