



Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara _____ da Comarca de Belo Horizonte/MG

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, nos termos da Constituição da República e da Lei federal nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), vem perante Vossa Excelência propor a presente

AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO

em face de **Vivo S/A**, inscrita no CNPJ sob o nº 02.558.074/0001-64, com sede na Rua Levindo Lopes, nº 258, bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG, pelos motivos que passa a expor:

1. Dos fatos

Segundo restou apurado nos Processos Administrativos sob o nº 0024.10.005.006-1 e 0024.11.005.128-1, instaurados nesta Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor/PROCON Estadual MG, no âmbito da proteção administrativa do consumidor, o réu está disponibilizando a contratação de serviço de valor adicionado (SVA) também via SMS, mas sem oportunizar aos consumidores o prévio conhecimento do conteúdo do contrato ou às condições gerais de contratação e aos respectivos preços dos serviços.



Apurou-se ainda que o réu adota como prática na contratação do serviço de valor adicionado, seja através da internet ou por mensagem em celular, de forma inadequada, o expediente da renovação automática da assinatura.

O réu manifestou não ter interesse na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, motivo pelo qual se faz necessário o ajuizamento da presente demanda, que visa compeli-lo a **(i)** abster-se de permitir ou promover a contratação do serviço de valor adicionado pelo consumidor por meio da utilização do serviço de mensagens curtas (SMS); e **(ii)** abster-se de adotar a prática de renovação automática da assinatura do serviço de valor adicionado.

2. Fundamentação

2.1 Das provas

O serviço de valor adicionado prestado pelo réu é contratado pela internet, via WAP ou por SMS (mensagem em celular).

Conforme apurado, a consumidora Heloisa Barbosa Pena (fl. 06 do Processo Administrativo sob o nº 0024.10.005.006-1) relatou que sofreu a cobrança pela utilização do serviço de valor adicionado (SVA), embora não tenha anuído à contratação, a ver:

*Adquiri um chip operadora de telefonia celular Vivo-MG e tenho recebido mensagens de horóscopos, piadas etc. Ao tentar bloquear este serviço, que não solicitei, devido ao grande incômodo causado fiquei sabendo que, além de tudo, eu pago por isto. Ao entrar em contato com a Vivo, seus atendentes me deram informações desconexas, mostraram total desconhecimento de como resolver o problema e tive que enviar muitas mensagens na tentativa de bloquear este serviço, o que ainda não sei se consegui. Entrei em contato com a Anatel, e o problema foi resolvido por uma semana, voltando a funcionar novamente através de outro número. **Eu acredito que isto seja crime de fraude, pois obriga o usuário desavisado e pagar por uma coisa que não utiliza e nem sabe que comprou.** Recorro a todos os órgãos que possam auxiliar a averiguar este tipo de golpe, pois o abuso das prestadoras no Brasil é vergonhoso.*

Att

Heloísa Pena

No mesmo sentido, o consumidor Vanderlúcio Lopes da Silva (fl. 06 – Processo Administrativo sob o nº 0024.11.005.128-1) também relata a cobrança indevida pelo suposto uso de serviço de interatividade, a ver:

*Olá boa tarde. Eu quero entrar com uma denúncia e uma petição de indenização por danos morais contra a operadora vivo de telefonia móvel referente o respectivo assunto. **A operadora ou afiliadas entrou na minha linha com um serviço de mensagens (interatividade) número das mensagens (49308) do qual eu não solicitei, e que consome com todo o saldo de recarga que eu coloco no aparelho (celular) liguei várias vezes para operadora, do qual você fica horas na linha a espera de um atendimento, e quando consegue não tem sua solicitação atendida.** Tenha vários números de protocolos (dia 28/07/2011. 20119239326, dia*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

03/07/2011, 2011929426329, dia 05/08/2011, 2011942487616, dia 12/08/2011, 2011956912597), fora outros anteriores, que tive apagar por ter sobrecarregado a memória do celular (...).

As denúncias dos consumidores demonstram as seguintes práticas infrativas: o envio de mensagens (SMS) de oferta de serviço à estação móvel; a prestação de serviço oneroso não solicitado pelo consumidor ante a falta de anuência deste à contratação.

Defendendo-se da imputação no âmbito dos Processos Administrativos, o réu confessa que permite a contratação do SVA por SMS e a prática da renovação automática.

Conforme declarou em audiência à fl. 22 do Processo Administrativo sob o nº 002410.005.006-1):

(...)

2) contratação via SMS: o consumidor fica sabendo da oferta dos serviços através da mídia em geral, não sabendo precisar se a empresa envia mensagens de cunho publicitário sobre o serviço de valor adicionado. **Nesse tipo de contratação, o consumidor deve enviar uma mensagem para a empresa através do número 400 (Canais básicos) ou 4000 (Canais Premium), com o texto “info”. Posteriormente, a empresa envia ao consumidor uma mensagem informando os tipos de pacotes oferecidos e a partir daí o consumidor pode eleger as suas opções.** Caso queira cancelar a assinatura do serviço, o consumidor deve enviar uma mensagem com o conteúdo SAIR ou CANCELAR para o número 400 ou 4000, a depender do pacote escolhido, não sabendo precisar se tal mensagem é tarifada. Que a empresa envia ao consumidor, logo após, uma mensagem para que o mesmo confirme o cancelamento, devendo o consumidor enviar outra mensagem com o conteúdo SIM para o mesmo número.

(...)

Esclarece, ainda, com relação a todas as formas de contratação, que a assinatura do serviço se dá por tempo indeterminado e os preços estão fixados no link “serviço torpedo info”, no tópico relacionado a tarifas, atualmente no valor informado na petição anexada aos autos pela empresa.

Às fls. 24/25 do Processo Administrativo sob o nº 0024.10.005.006-1, no documento intitulado “condições de uso”, o seu conteúdo prevê a contratação via SMS, bem como o expediente de renovação automática, a ver:

Este serviço é renovado automaticamente toda semana, ou seja, você terá o direito de baixar seus conteúdos sem ter que pagar um valor individual por eles a cada compra, pois será cobrado semanalmente o valor de R\$ 4,99 em sua conta telefônica ou desconto de seus créditos este valor o que dá a você o direito de baixar seus conteúdos toda semana.

(...)

Para assinar via SMS: você envia uma mensagem com a palavra MOB para o número 85872 (Claro, Oi, Tim e Vivo) e receberá a mensagem: “Bem vindo ao Ultramob: Envie SIM p/85872, baixe conteúdos e confirme a assinatura de R\$4,99/semana + info: www.ultramob.com.br”. **Basta você responder a mensagem e sua assinatura será confirmada, a partir deste momento você será tarifado pelo valor da assinatura semanal.** Após confirmar sua assinatura você receberá uma nova mensagem. “Ultramob: Assinatura feita: Vc tem 10 créditos a 4,99/sem Acesse wap.ultramob.com.br. Cancelar? Envie SAIR p/85872, Protocolo: XXXXXXXXXX, esta mensagem vem com um link no seu celular, para você acessar o endereço wap do Ultramob. Para cancelar a assinatura, envie a palavra SAIR para o número 85872 (Usuários Claro, Oi, Tim e Vivo).

A assinatura realizada através de qualquer canal (Web/Wap/SMS) é automática e será renovada a cada semana, podendo ser cancelada quando



você desejar, respeitando e aceitando as normas de cancelamento explícitas no portal e abordadas neste documento.

As práticas comerciais de informação, contratação/renovação e distrato adotadas pelo réu são inadequadas e abusivas frente ao estatuto consumerista.

2.2 Contratação de serviço de valor adicionado exclusivamente via mensagem de celular (SMS). Prática infrativa configurada. Ausência de conhecimento prévio a respeito do conteúdo do contrato. Violação ao princípio da boa-fé objetiva e da transparência. Inobservância do dever de informar na fase pré-contratual. Violação ao artigo 46 da Lei federal nº 8.078/90.

A lei geral de telecomunicações (Lei federal nº 9.472/97), em seu artigo 61, assim define serviço de valor adicionado:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

O conteúdo do serviço de valor adicionado prestado pelo réu basicamente se constitui em toques polifônicos, wallpapers, toques MP3, imagens personalizadas, jogos, vídeos, dentro outros instrumentos interativos, que podem ser acessados através da estação móvel dos consumidores interessados.

Entrementes, a sua contratação unicamente por meio da estação móvel (aparelho celular) impede o conhecimento prévio aos consumidores a respeito do conteúdo do contrato e dos respectivos preços e condições do serviço.

Sobredita conduta agride os princípios da **boa-fé objetiva e da transparência**, pois coloca em situação de extrema desvantagem econômica o polo mais fraco da relação de consumo – o vulnerável consumidor do serviço móvel pessoal – o qual se vê obrigado a contratar o serviço sem ter acesso prévio a todo o conteúdo do contrato.

Sobre o princípio da boa-fé objetiva, CARPENA ensina:¹

A esta altura pode-se afirmar que a boa-fé constitui, mais do que norma de interpretação, um dos principais elementos limitadores dos direitos subjetivos. No que respeita ao contrato, constitui

¹ CARPENA, Heloísa. *Abuso de direito* – nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 84-5.



instrumento da intervenção no domínio privado e de realização dos valores constitucionais, com vistas ao equilíbrio das prestações e realização da justiça contratual em bases distributivas.

A boa-fé é princípio, ou melhor, subprincípio que decorre do primado da pessoa humana, fundamento da ordem constitucional. Como princípio, ensina Canaris, contém maior grau de concretização do que os valores, que de resto o informam.

Evidentemente, não se referiu aqui à boa-fé subjetiva, estado psíquico do sujeito de direitos, mas sim à boa-fé objetiva, princípio jurídico que se representa a conduta paradigmática. Trata-se de norma de comportamento, cujas exigências éticas submetem a autonomia da vontade, criando deveres positivos e negativos, os chamados deveres acessórios. A boa-fé objetiva, estabelecendo os deveres de comportamento que as partes devem seguir nas fases pré-contratual e pós-contratual, será então considerada como cláusula geral que, embora não se encontre expressa no Código Civil, está incorporada ao direito brasileiro como um todo, como será demonstrado.

São lições de NETO:²

A idéia de consumo, bodiernamente, implica, via de regra, a contratação em massa, o desconhecimento do representante legal do fornecedor, a confiança do consumidor na empresa. Esta confiança, lastreada na boa-fé, sempre foi valorada pela doutrina e jurisprudência, e mais ainda o é pelo CDC.

Discorrendo também sobre o princípio cardeal da boa-fé objetiva, a festejada CLÁUDIA LIMA MARQUES ensina:³

*Funções tradicionais do princípio da boa-fé objetiva: O princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos e 3) na concreção e interpretação dos contratos. A primeira função é uma função criadora (pflichtenbegründende Funktion), seja como fonte de novos deveres (Nebenpflichten), de deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como os deveres de informar, de cuidado e de cooperação, seja como fonte de responsabilidade por ato lícito (Vertrauenshaftung) ao impor riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato. A segunda função é uma função limitadora (Schranken- bzw, Kontrollfunktion), reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta (pflichtenbefeindende Vertrauensuntände). A terceira é uma função interpretadora, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da boa-fé, o qual permite uma visão total e real do contrato sob exame. Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e da confiança despertada forma, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais. A boa-fé objetiva e a função social do contrato são, na expressão de Waldírio Bulgarelli, "como salvaguardas das injunções do jogo do poder negocial. (Bulgarelli, *Questões contratuais*, p. 99).*

A boa-fé na lei consumerista não é entendida como mera intenção, mas como imperativo objetivo de conduta, exigência de respeito, lealdade e cuidado, não só com a integridade física e moral, mas também patrimonial, para a qual deve prevalecer desde a formação inicial da relação de consumo, como na fase pré-contratual (publicidade), especialmente para que seja uma relação **harmônica** (Lei federal nº 8.078/90, art. 4º, *caput*) e **transparente** (Lei federal nº 8.078/90, art. 4º, *caput*), preservando-se a dignidade e a proteção

² NETO, Guilherme Fernandes. *O abuso de direito no código de defesa do consumidor*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 81.

³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: 2006, 2ª ed., p. 148-(9).



dos interesses econômicos do consumidor, em face da presunção legal da sua **vulnerabilidade** no mercado de consumo (Lei federal nº 8.078/90, art. 4º, inciso I).

Nesse mesmo sentido, a conduta do réu também viola o princípio da transparência consubstanciado no artigo 4º, caput da Lei federal nº 8.078/90, na medida em que não oportuniza aos consumidores o conhecimento prévio dos serviços que são ofertados.

Mister registrar que o réu viola frontalmente o direito à informação dos consumidores consagrado no artigo 6º, inciso III e 31 da Lei federal nº 8.078/90, os quais assim prevêm:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

(...)

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Relevante destacar que o direito à informação decorre do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da transparência, sendo certo que deve ser observado pelo réu tanto na fase pré-contratual, quanto na fase contratual e pós-contratual.

A violação do direito à informação na fase pré-contratual faz incidir a sanção do artigo 46 da Lei federal nº 8.078/90, que assim dispõe:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. (grifo nosso).

No tocante ao dever de informar, entende a doutrinadora MARQUES⁴:

O artigo 46 do CDC surpreende pelo alcance de sua disposição. Assim, se o fornecedor descumprir este seu novo dever de dar oportunidade ao consumidor de tomar conhecimento do conteúdo do contrato, sua sanção será: ver desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação deste, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado. Em outras palavras, o contrato não tem seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato; o contrato de consumo como que não existe; é mais do que ineficaz, é como que inexistente, por força do art. 46, enquanto a oferta, por força do art. 30, continua a obrigar o fornecedor!

Portanto, os contratos relativos aos serviços de valor adicionado contratados através de SMS não obrigam os consumidores, pois, do contrário, haveria violação ao

⁴ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: São Paulo: Forense, 2005, p. 632.



princípio da boa-fé objetiva, ao princípio da transparência e ao direito à informação dos consumidores.

Em face dos fundamentos jurídicos apresentados, para que se garanta efetivamente ao consumidor o conhecimento prévio do conteúdo do contrato ou cláusulas gerais, tem-se que a contratação do serviço de valor adicionado deve obrigatoriamente se iniciar por meio da internet, de tal forma que seja observado o seguinte procedimento: **(i)** inclusão do código de acesso do consumidor no *site* da empresa; **(ii)** envio da senha pelo réu à estação móvel do consumidor; **(iii)** inserção da senha recebida pelo consumidor no *site* da empresa; **(iv)** contratação do serviço de valor adicionado.

Nesse diapasão, não só a prática (art. 39), como também a cláusula contratual que prevê a contratação do serviço de valor adicionado por meio de SMS é nula, porquanto em descompasso com os artigos 6º, inciso IV, 46 e 51, inciso IV da Lei federal nº 8.078/90, razão pela qual é possível a decretação de sua nulidade.

A propósito:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

(...)

*III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, **considerando-se a natureza e conteúdo do contrato**, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.*

A contratação do serviço de valor adicionado por meio de SMS (mensagem em celular) deve ser repelida, pois além de violar princípios básicos do estatuto consumerista, trata-se de conduta abusiva e que coloca o consumidor em situação de vulnerabilidade econômica e de contratação extrema.

2.3 Prática abusiva de renovação automática do serviço. Consumidor em situação de vulnerabilidade extrema e de desvantagem exagerada. Silêncio interpretado como anuência. Nulidade de cláusula contratual que prevê a renovação automática.



A prática da renovação automática de assinatura do serviço de valor adicionado adotada pelo réu em todas as formas de contratação (*internet, wap* ou mensagem em celular) soa totalmente inadequada e abusiva para o consumidor, em razão da extrema vulnerabilidade que lhe acarreta, decorrente das práticas comerciais que permeiam a contratação do serviço, especialmente em face da virtualidade do ambiente em que é fornecido o serviço.

Diante da magnitude que esses problemas ensejam aos consumidores nesse mundo livre, veloz e global é necessário maior transparência, informação e segurança ao serviço prestado pelo réu por meio de um novo procedimento de contratação. É que o estado atual das práticas comerciais adotadas pelo réu no serviço que comercializa, e as peculiaridades que o envolve, revela-se totalmente inadequado manter a renovação automática.

Senão vejamos.

- a)** A assinatura do serviço é de curta duração (não sendo um contrato cativo de longa duração, tal como acontece com plano de saúde ou seguro de vida), o que deixa o consumidor vulnerável para exercer o efetivo controle da assinatura e propenso a renovar a assinatura pelo silêncio (ausência de manifestação inequívoca), se considerarmos a velocidade da vida moderna, a compreensão do tempo e avalanche de informações promovidas por todas as mídias a que está exposto o consumidor diariamente.
- b)** A contratação e o distrato são virtuais e, quando realizados somente por meio de simples mensagens de celular (sms), impossibilita o seu armazenamento por parte do consumidor, o que torna impossível o acompanhamento do processo de confirmação do recebimento do pedido sem atraso junto ao réu.
- c)** O procedimento para contratação e cancelamento do serviço adotado e a falta de registro dessas manifestações para o consumidor impedem a sua comprovação bilateral, deixando-o a mercê da morosidade ou celeridade, e até do cumprimento da solicitação.
- d)** A prova da contratação e do distrato quando feita por meio de mensagens em aparelho celular, em razão do meio empregado, somente o réu tem condições de materializar o registro da manifestação do consumidor (unilateralidade virtual e eletrônica).



- e) Em decorrência dessa desmaterialização do meio de contratação e da vontade do consumidor no contratar e distratar, o meio empregado (mensagens em celular, wap ou internet) para informar e colher o consentimento do consumidor quanto à renovação automática do serviço é inadequado para se efetivar o exercício pleno de uma liberdade de escolha livre e consciente.
- f) Impossibilidade de acesso prévio às condições gerais de contratação por parte do consumidor quando realizada unicamente por mensagem em celular, dadas as limitações técnicas.

Na concepção atual do sistema de oferta e contratação do serviço utilizado pelo réu, o consumidor que realizar a primeira contratação do serviço ficará sujeito à renovação automática da assinatura, sendo certo que dado o contexto global de compressão do tempo e velocidade da informação, muitos dos consumidores só darão conta dessa situação após a cobrança ser realizada em fatura telefônica (sob a rubrica “interatividade” no plano de serviço pós-pago) ou após o desconto de créditos (plano de serviço pré-pago).

Como se vê, a lógica adotada para a renovação do contrato (silêncio do consumidor) não é adequada para se colher o consentimento do consumidor no ambiente virtual (internet e mensagem em celular), diante dos problemas que permeiam a contratação virtual ou eletrônica nesse tipo de serviço (ora elencados nas letras mais acima), tudo a não recomendar o expediente da renovação automática.

Nesse sentido, a prática coloca o consumidor em situação de extrema vulnerabilidade por impedir um consentimento consciente e refletido e promover uma desvantagem exagerada.

Prevê a Lei federal nº 8.078/90, artigo 39, inciso V:

Artigo 39: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços dentre outras práticas abusivas:

(...)

Inciso V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

Lecionando sobre práticas abusivas, o Min. BENJAMIM escreve:⁵

Prática abusiva (lato sensu) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. São – no dizer irretocável de Gabriel A. Stiglitz – ‘condições irregulares de

⁵ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto: São Paulo: Forense, 2001, p. 319.



negociação nas relações de consumo’, condições estas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes.

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesa, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-la. Afinal, não são todos os consumidores que reclamarão da modalidade de contratação ofertada pelo réu ou que acorrerão ao Poder Judiciário para a reparação de seus direitos.

Como demonstrado, a prática infrativa imputada contraria os mais primordiais princípios do ordenamento jurídico – princípio do equilíbrio contratual, princípio da boa-fé objetiva, princípio da vedação de vantagem manifestamente excessiva em desfavor do consumidor – que vão se materializar e fundamentar preceitos legais espalhados por todo o Código de Defesa do Consumidor e, atualmente, também no Código Civil, que deu especial valor à probidade e boa-fé no contrato (CC, art. 422).

Nesse sentido, não só a prática (art. 39), como também a cláusula contratual que prevê a prática da renovação automática ao mero silêncio do consumidor é nula, porquanto em descompasso com os artigos 6º, inciso IV e 51, inciso IV da Lei federal nº 8.078/90, razão pela qual é possível a decretação de sua nulidade.

A propósito:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

(...)

*III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, **considerando-se a natureza e conteúdo do contrato**, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.*

Não se pode olvidar que a boa-fé no Código de defesa do consumidor é tratada como fundamento a ser seguido e um dever de conduta proba e honesta na relação de consumo, com o intuito de coadunar os interesses dos participantes (Lei federal nº 8.078/90, art.4º, III), funcionando também como critério para definição da abusividade das cláusulas.



Mais uma vez as lições de Cláudia Lima Marques:⁶

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), cujos 15 anos de promulgação hoje festejamos, é o maior exemplo desta nova teoria contratual. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei 8.078/90) realmente impõe a transparência (art. 4º, caput), o princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III) e a ativa proteção do consumidor com base na boa-fé de condutas (art. 51, IV e § 1º) e na interpretação dos contratos conforme a confiança despertada (art. 30, 34, 35, 47 e 48 todos do CDC). Da mesma forma, o novo Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) cria deveres com base na boa-fé (art. 422), impõe limites (art. 187) e uma interpretação guiada por esta boa-fé objetiva (art. 113) e, em especial, impõe como razão e limite à autonomia privada a função social dos contratos (art. 421).

Daí que se impõe a proibição da prática e a nulidade da cláusula de renovação automática do serviço.

2.4 Interesse coletivo (*stricto sensu*) dos consumidores e potenciais consumidores à contratação de um serviço sob as normas do Código de Defesa do Consumidor. Relação jurídica base. (Lei 8.078/90, art. 81, P.Ú, inciso II c/c 82).

A presente Ação Coletiva de Consumo desponta o interesse coletivo dos consumidores, Tal interesse se encontra no âmbito de atribuição do Ministério Público, conforme previsto na Lei federal nº 8.078/90, artigo 81, inciso II, a ver:

Lei federal nº 8.078/90:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

*II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de **natureza indivisível** de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma **relação jurídica base**;*

Os interesses coletivos se caracterizam pela natureza indivisível do objeto, pela determinabilidade dos sujeitos e pela relação jurídica base.

Nesse sentido, os direitos aqui tutelados são transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são consumidores ligados com a parte contrária (a empresa que presta o serviço) por uma relação jurídica base (o contrato de serviço de valor adicionado).

A natureza indivisível dos direitos consubstancia-se no fato de que a presente Ação Coletiva de Consumo protege todos os consumidores, sejam eles os já contratantes do

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Revista de Direito do Consumidor*. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. São Paulo, RT, nº 57, 2006, p. 17.



serviço de valor adicionado (SVA), sejam eles futuros consumidores que eventualmente tiverem interesse na aquisição do serviço sob as regras legais.

Sobre o tema, a doutrina ensina:

Tal como nos direitos difusos, os coletivos se notabilizam pela indivisibilidade de seu objeto. Neles, a lesão ou ameaça ao direito de um dos seus titulares significará a lesão ou ameaça ao direito de todos, ao passo que a cessação da lesão ou ameaça beneficiará concomitantemente a todos.

É exatamente a indivisibilidade do seu objeto que faz com que a coisa julgada em relação aos direitos coletivos seja ultra partes, o que quer dizer que uma sentença de procedência beneficiará não apenas, por exemplo, aos membros de uma associação ou sindicato que porventura tenha ajuizado a ação, mas a todas as pessoas que estejam na mesma situação base que fundamentou a sentença.

(...)

Os titulares dos direitos coletivos têm em comum uma relação jurídica que os une entre si, ou que une cada um deles com a parte contrária.

(...)

Graças à relação jurídica existente entre os titulares do direito coletivo, ou deles com a parte contrária, é possível determiná-los, identificá-los. Eles serão todos que fizeram parte da relação jurídica em comum. No exemplo dos acionistas prejudicados no acesso à publicidade eletrônica, os titulares do interesse serão todos os acionistas; no caso dos usuários submetidos ao reajuste ilegal do plano de saúde, serão todos os usuários, e assim por diante. Logo, nos direitos coletivos, os titulares são determináveis.

O direito dos consumidores a uma relação contratual não abusiva, em que seja garantido o direito de conhecer previamente o conteúdo do contrato e o preço dos serviços antes da contratação e o direito de não se interpretar o seu silêncio como manifestação de vontade é comum a todos os consumidores desses serviços prestados pelo réu.

Respeitante ao assunto, mister mencionar entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais com relação à caracterização do direito coletivo, a ver:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - LEGITIMATIO AD CAUSAM - DIREITO À INFORMAÇÃO - DEMANDA DE NATUREZA COLETIVA. - LEGITIMADOS - ARTIGO 82 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Segundo norma do artigo 81, inciso II do CDC, são interesses ou direitos coletivos, possuindo natureza indivisível, figurando como titular determinado grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. O direito à informação é comum a todos os consumidores dos produtos, sendo transindividual, do ponto de vista subjetivo, evidenciando a natureza coletiva do direito invocado na inicial. Não há como considerar como individual o direito a respeito do qual versa a ação, em face de sua natureza eminentemente coletiva, sendo legitimados para sua propositura as pessoas descritas no art. 82 do CDC. (TJMG – 0006879-85.2011.8.13.0685, Relator: Desembargador José Affonso da Costa Côrtes, Data da publicação: 01/09/2011)

Portanto, a presente Ação Coletiva de Consumo tutela os direitos dos atuais e futuros consumidores dos serviços de valor adicionado (natureza indivisível, sujeitos determináveis), os quais mantêm relação jurídica de consumo com o réu (relação jurídica base contratual).

Delineado o direito perseguido pelo Ministério Público como sendo coletivo *stricto sensu*, está o ente legitimado para ajuizamento da presente Ação Coletiva de Consumo.



Dos Pedidos

Em face do exposto, requer o autor provimento jurisdicional para:

1. Condenar o réu em obrigação de não fazer, consistente em abster-se de permitir ou promover a contratação do serviço de valor adicionado unicamente através da utilização do serviço de mensagens curtas (SMS), sob pena de multa cominatória em valor a ser estipulado por esse Juízo;

2. Condenar o réu em obrigação de fazer, consistente em somente promover a contratação de serviço de valor adicionado através da internet (podendo conjugá-lo com a estação móvel de celular), de tal forma que seja observado o seguinte procedimento: **(i)**inclusão do código de acesso do consumidor no site da empresa; **(ii)**envio da senha pelo réu à estação móvel do consumidor; **(iii)**inserção da senha recebida pelo consumidor no site da empresa; **(iv)**contratação do serviço de valor adicionado no site, sob pena de multa cominatória em valor a ser estipulado por esse Juízo;

3. Declarar nula de pleno direito a prática e a cláusula contratual relativa à contratação do serviço de valor adicionado através de SMS e à prática da renovação automática, prevista no documento intitulado “Condições de uso”;

4. Condenar o réu em obrigação de não fazer, consistente em abster-se de fornecer assinatura do serviço de valor adicionado mediante a prática da renovação automática, sob pena de multa cominatória a ser estipulada por esse Juízo;

5. A citação do réu para contestar o pedido, sob pena de revelia;

6. A condenação do réu em verbas sucumbenciais;

7. A dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, a teor do que dispõe o artigo 87 da Lei federal nº 8.078/90.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), meramente para efeitos legais.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2013.

MARCOS TOFANI BAER BAHIA
Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor.