

ADRIANO PEREIRA SANDINI

**APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO CONTRATO
DE SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO
PROJETO DE PESQUISA E MONOGRAFIA JURÍDICA**

COGEAE-PUC/São Paulo

2014

ADRIANO PEREIRA SANDINI

**APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO CONTRATO
DE SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO
PROJETO DE PESQUISA E MONOGRAFIA JURÍDICA**

Orientadora: Professora Dra. Greice Patricia Fuller

COGEAE-PUC/São Paulo

2014

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise da aplicação da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominado como Código de Defesa do Consumidor no serviço telefônico fixo comutado.

Destaca-se que o serviço de telefonia fixa, desde sua criação, foi prestado sob o monopólio da União, sendo que foi possível sua prestação por entes privados a partir da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto 1995, seja por meio de concessão, autorização ou permissão.

Após a essa Emenda Constitucional, foi preparado todo o modelo de prestação de serviços de telecomunicações, principalmente com a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, a qual além de criar o órgão regulador ANATEL, estabeleceu normas para regulamentação dos serviços de telecomunicações e, após, com as próprias Resoluções da ANATEL.

Diante da perspectiva acima traçada, o presente trabalho buscou elementos doutrinários e jurisprudenciais para demonstrar se o Código de Defesa do Consumidor é aplicável nos serviços de telefonia fixa prestados pelos entes privados, sob a guarida de toda regulamentação existente sob esse tema.

ABSTRACT

The scope of this work includes analyzing the handing of the Act 8.078, of September's 11th, 1990, known as Customer Defense Code in switched fixed telephone services.

It is important to note that, since its establishment, the telephony service has been provided by Government Monopoly and it was opened to private initiative after the Constitutional Amendment 8, of August 15th, 1995, which granted the possibility of private companies offer this services by authorization, license or concession.

After such amendment at Constitutional, telecommunication services delivery model was prepared, mainly by the Act 9.472, July 16th, 1997, which created a new regulatory agency ANATEL and also established general rules for telecommunication services, and then, also ANATEL's resolutions.

Thus, the present work intend to loom doctrine and jurisprudence elements in order to demonstrate if the Customer Defense Code is applicable in the fixed telecommunication services offered by private entities, according the laws related to this theme.

Sumário

Introdução.....	6
I – Lei Geral das Telecomunicações – Lei 9.472/97.....	8
I.I – Princípios da Lei Geral de Telecomunicações – LGT.....	10
I.II Serviços de Telecomunicações.....	12
II. STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado – Resolução 426/05 da Anatel	16
II.I Características	17
II.II Direitos e Obrigações	19
II.III – Plano Geral de Outorgas.....	22
II.IV - Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC	24
II.V – Natureza jurídica da relação entre consumidor e prestador de serviço de STFC.	27
III. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no contrato de STFC	31
III.I. Definição de consumidor perante o CDC, Lei Geral de Telecomunicações e Resolução 426/05.....	31
III.I.I Teoria maximalista sob o viés do CDC	32
III.I.II Teoria finalista.....	35
III.I.III Teoria finalista mitigada.....	37
III.II. Responsabilidade dos serviços públicos	41
III.III. Aplicabilidade do CDC no Serviço Telefônico Fixo Comutado	42
III.IV – Entendimento dos Tribunais em relação a aplicabilidade do CDC para os serviços de telefonia	46
Conclusão.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	53

Introdução

Os serviços de telecomunicações sempre foram prestados como monopólio da União até a década de 90, momento em que foi percebido que seu desenvolvimento era indispensável para o progresso econômico do Brasil.

Por meio do programa de Governo do Fernando Henrique Cardoso, proposto no ano de 1994, foi constatado nos últimos trinta anos o setor de telecomunicações no Brasil sofreu um importante desenvolvimento. Naquela época, o Brasil possuía aproximadamente 12,5 milhões de terminais telefônicos, ocupando a décima primeira posição mundial em números e a décima posição mundial em aporte financeiro em torno de US\$ 3 bilhões por ano.

Embora todo esse investimento e infraestrutura, apenas 8% da população naquela época possuía telefone em suas residências, sendo que em Brasília a proporção era de 20 terminais por 100 habitantes, enquanto que no nordeste a proporção era de 3 terminais por 100 habitantes. Ademais, a cobertura atingia 100% dos domicílios de classe média-alta e praticamente não tinha cobertura para a população de menor renda.

Assim, ante a percepção de um mercado promissor e da necessidade de desenvolvimento da tecnologia da informação para o desenvolvimento da sociedade, foi indispensável a adoção de medidas para adequar e melhorar a infraestrutura existente no setor das telecomunicações.¹

Assim, com a posse do presidente Fernando Henrique Cardoso, iniciou-se os trabalhos para o desenvolvimento e modernização do sistema de telecomunicações no país, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 8 em 1995, criação da Lei Geral das Telecomunicações (“LGT”) em 1997, a qual foi responsável pela criação da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações e suas posteriores Resoluções para regulamentação dos serviços de telecomunicações para o mercado brasileiro.

¹ CARDOSO, Fernando Henrique. Proposta de Governo – Mãos à Obra. 2008. RJ. Disponível em <www.bvce.org> p. 22/23. Acesso em 28/09/2014.

Levando em consideração a oferta dos serviços de telecomunicações nos termos das legislações supracitadas, mister se faz avaliar a adequação da sistemática legislativa no que tange a aplicação das leis de proteção ao consumidor que foi codificada em 1990, por meio do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, tendo por escopo a análise de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas regras de telecomunicações, foi optado pela limitação da aplicação das leis consumeristas exclusivamente no serviço telefônico fixo comutado.

I – Lei Geral das Telecomunicações – Lei 9.472/97

Após a Emenda Constitucional nº 8 de 15 de agosto de 1995, ficou atestada constitucionalmente a possibilidade da União explorar os serviços de telecomunicações, *in verbis*:

“Art.1º O inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII –

a) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional.”²

Assim, ficou permitida constitucionalmente a possibilidade da União, por meio de autorização, concessão ou permissão utilizar entidades privadas de explorar os serviços de telecomunicações, a qual fora posteriormente regulamentada pela Lei Geral de Telecomunicações.

Neste sentido observa-se a seguinte constatação:

“As inovações tem ligação direta com a finalidade própria das figuras do Direito Público, atrelada à descentralização e desconcentração do serviço público, tendo em vista a problemática contemporânea do tamanho do Estado e sua avaliação de eficiência, como estudo de novas variedades concessionais e a crescente importância da situação de reavaliação intervencionista do Estado e os direitos dos cidadãos em cotejo com o capital público escasso, seu gerenciamento inadequado e a desoneração do contribuinte no pagamento do prejuízo social e sua respectiva distribuição por

² PALÁCIO DO PLANALTO – Presidência da República. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 29/09/2014.

consequência dessas mazelas estatais, dentre outros importantes fatores.”³

Frisa-se que com a Constituição de 1988 com a ideologia do Estado Democrático de Direito levou em consideração inúmeros princípios, dentre eles a defesa do consumidor, assim, Maria D’Assunção nos ensina:

“Voltando aos princípios fundantes da Ordem Econômica, vemos que esses princípios devem observar a soberania nacional, respeitar a propriedade privada, buscar a função social da propriedade, promover a livre concorrência e a defesa do consumidor, resguardar o meio ambiente, reduzir as desigualdades regionais e sociais, caminhar na busca do pleno emprego, propiciando um tratamento adequado às empresas de pequeno porte constituídas de acordo com a Lei brasileira para que, segundo observamos anteriormente neste livro, possamos encontrar o Estado Democrático de Direito, esculpido nos artigos 1 e 2 da Lei Maior”⁴ (*Grifo meu*)

Ainda:

“De tudo que comentamos, podemos verificar que, para nosso assunto, as emendas constitucionais números 5, 8 e 9/95 e a Lei de Concessões trouxeram revalorização para os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, permitindo que empresas privadas, constituídas sob as leis brasileiras, explorassem atividades antes exclusivas das empresas cujo mandatário era o Estado.”⁵

Não obstante as alterações trazidas pela Constituição e principalmente com a Emenda Constitucional nº 8 observa-se que foi transferido aos órgãos reguladores dos serviços públicos prestados por meio de concessão, autorização ou permissão, a necessidade de criar um canal de atendimento ao consumidor:

“Por derradeiro, lembramos que todas as agências, por força da Lei Federal nº 9.986 de 18-7-2000, devem constituir uma Ouvidoria, com finalidade de ouvir os reclamos dos consumidores e de zelar pelo cumprimento de todos os preceitos legais protetivos das relações de consumo”⁶

³ Messoal Azulay Neto e Antônio Lima. **O Novo Cenário das Telecomunicações No Direito Brasileiro**. p.2.

⁴ Maria D’Assunção Costa Menezello. **Agências Reguladores e o Direito Brasileiro**. p. 34/35.

⁵ Ibid., p. 49.

⁶ Ibid., p. 145

Nota-se que com essas alterações, foi oferecido aos consumidores a possibilidade de contatar diretamente os órgãos reguladores, com a finalidade destes fiscalizarem os entes que de fato prestam os serviços à população.

I.I – Princípios da Lei Geral de Telecomunicações – LGT

Tendo em vista que o presente trabalho visa verificar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no contrato de serviço fixo de telefone comutado, cumpre explorar quais os princípios estabelecidos na Lei Geral de Telecomunicações, para após, de forma sistemática, reduzirmos a análise no contrato específico que fora proposto inicialmente.

Assim, visando compreender melhor a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, passamos a analisar quais princípios foram utilizados para a fundamentação da LGT.

Além do princípio da função social trazida com bastante vigor pela Constituição de 1988, pode-se encontrar outras diretrizes, tais como livre-concorrência e de defesa do consumidor como pontos centrais contidos na LGT.

Realizando a leitura da exposição de motivos da LGT, destacam-se os seguintes pontos:

“Além de competência para definir a regulamentação do setor, cobrindo todos os aspectos, desde as licenças até os padrões de interconexão, o órgão regulador deverá ter autoridade para fazer cumprir a lei e os regulamentos. Essa autoridade, em associação com as dos organismos de defesa da concorrência, será essencial para assegurar a proteção dos consumidores contra comportamentos anticompetitivos.”⁷ (*Grifo meu*)

Com a simples leitura da exposição de motivos, já é possível identificar a preocupação do legislador em proteger os consumidores de eventuais práticas abusivas das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas prestadoras dos serviços de telecomunicações.

⁷ ANATEL. Disponível em <www.anatel.gov.br>. Acesso em 29/09/2014.

Além disso, pode-se afirmar que na própria exposição de motivos foi prevista a quebra definitiva do monopólio da União como prestador dos serviços de telecomunicações, ficando a União, por meio das agências reguladoras, responsável pelas atividades de regulamentação e fiscalização.

“A segunda etapa da reforma é a que está sendo proposta no momento. Ela visa alterar profundamente o atual modelo brasileiro de telecomunicações, de forma que a exploração dos serviços passe da condição de monopólio à de competição e que o Estado passe da função de provedor para a de regulador dos serviços e indutor das forças de mercado, fazendo, ao mesmo tempo, com que o foco da regulamentação seja deslocado da estrutura de oferta de serviços, como era tradicional, para os consumidores desses serviços. Adicionalmente, pretende-se criar um ambiente de estabilidade regulatória que estimule investimentos no setor.”⁸ (*Grifo meu*)

Inclusive, tais diretrizes já haviam sido previstas no Programa de Governo do Fernando Henrique Cardoso - FHC, no capítulo que tratava das telecomunicações:

“Diretrizes gerais

Para a organização institucional do setor

As iniciativas do futuro governo resguardarão o patrimônio público nas telecomunicações e terão as seguintes orientações gerais:

- Estimular o investimento privado no setor.
- Reforçar a presença do Estado como ente regulador da atividade de telecomunicações.
- Diversificar a oferta de serviços no setor pela iniciativa privada.
- Preservar a presença do setor público nas áreas estratégicas das comunicações e no desenvolvimento tecnológico.
- Estabelecer mecanismos de política tarifária e fiscal que permitam transferências de recursos dos segmentos de mercado de maior para os de menor rentabilidade.⁹

Observamos claramente que as premissas contidas no plano de governo do FHC foram reiteradas pelos legisladores na exposição de motivos da LGT.

⁸ ANATEL. Disponível em <www.anatel.gov.br>. Acesso em 29/09/2014.

⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. Proposta de Governo – Mãos à Obra. 2008. RJ. Disponível em <www.bvce.org> p. 24. Acesso em 28/09/2014.

Sendo tal entendimento, posteriormente firmado no próprio artigo 5º da LGT, o qual positivou a defesa do consumidor, dentre outros, como um dos princípios aplicáveis no setor das telecomunicações, *in verbis*:

“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.”¹⁰ (*Grifo meu*).

Conclui-se, portanto, que o legislador pretendeu explicitar a aplicabilidade da defesa do consumidor como princípio contido nos serviços de telecomunicações, dentre eles o serviço telefônico fixo comutado – “STFC”.

I.II Serviços de Telecomunicações

A fim de identificarmos a característica do STFC, deve-se observar a classificação que a LGT trouxe para os serviços de telecomunicações, as quais estão expostas nos artigos 62 e seguintes da referida Lei.

Com a simples leitura da Lei percebe-se que o serviço de telecomunicações foi dividido em duas categorias a de interesse coletivo e de interesse restrito. A distinção reside no fato deste último não poder interferir no primeiro.

Senão vejamos, *in verbis*:

“Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.”

¹⁰ PALÁCIO DO PLANALTO – Presidência da República. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 29/09/2014.

Além disso, a forma de prestação dos serviços pode se dar em regime público e em regime privado, naquele caso, o serviço é prestado mediante concessão ou permissão e este mediante autorização.

Observa-se, *in verbis*:

“Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.”

Importante destacar, ainda, que nos serviços de interesse público, no qual está contido o STFC, a própria União assegurará sua existência, universalização e continuidade, conforme previsto no parágrafo único do artigo 64 da LGT.

Como forma de esclarecer o quanto acima, podem-se utilizar as duas tabelas com uma análise simplificada, a qual distingue o regime jurídico público do privado, bem como identificando os deveres do Estado perante esses serviços¹¹:

<u>REGIME JURÍDICO</u>	<u>COMPROMISSOS</u>	<u>EXEMPLOS</u>
Público	Obrigações de universalização e continuidade	Serviço de telefonia fixa comutada
Privado	Não tem essas obrigações	Serviços de telefonia fixa comutada, serviço móvel pessoal, serviço móvel especializado, serviço de comunicação e multimídia.

DEVERES DO ESTADO	SERVIÇO PRESTADO EM	SERVIÇO PRESTADO
--------------------------	----------------------------	-------------------------

¹¹ Luiz Fernando Taboada. **Serviços de Telecomunicações Especialização em Comunicações Móveis da Universidade Federal Fluminense**, material fornecido para o curso de MBA em Telecomunicações. Slides 46/48

	REGIME PÚBLICO	EM REGIME PRIVADO
Dever de garantir aos usuários a existência do serviço.	Sim	Não
Dever de assumir o serviço não prestado ao usuário (continuidade)	Sim	Não
Obrigações com a Universalização	Sim	Como regra geral não
Viabilidade econômica de prestação de serviço	Sim	Não
Zelar pela boa qualidade do serviço	Sim, com intensidade	Sim, com menos intensidade
Direito ao equilíbrio econômico - financeiro do Contrato de Concessão	Sim	Não
Direito à indenização das partes de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, quando do fim da concessão.	Sim	Não
Direito à indenização se o concedente retomar o serviço antes do fim da concessão-encampação	Sim	Não

Assim, esclarecidas as formas de classificação, destaca-se que o serviço telefônico fixo comutado é um serviço de interesse coletivo e é prestado em regime público e privado, tal como formalizado no art. 4º e 5º da Resolução 426/2005 da Anatel que aprova o Serviço Telefônico Fixo Comutado, *in verbis*:

“Art. 4º O STFC é classificado, quanto a sua abrangência, como serviço de telecomunicações de interesse coletivo.

Art. 5º O STFC é prestado em regime público e em regime privado, e objeto de, respectivamente, concessão ou permissão e autorização, conforme disposto no Plano Geral de Outorgas (PGO).”¹²

Tecidas essas considerações, é possível identificar que o STFC encontra-se enquadrado dentro dos serviços de telecomunicações.

Sendo o STFC tratado como um serviço de telecomunicações, conseqüentemente aplicam-se os princípios encontrados na LGT, bem como demais normas específicas, tal como a Resolução 426/2005 da Anatel.

¹² ANATEL. Disponível em <www.anatel.gov.br>. Acesso em 30/09/2014.

II. STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado – Resolução 426/05 da Anatel

A título de curiosidade, o primeiro serviço de telefonia no Brasil, que se tem conhecimento, foi a instalação de um telefone em 1877, por determinação de D. Pedro II que realizou sua primeira ligação para o próprio Graham Bell. Na época a empresa que realizou a instalação da linha telefônica no palácio da Quinta da Boa Vista foi a *Western and Brazilian Telegraph Company*.

Sob o ponto de vista legislativo o STFC no Brasil sofreu a seguinte evolução: em 1963 por meio do Decreto 52.026 foi aprovado o Regulamento Geral para execução da Lei 4.117\62, a qual conceituou o Serviço Telefônico Público. Com a Portaria 663\79 do Ministério das Comunicações, o Serviço Telefônico Público foi definido como modalidade de serviço de telecomunicações destinada à intercomunicação, por meio da transmissão de voz ou de outros sons por processos de telefônica.¹³

A partir da LGT, esse mesmo serviço passou a ser denominado STFC e é definido como serviço de telecomunicações que por meio da transmissão da voz e outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando-se processos de telefonia.

Para J.C. Mariense Escobar, o STFC:

“Foi submetido a um disciplinamento jurídico deveras inovador, eis que passível de ser explorado e prestado não só no regime jurídico público, mediante concessão ou permissão, mas, também no regime privado, sob autorização”¹⁴

Todavia, para a professora Raquel Dias da Silveira, os serviços de STFC:

“ou serão prestados no regime público, quando forem objeto de concessão ou permissão, ou serão prestados no regime parcialmente público, quando objeto de autorização.”¹⁵

Independentemente da possibilidade do serviço de telefonia fixa comutada ser prestada nos regimes público ou privado, atualmente no Brasil esse serviço é

¹³ J.C. Mariense Escobar. **Serviços de Telecomunicações – Aspectos jurídicos e regulatórios**. p. 10.

¹⁴ *Ibid.*, p.68.

¹⁵ *Ibid.*, p.68.

oferecido apenas e tão somente no regime público, conforme abaixo será demonstrado no Plano Geral de Outorgas.

Destaca-se os ensinamentos do J.C. Mariense Escobar:

“O STFC, quanto à abrangência, é classificado como serviço de interesse coletivo, destinado ao uso público em geral, e pode ser prestado em regime público, sob concessão ou permissão, ou no regime privado (talvez fosse melhor dizer parcialmente público, mediante autorização. Para tanto, as prestadoras tem direito à implantação, expansão e operação dos troncos, redes e centrais de comutação necessários à sua execução, bem como à exploração industrial dos meios de telecomunicações a eles vinculados.”¹⁶

Embora a LGT tenha entrado em vigor em 1997, a ANATEL apenas normatizou com maior detalhamento esse serviço por meio da Resolução 426/05, a qual entrou em vigor em 9 de dezembro de 2014..

Por meio desse serviço é possível realizar ligações locais, ligações de longa distância nacional e longa distância internacional de dispositivos fixos.

II.I Características

Conforme mencionado acima, a Resolução 426/05 da Anatel que aprovou o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado dispôs nos artigos 4º ao 8º as características desse serviço, *in verbis*:

“Art. 4º O STFC é classificado, quanto a sua abrangência, como serviço de telecomunicações de interesse coletivo.

Art. 5º O STFC é prestado em regime público e em regime privado, e objeto de, respectivamente, concessão ou permissão e autorização, conforme disposto no Plano Geral de Outorgas (PGO).

Art. 6º São modalidades do STFC:

I - local: destinada à comunicação entre pontos fixos determinados situados em uma mesma área local ou em localidades distintas que possuam tratamento local;

¹⁶ Ibid., p. 73.

II - longa distância nacional: destinada à comunicação entre pontos fixos determinados, situados em áreas locais distintas no território nacional e que não pertençam a localidades que possuam tratamento local; e

III - longa distância internacional: destinada à comunicação entre um ponto fixo situado no território nacional e outro ponto no exterior.

Art. 7º O STFC é caracterizado pelo estabelecimento de comunicação entre dois pontos fixos nos modos chamada a chamada, semi-permanente e permanente, por meio de procedimentos automáticos ou semi-automáticos.

Art. 8º Constituem pressupostos essenciais à prestação do STFC, a identificação do acesso individual ou coletivo de origem ou destino da chamada, a capacidade de rastrear a chamada e a garantia de manutenção ou suspensão do sigilo nos termos do Capítulo III do Título IV deste Regulamento.”¹⁷

No item anterior foi mencionado que alguns doutrinadores tentavam diferenciar a denominação do STFC como regime público ou regime privado ou regime parcialmente público, em suma, o legislador não fez essa distinção e trata a possibilidade do STFC ser explorado tanto pelo regime público quanto pelo regime privado.

Destaca-se que a comutação é parte essencial para a conexão entre a linha que faz a chamada e a linha que recebe a ligação, assim observamos os conhecimentos Annabel Z. Dodd:

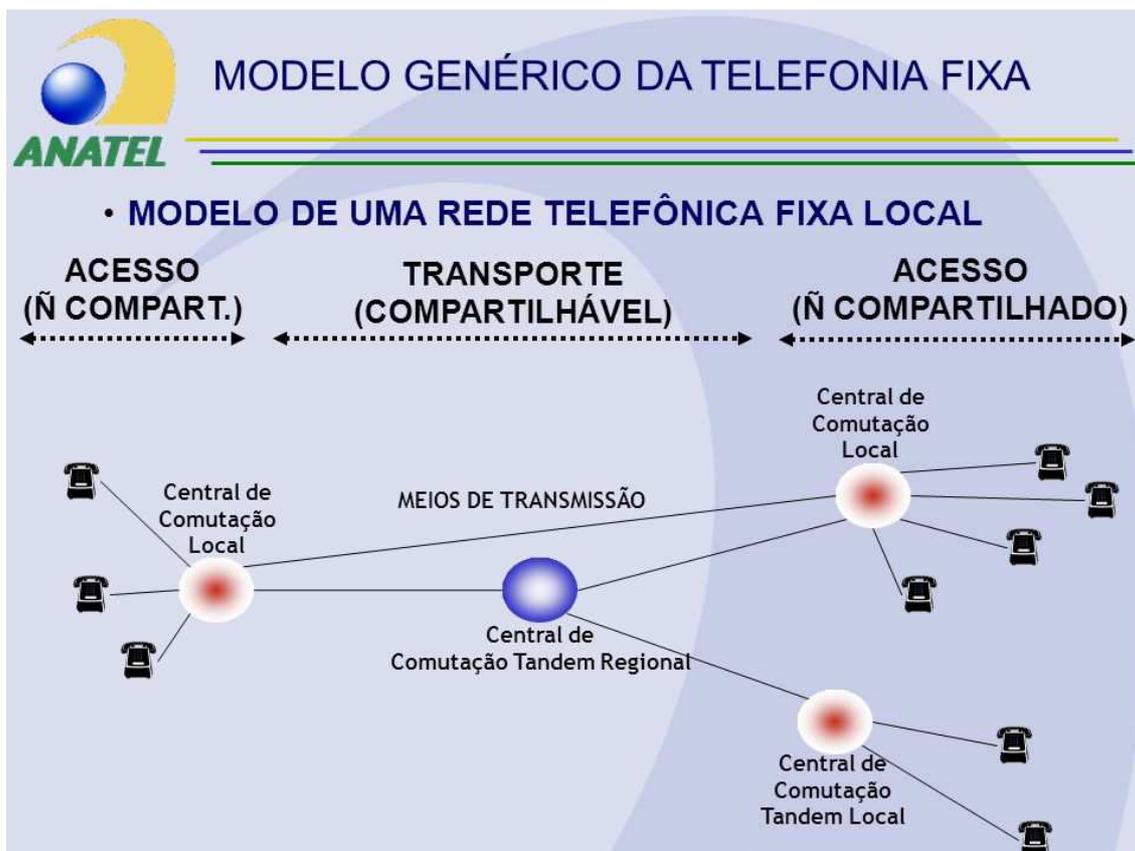
“Chamadas discadas são feitas utilizando serviços comutados. Sempre que um número de telefone é discado, o serviço comutado é acessado. A central, que realiza a função de comutação, encaminha a chamada com base no número do telefone discado. Isso se aplica às chamadas de modem, fax e voz. As concessionárias e as revendedoras utilizam nomes de marcas comerciais para vender serviços comutados. Por exemplo, AT&T vende o plano *UniPlan OneRate* e a Sprint oferece o plano *Real solutions*.”¹⁸

Assim, para melhor compreensão, observa-se o esquema de funcionamento do sistema comutado de telefonia:¹⁹

¹⁷ ANATEL. Disponível em <www.anatel.gov.br>. Acesso em 30/09/2014.

¹⁸ Annabel Z Dodd. **O Guia Essencial para Telecomunicações**. p. 163.

¹⁹ Esquema obtido no site da Anatel, www.anatel.gov.br. Acesso em 9.10.2014.



II.II Direitos e Obrigações

A regulamentação do STFC positivou os direitos e obrigações dos usuários e das operadoras dos respectivos serviços.

Dentre os direitos mais importantes, conexos com o direito do consumidor podemos destacar os seguintes, *in verbis*:

“Art. 11. O usuário do STFC tem direito:

II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço, em suas várias modalidades;

III - ao tratamento não discriminatório quanto às condições de acesso e fruição do serviço, em suas várias modalidades;

IV - à informação adequada sobre condições de prestação do serviço, em suas várias modalidades, facilidades e comodidades adicionais, suas tarifas ou preços;

V - ao detalhamento da fatura, para individualização das ligações realizadas, nos termos da regulamentação;

VI - à inviolabilidade e ao sigredo de sua comunicação, respeitadas as hipóteses e condições constitucionais e legais de quebra de sigilo de telecomunicações e as atividades de intermediação da comunicação dos portadores de deficiência, nos termos da regulamentação;

VII - ao conhecimento prévio de toda e qualquer alteração nas condições de prestação do serviço que lhe atinja direta ou indiretamente;

VIII - à suspensão ou interrupção do serviço prestado, quando solicitar;

X - ao prévio conhecimento das condições de contratação, prestação e suspensão do serviço;

XI - à privacidade nos documentos de cobrança e na utilização, pela prestadora, de seus dados pessoais não constantes da Lista Telefônica Obrigatória e Gratuita (LTOG), os quais não podem ser compartilhados com terceiros, ainda que coligados, sem prévia e expressa autorização do usuário, ressalvados os dados necessários para fins exclusivos de faturamento;

XII - de resposta eficiente e pronta às suas reclamações e correspondências, pela prestadora, conforme estabelece o Plano Geral de Metas de Qualidade para o STFC (PGMQ-STFC);

XII - de resposta eficiente e pronta às suas reclamações e correspondências, pela prestadora, conforme estabelece o Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do STFC (RGQ-STFC); (Redação dada pela Resolução nº 615, de 7 de junho de 2013)

XIII - ao encaminhamento à Anatel, para apreciação e solução, de reclamações ou representações contra a prestadora;

XIV - à reparação pelos danos causados pela violação dos seus direitos;

XVIII - de não ser obrigado ou induzido a consumir serviços ou a adquirir bens ou equipamentos que não sejam de seu interesse, bem como a não ser compelido a se submeter à condição para recebimento do serviço, nos termos deste Regulamento;

XXII - à reparação dos danos causados por descargas elétricas conduzidas via rede de telefonia que danifiquem a rede interna do assinante e aparelhos de telecomunicações a ela conectados, desde que ambos estejam em conformidade com a regulamentação;

XXIII - de receber cópia do contrato de prestação de serviço, bem como do plano de serviço contratado, sem qualquer ônus e independentemente de solicitação;

XXIV - à comunicação prévia da inclusão do nome do assinante em cadastros, bancos de dados, fichas ou registros de inadimplentes, condicionado à manutenção de seu cadastro atualizado junto à prestadora;

XXV - ao atendimento pessoal que lhe permita efetuar interação relativa à prestação do STFC, nos termos da regulamentação, sendo vedada a substituição do atendimento pessoal pelo oferecimento de auto-atendimento por telefone, correio eletrônico ou outras formas similares;

XXVI - de selecionar a prestadora de STFC de sua preferência para encaminhamento de chamadas de longa distância a cada chamada por ele originada;

XXVII - de não ser cobrado, em nenhuma hipótese, por chamada telefônica não completada;

XXVIII - de não ser cobrado por chamada telefônica dirigida à central de informação e de atendimento ao usuário da prestadora;

XXIX - de substituição, sem ônus, de seu equipamento terminal do STFC, em caso de incompatibilidade ocasionada por modernização da rede;²⁰

Com a leitura dos artigos acima, pode-se extrair que a agência reguladora ao elaborar o referido regulamento já incorporou de forma efetiva a proteção ao consumidor, frente ao serviço de STFC.

Ora, é possível compreender que o órgão regulador ao preparar a norma e após a abertura do mercado de telecomunicações à exploração de entes privados, seguramente levou em consideração as diretrizes apontadas na própria Constituição no que tange o princípio da defesa do consumidor, esculpido no art. 170, *in verbis*:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;”

²⁰ ANATEL. Disponível em <www.anatel.gov.br>. Acesso em 28/10/2014.

Tal concepção é facilmente observada, pois os temas que tratam da informação clara e adequada, privacidade, tratamento sem discriminação dos usuários, obrigação de reparação de danos, venda casada, dentre outras praticas foram visivelmente coibidas pelo próprio órgão regulador.

Não obstante os direitos dos usuários, os criadores da regulamentação listaram ainda deveres complementares das operadoras que oferecem o serviço de telefonia fixo comutado, *in verbis*:

“Art. 17. A prestadora deve manter central de informação e de atendimento ao usuário capacitada para receber e processar solicitações e reclamações, funcionando 24 (vinte e quatro) horas por dia.”

e

“Art. 22. A prestadora deve manter todos os dados relativos à prestação do serviço, inclusive os de bilhetagem, por um prazo mínimo de 5 (cinco) anos.”

Logo, notamos que o legislador foi bastante rígido no que tange a regulamentação do STFC em relação a proteção dos usuários perante as empresas prestadoras desse serviço.

II.III – Plano Geral de Outorgas

Não obstante a LGT e a própria Resolução 426 da Anatel definir em suas respectivas normativas, pode-se encontrar a reiteração do conceito de STFC no Plano Geral de Outorgas.

Para melhor compreensão do funcionamento do STFC no Brasil, mister se faz o conhecimento desse Plano, pois por meio dele que foi realizada a divisão das empresas que poderiam oferecer serviços de telefonia fixa por regiões e setores.

O Plano Geral de Outorgas foi aprovado por meio do Decreto nº 2.534/98, ou seja, após as normativas acima citadas, e tratou dentre outros pontos da divisão de regiões para a prestação dos serviços de telecomunicações no

Brasil, da não exclusividade das concessionárias dos serviços públicos, da necessidade de atender aos princípios da Anatel, etc.

Assim, observa-se no PGO, *in verbis*:

Art. 1º. O serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral será prestado nos regimes público e privado, nos termos dos arts. 18, inciso I, 64 e 65, inciso III, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e do disposto neste Plano Geral de Outorgas.

§ 1º. Serviço telefônico fixo comutado é o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia.

§ 2o. São modalidades do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral o serviço local, o serviço de longa distância nacional e o serviço de longa distância internacional, nos seguintes termos:

I - O serviço local destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados situados em uma mesma Área Local;

II - O serviço de longa distância nacional destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados situados em Áreas Locais distintas no território nacional; e

III - O serviço de longa distância internacional destina-se à comunicação entre um ponto fixo situado no território nacional e um outro ponto no exterior.”²¹ (Grifo meu)

Como se observa a própria legislação definiu os serviços locais, de longa distancia nacional e longa distancia internacional.

O jurista Eduardo Augusto de Oliveira Ramires traz a seguinte elucidação para o PGO:

“Com essa definição o Poder Executivo cumpriu, naquele momento, com sua tarefa de indicação da modalidade ou das modalidades de serviços de telecomunicações cuja existência, continuidade e universalização a União deveria assegurar. O PGO representa a escolha política do Poder Executivo pela composição do subconjunto das atividades de telecomunicações reservadas ao regime público, no caso, exclusivamente com o Serviço Telefônico Fixo Comutado –

²¹ ANATEL. Disponível em <www.anatel.gov.br>. Acesso em 8.10.2014.

STFC – os serviços tradicionais de telefonia fixa -, nas suas três submodalidades: local, longa distancia e longa distancia internacional.”²²

Além disso, a divisão para telefonia fixa foi feita em regiões da seguinte forma:



Essa divisão definiu quais empresas prestariam os serviços de STFC em regime público por meio de concessão, sendo possível, ainda, que outras companhias prestem o referido serviço em regime privado.

II.IV - Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC

Além das legislações acima citadas, em julho de 2014 entrou em vigor a Resolução da Anatel nº 632/2013 que Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC.

²² Eduardo Augusto de Oliveira Ramires. **Direito das Telecomunicações – A regulação para a competição**. p. 142.

Pelo próprio nome é possível observar que esse regulamento visa, de acordo com a sistemática apresentada, estabelecer regras sobre atendimento, cobrança e oferta de serviços relacionados ao STFC, dentre outros.

Destaca-se que esse regulamento entrou em vigor recentemente e foi alvo de uma ação judicial da TELCOMP – Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas em face da ANATEL para a suspensão da eficácia de alguns artigos dessa Resolução.

Essa ação judicial está em trâmite perante Tribunal Regional Federal da Primeira Região, na 21ª Vara Federal, sob o nº 0047610-90.2014.4.01.3400 – e até que o julgamento final seja realizado, não há como afirmar a eficácia plena dessa Resolução.

Todavia, com a leitura da decisão que concedeu a tutela antecipada, observa-se que os artigos que estão com a eficácia suspensa tratam mais de procedimentos criados às operadoras e não de sua essência de regulamentação de direitos do consumidor.

Inclusive, essa Resolução em seu artigo 2º, inciso I, definiu consumidor como: “pessoa natural ou jurídica que utiliza serviço de telecomunicações de interesse coletivo, independentemente de contrato de prestação de serviço ou inscrição junto à Prestadora, na forma do disposto no art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;”, irrefutavelmente fazendo menção ao CDC, novamente afastando a ideia de qualquer inaplicabilidade do CDC nas relações oriundas da contratação dos serviços de telefonia fixa.

Um dos pontos importantes trazidos por essa regulamentação trata-se da necessidade das prestadoras de serviço de STFC, manter um canal de atendimento presencial aos usuários, *in verbis*:

“Art. 40. Sem prejuízo do disposto nos arts. 30 e 36, a Concessionária do STFC na modalidade Local deve manter em todos os municípios, na Área de Prestação que não tenha Setor de Atendimento Presencial, ao menos um local de atendimento, próprio ou por meio de contrato com terceiro, que possibilite ao Consumidor o registro e encaminhamento de pedidos de informação, reclamações e solicitações de serviços, rescisão ou qualquer outra demanda.”

Em suma, além dos pontos acima destacados, esse regulamento trata sobre a questão de oferta conjunta, atualmente comercializada em forma de combos, o contrato de permanência, o qual permite a cobrança de multa em caso de rescisão antecipada do contrato de telecomunicações, dentre outros.

Destaca-se que esse Regulamento faz parte das ações do Plano Nacional de Defesa do Consumidor (Plandec), instituído pelo Decreto nº 7.963/13, que elevou a proteção do consumidor à Política de Estado.

No artigo 11 desse Decreto, há a disposição de que o Ministério das Telecomunicações faz parte do Comitê Técnico de Consumo e Regulamentação, o qual será responsável pelo acompanhamento da execução de políticas, programas e ações do Plano Nacional de Consumo e Cidadania, *in verbis*:

“Art. 11. Compete ao Observatório Nacional das Relações de Consumo:

I - promover estudos e formular propostas para consecução dos objetivos do Plano Nacional de Consumo e Cidadania; e

II - acompanhar a execução das políticas, programas e ações do Plano Nacional de Consumo e Cidadania.

§ 1º O Observatório Nacional das Relações de Consumo terá a seguinte estrutura:

I - Secretaria Executiva,

II - Comitê Técnico de Consumo e Regulação;

III - Comitê Técnico de Consumo e Turismo; e

IV - Comitê Técnico de Consumo e Pós-Venda.

§ 2º O Observatório Nacional das Relações de Consumo será composto por representantes dos seguintes órgãos:

I - na Secretaria-Executiva: Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça;

II - no Comitê Técnico de Consumo e Regulação:

a) Ministério da Justiça, que o presidirá;

b) Ministério da Fazenda;

c) Ministério das Comunicações (...).”

Dessa forma, fica clara a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em relação aos serviços de Telecomunicações, dentre eles o STFC.

II.V – Natureza jurídica da relação entre consumidor e prestador de serviço de STFC.

Conforme informado anteriormente, o serviço de telefonia fixa é prestado, por meio de concessão, autorização ou permissão. Assim, após o ente privado poder ofertar tal serviço aos consumidores finais, é preciso que se faça por meio de um contrato.

Conforme prescrito na Resolução 426/05, *in verbis*:

Art. 74. Contrato de prestação de serviço deve corresponder ao contrato padrão de adesão celebrado entre a prestadora e pessoa natural ou jurídica, que tem como objetivo tornar disponível o STFC, em endereço indicado pelo assinante, mediante o pagamento de tarifas ou preços, no caso de plano de serviço na forma pós-pago, ou mediante a aquisição de créditos, no caso de plano de serviço com crédito pré-pago vinculado a terminal de assinante.

§ 1º O contrato padrão de adesão da prestadora com PMS e suas alterações devem ser aprovados pela Agência antes de serem divulgados e aplicados, de forma expressa, no prazo de 30 (trinta) dias úteis, contado da data do protocolo do pedido, prorrogáveis por igual prazo em caso de necessidade.

§ 2º Os contratos de prestação de STFC nas modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional são considerados celebrados com cada prestadora, por adesão, quando da habilitação do assinante junto à prestadora na modalidade local.²³

Observa-se claramente que a contratação entre o concessionário e o consumidor final se dá por meio de um contrato de adesão, cuja minuta é previamente aprovada pelo órgão regulador – Anatel.

Adicionalmente, nota-se que a caracterização do contrato de adesão, de acordo com o CDC, se dá justamente pela minuta aprovada pelo órgão regulador, *in verbis*:

²³ ANATEL. Disponível em <www.anatel.gov.br>. Acesso em 28/10/2014.

“Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”²⁴

Com a simples leitura da legislação, observa-se que o contrato de STFC se trata de um contrato de adesão, o qual é definido pela própria legislação consumerista como aquele que tem suas cláusulas previamente aprovadas unilateralmente, impossibilitando o consumidor de alterar as condições previstas no contrato.

Para Nelson Nery Junior:

“Nessa definição estão abrangidas ambas as formas de contratação vislumbradas por Orlando Gome como sendo contrato de adesão e contrato por adesão, de modo que não foi olvidada nenhuma das facetas daquele fenômeno, não havendo, por conseguinte prejuízo para a dogmática do Direito Contratual.

(...)

O CDC é a primeira lei brasileira que regula o *contrato de adesão, definindo-o, fornecendo regime jurídico e método para sua interpretação.*²⁵

Em função da imposição das cláusulas unilateralmente pelo órgão regulador, como é o caso do STFC, o próprio legislador já contemplou que toda e qualquer cláusula abusiva eventualmente constante nos instrumentos de adesão, seria consideradas nulas de pleno direito, pois não foi permitido a parte aderente, independentemente de sua vulnerabilidade, a possibilidade de alterar o contrato nas partes em que não lhe era permitido.

Neste sentido observa-se:

Ementa: PLANO DE SAÚDE. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com obrigação de fazer,

²⁴ PALÁCIO DO PLANALTO – Presidência da República. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 28/10/2014.

²⁵ Ada Pellegrini Grinover et al. **CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. p. 524.

restituição de valores e indenização por danos morais. Discriminação etária vedada pelo Estatuto do Idoso. Abusividade caracterizada. Vedação ao reajuste com fundamento etário para o idoso. Ofensa à Lei nº 10.741/03, aplicável mesmo aos contratos de tratos sucessivos firmados antes de sua edição. Aplicação da súmula nº 91 deste Egrégio Tribunal. Devolução dos valores pagos a partir da citação da ré, momento em que se questionou a validade das disposições da avença e se instituiu o indébito. Sucumbência recíproca mantida. Recurso parcialmente provido.²⁶

E ainda:

Ementa: RECURSO INOMINADO. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL NA PLANTA. COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. CONDUTA ABUSIVA. É DEVIDA A ISENÇÃO DAS TAXAS DE CONDOMÍNIO ATÉ A IMISSÃO NA POSSE DO CONDÔMINO. PRECEDENTES DO E.STJ. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. O conjunto probatório produzido nos autos demonstra que o autor passou a ser cobrado a título de cotas condominiais no mês subsequente à vistoria da unidade adquirida em planta, embora ainda não houvesse recebido as chaves do imóvel, o que somente ocorreu em setembro de 2013, insurgindo-se, portanto, quanto aos valores cobrados desde junho a setembro por crer que seria indevida a cobrança. Em que pese a parte ré atribua a culpa da entrega das chaves à parte autora por, supostamente, ter atrasado o pagamento relativo ao valor a ser financiamento, não há nenhuma prova nos autos nesse sentido, ônus probatório que recaía sobre a parte ré, nos termos do art. 333, II, do CPC, o que impede o acolhimento de tal tese. Ao contrário, a parte autora juntou aos autos indícios probatórios suficientes de que teria sido a ré quem teria dado causa à demora na entrega das chaves, por não providenciar a liberação do contrato de financiamento, evidenciando que somente esteve na posse do imóvel a partir de 05.09.2013, embora tenha efetuado o pagamento das taxas condominiais desde junho. Além disso, a própria ré teria garantido aos autores que haveria o reembolso das cotas condominiais pagas no momento da entrega das chaves (fl. 42), não justificando a razão pela qual posteriormente negou a restituição (fl. 44). De acordo com entendimento do E.STJ (REsp 1297239/RJ) e da jurisprudência majoritária, a responsabilidade das taxas condominiais é da construtora até a data da imissão de posse por parte do promitente-comprador. Ainda que o contrato firmado entre as partes estabelecesse a possibilidade de tal cobrança, trata-se de contrato de adesão, sendo abusiva a cláusula que impõe

²⁶ TJSP. Ap. nº 0078747-38.2012.8.26.0100. 4ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Milton Carvalho. v.u. in <www.tjsp.jus.br> Data do julgamento 23/10/2014.

obrigação que coloca o consumidor em excessiva desvantagem, como no caso em tela, permitindo o reconhecimento de sua nulidade. Portanto, verifica-se a abusividade na cobrança em exame, diante da ausência de justificativa para responsabilização da parte autora a pagar por taxa de condomínio que sequer podia ocupar, pois a cobrança somente passou a ser legítima com a entrega das chaves aos proprietários, razão pela qual corretamente entendeu o juízo de origem pela devolução dos valores pagos indevidamente. RECURSO DESPROVIDO.²⁷

Assim, pode-se afirmar que o contrato de prestação de serviço de telefonia fixa é prestado por meio de um contrato de adesão, o qual, por sua própria natureza e legislação aplicável é considerado como protetivo de abusos em face do fornecedor de bens ou serviços.

²⁷ TJRS. Ap. nº 71005117189, 3ª Turma Recursal Cível. Des. Rel. Sílvia Muradas Fiori. v.u. in www.tjrs.jus.br, Data do julgamento em 23/10/2014

III. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no contrato de STFC

O Código de Defesa do Consumidor – CDC, entrou em vigor por meio da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou seja, claramente antes da LGT e conseqüentemente das resoluções da Anatel, que fora criada nesta última legislação.

Assim, conforme acima demonstrado o princípio de defesa do consumidor foi definido como princípio inerente aos serviços de telecomunicações, porém destaque que o CDC contém institutos específicos para defesa do consumidor que não necessariamente estão contidos na LGT e resoluções da Anatel, citando, por exemplo, a devolução em dobro em caso de cobrança indevida praticada pelo fornecedor.

III.I. Definição de consumidor perante o CDC, Lei Geral de Telecomunicações e Resolução 426/05

A definição de consumidor pelo CDC está contida no artigo 2, *in verbis*:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”²⁸

Desde a criação da Lei até os dias modernos, muitas considerações foram feitas acerca da definição de consumidor, tanto que é possível encontrar na doutrina e jurisprudência três correntes que definem o consumidor de formas distintas, quais sejam: teoria maximalista ou objetiva, teoria finalista ou subjetiva e teoria finalista mitigada ou mista.

²⁸ PALÁCIO DO PLANALTO – Presidência da República. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 30/09/2014.

III.1.1 Teoria maximalista sob o viés do CDC

A corrente maximalista tem como principal entendimento de que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que retira o produto ou serviço do mercado e utiliza tal serviço ou produto como destinatário final.

Para os seguidores desta corrente não há distinção se a pessoa que retirou o produto ou serviço o utiliza para uso profissional ou com a finalidade de obter lucro, basta apenas que o tenha retirado do mercado e ser o último da cadeia de consumo.

“Quanto aos maximalistas, pondera a autora citada, “vêm nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável”²⁹

No Conflito de Competência n. 64.528 – MT (2006/0123705-0), no voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi foi muito bem destacada a utilização da teoria maximalista no STJ, bem como informa que a partir do ano de 2004 a segunda seção começou a adotar a teoria finalista, senão vejamos:

“É sabido que há duas teorias a respeito da configuração da definição de consumidor: a subjetiva ou finalista, e a objetiva ou maximalista. Esta exige, apenas, a existência de destinação final fática do produto ou serviço, enquanto aquela, mais restritiva, exige a presença de destinação final fática e econômica.

Com isso, quer-se dizer que, para o conceito subjetivo ou finalista, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente; portanto, a empresa que adquire um caminhão para transportar as mercadorias que produz não deve ser considerado consumidor em relação à montadora, na medida em que tal veículo, de alguma forma, integra sua cadeia produtiva.

Já para o conceito objetivo ou maximalista, basta o ato de consumo, com a destinação final fática do produto ou serviço para alguém, que será considerado consumidor destes, pouco importando se a necessidade a ser suprida é de natureza pessoal ou profissional. Sob tal perspectiva, o caminhão

²⁹ Ada Pellegrini Grinover et al. **CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. p. 35.

comprado com o intuito de auxiliar no transporte de mercadorias de uma empresa atinge, nessa atividade, sua destinação final, uma vez que não será objeto de transformação ou beneficiamento.

O levantamento histórico da jurisprudência do STJ demonstra que, até meados de 2.004, a 3ª Turma tendia a adotar a posição maximalista, enquanto que a 4ª Turma tendia a seguir a corrente finalista, conforme levantamento transcrito no voto-vista que proferi no CC nº 41.056/SP, julgado pela 2ª Seção em 23.06.2004.

Entre os acórdãos da 3ª Turma ali citados, há dois que apresentam relevo para a presente hipótese.

O primeiro deles, o Resp. nº 208.793/MT, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 01.08.2000, com base na teoria maximalista, entendeu existir relação de consumo entre produtor rural e empresa fornecedora de adubo, pois a utilização deste pelo agricultor representaria o fim da cadeia produtiva relativa ao fertilizante, nos termos da seguinte ementa:

"Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final: conceito. Compra de adubo. Prescrição. Lucros cessantes.

1. A expressão "destinatário final", constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento.

2. Estando o contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor a prescrição é de cinco anos.

3. Deixando o Acórdão recorrido para a liquidação por artigos a condenação por lucros cessantes, não há prequestionamento dos artigos 284 e 462 do Código de Processo Civil, e 1.059 e 1.060 do Código Civil, que não podem ser superiores ao valor indicado na inicial.

4. Recurso especial não conhecido" (Resp. 208.793/MT; 3ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 01.08.2000).

Em contexto semelhante, no Resp. nº 445.854/MS, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 19.12.2003, a 3ª Turma entendeu que havia relação de consumo entre agricultor e financeira, quando aquele compra colheitadeira de algodão para incrementar sua produção. É a seguinte a ementa do julgado:

"CONTRATOS BANCÁRIOS – CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO PARA COMPRA DE COLHEITADEIRA – AGRICULTOR – DESTINATÁRIO FINAL – INCIDÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR –

COMPROVAÇÃO – CAPTAÇÃO DE RECURSOS – MATÉRIA DE PROVA – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA.

I – O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços.

III – Afirmando pelo acórdão recorrido que não ficou provada a captação de recursos externos, rever esse entendimento encontra óbice no enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte.

IV – Ausente o prequestionamento da questão federal suscitada, é inviável o recurso especial (Súmulas 282 e 356/STF).

Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia" (Resp. 445.854MS; 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 19.12.2003).

Tais acórdãos são, claramente, fundados na teoria objetiva ou maximalista, pois levam em conta, apenas, a destinação final fática do produto ou serviço, e não sua destinação fática econômica, que, tanto na hipótese da compra do adubo, quanto na hipótese da compra de colheitadeira, é a de incrementar a atividade produtiva do agricultor.

Contudo, em 10.11.2004, a 2ª Seção, no julgamento do Resp. nº 541.867/BA, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro (DJ de 16.05.2005), acabou por firmar entendimento centrado na teoria subjetiva ou finalista, em situação fática na qual se analisava a prestação de serviços de empresa administradora de cartão de crédito a estabelecimento comercial. Naquela oportunidade, ficou estabelecido que a facilidade relativa à oferta de meios de crédito eletrônico como forma de pagamento devia ser considerada um incremento da atividade empresarial, afastando, assim, a existência de destinação final do serviço."³⁰

Com a leitura acima, destaca-se que a teoria maximalista foi entendida como aquela aplicável durante um período, porém a contar de determinada época, os tribunais pátrios deixaram de aplicar essa teoria substituindo-a pelas teorias finalista e finalista mitigada.

³⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. C.C. 64.528 – MT (20060123705-0) – Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 4.10.2014.

III.I.II Teoria finalista

A teoria finalista trata a ideia de destinatário final como a pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou contrata o produto ou serviço para utilizar para uso próprio sem que exista, de forma alguma, a utilização do produto ou serviço com a finalidade de produzir, obter vantagens comerciais ou profissionais.³¹

Os defensores dessa linha, tais como Cláudia Lima Marques e Antônio Herman V. Benjamin, afirmam que não pode ser considerado consumidor aquele que utiliza o produto ou serviço com finalidade de obter lucro como insumo de sua atividade, pois a cadeia de consumo não se encerraria com aquele que utiliza o produto ou serviços, estes apenas seriam ferramentas de um novo fornecedor ou prestador de serviços.

"O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção."³²

Neste entendimento, encontramos recentes decisões do STJ:

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO EMPRESARIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA PRÓPRIA PESSOA JURÍDICA. DESTINATÁRIA FINAL DOS SERVIÇOS SECURITÁRIOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DO CDC. COBERTURA

³¹ NORAT, Markus Samuel Leite. **O conceito de consumidor no direito: Uma comparação entre as teorias finalista, maximalista e mista.** Cognitione juris. João Pessoa. Disponível em <http://www.cognitionejuris.com/artigos/04/08.html>. Acesso em 10/10/2014.

³² Cláudia Lima Marques et al. **COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** p. 83/84

CONTRATUAL CONTRA ROUBO/FURTO QUALIFICADO. OCORRÊNCIA DE FURTO SIMPLES. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. FALHA NO DEVER GERAL DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprimindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário).

3. Há relação de consumo no seguro empresarial se a pessoa jurídica o firmar visando a proteção do próprio patrimônio (destinação pessoal), sem o integrar nos produtos ou serviços que oferece, mesmo que seja para resguardar insumos utilizados em sua atividade comercial, pois será a destinatária final dos serviços securitários. Situação diversa seria se o seguro empresarial fosse contratado para cobrir riscos dos clientes, ocasião em que faria parte dos serviços prestados pela pessoa jurídica, o que configuraria consumo intermediário, não protegido pelo CDC.

4. A cláusula securitária a qual garante a proteção do patrimônio do segurado apenas contra o furto qualificado, sem esclarecer o significado e o alcance do termo "qualificado", bem como a situação concernente ao furto simples, está eivada de abusividade por falha no dever geral de informação da seguradora e por sonegar ao consumidor o conhecimento suficiente acerca do objeto contratado. Não pode ser exigido do consumidor o conhecimento de termos técnico-jurídicos específicos, ainda mais a diferença entre tipos penais de mesmo gênero.

5. Recurso especial provido.³³

E ainda:

³³ Recurso Especial nº 1.352.419 – SP, 3ª Turma STJ, Min. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19-08-2014, v.u. in www.stj.jus.br – acesso em 1-10-2014.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA COMO INSUMO. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior adota a teoria finalista para a definição do conceito de consumidor, motivo pelo qual não se aplica a legislação consumerista quando o usuário do serviço utiliza a energia elétrica como insumo, como se verifica no caso dos autos.

2. O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Desse modo, não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo (AgRg no Resp. 916.939/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 03.12.2008).

3. Agravo Regimental desprovido.”³⁴

Não obstante o STJ utilize tal teoria para aplicação em seus julgados, foi criado pela doutrina e sua consequente aplicação na jurisprudência a teoria finalista mitigada, a qual pode ser apontada como uma teoria finalista flexível.

III.I.III Teoria finalista mitigada

A teoria finalista mitigada para definição de consumidor leva em considerações pontos da teoria maximalista e outros da teoria finalista, ou seja, é uma teoria mais branda no que tange aos conceitos por ela tratados.

De acordo com essa corrente, o consumidor destinatário final é a pessoa física ou jurídica que adquire determinado produto ou serviço para uso privado e caso utilize esse serviço ou produto para o desenvolvimento de atividade comercial ou industrial, será analisada a vulnerabilidade desse adquirente.

³⁴ AgRg no Recurso Especial nº 1.331.112 – SP, 1ª Turma STJ, Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21-08-2014, v.u. in www.stj.jus.br – acesso em 1-10-2014.

Importante destacar que embora se trate de uma pessoa jurídica que utiliza determinado produto para seu processo produtivo, caracterizada a vulnerabilidade e/ou a hipossuficiência, entende-se que deve ser aplicado o conceito de consumidor para essa empresa.³⁵

Neste sentido o STJ claramente já adotou essa postura ao entender a existência de vulnerabilidade entre a relação entre duas pessoas jurídicas, senão vejamos:

“CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de

³⁵ NORAT, Markus Samuel Leite. **O conceito de consumidor no direito: Uma comparação entre as teorias finalista, maximalista e mista.** *Cognitio juris*. João Pessoa. Disponível em <http://www.cognitiojuris.com/artigos/04/08.html>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor).

Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. Apesar da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio.

Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equiparar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.

7. Recurso especial a que se nega provimento.”³⁶

O Ministro Relator Sidnei Beneti da Terceira Turma do STJ, no AResp nº 402817 (2013/0330208-2 - 04/02/2014), em seu voto datado de 17 de

³⁶ REsp 1.195.642/RJ, 3ª Turma STJ, Min. Relatora Nancy Andrighi, DJe 21-11-2012, v.u. in www.stj.jus.br – acesso em 1-10-2014.”

dezembro de 2013 deixou bem claro o entendimento dos tribunais no que tange a aplicação da teoria finalista mitigada:

“9.- No que tange à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, é de se anotar que a jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade (AgRg no AREsp 328.043/GO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 05/09/2013; EDcl no AREsp 265.845/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013; Resp. 1358231/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 17/06/2013; EDcl no Ag 1371143/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 17/04/2013; REsp 476.428/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 390)

No presente caso, o Tribunal de origem consignou que há "hipossuficiência técnica do consumidor, que se encontra em posição de desvantagem" (e-STJ 1247). Sendo assim, restou caracterizada a relação consumerista, não havendo que se falar em vulneração do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.” (grifo meu)

Dessa forma conclui-se que a teoria finalista mitigada deve ser levada em consideração para a conceituação de consumidor, visto que analisando as quatro características de vulnerabilidade sugeridas pela doutrina, quais sejam, econômica, jurídica, técnica e informacional, em havendo qualquer delas, pode-se considerar consumidor o adquirente do produto e serviço e conseqüentemente aplicam-se as normativas do CDC.

Destaca-se que na LGT não é possível encontrar a definição de consumidor, a qual foi feita na Resolução 426 da Anatel, no artigo 78 da seguinte forma: *in verbis*:

“Art. 78. Aplicam-se ao contrato de prestação de STFC as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 1990, e suas alterações, salvo hipótese de ser a norma regulamentar mais benéfica ao consumidor.”³⁷

³⁷ ANATEL. Disponível em <www.anatel.gov.br>. Acesso 10/10/14.

Logo, podemos considerar como consumidor a aplicação do conceito fornecido pelo próprio CDC e pelos tribunais pátrios, conforme supracitado.

III.II. Responsabilidade dos serviços públicos

De acordo com a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º encontramos a previsão de responsabilização da administração pública e pelos seus agentes pelos danos causados a terceiros, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Com a leitura do dispositivo acima, fica claro que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, que é o caso da telefonia, são responsáveis por danos causados a terceiros.

De acordo com o ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello:

“De há muito, os Tribunais brasileiros invocam a responsabilidade objetiva do Estado, mencionando-a como se fora o fundamento de direito positivo que lhe supedita as decisões. Vale dizer, tomam por estribo o preceptivo constitucional (atual art. 37, §6º) atribuindo-lhe o intuito de acolher, como regra de direito, a responsabilidade objetiva. Inobstante, em grande número de casos, apesar desta invocação, o que fazem é aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva em sua modalidade “falta de serviço” (ou “culpa do serviço). O exame dos fundamentos das decisões comprova que invocam uma teoria declarando-a acolhida pelo Texto Constitucional mas fundamentam-se em outra, consoante o exposto”³⁸

³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. **Elementos de Direito Administrativo**. p. 511.

Neste mesmo sentido, complementa-se com os ensinamentos do Professor Kildare Gonçalves Carvalho:

“Trata-se de responsabilidade objetiva da Administração, não estando o prejudicado obrigado a provar a ocorrência de dolo ou culpa do agente causador do dano, bastando a existência de nexo causal entre a ação ou omissão e o resultado danoso. A Administração poderá eximir-se da obrigação de indenizar, caso prove que houve culpa exclusiva do terceiro. Haverá ação regressiva contra o agente causador do dano, se demonstrar a Administração que o mesmo agiu com dolo ou culpa. Observe-se, finalmente, que a norma constitucional alargou a incidência da obrigação de indenizar da Administração, incluindo os danos provocados pelas pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, tais como as empresas concessionárias ou permissionárias (art. 175).”³⁹

Destarte, conforme acima demonstrado, destaca-se a responsabilidade objetiva das empresas privadas que prestam serviços públicos aos administrados, inclusive os serviços prestados por meio de concessão, autorização, etc.

III.III. Aplicabilidade do CDC no Serviço Telefônico Fixo Comutado

De acordo com o acima exposto, a estrutura legislativa e de regulamentação e na própria Constituição Federal, pode-se observar que a LGT recepcionou a lei consumerista sem qualquer restrição, tal assertiva pode ser extraída na seguinte Ementa⁴⁰:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. PIS E COFINS. Repercussão jurídica do ônus financeiro aos usuários. FATURAS TELEFÔNICAS. LEGALIDADE. DISPOSIÇÃO NA LEI 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. TARIFAS DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE

³⁹ Kildare Gonçalves Carvalho. **Direito Constitucional Didático**. p. 193.

⁴⁰ Resp nº 976.836, 1ª Sessão STJ, Ministro Relator Luiz Fux, j. 25-08-2010, p.m in www.stj.jus.br – acesso em 2-10-2014

SIMILITUDE FÁTICA DOS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS.
VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

(...)

2. O concessionário trava duas espécies de relações jurídicas a saber: **(a)** uma com o Poder concedente, titular, dentre outros, do *ius imperii* no atendimento do interesse público, ressalvadas eventuais indenizações legais; **(b)** outra com os usuários, de natureza consumerista reguladas, ambas, pelo contrato e supervisionadas pela Agência Reguladora correspondente.

(...)

16. A relação de consumo derivada da concessão de serviço público **reclama interpretação harmônica entre as regras de concessão e o Código de Defesa do Consumidor**, por isso que a imposição de obrigação ao concessionário não prevista em lei afronta o princípio da legalidade.

Ainda, no Voto-vista do Resp. em questão, foi afirmado pelo Ministro Castro Meira:

“6. A questão não se resolve com recurso ao princípio da especialidade, porque não há antinomia normativa a ser solucionada entre a Lei Geral de Telecomunicações-LGT e o Código de Defesa do Consumidor. A primeira estabelece a necessidade de se garantir ao concessionário a "revisão do contrato" sempre que a majoração de tributos afetar a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida na licitação. E o segundo apenas preserva os interesses do consumidor em face de majorações abusivas por parte do prestador de serviços públicos.

7. A interpretação proposta pelo acórdão recorrido concilia as duas normas, de modo a não ser preciso sacrificar nenhuma delas com base no princípio da especialidade, no que se convencionou chamar de "Teoria do Diálogo das Fontes", idealizada pelo alemão Erik Jayme, e trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques.

8. Por fim, não é o caso de se deferir a devolução em dobro do que foi pago indevidamente, pois não está configurado o dolo do credor, só cabendo a responsabilização da concessionária a título de culpa. A existência de interpretação razoável dos arts. 9º, § 3º da Lei 8.987/95 e 108, § 4º, da LGT em sentido contrário bem denota a ausência de comportamento doloso por parte da concessionária.

9. Recursos especiais não providos.”

Com a leitura da Ementa acima, bem como pela excelente explicação prestada pelo Ministro Castro Meira, nota-se claramente que a LGT, embora se trate de uma legislação mais específica, não afasta a aplicabilidade do CDC.

Cumprido ressaltar ainda, que de acordo com o art. 22 do CDC, fica clara a aplicação do CDC nos serviços de obrigação dos órgãos públicos oferecidos por meio de concessão, permissão, etc., *in verbis*:

“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.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.”

Ora, com a leitura desse artigo não resta dúvida da aplicabilidade do CDC no que tange aos serviços públicos oferecidos por empresas privadas. Dessa forma, Zelmo Denari destaca:

“Por todo exposto, parece razoável concluir que, a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do Estado pelo funcionamento dos serviços públicos não decorre da falta, mas do fato do serviço público, ficando evidente que o legislador pátrio acolhe, ineludivelmente, a teoria do risco administrativo, defendida com denodo por Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo, Pedro Lessa e, mais recentemente, pelo festejado Aguiar Dias, que em sua clássica *Da responsabilidade Civil, (...)*”⁴¹

Neste sentido encontramos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. PREVENÇÃO DA CÂMARA NÃO ESPECIALIZADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. AÇÃO COM PEDIDO INDENIZATÓRIO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS EM VIRTUDE DA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA. ALEGAÇÃO DA RÉ DE QUE O LOCAL EM QUE A MESMA ESTÁ INSTALADA É ÁREA DE RISCO. VERBETE SUMULAR 197 DA JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. PEDIDO DE

⁴¹ Ada Pellegrini Grinover et al. op. cit. p. 228.

DEVOLUÇÃO EM DOBRO DA QUANTIA COBRADA JULGADO IMPROCEDENTE. INEXISTÊNCIA DE RECURSO AUTORAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. Ação visando reparação de linha telefônica defeituosa. Pedido julgado parcialmente procedente. Condenação da ré em danos morais no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais). Improcedência do pedido de devolução em dobro das quantias cobradas pela ré. Apelação buscando a reforma da sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos e, subsidiariamente, para que seja reconhecida a sucumbência recíproca. Alegação de estar a residência da autora em área de risco que não afasta o dever de conserto, posto que foi possível a entrada para a instalação da linha. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público que é objetiva. Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Fornecedor de serviços que responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Teoria do Risco do Empreendimento. Desrespeito ao Princípio da Boa Fé Objetiva. Inteligência do verbete Sumular nº 197 do Tribunal de Justiça, in verbis: "A alegação de concessionária, destituída de prova de que a área é de risco, não a exime de reparar serviço essencial, sendo cabível a antecipação da tutela para restabelecê-lo ou a conversão em perdas em danos em favor do usuário." Dano moral in re ipsa, cujo arbitramento deve levar em conta vários elementos, tais como os aborrecimentos suportados pela apelante, bem como a privação de serviço essencial por longo período, além de levar em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que não ocorra enriquecimento indevido da parte. Valor arbitrado de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a este título. Precedentes Jurisprudenciais. RECURSO QUE SE CONHECE E AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, tão somente para reconhecer a sucumbência recíproca e determinar que as despesas processuais e honorários advocatícios sejam compensados entre as partes, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil, mantendo, no mais, a sentença atacada.⁴²(*Grifo meu*)

Levando em consideração que o serviço de telefonia é considerado serviço público, aplica-se a responsabilidade objetiva, conforme observada na ementa acima, e no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

⁴² Ap. nº 0004462-42.2012.8.19.0206. TJRJ. Des. Rel. Cezar Augusto R. Costa. 8ª Câmara Cível, j. 23-09-2014.v.u. in www.tjrj.jus.br.

Com a leitura dos julgados acima, extraímos que de fato não há qualquer conflito na aplicação das leis de telecomunicações com o código de defesa do consumidor, além disso, o Tribunal do Rio de Janeiro deixou bem esclarecido que em se tratando de serviços prestados por meio de concessão, aplica-se a a responsabilidade objetiva, trazendo muito bem a ideia da teoria do risco do negócio, pois o empreendedor não pode repassar aos seus usuários as dificuldades da prestação ou fornecimento de seus serviços.

III.IV – Entendimento dos Tribunais em relação a aplicabilidade do CDC para os serviços de telefonia

Tendo em vista que a decisão do STJ não diretamente do tema do presente estudo, foi realizada uma pesquisa de um tribunal de cada região, conforme prestação dos serviços de STFC, a fim de identificar se existe o entendimento de não aplicabilidade do CDC nos serviços de telecomunicações.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais Despesas faturadas em favor da ré, decorrentes da utilização de seus códigos de DDD e DDI Impugnação do débito, já que seria impossível a utilização desses serviços, que seriam incompatíveis com o equipamento de PABX da autora Valores que foram faturados pela Embratel, de acordo com contrato de prestação de serviços firmado entre as partes Ré que não comprovou a regularidade das cobranças – Ônus da prova da empresa de telefonia em razão da aplicação do CDC Pessoa Jurídica vulnerável, caracterizada como hipossuficiente Ausência de demonstração da regularidade da cobrança - Apontamento indevido de valor junto ao SCPC que, por si só, gera o direito à reparação pelos danos morais, que se presumem existentes ante as graves conseqüências que a medida provoca - Indenização devida - Valor fixado a título de reparação que se encontra razoável, fixado que foi levando-se em conta as condições das partes - Caráter coibitivo da condenação, a fim de reprimirem-se novas condutas assemelhadas.⁴³

⁴³ Apelação sem revisão nº 0191317-69.2009.8.26.0100. TJSP. Des. Relator Carlos Nunes. 33ª Câmara de Direito Privado. j. 5.08.2013, v.u. in www.tjsp.jus.br acesso em 1-10-2014.

Importante destacar que na decisão acima, o Tribunal entendeu que embora se tratasse de pessoa jurídica, foi constatada a vulnerabilidade e conseqüentemente aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

Inclusive em seu voto o Desembargador Carlos Nunes afirmou:

Primeiramente, cabe observar que não restam dúvidas quanto à existência de relação de consumo no caso em tela, vez que se aplica o Código de Defesa do Consumidor (CDC) às pessoas jurídicas adquirentes de produtos ou serviços utilizados, direta ou indiretamente, na atividade econômica que exercem.

Isso porque, como lecionam Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, na obra *“Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”*, RT., 3ª ed., p. 107, cada vez mais o Judiciário concede proteção diferenciada àquele visivelmente mais fraco na relação consumerista, através da teoria finalista, do critério subjetivo e da equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, ou seja, em situações onde há um desequilíbrio entre consumidor-leigo (seja ele pequena empresa, profissional ou pessoa física) e fornecedor expert.

Já no Tribunal de Minas Gerais, encontramos o seguinte entendimento:

Ementa: AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TAXA DE ASSINATURA MENSAL - LEGALIDADE DA COBRANÇA - RELAÇÃO DE CONSUMO - DEVER DE INFORMAÇÃO - PULSOS EXCEDENTES - DETALHAMENTO - ATOS ADMINISTRATIVOS - IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DO ALCANCE LEGAL - OFENSA AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO - AUSÊNCIA - REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO - IMPOSSIBILIDADE - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE. - A taxa cobrada a título de assinatura mensal corresponde à disponibilização de todo um aparato técnico com vistas a viabilizar a prestação dos serviços de telefonia. Com efeito, a possibilidade de realizar e receber chamadas com eficiência se deve aos serviços de instalação e manutenção das redes, razão pela qual não se vislumbra qualquer abusividade na cobrança da referida taxa. - A informação quanto ao serviço prestado - no caso, serviço de telefonia fixa - é direito do consumidor (art. 6º, III, do CDC), devendo tal direito ser apreendido em uma acepção o mais ampla possível, razão pela qual essa informação deve ser efetivamente adequada e clara. Todavia, em se tratando de serviço de telefonia fixa, é notório o descumprimento do correlato dever de informação por parte das concessionárias

que o prestam, como é o caso da apelada, uma vez que, sob a rubrica de "informação suficiente e adequada", limitam-se a informar aos usuários quantos pulsos - medida para cálculo do montante a ser cobrado pelo serviço prestado - excederam o limite da franquia concedida em razão da assinatura básica, sem, contudo, informar-lhes a título de que são devidos esses pulsos. - O direito à informação, a par de decorrer diretamente do princípio da defesa do consumidor previsto em nível constitucional, está elencado em lei, que, obviamente, não pode ter seu conteúdo restringido por atos administrativos, mormente o Decreto Presidencial 4.733/03, que estabelece o detalhamento das ligações efetuadas como diretriz a ser seguida em janeiro de 2006 no setor de telefonia fixa comutada. - Uma vez que a informação constitui dever a ser cumprido por qualquer fornecedor, e, considerando-se que a telefonia fixa trata-se de serviço prestado a boa parte da população brasileira, as concessionárias prestadoras desse serviço deveriam, ao ingressar no mercado, haver se preparado para atender prontamente ao dever que lhes é legalmente imposto. Se não o fizeram, como é o caso da apelada, não é o usuário que deverá arcar com os ônus dessa falta de clareza, sob a alegação de ofensa ao equilíbrio econômico-financeiro. - A repetição em dobro, no que concerne às relações de consumo, trata-se de punição àquele que, sem incorrer em engano justificável, cobra quantia indevida, conforme art. 42, parágrafo único, do CDC. Tal restituição é exigível quando houver cobrança de má-fé, ou, em outras palavras, quando o engano na cobrança for injustificável, fato que deve restar sobejamente comprovado nos autos. - Nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC, reputa-se devida a inversão do ônus da prova em se verificando a presença de um dos requisitos necessários, quais sejam, verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor. - Em relação à possibilidade de juntada das contas telefônicas, o usuário não deve ser reputado hipossuficiente em relação à concessionária de serviços de telecomunicações, porquanto estas são regularmente enviadas aos usuários, motivo pelo qual se presume que o consumidor tem condições efetivas de juntar ditas faturas com a inicial, demonstrando, assim, fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC).⁴⁴

E ainda, no Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. SERVIÇO DE TELEFONIA. BRASIL TELECOM. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA COBRANÇA DA ASSINATURA MENSAL BÁSICA C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. LEGALIDADE DA

⁴⁴ Apelação cível nº 1.0145.05.212237-4/001. TJMG. Des. Relator Elpídio Donizetti. j. 2-10-2007, v.m. in www.tjmg.jus.br, acesso em 24-9-2014)

COBRANÇA. MEDIÇÃO POR PULSOS. SISTEMA DE TARIFAÇÃO ADOTADO POR FORÇA DO CONTRATO DE CONCESSÃO, QUE DISPÕE SOBRE O PLANO BÁSICO DO SERVIÇO LOCAL, NO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO. DEVER DE DETALHAMENTO OU DISCRIMINAÇÃO DAS CHAMADAS LOCAIS E DOS PULSOS EXCEDENTES INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. - Preliminares de litisconsórcio passivo necessário e incompetência do Juízo afastadas. - Prescrição inócurrenente. Aplicável a regra geral prevista no Código Civil. - Legalidade. A cobrança da tarifa de assinatura mensal básica tem previsão no contrato de prestação do serviço telefônico fixo comutado, firmado entre as partes, indicando que a estrutura tarifária compete à ANATEL, bem como encontra respaldo na Lei n.º 9.472/97, na Resolução n.º 85/98 do Conselho Diretor da ANATEL, nas Portarias 217/97 e 226/97, ambas do Ministério das Comunicações, e no Contrato de Concessão firmado entre a demandada e a ANATEL. Além disso, merece consideração o fato de que a tarifa, em si, decorre não só das efetivas ligações efetuadas pelo usuário, mas, também, dos investimentos e da manutenção de toda a infra-estrutura colocada à sua disposição pela demandada. - Sistema de medição. Detalhamento. Nos termos do Anexo nº 3, do Contrato de Concessão firmado entre a demandada Brasil Telecom S.A. e a ANATEL, que dispõe sobre o Plano Básico do Serviço Local, no Serviço Telefônico Fixo Comutado STFC, a unidade de tarifação é o Pulso. Assim, o sistema utilizado pela concessionária é o previsto no contrato, com amparo em legislação específica, e não conflita com o CDC, pois o direito de informação do consumidor é atendido pela indicação da quantidade de pulsos consumida. Nesse contexto, não se justifica, por ora, a imposição de procedimento diverso, porque o método de medição é compatível com o sistema de cobrança adotado, não se verificando, assim, o dever de detalhamento das informações de cada ligação telefônica. Preliminares afastadas. Apelo provido.⁴⁵

Nota-se com a leitura dos Acórdãos acima que em nenhum momento houve questionamento dos julgadores quanto a aplicabilidade do CDC com litígios oriundos da prestação de serviço de STFC.

Destaca-se a constatação de hipossuficiência em um dos casos, embora se trate de pessoa jurídica, bem como a necessidade de informação clara, precisa

⁴⁵ Apelação Cível nº 70023565989, TJRS. Décima Segunda Câmara Cível, Des. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, j. 7-08-2008, v.u. in www.tjrs.jus.br, acesso em 24/9/2014.

e adequada ao consumidor quando se trata das tarifas aplicáveis para a prestação de serviços.

Assim sendo, em todos os casos acima descritos, os Tribunais acertadamente fizeram a análise das demandas sob o viés do Código de Defesa do Consumidor, ora por se tratar de consumidor vulnerável, pela natureza do próprio serviço que é prestado por meio de concessão, por conta da ausência de informação, etc

Conclusão

A sistemática jurídica atual que regulamenta os serviços de telecomunicações foi elaborada posteriormente ao Código de Defesa do Consumidor e com isso contemplou os princípios contidos neste ordenamento, bem como na Carta Magna. Esses princípios foram adotados e respeitados pela legislação que trata dos serviços de telecomunicações e, inclusive, continuam em constante aprimoramento em busca de um equilíbrio entre os prestadores de serviços e os usuários.

O serviço de telefonia fixa comutada é considerado um serviço público e é prestado por entidades privadas por meio de concessão, autorização ou permissão e como acima demonstrado aplica-se a responsabilidade objetiva na prestação desses serviços, ou seja, facilitando em caso de danos a não exigência de comprovação do mesmo ter sido causado de forma dolosa.

Independentemente de se tratar de um serviço público, destaco que a legislação que trata da prestação do serviço de telefonia foi bem clara e direta no que tange a proteção do consumidor, tanto na LGT, quanto nas demais Resoluções da própria Anatel que tratam do assunto.

Embora o próprio Código de Defesa do Consumidor tenha prevenido o consumidor contra abusos de fornecedores em geral, os criadores das leis de telecomunicações optaram por reiterar alguns aspectos já constantes no próprio CDC.

Interessante a conduta do legislador em reiterar a proteção contra prática abusiva dos prestadores em função de já existir lei própria de proteção ao consumidor, trata-se, no meu ponto de vista, de uma prática que tende a superar os abusos anteriormente sofridos quando da ausência de qualquer legislação existente nesse sentido, ou seja, enquanto o Estado oferecia esses serviços como monopólio.

De acordo com a doutrina e a jurisprudência a relação de consumo é caracterizada atualmente por meio de duas teorias, a teoria finalista e a teoria

finalista mitigada. A primeira trata da pessoa física e a prestadora, logo, não resta qualquer dúvida quanto a aplicabilidade do CDC nessas relações.

Além disso, em virtude do serviço de telefonia ser público, ser fornecido por meio de um contrato de adesão e inclusive ser objeto de regulamentação, sem dúvidas inerentemente à prestação desses serviços existe proteção ao usuário, contudo, a aplicação do CDC não pode ser confundida com a mera proteção ao usuário.

Já no que tange a caracterização de relação de consumo entre duas pessoas jurídicas, deve-se aplicar a teoria finalista mitigada, pois seguramente a vulnerabilidade deve ser levada em consideração para a aplicação dos preceitos previstos no CDC, tais como inversão do ônus da prova, pagamento em dobro, etc.

Destaco que a aplicação ou não do CDC não interfere de qualquer maneira na aplicação da LGT e das Resoluções da Anatel, pois se tratam de normativas independentes, não podendo o usuário de STFC exigir a aplicação do CDC caso não se trate de relação de consumo.

Infelizmente nas pesquisas jurisprudenciais realizadas não foi possível encontrar qualquer discussão oriunda de litígios de grandes companhias em relação a prestação desses serviços, a fim de fundamentar e definir se a vulnerabilidade, seja técnica, jurídica, econômica será levada em consideração pelos magistrados.

Entendo que nessas situações não há como concluir em definitivo se será aplicável a lei consumerista ou a lei civil, deve-se analisar caso a caso, a fim de que não se cometam injustiças.

Assim, conclui-se com base no todo acima exposto que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável nos contratos de serviço de telefonia fixa comutada, tanto para os usuários pessoa física quanto aos usuários pessoa jurídica, desde que esta não se trate de uma grande corporação, em virtude da possibilidade de discussão desse tema.

BIBLIOGRAFIA

- CARDOSO, Fernando Henrique. Proposta de Governo – Mãos à Obra. 2008. RJ. Disponível em www.bvce.org.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Proposta de Governo – Mãos à Obra. 2008. RJ. Disponível em
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático. 6ª Edição.** Ed. Delrey. Belo Horizonte. 2006.
- DODD, Annabel Z. **O Guia Essencial para Telecomunicações.** Tradução da segunda edição. Editora Campus. RJ 2000.
- ESCOBAR, J.C. Mariense. **Serviços de Telecomunicações – Aspectos jurídicos e regulatórios.** Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR Comentado.** 9ª Edição. Editora Forense Universitária. SP.
- NORAT, Markus Samuel Leite. **O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO DIREITO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS TEORIAS FINALISTA, MAXIMALISTA E MISTA.** Cognitio juris. João Pessoa. Disponível em <http://www.cognitiojuris.com/artigos/04/08.html>.
- MARQUES, Claudia Lima et al. **COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** 2ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2006. SP.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro.** Ed. Jurídico Atlas. SP. 2002.
- NETO, Messoal Azulay e LIMA, Antônio. **O Novo Cenário das Telecomunicações No Direito Brasileiro.** Ed. Lumen Juris. RJ. 2000.
- RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. **Direito das Telecomunicações – A regulação para a competição.** Ed. Fórum BH. 2005.

- TABOADA, Luiz Fernando. **Curso de MBA – Serviços de Telecomunicações Especialização em Comunicações Móveis da Universidade Federal Fluminense.**
- www.anatel.gov.br
- www.stj.jus.br
- www.planalto.gov.br
- www.tjsp.jus.br
- www.tjrj.jus.br
- www.tjmg.jus.br
- www.tjrs.jus.br