

JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL

Evane Beiguelman é advogada em São Paulo. Foi Secretária Adjunta da Justiça do Estado de São Paulo entre os anos de 2005 e 2006. É Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade São Judas. Mestre em Processo Civil pela PUC/SP. Doutoranda em Processo Civil na Universidade de São Paulo-USP.

Expressões como *fidelização*, *portabilidade numérica*, ou *desbloqueio de celulares*, que há poucos anos nada significavam, hoje são termos habituais e corriqueiros em nosso dia-a-dia.

O consumo dos serviços de telefonia móvel celular aumentou vertiginosamente na última década e se universalizou, o que justifica a incorporação de tais vocábulos ao cotidiano da maior parte da população¹.

Se por um lado, a política pública de inclusão digital ou de serviços de telecomunicações se revela eficiente no que diz respeito à expansão tecnológica e acesso da maior parte da população aos serviços de telecomunicações - com novos aparelhos, serviços de banda larga, diversas opções de operadoras, etc - por outro lado, a velocidade desta expansão, a competitividade aguerrida das operadoras de telefonia, aliada à incipiente atividade regulatória das recentes Agências Reguladoras nacionais, criam celeumas que, inevitavelmente, deságuam nas "barras" dos Tribunais.

Refiro-me, aqui, à *cláusula de fidelização*, associando-a ao *bloqueio de aparelhos celulares*, a que gerou lides em torno das seguintes indagações:

¹ O serviço de telefonia móvel cresceu 775% na última década. No ano 2000, os aparelhos móveis eram usados por apenas 14% da população, com 23,2 milhões de usuários habilitados. No final de 2010, o número superou a população brasileira, com 203 milhões de números habilitados. De acordo com a Telebrasil, os serviços de telecomunicações tiveram melhor desempenho que outros serviços de infraestrutura, como rede de esgoto e coleta de lixo no Brasil durante o mesmo período. Enquanto a banda larga chegou a 17,2 milhões de novos domicílios desde 2000, a rede de esgoto chegou a 10,6 milhões de casas, o que representou um crescimento de 50%. Disponível em: <<http://tecnologia.ig.com.br/noticia/2011/05/09/>>. Acesso em: 08 jul. 2011.

(a) o desbloqueio de aparelho telefônico, adquirido em contrato que contemple referida cláusula de fidelização, implica em violação contratual? Significa dizer: a venda do aparelho de telefone celular é parte do plano de fidelização ao contrato de prestação de serviços de telefonia?

(b) a operadora que pratique o desbloqueio de aparelhos de telefone está praticando concorrência desleal?

Para responder às indagações formuladas, adiantamos a afirmar: a aquisição do aparelho é um benefício concedido ao assinante/consumidor, entretanto, o desbloqueio do aparelho para a utilização de chips de outras operadoras não significa rompimento da fidelização.

O conceito de fidelização diz respeito unicamente à manutenção do ajuste contratual, por certo lapso temporal, mediante consumo de tarifa mínima. **O fato do assinante/consumidor desbloquear o aparelho não significa romper a fidelização. Fidelização nada tem a ver com utilização exclusiva de uma única operadora em determinado aparelho de telefone celular.**

Entendimento em sentido contrário forçaria o consumidor/assinante a usar apenas os serviços da operadora que lhe forneceu o aparelho e com isso faria com que o assinante consumisse cada vez mais, pois **é exatamente no excedente dos minutos da franquia mínima que está o retorno dos investimentos e o lucro das operadoras que subsidiam celulares.** Dito de outro modo: sob o rótulo de fidelização o foco destas operadoras não está no **estrito cumprimento do contrato. O cerne da cláusula de fidelização é o lucro, o retorno financeiro que vem dos minutos excedentes da franquia mínima,** pois assim obrigaria o consumidor a ficar restrito à sua operadora.

Tal conduta afrontaria as disposições do **artigo 170, IV e V da Constituição Federal, dos artigos 6º I e II e 39 do Código de Defesa do Consumidor** e, igualmente, chocaria-se com as premissas da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), que determina a observância da liberdade de iniciativa, livre concorrência e repressão ao abuso de poder econômico.

Ter-se-ia, aí, genuína prática de venda casada, portanto ilegal e abusiva.

Além disso, adotando-se a lógica da cláusula de fidelização - segundo a qual o consumidor que adquire o aparelho telefônico bloqueado está obrigado a consumir, exclusivamente, o serviço de telefonia prestado pela operadora que lhe vendeu aparelho - o consumidor estaria comprando o produto e se sujeitando à manutenção de contrato futuro, utilizando tão somente o aparelho celular com o único serviço da Autora, em visível violação das regras da livre concorrência.

A cláusula de fidelização deve ser interpretada à luz dos artigos 40 e 81 da Resolução 477 da Anatel e da Nota Técnica nº 11/2008, de oito de abril de 2008, emitida pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, na qual se fez a Análise das Alterações no Regulamento do Serviço Móvel Pessoal.

Os artigos 40 e 81 da Resolução 477 da Anatel ditam que:

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.

§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.

§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

Art. 81. O Usuário deve ser informado sobre os aspectos relativos às programações incluídas nas facilidades dos Planos de Serviço e eventuais bloqueios na Estação Móvel ou na Central de Comutação e Controle, antes de qualquer ato que indique adesão ao plano.

§1º O Usuário deve, ainda, ser informado sobre a faculdade de alteração da programação das facilidades e dos bloqueios.

§2º É vedada a cobrança de qualquer valor quando do desbloqueio de Estação Móvel. (grifos nossos)

Evidentemente a Resolução 477 da Anatel não obsta o desbloqueio de aparelhos celulares nem o condiciona a permanência exclusiva do usuário à operadora. Determina, apenas, a interpretação no sentido que a manutenção do ajuste contratual com o prestador de serviços, mediante remuneração da tarifa mínima pactuada, além de dispor que o usuário deve ser informado sobre a faculdade de desbloqueio.

Já a Nota Técnica nº 11/2008, emitida pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, na qual se fez a Análise das Alterações no Regulamento do Serviço Móvel Pessoal diz:

"14. Desbloqueio de estação móvel

O novo Regulamento proíbe, ainda, a cobrança de qualquer valor quando do desbloqueio da estação móvel (art.81, parágrafo 2º). **Entende-se que o desbloqueio do**

aparelho celular independe de qualquer fidelização ou permanência a qual o consumidor esteja vinculado tendo em vista que a contrapartida ao subsídio ou ao desconto se dá pela permanência do consumidor na rede da operadora e não pelo chip que o consumidor opta por inserir em seu aparelho celular .

Nota: Isto é caso o consumidor queira inserir um chip de outra operadora em seu celular, permanecendo vinculado à operadora com a qual ele se mantém fidelizado não há- e tampouco deveria haver – qualquer fator que o impeça de fazê-lo.”

O entendimento da Secretaria de Direito Econômico, a quem compete, entre outras atribuições, dar a diretriz do tratamento jurídico acerca das relações de consumo, é no sentido que se o consumidor quiser inserir um chip de outra operadora em seu celular, permanecendo vinculado à operadora com a qual ele se mantém fidelizado não há- e tampouco deveria haver – qualquer fator que o impeça de fazê-lo.

Não menos relevante, a interpretação da Resolução 477 da Anatel se faça à luz dos princípios norteadores Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472, de 16 de Julho de 1997, a saber:

Art. 2o O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

(...)

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

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;

(...)

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

Art. 5o Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor,

redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 6o Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da **livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras**, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7o As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

(...)

§ 3o

Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam **limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa**.

O bloqueio de aparelhos celulares caracteriza-se, inequivocamente, como prática que limita e prejudica a livre concorrência e a fruição dos direitos do consumidor à melhor prestação de serviços, seja no aspecto técnico e tecnológico, seja na acepção da comodidade de uma tarifa melhor.

Ou seja, o desbloqueio é uma das vantagens da tecnologia dos aparelhos celulares a prática abusiva da manutenção do bloqueio impossibilita que o usuário usufrua das comodidades que a tecnologia oferece, como melhor cobertura por outras operadoras em regiões não cobertas por uma, ou ainda, comodidades de melhor prestação de serviços ou de tarifas mais atrativas em trânsito do usuário, nacional ou internacional.

Em síntese, a concessão do benefício aos usuários de aquisição de aparelhos celulares com desconto deve ser objeto de instrumento próprio e não se confunde com o Termo de Adesão a Plano de Serviço ao qual o usuário aderiu (art. 40).

Precedentes jurisprudenciais confirmam a interpretação das regras concorrenciais.

Em que pese não se tratar de controle judicial sobre atos administrativos regulatórios da ANATEL, mas do exercício de atividade tipicamente

jurisdicional, na solução de conflitos entre particulares, as demandas acerca da prática de bloqueio de aparelhos associados à cláusula de fidelização chegam ao Poder Judiciário².

Em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal, sob nº 2009.82.00.000564-3, foi proferida decisão antecipatória determinado que a ré, uma operadora de telefonia móvel celular, promovesse o desbloqueio gratuito dos aparelhos sem a tecnologia "hard lock" (ou seja, nos aparelhos bloqueados temporariamente, exatamente aqueles bloqueados para conseguir o retorno de seus investimentos, no prazo de fidelização) sempre que solicitada, por qualquer cliente e independentemente da existência de qualquer cláusula contratual de fidelização, devendo esse serviço de desbloqueio ser disponibilizado em todos os pontos de venda.

Igualmente, o M.M. Juiz *a quo* determinou a divulgação de todas essas providências nas faturas de consumo entregues aos seus clientes, em sua página na internet, bem como em todos os seus postos de atendimento e pontos de venda.

Ainda, um *leading case*, em ação inibitória promovida na Comarca de São Paulo, em que um operadora de telefonia celular visava para obstar que a outra operadora mantivesse a campanha de desbloqueio de aparelhos celulares.

A ação foi julgada improcedente e a tutela antecipatória concedida em sede de agravo de instrumento foi revogada pelo E.Tribunal de Justiça, após o sentenciamento.

O Juiz *a quo*, em ação que tramitou na 23ª. Vara Cível do Foro Central da Capital, entendeu que a cláusula de fidelização não obriga à manutenção do bloqueio do aparelho celular:

“ Ao aderir ao plano de serviço móvel pessoal (SMP)(...) o consumidor pode optar pela concessão de benefício comercial (desconto) para a aquisição do aparelho celular. Em troca desse desconto, ‘o consumidor se compromete a permanecer habilitado junto à (...) no Plano Pós-Pago escolhido no termo de Adesão, inclusive o pacote de Dados/Outros Serviços, bem como a não desbloquear a estação móvel adquirida, pelo prazo de permanência de 12 (doze) meses ‘(...)Este último compromisso, porém, deve ser entendido à luz de outras cláusulas do contrato de SMP, as quais

² Por todos, “Desse modo, para que o Poder Judiciário possa perscrutar o mérito técnico do ato de regulação, há que se ter uma perfeita e clara identificação dos reais motivos que levaram o agente regulador na adoção da decisão [...] Neste contexto, pode-se sustentar que para a validade dos atos regulatórios emanados das Agências Reguladoras impõe-se que os mesmos sejam profundamente motivados, com a perfeita identificação da fundamentação técnica e a razoabilidade e proporcionalidade justificadora da decisão que atingirá todo um subsistema (motivação do ato regulatório). Somente uma motivação idônea dos atos regulatórios, que intercedam com interesses plurais da sociedade (nos quais se destacam os interesses e garantias fundamentais), poder-se-á legitimar a ação regulatória descentralizada, afastando qualquer sensação de arbítrio e despotismo que a ordem constitucional repele”. GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 2005. p. 263-264. Nesta mesma obra coletiva, o Professor Floriano Azevedo Marques Neto, às fls.229, identifica atos administrativos desempenhados pelas Agencias o que enseja o controle jurisdicional

descaracterizam o descumprimento contratual(...)As condições gerais do contrato de SMP (...) quando aludem a rescisão (...) em decorrência de modificações indevidas na estação móvel, por parte do assinante (...) não abrangem o desbloqueio de aparelho desbloqueável por duas razões muito simples. Primeira, porque o próprio contrato prevê o desbloqueio, admitindo-o inclusive naqueles 12 meses iniciais, mediante simples solicitação (...)Segunda, porque o desbloqueio do aparelho não acarreta lesão a terceiros nem à (...operadora).Especialmente esta última nada sofre de prejuízo, pois o consumidor – mesmo que após o desbloqueio, passe a usar chip de outra operadora no aparelho – continua obrigado a pagar à (...operadora) pelo menos a franquia do plano contratado, em troca do desconto concedido para a aquisição de um aparelho, que pode ser tecnologicamente mais avançado.” (grifos nossos)³

Dois exemplos de ações judiciais emblemáticas, que tratam de aspectos tão recentes e presente no cotidiano de grande parte da população, demonstram aquilo que Cappelletti já vislumbrara: o processo como um espelho, no qual, com extrema fidelidade (e não é esse um jogo de palavras) se refletem os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico.

BIBLIOGRAFIA

CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso Civil em El Derecho Comparado. In: LEITE, Evandro Guerreira. *Ativismo Judicial*. (Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>>.)

GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 2005.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 2005

(indeferimento de outorga para atuação no setor sob regulação, irregularidade na utilização de bem público, exercício abusivo da competência fiscalizatória ou punitiva do regulador, que atua de maneira arbitrária etc)

³ A sentença encontra-se em grau sob recurso de apelação, cujo julgamento ainda não foi iniciado. Contudo, a tutela antecipatória que vedava os desbloqueios foi revogada em sede recursal, quando do sentenciamento do feito, a pedido da Ré-recorrente