



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR
COORDENAÇÃO GERAL DE SUPERVISÃO E CONTROLE**

Nota n.º ___/CGSC/DPDC/2009
Data: 31 de agosto de 2009.
Assunto: Parecer técnico do DPDC a respeito de vícios na prestação de serviço de telecomunicações no âmbito do Serviço Móvel Pessoal, conforme regulamentação da ANATEL e o CDC.

Senhora Coordenadora-Geral,

I. Relatório

01. Trata-se de parecer acerca dos direitos do consumidor diante de vícios na prestação de serviço de telecomunicações no âmbito do Serviço Móvel Pessoal (SMP), conforme regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e à luz dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

II. Fundamentação

a) O Regime de Vícios do Serviço no Código de Defesa do Consumidor (CDC)

02. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), em atenção ao princípio constitucional de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal) e aos objetivos que regem a política nacional de relações de consumo, tais como o atendimento das necessidades dos consumidores, o reconhecimento de sua vulnerabilidade, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria de sua qualidade de vida (art. 4º, *caput*, I, do CDC), regulamenta com especial cuidado a adequação dos produtos e serviços ofertados no mercado.

03. Nessa linha, impõe a todos os fornecedores um dever legal de qualidade¹ inerente ao contrato e à própria atividade produtiva, o qual não pode ser objeto de negociação entre as partes. Assim que qualquer inadequação no produto ou na prestação do serviço considera-se um desrespeito aos direitos do consumidor, caracterizando a figura do **vício do produto ou do serviço**.

04. Especificamente no que tange aos contratos de prestação de serviços, foco da presente nota técnica, o CDC trata da responsabilidade por vício de qualidade em seu artigo 20:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

05. Segundo a lei, verifica-se vício quando o serviço se mostra **impróprio ao consumo**, ou tem seu **valor diminuído**, ou **não corresponde à oferta ou à publicidade** que dele foi feita. “Impróprio ao consumo”, consoante o §2º, entende-se não apenas o serviço que descumpre os parâmetros impostos pela regulamentação, mas também o que não atende ao padrão de qualidade que o consumidor razoavelmente confia adquirir.

06. Assim sendo, o contrato não é o único critério para se avaliar a propriedade do serviço: há uma série de elementos extracontratuais objetivamente indicados pelo legislador que deve ser considerada no exame da qualidade da prestação. A lógica do Código no tratamento da matéria é garantir, mais do que uma qualidade média do serviço, a proteção das **legítimas expectativas** do consumidor, tal como alimentadas pela conduta do fornecedor ou pelo próprio ambiente do mercado.

07. Com isso, não basta o cumprimento diligente das cláusulas contratuais por parte do fornecedor para que se repute cumprido o dever legal de qualidade na prestação do serviço. Nos dizeres de Cláudia Lima Marques, a qualidade do serviço é objetiva, de sorte que a concepção de vício abrigada pela lei “concentra-se na funcionalidade, na adequação,

¹ MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Novo Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002, p. 984.

do serviço prestado e não na subjetiva existência da diligência normal ou de uma eventual negligência do prestador de serviços e de seus prepostos”².

08. Uma vez constatado o vício de qualidade no serviço, o CDC, artigo 20, assegura ao consumidor três alternativas, à sua escolha, para fazer valerem seus direitos diante do fornecedor: a **reexecução dos serviços**, sem custo adicional e quando cabível (I); a **rescisão contratual**, com a restituição imediata da quantia paga corrigida e sem prejuízo da responsabilidade civil do fornecedor (II); e o **abatimento proporcional do preço** (III).

b) Vícios na Prestação do Serviço de Telecomunicações – Serviço Móvel Pessoal (SMP)

09. Ao estabelecer um dever geral de qualidade a todos os fornecedores, o CDC não fez exceção aos órgãos públicos, nem às empresas que em seu lugar prestam serviço. Pelo contrário: destacou em dispositivo específico a ampla vinculação do Poder Público e das prestadoras de serviços por ele delegados a um padrão mínimo de qualidade, adequação e eficiência na execução do contrato. Leia-se:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são **obrigados** a fornecer serviços **adequados, eficientes, seguros** e, quanto aos essenciais, **contínuos**.

10. Esse preceito genérico de adequação consagrou-se na lei sem prejuízo de previsões específicas na regulamentação infralegal, que se destina a explicitar e esmiuçar os direitos e princípios de defesa do consumidor ditados no CDC.

11. No que toca o objeto da presente nota, o “Serviço Móvel Pessoal” (SMP) – conceito que abrange meios de comunicação como telefonia celular e Internet móvel 3G, as particularidades da relação contratual foram disciplinadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), por meio do “Regulamento do SMP”³ e do “Plano Geral de Metas de Qualidade para o SMP” (PGMQ-SMP)⁴.

12. Na mesma esteira do §2º do artigo 20 do CDC, o Regulamento do SMP prevê o dever geral de adequação do serviço às normas regulamentares de prestabilidade:

Art. 10. Além das outras obrigações decorrentes da regulamentação editada pela Anatel e aplicáveis a serviços de telecomunicações e, especialmente, ao SMP, constituem deveres da prestadora:
I - prestar serviço adequado na forma prevista na regulamentação; [...]

² MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. SP: RT, 2006. p.360-361.

³ Aprovado pela Resolução nº 477/2007.

⁴ Aprovado pela Resolução nº 317/2002.

Art. 14. A prestadora deve cumprir as metas de qualidade fixadas no Plano Geral de Metas de Qualidade para o SMP (PGMQ-SMP), bem como nos respectivos Termos de Autorização. [...]

13. O PGMQ-SMP, por seu turno, estabelece uma série de metas a serem cumpridas pelas prestadoras nos mais diversos aspectos do serviço móvel pessoal, determinando, por exemplo, a margem máxima aceitável de reclamações à proporção do número de clientes, bem como critérios objetivos de qualidade para o atendimento ao consumidor, a emissão de faturas e o restabelecimento dos serviços em caso de interrupção. O caráter obrigatório de seus dispositivos é explicitado no artigo 18:

Art. 18. Ocasionalmente sanções, nos termos da regulamentação, o não cumprimento por parte da prestadora das metas de qualidade previstas neste Plano [...]

14. A par disso, concretizando o direito à liberdade de escolha assegurado pelo CDC, art. 6º, II, o Regulamento do SMP previu expressamente a faculdade do consumidor de extinguir a relação contratual a qualquer tempo e por qualquer motivo:

Art. 23. O Contrato de Prestação do SMP pode ser rescindido:
I - a pedido do Usuário, a qualquer tempo; [...]

15. Dessa maneira, é indiscutível que, assim como o consumidor é livre para contratar com o fornecedor que desejar, também é livre para desligar-se do serviço quando este não mais lhe convier, independentemente da existência de vício na prestação ou de qualquer outra condição para tanto.

16. Todavia, no contexto do serviço móvel pessoal, o exercício dessa liberdade de escolha muitas vezes é dificultado quando o consumidor se obriga a um determinado **prazo de permanência** junto à fornecedora, contratando a popularmente denominada **fidelização**. Trata-se da exigência por parte das prestadoras de que os usuários permaneçam vinculados à relação contratual por um lapso temporal mínimo, prática comercial autorizada pelo Regulamento do SMP dentro de determinados termos.

17. Primeiramente, o artigo 40 da normativa condiciona a fidelização ao **oferecimento de benefício** ao consumidor em contrapartida à imposição do prazo de permanência, e restringe este ao **lapso temporal máximo de 12 meses**. Tal tratamento vem justamente ao encontro do preceituado no CDC, que, além da liberdade de escolha (art. 6º, II), garante o equilíbrio e a harmonização dos interesses das partes (art. 4º, III) e coíbe a exigência de vantagens manifestamente excessivas do consumidor (art. 39).

18. Ademais, o dispositivo enfatiza que a fidelização é opcional e deve fazer objeto de instrumento paralelo e distinto do Termo de Adesão a Plano de Serviço, expondo todos os termos e condições específicos da prática⁵. Permite-se ao usuário, dessa maneira, a

⁵ Impende referir que todas as normas do CDC são aplicáveis ao instrumento, sobremaneira no tocante à transparência e ao oferecimento de informação adequada e clara ao consumidor (art. 6º, III).

mera adesão a qualquer Plano de Serviço, sem qualquer vantagem excepcional e, conseqüentemente, sem vinculação temporal à prestadora. Destaca-se:

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. [...]

§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 8.078/90, 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**. [...]

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

§10º. 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. [...]

19. Nesse sentido, findo o prazo, segue o usuário vinculado apenas à adesão ao Plano de Serviço básico, do qual poderá desligar-se, a partir de então, incondicionalmente e sem qualquer ônus.

20. Os maiores impasses surgem na hipótese de o consumidor desejar extinguir o contrato de prestação de serviços antes do fim do prazo de permanência junto à fornecedora. Dentro da mesma lógica de liberdade de escolha e igualdade na contratação (CDC, art. 6º, II), o Regulamento do SMP permite ao consumidor desistir da fidelização e/ou extinguir a relação contratual principal inclusive antes do termo inicialmente convencionado:

Art. 40, §7º. O Usuário pode se **desvincular a qualquer momento** do benefício oferecido pela prestadora.

21. Não obstante, conforme o caso, essa desistência poderá ensejar imposição de multa por parte da fornecedora.

22. Quando a empresa presta um serviço adequado, atendendo ao dever legal de qualidade e cumprindo suas obrigações legais e contratuais, a aplicação de uma penalidade pela rescisão antecipada considera-se justa e não fere os preceitos do CDC – antes,

concretiza os princípios da boa-fé e do equilíbrio nas relações de consumo (art. 4º, III). Por outro lado, em caso de vício no serviço, ou de descumprimento de qualquer outra obrigação por parte da empresa, a cobrança de multa não se justifica.

23. Assim que o art. 40, §8º, do Regulamento do SMP, em consonância ao apregoado pelo Código, permite a aplicação de penalidade quando houver desvinculação do usuário antes do prazo estabelecido, **a não ser que** a prestadora tenha descumprido obrigação legal ou contratual.

Art. 40, §8º. No caso de **desistência dos benefícios** por parte do Usuário **antes do prazo final** estabelecido no instrumento contratual, **poderá existir multa de rescisão**, [...] **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.

24. Em outras palavras, o Regulamento prevê expressamente ser **ilegal** a cobrança de multa quando o consumidor dissolver o vínculo em virtude do descumprimento de **qualquer** obrigação legal (entendida em sentido amplo, incluindo-se qualquer ato normativo) ou contratual por parte da fornecedora.

25. Note-se que aí se inserem não somente a proteção do consumidor contra vícios, mas também a garantia de cumprimento de todos os deveres do fornecedor dispostos no CDC e regulamentos específicos, dentre os quais se destacam todas as metas de qualidade previstas no PGMQ-SMP, todas as obrigações determinadas pelo Regulamento do SMP e o dever legal de qualidade consagrado no CDC.

26. De tal maneira, conforme o Regulamento, a má qualidade na prestação do serviço por si só já legitima o consumidor a **desistir do benefício** oferecido pela fornecedora e liberar-se do contrato antes do decurso do prazo de permanência sem qualquer ônus ou penalidade. Essa faculdade se coaduna perfeitamente com o CDC, que garante ao consumidor a possibilidade de **rescindir o contrato, sem prejuízo da responsabilidade civil**.

27. Enfatiza-se, ademais, que o supracitado art. 40, §8º, do SMP manifestamente impõe à **prestadora** o ônus da prova de eventual improcedência do alegado pelo usuário. Isto é, para que a multa contratual possa ser aplicada, incumbe à fornecedora comprovar que cumpriu todas as suas obrigações e prestou um serviço adequado. Nesse sentido, conforme prezam os princípios gerais de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (CDC, art. 4º, I) e da necessidade de equilíbrio na relação (CDC, art. 4º, III), é natural que caiba à fornecedora, ao passo que lucra, arcar com os riscos do negócio.

III. CONCLUSÃO

28. Ante o exposto, este Departamento entende que:

a) caracterizam vício no serviço móvel pessoal o descumprimento, pela fornecedora, de qualquer obrigação prevista em lei, regulamento ou contrato, ou a frustração das legítimas expectativas do consumidor quanto à qualidade da prestação;

b) em caso de vício no serviço móvel pessoal, o consumidor tem o direito de rescindir o contrato sem prejuízo da responsabilidade civil da fornecedora e independentemente de qualquer penalidade, mesmo quando submetido a prazo de permanência mínimo (“fidelização”);

c) em caso de vício no serviço móvel pessoal, é ônus da prestadora comprovar a improcedência da inadequação alegada pelo consumidor.

À consideração superior.

FELIPE ROCHA DOS SANTOS

Chefe de Divisão da CGSC

De acordo. Encaminhe-se ao Diretor do DPDC para apreciação.

LAURA SCHERTEL MENDES

Coordenadora Geral de Supervisão e Controle

De acordo. Encaminhe-se ao SNDC e à ANATEL.

RICARDO MORISHITA WADA

Diretor do DPDC