



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 3ª REGIÃO

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

EMÉRITOS JULGADORES

APELAÇÃO CIVIL N.º 0005852-53.2004.4.03.6108

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU – SP

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELADOS: TELEFÔNICA BRASIL S/A

AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL

RELATOR: DES. FED. NERY JUNIOR - TERCEIRA TURMA

Ementa: Ação Civil Pública. Serviço de telefonia. ANATEL. Litisconsórcio necessário. Publicidade enganosa. Cobrança indevida. Serviço não solicitado. Cessão da conduta. Restituição dos valores. Pelo não provimento do recurso adesivo da corre. Pelo provimento do apelo do autor. Pela reforma da r. Sentença.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal, em ação civil pública, em face de sentença que julgou improcedente o pedido de condenação da ré Telefônica em abster-se de cobrar automaticamente o serviço dos KIT TÔ AQUI, ressarcir os valores cobrados indevidamente, informar os consumidores e condenação por danos morais. Quanto à ré ANATEL, requer a condenação para fiscalizar a Telefônica no cumprimento de suas obrigações.

Manifestou-se o MM julgador *a quo* nos seguintes termos (fls. 741/751):

“Todavia, ante o decidido pelo E. TRF da 3ª Região, é de ser mantida agência reguladora na presente relação processual (...)

Não se pode acoimar de desleal, predatória ou abusiva, a referida prática, pois é dado ao consumidor optar pela contratação da

utilidades, sem maiores ônus.

De se notar que, mesmo diante de eventual arrependimento do usuário, terá este o prazo de sessenta dias para solicita o cancelamento do serviço, sem quaisquer prejuízos.

(...)

Assim sendo, afastada qualquer suspeita de abusividade ou de deslealdade na conduta da ré TELESP, impõe-se o reconhecimento da improcedência da demanda.”

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs apelação (fls. 760/776) alegando a irregularidade da conduta da ré Telefônica, objetivando a procedência da ação.

Contrarrazões da Telefônica às fls. 781/805 e da ANATEL às fls. 820/825.

Foi oferecido recurso adesivo pela ré ANATEL às fls. 811/814, com contra razões da parte autora às fls. 837/843

Remetidos ao E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, vieram os autos para parecer do Ministério Público Federal.

É o relatório. Passo a me manifestar.

O Ministério Público Federal ajuizou a presente Ação Civil Pública em face de Telecomunicações de São Paulo – TELESP, atualmente denominada TELEFONICA, e contra a Agência Nacional de Telecomunicação – ANATEL, objetivando a condenação da Telefônica na cessação da cobrança automática dos serviços do KIT TÔ AQUI, na condenação ao ressarcimento dos valores indevidamente cobrados e na comunicação ampla aos seus consumidores, configurando contra propaganda. Quanto à ANATEL, objetivava a condenação à fiscalização da ordem judicial a ser proferida contra a Telefônica.

Primeiramente, o MM Juiz *a quo* excluiu a ANATEL da demanda, o que resultaria na incompetência da Justiça Federal (fls. 300/303), entretanto esta decisão foi reformada pelo E. TRF da 3ª região (fls. 3023/3024). Ademais, julgou improcedente o pedido inicial, fundamentando que inexistia irregularidade na cobrança, uma vez que houve participação do consumidor na aquisição do serviço e disponibilização suficiente das informações referentes às cobranças.

Contudo, em que pese o entendimento do MM Juiz *a quo*, a r. Sentença merece ser reformada. Vejamos.

1) Do litisconsórcio necessário da ANATEL

Primeiramente, cumpre analisar a alegação da ré ANATEL acerca de sua participação no processo.

Em recurso adesivo (fls. 811/814), a ANATEL objetiva sua exclusão do processo, alegando ser parte ilegítima, argumento pela desnecessidade de figuração como litisconsorte.

Entretanto, como se verifica do v. acórdão acostado às fls. 323/324, o assunto da figuração da ANATEL como litisconsorte necessária na presente demanda já foi definida pelo E. Tribunal. Dessa forma, realmente não caberia ao magistrado “a quo” posicionar-se de forma contrária em sua sentença, nem mesmo é cabível pleitear em sede recursal para que o E. Tribunal reforme sua decisão, que já transitou em julgado.

2) Do mérito

De acordo com as informações presentes nos autos, a ré Telefônica apresentava aos seus consumidores que adquirissem uma nova linha telefônica a promoção do KIT TÔ AQUI. Esta promoção se referia à utilização gratuita do serviço de atendimento simultâneo e transferência de chamadas pelo período de sessenta dias. Entretanto, com o decurso do referido prazo, a ré iniciava a cobrança do valor de R\$4,90 pelo KIT TÔ AQUI, incluindo-o na fatura da linha, sem que houvesse notificação ou concordância do consumidor.

A questão central da presente ação reside na forma de apresentação da referida promoção, com a imposição de serviço não solicitado, realização de cobrança automática e induzimento do consumidor em erro, a qual configura prática ilícita, e na legitimidade de cobrança automática do serviço, em razão de interpretação de contratação implícita.

Primeiramente cabe observar que o KIT TO AQUI era

imposto a todos os consumidores que adquirissem uma linha telefônica, ainda que esse serviço não fosse solicitado. É o que se verifica dos documentos publicitário acostados às fls.253/262 os quais fazem menção de termos “sua linha já vem com o KIT TÔ AQUI”, “participar da promoção”, “experimentar o serviço”.

A este respeito verifica-se existência de prática abusiva por parte da ré, uma vez que esta conduta afronta o disposto no artigo 39, inciso II e IV do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39. **É vedado ao fornecedor** de produtos ou **serviços**, dentre outras práticas abusivas:

(...)

III – **enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia**, qualquer produto, ou **fornecer qualquer serviço**;

IV – **prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor**, tendo em vista sua idade, saúde, **conhecimento** ou condição social, **para impingir-lhe seus produtos ou serviços**;

(...)

Ora, a violação do referido inciso III verifica-se na comunicação ao cliente de que, quando da aquisição da linha telefônica, nesta já estava incluído o KIT TO AQUI.

Consequentemente, a partir dessa informação, era apresentada ao cliente a existência de uma promoção, para que referido serviço fosse testado por sessenta dias de maneira gratuita e, após referido período, a prestação do serviço seria cobrada no valor de R\$ 4,90.

Ocorre que a forma de apresentação da promoção aproveitou-se da ignorância dos consumidores para impingir-lhes o serviço, induzindo-os em erro, fazendo-os acreditar tratar-se de “amostra grátis” do serviço. Dessa forma, não há que se acolher o argumento da ré a respeito de que a gratuidade do serviço por sessenta dias configuraria um período de carência, anterior ao período de cobrança do serviço que estaria sendo adquirido. Isto porque, não se deixava claro para os consumidores tratar-se de contratação de serviço, uma vez que o KIT lhes era apresentado como já incluso na linha e que seu consentimento referia-se apenas de participação da promoção.

Desta forma, verifica-se, também, a configuração de publicidade enganosa, conforme disposto no artigo 37, § 1º do Código de Defesa

do Consumidor:

Art. 37. É **proibida** toda publicidade **enganosa** ou abusiva.
§1º. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou **por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.**

A esse respeito cabe considerar que a capacidade de interpretação das informações apresentadas pelo fornecedor devem ser analisadas do ponto de vista de um “homem médio”. Assim, verifica-se que o comportamento comum e razoável praticado pelas pessoas é de aceitação de amostra grátis, de participação de promoções e outros meios que promovam vantagem econômica.

Portanto, a forma de apresentação publicitária aqui discutida não deve ser interpretada com base nos profundos conhecimentos de linguagem e hermenêutica de um jurista que possui em suas mãos todos os materiais publicitários utilizados.

Quanto à cobrança pelo KIT TO AQUI verifica-se que a Telefônica utilizava-se do silêncio de seus consumidores como forma de contratação do serviço. Ora, quando os clientes contratavam uma nova linha telefônica era apenas isto que eles queriam, mas a ré lhes impunha o serviço do KIT, anunciando a existência de uma promoção gratuita, de forma que a ré se utilizava do aceite em participar da promoção, como manifestação de vontade de contratar o serviço do kit.

Entretanto, o que realmente acontecia é que os clientes aceitavam participar da promoção e usufruir gratuitamente do serviço por sessenta dias. Desta forma, não se poderia impor aos clientes o ônus de ligarem à empresa para dizer que não desejam ser cobrados por um serviço pelo qual não manifestaram interesse em obter.

Por todas essas razões, verifica-se que a conduta praticada pela ré Telefônica consiste em lesão aos direitos básicos do consumidor, conforme artigo 6º, inciso IV do código de Defesa do Consumidor que dispõe:

Art. 6º. São **direitos básicos do consumidor**:
(...)
II - a educação e **divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a**

igualdade nas contratações;

(...)

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou **impostas no fornecimento de produtos e serviços;**

(...)

Esse entendimento se vê presente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça :

CONSUMIDOR - SERVIÇOS DE "900" - "DISQUE PRAZER" - COBRANÇA - NECESSIDADE DE PRÉVIA SOLICITAÇÃO - CDC, ART. 39, III.

- A cobrança de serviço de "900 - disque prazer" **sem a prévia solicitação do consumidor constitui prática abusiva** (CDC, art. 39, III). Se prestado, sem o pedido anterior, tal serviço equipara-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento (CDC, art. 39, parágrafo único).

- Recurso provido.

(REsp 318.372/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 17/05/2004, p. 213)

Assim, sendo considerada ilegal, é hipótese de procedência da ação para que a ré seja condenada a cessar a conduta, ressarcir os valores indevidamente cobrados e comunicar seus cliente, como forma de contrapropaganda.

Diante do exposto, o Ministério Público Federal, por meio do Procurador Regional da República infra-assinado, manifesta-se pelo não provimento do recurso adesivo da ANATEL, e pelo provimento da apelação do autor, para que seja reformada a r. Sentença.

São Paulo, 1 de outubro de 2014.

Carlos Fernando dos Santos Lima
Procurador Regional da República