

CLÁUSULA DE FIDELIDADE

Guilherme Fernandes Neto

Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP

Pós-graduado em Direito Empresarial pela Univ. Mackenzie

Membro do Ministério Público do Distrito Federal

Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UnB

Ex-Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP

Sumário: I. Esclarecimento preambular. II. A natureza do contrato de telefonia. III. A defesa da concorrência, as relações de consumo e a liberdade de escolha. IV. O abuso do direito nos contratos – a abusividade da cláusula de fidelização e sua afronta à principiologia do CDC. 1.1. Da afronta ao princípio da proporcionalidade 1.2. Da afronta à boa-fé. 1.3. Da afronta à função social da concessionária de serviço público. V. Da prática abusiva – da proibição da venda casada. VI. Do direito à efetiva prevenção. VII. Epítome. VIII. Bibliografia.

Se os "meios de produção, em certos setores da atividade, são dominados por um indivíduo ou um grupo de indivíduos, são dominados por uma empresa ou por um grupo de empresas, evitando que outros deles também possam dispor, há abuso do poder econômico".¹

I. Esclarecimento preambular

A liberdade de escolha dos consumidores foi positivada como direito básico do consumidor em vários países, valendo mencionar o art. 6.º, II, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, sendo usualmente tratada pela doutrina sob a ótica da liberdade de contratação, que, nos termos de Karl Larenz, compreende a faculdade de decidir livremente se vai contratar e com quem vai fazê-lo², tal faculdade deve-se fazer presente mesmo no contrato de adesão³.

¹ Agamenon Magalhães, Abuso do Poder Econômico, Rev. Forense 601/124, 1949, *apud* Benjamin M. Shieber, Abuso do poder econômico, São Paulo, RT, 1966, p. 3.

² Karl Larenz, Derecho de obligaciones, t. 1, p. 66.

³ Guilherme Fernandes Neto, Contratos de Adesão e controle de cláusulas abusivas, et. ali, Saraiva, São Paulo, p. 60.

Entretanto, empresas transnacionais de telefonia vêm impondo, de maneira uniforme e sistemática, a denominada “fidelidade” ou “fidelização” aos consumidores, mediante cláusulas e práticas abusivas, obrigando o consumidor a ficar vinculado ao contrato por diversos meses – sob pena de ter que pagar valor significativo, usualmente a título de multa –, nos países onde as lacunas nos ordenamentos propiciam tais condutas, *v.g.*, na Argentina, Brasil, Guatemala, Honduras, México e Urugua, alterando suas cláusulas na dependência da atuação dos órgãos de defesa do consumidor de cada país.⁴

Percebe-se que empresas iniciaram, recentemente, a exigência de nova forma de *fidelidade*, desta feita exigindo que os consumidores, **mesmo para os que já possuam aparelhos celulares** e queiram tão-somente se utilizar da linha da empresa de telefonia, mediante a aquisição do *chip*, fiquem *fidelizados*.

Para o desfazimento do contrato de serviços de telefonia, usualmente de forma não muito precisa, vêm as cláusulas de fidelidade dispondo que o fim do negócio jurídico poderá se dar a qualquer tempo, a pedido do cliente, **“desde que observado o prazo de carência do Plano de Serviço ao qual aderiu”**, e, ocorrendo a denúncia antes do citado prazo (de *fidelização*), o consumidor **“deverá efetuar o pagamento do valor da multa eventualmente prevista na folha de rosto”**.

Tal dispositivo contratual merece reflexões, que devem ser efetuadas tendo-se em conta a natureza do contrato de telefonia, à liberdade de escolha do consumidor, a livre concorrência, a

⁴ Assim foi informado pelo palestrante Argentino, nas III Jornadas Internacionales de Relaciones de Consumo, sob os auspícios da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, (em 31 de agosto, de 2006), bem como no Seminário realizado pela Comissão de Defesa do Consumidor, do Congresso da República da Guatemala, pelo expositor do México, Raúl García Moreno, o qual informou que as cláusulas de fidelidade foram alteradas em seu país, após a intervenção da PROFECO – órgão encarregado da defesa do consumidor naquele país –, nos contratos com tais condições, que lá tem sido denominadas de “contratos con plazo forzoso”. A abusividade foi ainda relatada por Deputado de Honduras, membro da Comissão de parlamentares em visita ao Ministério Público do Distrito Federal, encarregada da elaboração da nova lei hondurenha de defesa do consumidor, em 11/7/2007, bem como pelo jurista Daniel Tejada, Chefe do Departamento Jurídico da DIACO – órgão encarregado da defesa do consumidor na Guatemala, em 24 de abril de 2007, em Antigua, quando da assinatura de memorando entre México e Guatemala.

teoria do abuso do direito, bem como em face da principiologia pertinente à defesa do consumidor.

II. Da natureza do contrato de telefonia

Os contratos de prestação de serviços de telefonia são, à evidência, contratos onerosos, da espécie comutativos, o que significa dizer que as obrigações para o consumidor surgem à medida que recebe efetivamente um serviço prestado.

Prestado o serviço de telefonia, da forma como foi ajustada, surge a contraprestação para o consumidor, que deve respeitar o princípio da comutatividade, ou seja, somente pode ser cobrado do consumidor o serviço efetivamente prestado.

Sem a prestação de serviços de telefonia não pode haver cobrança e eventual cláusula penal não pode, *ipso facto*, incidir sobre todo o contrato, mas, tão-somente, sobre a parcela referente ao serviço de telefonia efetivamente prestado e não pago⁵.

Ipsa facto, forçoso é convir que a exigência de fidelidade afronta a comutatividade inerente aos contratos de serviços de telefonia.

A cláusula em comento pode ainda ser mascarada com a técnica de, em um único instrumento jurídico, dispor sobre os serviços de telefonia e da venda de aparelho de celular, de forma a criar artificialmente a dificuldade para o consumidor escapar do contrato. Outra forma usualmente utilizada na Guatemala é incluir em um único instrumento jurídico o comodato do aparelho celular e contrato dos serviços de telefonia.

Querendo o consumidor romper o contrato de prestação de serviços de telefonia terá, conforme os dispositivos mencionados, que arcar com as respectivas cláusulas penais que dizem

⁵ Outro contrato também comutativo, é o que diz respeito à prestação de serviços educacionais; ministrada a aula, deve o aluno adimplir com sua respectiva contraprestação, sendo venda a cláusula que impõe o pagamento integral do semestre do aluno desistente.

respeito à suposto desconto do contrato de compra e venda ou a exigência de um “ressarcimento” em razão dos meses que utilizou o celular em “comodato”.

Assim, o aparelho celular – tanto na hipótese de venda com desconto, como na hipótese do “comodato” – foi usado como uma isca, objetivando manter o consumidor preso ao instrumento jurídico que reúne, de forma insólita, dois contratos de natureza distinta.

É possível ajustar de forma lícita o estímulo à fidelidade?

Resposta afirmativa impõe-se, não se podendo olvidar que tal estímulo vem sendo efetuado com sucesso, e sem contestações, pelas empresas que prestam serviços de transporte aéreo, mediante a utilização de cartões de milhas. Não se pune o consumidor que deixa de usar sua tradicional companhia aérea, por ter contratado com outra que presta melhor serviço.

III. A defesa da concorrência, as relações de consumo e a liberdade de escolha

“Quando a produção e o comércio pertencem a muitos ou a vários, não a um só, a concorrência é o meio natural de proteger o consumidor como o economicamente mais fraco. A lei necessariamente há de assegurar a competição, para que não seja compelida a criar mecanismos artificiais contra preços exclusivos ou únicos. Pela interpretação finalística ou teleológica, decisiva na elaboração e na aplicação das leis, eis a meta dos preceitos jurídicos contra o abuso do poder econômico garantir o primado da economia popular. Garantir a competição, para proteger o consumidor.”⁶

⁶ Ulysses Guimarães, em relatório da Comissão de Constituição e Justiça, em 28 de abril de 1961, Suplemento A, p. 37, apud Benjamin M. Shieber, Abuso do poder econômico, São Paulo, RT, 1966, p. 62/63.

“O fato é que, segundo e de acordo com a Constituição do Brasil, a concorrência, no Brasil, não é um fim em si mesmo, mas um instrumento que deve ser utilizado tendo-se em vista a realização dos objetivos do Brasil (art. 3.º) e da ordem econômica (art. 170).” (Eros Roberto Grau, prefácio à obra de Paula Fogioni, Os fundamentos do antitruste, p. 8).

Adentrando na teoria da concorrência, podemos mencionar o Merchandise Marks Act, de 1877, da Inglaterra e o Sherman Act, de 1890, dos EUA⁷, como diplomas que inicialmente deram lastro aos pressupostos e limites da concorrência, protegendo, por via oblíqua, o direito de escolha dos consumidores.

A liberdade de escolha do consumidor tem sido invocada, recentemente, em diversas oportunidades, objetivando, *v.g.*, o esclarecimento ao consumidor sobre quais produtos são transgênicos⁸ – a fim de possibilitar o direito à escolha –, existindo decretos estaduais que impõem a rotulagem de tais produtos.

O direito à liberdade de escolha não é, todavia, novidade nem exclusividade de nosso ordenamento jurídico, mesmo porque está umbilicalmente ligado à conhecida teoria da concorrência desleal, que se divide, conforme pontifica Pontes de Miranda, em concorrência ilícita e concorrência abusiva.⁹

Como pressuposto para o exercício da liberdade de escolha pelo consumidor, impõe-se a existência de livre concorrência, livre de qualquer abuso do poder econômico, exurgindo,

⁷ Conferir: Benjamin M. Shieber, *Abuso do poder econômico*, São Paulo, RT, 1966, p. 15.

⁸ V. Regulamento (CE) n.º 1830/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, que altera a Directiva 2001/18/CE, cf. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R1830:PT:HTML>, acessado em 5/1/7.

⁹ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, XVII, § 2.095, RT, 4.ª ed., 2.ª tiragem, p. 275.

inconteste, o liame entre a defesa do consumidor, a livre concorrência e o combate à concorrência desleal e abusiva.¹⁰

Dispõe o artigo 170, da Constituição Federal, que 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, entre outros, os princípios da “defesa do consumidor” e da **“livre concorrência”** (inciso IV).

O artigo 170, IV, por sua vez, deve ser interpretado em consonância com o art. 173, §4.º, o qual dispõe que **“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”**. “Não raro esse poder econômico – leciona José Afonso da Silva – é exercido de maneira anti-social. **Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.**”¹¹

Eventual abuso do poder econômico que objetive a eliminação ou tornar infrutífera a concorrência afeta diretamente a liberdade de escolha do consumidor.

A livre concorrência está assim umbilicalmente ligada à defesa do consumidor¹² e à justiça social, não sendo, à evidência, e como demonstra a epígrafe deste tópico, um fim em si mesmo.

Existe uma interconexão entre o Direito antitruste e o Direito do Consumidor, possibilitando, ao final, a liberdade de escolha do consumidor.

¹⁰ Carlos Ferreira de Almeida, v.g., trata com clareza a distinção entre concorrência desleal e o abuso da posição dominante do mercado e a ligação com a defesa do consumidor. V. Os direitos dos consumidores, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 72 e s..

¹¹ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 664.

¹² Sobre a ligação da teoria da concorrência e o direito à liberdade de escolha, v. Neil W. Averitt e Robert H. Lande, A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor, in Revista de Direito do Consumidor n. 45, Ano 12, janeiro-março de 2003, RT, São Paulo, pp. 26/49, bem como Paula A. Forgioni, Os fundamentos do antitruste, pp. 283 e s.

Para que o direito à liberdade de escolha possa ser exercido se fazem necessários dois requisitos: 1.º “deve haver uma gama de opções para o consumidor, possibilitada pela competição e 2.º os consumidores devem poder escolher livremente dentre estas opções”.¹³

Embora existam certas opções para o consumidor brasileiro, no que tange à telefonia celular, forçoso é convir que a possibilidade de escolha de um novo fornecedor é imediatamente tolhida a partir do momento em que ele ingressa em um contrato com cláusula de fidelidade.

Assim, a Lei Federal 8.884, de 11 de junho de 1994, não pode ser olvidada para a caracterização da agressão à ordem econômica, mesmo porque seu art. 29 autoriza aos legitimados do art. 82, do CDC, a obtenção em juízo de tutela que proteja os consumidores, nestes termos: “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82, da Lei 8.078, de 11/9/90, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessão de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo”.

A Lei 8.884/90, ademais, define como infração à ordem econômica “**criar dificuldades** à constituição, ao funcionamento ou **ao desenvolvimento de empresa concorrente** ou de fornecedor, aquirente ou financiador de bens ou serviços” (art. 21, V).

A existência de possibilidade de eliminar a concorrência por intermédio do contrato de adesão já foi, ademais, constatada pela boa doutrina¹⁴.

A cláusula de fidelidade “cria dificuldades” aos concorrentes e afeta, *ipso facto*, os consumidores.

¹³ Neiwl W. Averitt e Robert H. Lane, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴ Guilherme Fernandes Neto, Contratos de adesão e controle das cláusulas abusivas, p. 73. V. outrossim, Léute, Les contrats-types, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1:435 e Heuck, Normenträge, p. 32, *apud* Garcia Amigo, Condiciones generales de los contratos. P. 30.

A defesa da livre concorrência não foi novidade implantada pela Lei Federal 8.884/90. O art. 148, da Constituição de 18 de setembro de 1946, já objetivava coibir o abuso do poder econômico, nestes termos: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Dois diplomas dão ao consumidor dos serviços de telefonia o direito à liberdade de escolha do fornecedor: o primeiro, o art. 6.º, II, do CDC, que institui o direito epigrafado como direito básico¹⁵ e, o segundo, o artigo 3.º, da Lei Geral de Telecomunicações LGT (Lei Federal 9.472/97, que assim soa: “Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: (...) - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço”.

Assim, enquanto o CDC impõe a liberdade de escolha a todo o consumidor, a LGT, como que a reforçar tal direito aos consumidores do serviço de telefonia, espanca as dúvidas que pudessem existir, garantindo ao consumidor a escolha de sua empresa.

Inexiste limitação legal ao citado direito de escolha, não pode o interprete fazê-lo, mesmo porque, se dúvida houvesse dever-se-ia invocar o princípio da norma favorável, pelo qual a interpretação das normas devem ser efetuadas em favor do consumidor.¹⁶

O fornecedor que atrair ou *mantiver* indevidamente sua clientela, afronta o primado da livre concorrência e adentra na seara da concorrência desleal.

Em semelhante sentido Pontes de Miranda, após dividir a concorrência desleal em ilícita e abusiva, subdivide esta última, trazendo o seguinte conceito: “Atos de concorrência com o fim de desviar clientela, ou de **formá-la com prejuízo** (ainda que só eventual) de outrem, se a lei *ainda* não os considerou contra o direito.”¹⁷

¹⁵ Assim soa o art. 6.º, do CDC: São direitos básicos do consumidor: (...) II educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a **liberdade de escolha** e igualdade nas contratações”.

¹⁶ João Baptista de Almeida, A defesa do consumidor em juízo, Saraiva, passim.

¹⁷ Pontes de Miranda, *op. cit.*, § 2.095, negrito nosso.

É o que o saudoso Carlos Alberto Bittar denomina de “abuso de livre concorrência”, dentro do conceito lato de concorrência desleal.¹⁸

A cláusula de fidelidade objetiva formar clientela em detrimento de consumidores e de concorrentes.

A busca de uma concorrência leal objetiva não somente impor moralização no direito concorrencial, mas, também, propiciar uma “tutela preventiva”¹⁹ ao consumidor que é destinatário dos produtos e serviços ofertados no mercado.

Concebe-se, atualmente, que “todo ilícito concorrencial – esclarece Mirando Serrando – prejudica genericamente os consumidores ao distorcer e impedir o correto funcionamento do sistema competitivo”²⁰

Não se quer dizer que a imposição de fidelidade amolda-se ao ilícito penal da concorrência desleal prevista em nosso ordenamento jurídico, mas que sua utilização, por implicar afronta à liberdade de escolha do consumidor e dificultar a leal expansão da concorrência, é açambarcada, *ipso facto*, pelo lato conceito de concorrência desleal, mesmo porque a lei é explícita em admitir a existência de atos atípicos de concorrência desleal.²¹

Mirando Serrando, vale lembrar, demonstra como atos que atentam contra a livre e honesta concorrência afrontam diretamente o consumidor, nestes termos: “(...) es que, además, la ilicitud de algunos de los grupos de casos de competencia desleal regulado por el nuevo Derecho radicaré, en particular, en **suponer un atentado directo a la libertad de decisión del consumidor, esto es, a su libertad** de saber (pleno conocimiento del causa) y **de querer** (total

¹⁸ Carlos Alberto Bittar, Teoria e prática da concorrência desleal, Saraiva, 1989, p. 36.

¹⁹ Nesse sentido Luis M.^a Miranda Serrando, Competência desleal y protección de los consumidores, p. 49, in Curso sobre protección jurídica de los consumidores, Coord. Gema Botana García/Miguel Ruiz Muñoz, McGraw Hill, Madrid, 1999.

²⁰ Luis M.^a Miranda Serrando, *op. cit.*, p. 53.

²¹ Cf. art. 209, da Lei 9.279/96.

voluntariedad) **a la hora de seleccionar entre las distintas ofertas empresariales existentes en el mercado.**"²²

E, conclui o citado jurista, esclarecendo que, embora existam diferentes classificações dos atos de concorrência desleal a escola alemã – que classifica conforme os interesses afetados –, concebe os atos de concorrência desleal como os que lesam os interesses dos concorrentes, os que lesam o interesse público e os que lesam os interesses dos consumidores.²³

E, espancando as dúvidas que pudessem surgir, esclarece que os que os atos de concorrência desleal que afetam os consumidores são os que "**restringen la libertad de decisión del consumidor**"²⁴

A livre concorrência - princípio fundamental dos serviços de telefonia, nos termos do art. 5.º Lei n. 9.472/97) – é vergastada pela fidelidade.

Fidelizado fica o consumidor cativo; não pode procurar outro concorrente, buscando melhor oferta ou aceitando novas promoções. O mercado fica engessado, à mercê das atuais donas do mercado, sendo que novas empresas dificilmente ampliarão seu mercado, quando este já estiver saturado.

A fidelização é incompatível com o princípio da livre concorrência.

IV. O abuso do direito nos contratos – a abusividade da cláusula de fidelização e sua afronta à principiologia do CDC

²² Luis M.ª Miranda Serrando, *op. cit.*, p. 53.

²³ Conferir, Luis M.ª Miranda Serrando, *op. cit.*, p. 65.

²⁴ *Ibid.*

O abuso do direito, como manifestação anti-social que é do Direito, pode afetar qualquer fase do contrato, quer no momento da elaboração do conteúdo contratual, de sua celebração ou na fase de execução. Ocorrendo na fase de elaboração, exsurgirá uma cláusula abusiva.

O usuário dos serviços de telecomunicações é um consumidor por excelência, dispendo a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), ademais, capítulo específico pertinente aos "Princípios Fundamentais", nele incluindo a livre concorrência e a defesa do consumidor.

A prática da *fidelização*, bem como os dispositivos contratuais acima mencionados, são manifestações do abuso do direito nas diversas fases da contratação, afrontando os princípios jurídicos que se contrapõe ao excesso, em clara subsunção à citada manifestação anti-social do direito, que é o seu abuso.

1.1. DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O direito à modificação da cláusula abusiva da fidelização e a coibição da prática fidelizatória por parte das concessionárias de telecomunicações devem ser considerados, também, face à desproporcionalidade entre a multa máxima prevista no ordenamento jurídico (v.g. no CDC, art. 52, parág. 1.º) e multa exigida pelo rompimento contratual, pela afronta à "fidelidade" imposta, que usualmente corresponde ao tempo que o consumidor supostamente deveria manter-se fiel à empresa. Raciocínio analógico – autorizando a invocação do art. 52 - em favor do consumidor, impõe-se até pelo citado princípio da norma favorável.

Não é ocioso mencionar que o Código de Defesa do Consumidor positivou a teoria do abuso do direito, elencando, v.g., no art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor - entre os direitos básicos do consumidor – *o direito à modificação contratual de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais*, ou seja, impondo a proporcionalidade como princípio fundamental nas relações de consumo, ou, mais especificadamente, em seu inciso V, "**a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais** ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas" (grifos nossos).

A cláusula fidelizatória e a respectiva prática afrontam à evidência a proporcionalidade, inexistindo justa causa para impor ao consumidor uma fidelização, para impedir sua saída do contrato, para mantê-lo cativo.

Enquanto a alegação da empresa para a fidelização – daqueles que com ela compravam os celulares a preços módicos – era de que a fidelização objetiva o ressarcimento da diferença entre o preço de mercado e o preço de venda, a fidelização do consumidor que já possui celular é totalmente indefensável, não se olvidando que a fidelização para a primeira hipótese (como suposta compensação pelo desconto fornecido ao consumidor na aquisição do aparelho) é mero contorcionismo jurídico, haja vista a diferença entre os dois contratos subjacentes à operação, a saber, o contrato de venda e compra (do aparelho celular) e de prestação de serviços, que deveriam ser celebrados por instrumentos distintos, haja vista a discrepância e incompatibilidade entre a natureza dos diversos negócios jurídicos.

1.2. Da afronta à boa-fé

Denotando a preocupação com a moralidade na relação consumidor/fornecedor, no capítulo pertinente à proteção contratual está ainda o art. 51, dispondo serem nulas de pleno direito, entre outras, as disposições contratuais que: “(...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em **desvantagem exagerada**, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. E, continua o dispositivo: (...)§.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.”

Da interpretação do dispositivo mencionado, tira-se a lição de Nelson Nery Júnior²⁵, segundo a qual:

²⁵ CDC Comentado, Ed. Forense Universitária, p. 479, 7.^a edição.

“O direito básico do consumidor, reconhecido no art. 6º, nº V, do Código, não é o de desonerar-se da prestação por meio da resolução do contrato, mas o de modificar a cláusula que estabeleça prestação desproporcional, mantendo-se íntegro o contrato que se encontra em execução ou de obter a revisão do contrato se sobreviverem fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas para o consumidor.”

Não é sério o argumento de que o “lastro” jurídico para a fidelização era resolução da Anatel; a única exegese possível para que se evite uma interpretação ab-rogatória do texto da citada agência – é a de que, na realidade, tal resolução objetiva impor, **em favor dos consumidores**, a manutenção dos serviços, pelo prazo mínimo de 18 meses em favor dos consumidores.

A afronta à boa-fé fica ainda evidente quando se a empresa chega a exigir de consumidor a manutenção do contrato, mesmo quando tem ele seu aparelho furtado, ou se conjuga tal prática com a imposição de outras dificuldades para a rescisão do contrato.

1.3. Da afronta à função social da concessionária de serviço público

Toda empresa possui sua função social, diz Fábio Konder Comparato; as concessionárias de serviços público deveriam, *a fortiori*, buscar neste princípio a diretriz para a sua atuação, o objetivo de seus contratos, o desiderato de sua atuação no mercado.

A afronta à função social, vale mencionar, é, ademais, um dos reconhecidos critérios para a constatação do abuso do direito.

A função social das empresas de telefonia, exsurge, todavia, à evidência, face ao fato de que o serviço é fruto de concessão pública, razão pela qual, por mais esse motivo, não deveria se afastar da função social típica da atividade que exerce, impondo cláusulas que não asseguram o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes, vez que as mesmas, totalmente alheias a mandamento legal, permitem, em tese, enriquecimento ilícito por parte daquela empresa, ao

mesmo tempo em que procede em conduta usualmente denominada de “venda casada”, ao condicionar comercialização de produto *chip* a contrato de fidelidade.

V. Da prática abusiva – da proibição da venda casada

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art. 39, I) dispõe que *é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, condicionar tal fornecimento ao fornecimento de outro produto ou serviço (...)*. Tal prática, comumente conhecida como “venda casada” ou “operação casada” é expressamente vedada pelo código consumerista, não se podendo deixar de mencionar que a Lei 8.137/90, tipifica como infração penal *“subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço; III – sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada”* (art. 5.º), cominando, para o caso, pena de detenção de dois a cinco anos, ou multa.

Fica assim evidente que o ordenamento jurídico repelirá a possibilidade de que empresas de telefonia condicionem a compra de um aparelho de telefone à contratação de serviços de telefonia; a prática pode, inclusive, ensejar a apuração de responsabilidade criminal.

VI. Do direito à efetiva prevenção

Não basta a mera declaração da nulidade da cláusula que impõe a fidelidade, face à mácula indelével da abusividade. O sistema criado pelo CDC impõe o *direito à efetiva prevenção*, positivado no art. 6.º, VI, exigindo uma atuação eficaz do Estado, proibindo, *v.g.*, a inclusão de cláusulas abusivas, a continuidade delitiva, traduzindo, no caso em comento, na coibição (obrigação de não fazer) da utilização de cláusulas de fidelização, na inserção de cláusula semelhantes, bem como na proibição da prática abusiva de manter o consumidor cativo durante da execução do contrato, impondo-se, por tanto, atuação estatal para desestimular novas condutas análogas.

Por fim vale lembrar que a Lei Federal nº 8.078/90 traz como direito básico a “*efetiva prevenção*” aos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI), o que significa o dever de o Estado impedir a utilização de tais cláusulas, que afronta a principiologia básica das relações de consumo.

VII. Epítome

Abusando do seu direito de predispor do conteúdo contratual e com afronta aos princípios da boa-fé, da proporcionalidade, da transparência e do equilíbrio das relações de consumo, bem como o direito básico da liberdade de escolha, empresas vêm inserindo cláusulas leoninas em seus contratos adesivos – exigindo que o consumidor fique cativo, exigência efetuada inclusive àqueles que já possuem aparelho de telefone celular, amparando tal cláusula, durante a fase de execução de contrato, mediante a prática abusiva de impedir que o consumidor deixe utilizar seus serviços, bem como por abusiva cláusula penal.

A abusividade denominada fidelização chegou, inclusive, a ser utilizada em desfavor dos consumidores que tiveram seus celulares furtados, e eram, mesmo assim, obrigados a manter seu contrato de prestação de serviços de telefonia.

Independentemente da hipótese de furto ou roubo, forçoso é convir que a fidelização afronta ao princípio fundamental da livre concorrência, criando artificialmente dificuldades para que novas empresas possam ingressar no mercado, durante o período de cativo do consumidor.

O contrato foi transformado em uma armadilha jurídica, pela qual a cláusula de fidelidade reduz a força da liberdade de escolha ao direito do mais forte.

VIII. Bibliografia

AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os direitos dos consumidores, Almedina, Coimbra, 1982.

ALMEIDA, João Baptista de A defesa do consumidor em juízo, Saraiva.

AVERITT, Neil W. e Robert H. Lande, A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor, in Revista de Direito do Consumidor n. 45, Ano 12, janeiro-março de 2003, RT, São Paulo.

FERNANDES NETO, Guilherme. Contratos de Adesão e controle de cláusulas abusivas, et. ali, Saraiva, São Paulo, 1990.

– O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor – cláusulas, práticas e publicidades abusivas, Brasília Jurídica, 1996.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste, 2.^a ed., revista e atualizada, RT, São Paulo, 2005.

GUIMARÃES, Ulysses. Relatório da Comissão de Constituição e Justiça, em 28 de abril de 1961, Suplemento A.

LARENZ, Karl Derecho de obligaciones, t. 1, p. 66.

MAGALHÃES, Agamenon. Abuso do Poder Econômico, Rev. Forense 601/124, 1949.

MIRANDA SERRANDO, Luis M.^a Competência desleal y protección de los consumidores, p. 49, in Curso sobre protección jurídica de los consumidores, Coord. Gema Botana García/Miguel Ruiz Muñoz, McGraw Hill, Madrid, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. CDC Comentado, Ed. Forense Universitário, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, XVII, § 2.095, RT, 4.^a ed., 2.^a tiragem.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, Regulamento (CE) n.º 1830/2003, de 22 de Setembro de 2003, que altera a Directiva 2001/18/CE, cf. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R1830:PT:HTML>, acessado em 5/1/7.

SHIEBER, Benjamin M. Abuso do poder econômico, São Paulo, RT, 1966.