



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR
COORDENAÇÃO-GERAL DE CONSULTORIA TÉCNICA E PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Processo n.	08012.000140/2004-92
Nota técnica:	137 /2013 - CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ
Data:	08 de 07 de 2013.
Representante:	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC)
Representada:	Vivo S.A.
Assunto:	Publicidade enganosa. Promoção "Vivo de Natal".
Ementa:	Processo Administrativo. Violação aos princípios da transparência, da boa-fé e da não-abusividade da publicidade. Direito à informação. Publicidade enganosa. Sugestão de aplicação de multa no valor de R\$ 2.260.173,00 (dois milhões, duzentos e sessenta mil, cento e setenta e três reais).

Sra. Coordenadora-Geral de Consultoria Técnica e Processos Administrativos,

D) Relatório

01. Trata-se de processo administrativo instaurado no Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) do Ministério da Justiça (MJ), em razão do Memorando n. 0005/SDE/DPDC/MJ, de 08 de janeiro de 2004, em face da empresa Vivo S/A, para a apuração de possíveis irregularidades nas campanhas publicitárias denominadas "Vivo de Natal" e "Final de Semana Grátis" (fls. 02/17).

02. Consta nos autos (fls. 02/03) que o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), através da Central de Atendimento ao Consumidor, recebeu diversas reclamações de consumidores sobre os serviços oferecidos pela empresa. E que a empresa realizou em dezembro de 2003 a promoção denominada "Vivo de Natal" que ofertava: "*Saldo de R\$ 500,00 reais para ligações locais e envios de mensagens para serem utilizadas no prazo de 30 dias entre celulares*".

03. Menciona o Memorando n. 0005/SDE/DPDC/MJ (fls. 02) que os *e-mails* (fls. 04/17) recebidos pela Central de Atendimento ao Consumidor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) descrevem as seguintes reclamações: não recebimento dos créditos da promoção, interrupção das ligações, dificuldade em completar as chamadas, necessidade de acionar crédito para ter a validação dos créditos oferecidos gratuitamente, dificuldades para entrar em contato com a operadora, congestionamento das linhas, sistema sempre em manutenção e não prorrogação dos créditos oferecidos. Aponta que a justificativa da empresa é de que há sobrecarga no sistema e que em relação aos créditos não prorrogam a sua validade por terem prazo já determinado de 30 (trinta) dias.

04. Em 13 de janeiro de 2004, expediu-se a Notificação n. 09/DPDC/SDE (fls. 18/19) para que a empresa prestasse esclarecimentos sobre as respectivas reclamações, a saber:

- a) *A empresa confirma as reclamações dos consumidores expostas nesta documentação? Em caso positivo:*
1. *Qual o quantitativo de reclamações registradas pela Vivo acerca desta promoção "Vivo de natal"?*
 2. *Quais providências foram tomadas para a resolução das reclamações? Como os consumidores têm sido informados sobre tais providências?*
- b) *A empresa confirma que, neste período da supramencionada promoção, houve congestionamento de linhas e/ou o sistema estava em manutenção? Em caso positivo, explicar os fatos que deram origem ou ocasionaram o problema.*
- c) *Qual o período de validade das promoções?*
- d) *Quais os meios de mídia utilizados pela VIVO para divulgação das promoções?*
1. *Caso a empresa tenha veiculado estas em emissoras de rádio, televisão e/ou mídia escrita, informar os dias e horários (plano de mídia).*
 2. *Enviar fita VHS contendo cópias das mencionadas promoções, bem como gravação do conteúdo destas para cada tipo de mídia utilizado pela Vivo.*
 3. *Enviar exemplares de folhetos, folders explicativos acerca das promoções.*
- e) *Quanto à promoção "Final de Semana Grátis", a empresa confirma que nos dias 01 e 02/11/2003 a promoção não vigorou? Confirma ainda que também para esta promoção houve problemas com o sistema da Vivo? Em caso positivo, explicar os fatos que deram origem ou ocasionaram o problema.*

05. Em resposta (fls. 27/92), a empresa mencionou que foram registradas cerca de 300 (trezentas) reclamações perante os Procon's e Juizados Especiais, bem como destacou que os problemas ocorreram em regiões específicas do Estado de Goiás, de forma que: *"as dificuldades enfrentadas por alguns consumidores, seja para completar as chamadas telefônicas, seja para usufruir dos benefícios da promoção "Vivo de Natal", foram pontuais"* (fls. 28).

06. A empresa informou que realizou no interior do Estado o remanejamento de estações de rádio base para as centrais de Goiânia/GO e, com isso: *"conseguiu-se uma redistribuição emergencial mais condizente com a realidade daquele momento"* (fls. 28). E na Capital realizou: *"ampliação de circuitos em rotas com outras operadoras (de telefonia fixa e móvel; ampliação de rota de consulta ao banco de dados de assinantes para melhorar a performance de completamento de chamadas; ativação de novas rotas com outras operadoras de telefonia fixa, que atendem ligações locais e de longa distância"*. Apresentou que foram tomadas medidas simultâneas na Capital e Interior, a saber: *"remanejamento de banco de dados de assinantes entre as centrais da Operadora; suspensão temporária e emergencial das ações de 'broadcast' via 'short-message' da Operadora para seus clientes, em todo o Estado de Goiás; ampliação da capacidade de processamento das centrais; implantação da rede CDMA e overlay TDMA para CDMA, bem como expansão da rede CDMA"* (fls. 29).

07. Esclareceu que: *"tão logo era constatada a procedência das afirmações feitas pelo usuário, a Central de Relacionamento imediatamente entrava em contato com o consumidor, por telefone, para comunicá-lo de que o prazo para utilização do eventual saldo remanescente dos créditos estava sendo prorrogado, o que demonstra, de modo cristalino, a lisura e a boa-fé da empresa notificada no relacionamento com os seus consumidores"* (fls. 30).

08. No que se refere ao item “b” da notificação (fls. 18), a empresa confirmou a ocorrência de problemas nos telefones celulares de consumidores no Estado de Goiás e que as dificuldades para completar as chamadas telefônicas foram estritamente pontuais. Informou que as principais causas dos problemas foram: “(i) atraso na expansão da rede, gerados por empresas fornecedoras que não cumpriram os prazos assumidos junto à empresa notificada, para entrega dos equipamentos para a referida ampliação, prevista para ocorrer antes do período de festas de final de ano; (ii) escoamento do prazo para cadastramento de celulares pré-pagos, inicialmente definido pela Lei Federal nº 10.703/2003, que se encerraria no último dia 18 de janeiro (...); (iii) mudanças de tecnologia que objetivaram implementar a tecnologia CDMA no Estado de Goiás” (fls. 31).

09. Alegou a empresa que a situação se agravou em razão do aumento expressivo do tráfego telefônico durante o mês de dezembro de 2003 e início de janeiro de 2004: “sobretudo nas semanas do Natal e do Ano Novo”. E que: “Esse volume ultrapassou todas as expectativas da empresa e gerou, em determinadas regiões do Estado e em determinados períodos do dia, como se viu, algumas dificuldades para o completamento de algumas chamadas” (fls. 31).

10. A empresa informou que a validade da promoção “Vivo de Natal” compreendeu o período de 10.11.2003 até 31.12.2003 (fls. 32). Apresentou também o plano de mídia da promoção “Vivo de Natal”, fita VHS com a publicidade da TV, e exemplares dos *folders* explicativos da campanha (fls. 33).

11. No que tange à promoção “Final de Semana Grátis” esclareceu que: “a referida promoção era válida nos quatro finais de semana compreendidos no período de 01/10/2003 a 31/10/2003, ou seja, nos dias 04 e 05, 11 e 12, 18 e 19, 25 e 26 do mês de outubro de 2003” (fls. 33).

12. Em seguida, o Município de Araçatuba/SP, através do Sistema Municipal de Defesa do Consumidor – Procon, enviou (fls. 95/96) representação ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) cujo objeto foram o crescente número de reclamações registradas em face da empresa. Informaram que:

1-) Cresce em número assustador o número de reclamações levadas a efeito por consumidores-usuários dos serviços de telefonia móvel celular oferecidos pela operadora Telesp Celular S/A (Vivo). A insatisfação é geral, visto que afeta a todos, indistintamente, acarretando prejuízos de todas as ordens. Neste município, pode-se afirmar que os serviços oferecidos pela Vivo efetivamente não funcionam, sendo patente sua ineficiência, levando a um quadro caótico criado pela própria operadora.

2-) Esta operadora, na ânsia de obter lucros astronômicos com a venda de seus produtos e serviços, realiza promoções em massa na imprensa falada, escrita e televisiva, as quais na prática, comprovadamente, são inacessíveis, de difícil utilização e gozo, uma verdadeira propaganda enganosa. Até mesmo os serviços mais simples como fazer e receber ligações tornaram-se impossíveis, isto porque ofereceu serviços os quais, sabidamente, não poderia disponibilizar com adequação, qualidade e eficiência, artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor.

3-) O descaso com que esta operadora trata seus usuários-consumidores chega às raias do absurdo e da mais total falta de cortesia, não bastasse a ineficiência total da linha direta para seus clientes, através do número 1404,

este órgão do Procon também enfrenta grandes dificuldades em obter informações e respostas às suas Notificações, o que certamente demonstra a gravidade dos fatos ora relatados. Se não responde adequadamente a um órgão de defesa do consumidor, é de se imaginar sua relação com o cliente.

13. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) recebeu o Ofício n. OF/PROCON/DIR/Nº 009/04 (fls. 98/125), do Procon do Acre, no qual informaram inúmeras reclamações no tocante a má prestação de serviços por parte das empresas de Telefonia Móvel Pessoal, inclusive da empresa Vivo. A empresa respondeu (fls. 121) ao ofício enviado pela Coordenação de Defesa do Consumidor – Procon/AC que:

Vimos, com a devida vênia, informar que as indisponibilidades técnicas em apreço podem ter ocorrido do aumento substancial no tráfego telefônico, superando a reserva técnica em serviço, inclusive o tráfego registrado no mesmo período do ano passado, exatamente em razão das festividades de natal e ano novo.

Assim, para atender o provável aumento de tráfego normalmente verificado no mês de dezembro, esta Operadora, tanto no interior do estado quanto na capital, adotou ações preventivas, com o início de procedimentos de incremento e ampliação de canais de voz para melhoramento do tráfego, inclusive com o ajuste de potência e frequência dos rádios combinadores.

14. Em 26 de fevereiro de 2004, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) enviou a Notificação n. 42-DPDC/SDE (fls. 129) para que a empresa prestasse esclarecimentos complementares, *ipsis litteris*:

- a) *Quantos usuários a VIVO tem cadastrados?*
- b) *Das 300 reclamações feitas pelos consumidores à VIVO, acerca da promoção “Vivo de Natal”, quantas foram atendidas?*
- c) *Considerando que a empresa confirmou a ‘ocorrência de alguns problemas nos telefones celulares’, determino o detalhamento desses problemas.*
- d) *Considerando a afirmativa da VIVO de que as providências acerca dos problemas ‘foram devidamente esclarecidas aos consumidores por meio de comunicados oficiais da empresa, publicados em jornais de grande circulação’, determino o envio de exemplares de tais comunicados.*
- e) *Considerando que o item ‘e’ da Notificação n. 09 não foi respondido, determino a manifestação da VIVO acerca deste item, abaixo produzido:*
‘Quanto à promoção ‘Final de Semana Grátis’, a empresa confirma que nos dias 01 e 02/11/2003 a promoção não vigorou? Confirma ainda que também para esta promoção houve problemas com o sistema da Vivo? Em caso positivo, explicar os fatos que deram origem ou ocasionaram o problema’.

15. A empresa informou (fls. 133) que, em fevereiro de 2004, possuía 1.055.534 (um milhão, cinquenta e cinco mil, quinhentos e trinta e quatro) usuários e que foram confirmadas 206 (duzentas e seis) reclamações perante os Procon’s e Juizados Especiais (fls. 135).

16. Esclareceu (fls. 135) que 75 (setenta e cinco) reclamações foram solucionadas, 74 (setenta e quatro) em processo de verificação de informações ou negociações e 57 (cinquenta e sete) aguardavam a realização de audiências. Informou que as principais causas das reclamações foram:

- (i) *atrasos na expansão da rede, gerados por empresas fornecedoras que não cumpriram os prazos assumidos junto à empresa notificada;*
- (ii) *escoamento do prazo para cadastramento de celulares pré-pagos, inicialmente definido pela Lei Federal n. 10.703/2003, que se encerraria no último dia 18 de janeiro;*
- (iii) *mudanças de tecnologia que objetivaram implementar a tecnologia CDMA no Estado de Goiás;*
- (iv) *aumento expressivo de tráfego telefônico durante o mês de dezembro de 2003 e início de janeiro de 2004, o qual ultrapassou todas as expectativas da empresa e gerou, em determinadas regiões do Estado e em determinados períodos do dia dificuldades para o completamento de algumas chamadas nos horários de pico.*

17. No que tange ao questionamento da promoção denominada “Final de Semana Grátis”, a empresa aduziu que a promoção não vigorava nos dias 01 e 02.11.2003, pois a referida promoção era válida apenas nos finais de semana do mês de outubro de 2003, ou seja, “nos dias 04 e 05, 11 e 12, 18 e 19, 25 e 26” do referido mês (fls. 136).

18. No dia 09 de dezembro de 2004, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) enviou a Notificação n. 517-DPDC/SDE (fls. 139) para que a empresa Telesp Celular Participações S/A informasse se os problemas relatados pela Vivo ocorreram também em outros Estados.

19. A empresa Telesp Celular Participações S/A informou que está autorizada à exploração do serviço móvel pessoal (SMP), na Região III, do Plano Geral de Atuação do SMP – PGA/SMP, dentro de São Paulo, conforme os Termos de Autorização PVCP/SPV n. 018/2002 – ANATEL e PVCP/SPV n. 019/2002 – ANATEL (fls. 150). Por isso, alegou que: “*mostra-se impossível à suplicante prestar a esse r. Departamento qualquer informação técnica sobre eventuais problemas que tenham ocorrido fora da sua área de concessão/autorização*” (fls. 151). Afirmou também que (fls. 154):

Concluindo e em atendimento à indagação formulada por esse r. Departamento, é seguro afirmar que a Telesp Celular durante o mês de dezembro de 2003 e início de janeiro de 2004, enfrentou picos de congestionamento de sua rede, que podem ter gerado aos seus usuários dificuldades momentâneas para a realização ou recebimento de chamadas, sendo certo que tais situações anômalas não ocorreram de forma generalizada, mas sim pontual e localizada, sendo então tomadas medidas técnicas para sanar as mesmas e evitar sua repetição.

20. Em 19 de maio de 2006, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) expediu a Notificação n. 171/CGSC/DPDC/SDE (249) para que a empresa VIVO manifestasse a respeito das solicitações contidas na Notificação n. 517-DPDC/SDE (fls. 139). Após a dilação de prazo de 10 (dez) dias (fls. 253), a empresa expôs que, no mês de dezembro

de 2003, ocorreu aumento no tráfego de chamadas nas redes de telefonia fixa e telefonia celular. Assim, ocorreu acúmulo de chamadas, em algumas localidades e horários isolados, que se refletiu na utilização dos aparelhos de telefonia celular quando se realizava ou recebia chamada. A empresa esclareceu que no Estado de São Paulo o caso foi objeto de contestação dos órgãos de defesa e o consumidor e do Ministério Público.

21. A Coordenação-Geral de Supervisão e Controle (CGSC), atual Coordenação-Geral de Estudos e Monitoramento de Mercados (CGEMM), do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), expediu a Nota Técnica n. 238 – CGSC/SDE/MJ (fls. 259/266), na qual sugeriu o envio dos autos à Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos, atual Coordenação-Geral de Consultoria Técnica e Processos Administrativos, para instauração de processo administrativo.

22. A empresa foi notificada (fls. 269) para encaminhar ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) mídia contendo as publicidades das campanhas “Final de Semana Grátis” e “Vivo de Natal”, bem como informasse a quantidade de consumidores que aderiram às referidas promoções. Após dilação de prazo (fls. 273), a empresa informou que conseguiu apurar o número de 148.416 (cento e quarenta e oito mil quatrocentos e dezesseis) consumidores que aderiram às promoções “Final de Semana Grátis” e “Vivo de Natal” (fls. 306/307).

23. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) enviou o Ofício n. 7796/2009-DPDC/SDE/MJ (fls. 268) para a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL no qual solicitava informação a respeito de registro de reclamações de consumidores referentes aos serviços de telefonia prestados pela Vivo, no período de 01.10.2003 a 31.12.2003, e sobre eventual instauração de Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) relacionado às referidas promoções.

24. A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL informou através do Ofício n. 91/2010/PVCPC-Anatel (fls. 310) que:

(...)

2. *No período questionado por este órgão ministerial, a prestadora VIVO vendeu uma quantidade de pacotes promocionais superior a sua capacidade operacional. O assunto foi tratado no PADO 53500.011987/2004, conforme trecho a seguir:*

‘...há que se considerar também que a Anatel já notificou outra prestadora do grupo VIVO sobre instauração de PADO, sob o n.º 53500.006431/2003, para averiguar situação semelhante ocorrida em dezembro de 2003, em que existem fortes indícios de que o corpo técnico gerencial da prestadora vem adotando o procedimento de vendas de acessos a qualquer custo, em detrimento da prestação de boa qualidade do serviço, prejudicando, assim, o desempenho dos equipamentos em situação de uso de sua plena capacidade de escoamento de tráfego telefônico’.

3. *No PADO citado no trecho acima (n.º 53500.006431/2003), a operadora firmou Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Estado de Goiás, reconhecido pelo Procon/GO, no sentido de reparar os*

danos causados aos seus usuários, lesados em face da descontinuidade do serviço provocada pelas promoções questionadas, ofertadas à época do natal de 2003. Este termo foi inteiramente cumprido, conforme consta no Informe n.º 832/2009 – PVCPA/PVCP/SPV, de 07/12/2009, referente ao PADO em comento, no qual ainda consta a transcrição da Certidão do Procon/GO dando nota do cumprimento. Ainda, segundo o mesmo Informe, a Anatel expediu o Ofício n.º 449/PVCPA, notificando a prestadora a demonstrar a maneira pela qual pretendia reparar os seus usuários, ou, se assim, já tivesse feito, que informasse o procedimento adotado, sob pena de aplicação de multa. Ao referido ofício, respondeu a Telogoias Celular S/A, afirmando já ter reparado os usuários, por meio do cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta feito com o Ministério Público do Estado de Goiás.

4. Quanto à solicitação da informação dos registros das reclamações, informamos não ser factível o levantamento desses dados, uma vez que, devido ao longo decurso de tempo (6 anos), além das reclamações já terem sido tratadas conforme demonstrado, esta Agência não dispõe desses dados.

25. Às fls. 259/266, a Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) sugeriu a instauração de processo administrativo por indícios de infração ao disposto nos artigos 4º, incisos I e III; 6º, incisos III, IV e VI; 37, §1º e §3º, todos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), tendo em vista a ocorrência de supostas ilicitudes nas campanhas publicitárias. Em consequência, a Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) adotou a Nota Técnica n. 238-CGSC/SDE/MJ (fls. 259/266) e a Nota Técnica n. 315-2010/CGAJ/DPDC (fls. 313/319) como motivação e determinou a instauração de processo administrativo em face da empresa, de acordo com o Despacho n. 42/2010 (fls. 320).

26. Dessa forma, expediu-se a Intimação n. 73/2010 – DPDC/SDE/MJ (fls. 322), de 22 de dezembro de 2010, para ciência do despacho que determinou a instauração de processo administrativo, bem como para que a empresa apresentasse defesa nos autos.

27. A empresa apresentou defesa (fls. 329/345) e, em síntese, alegou que: *“todas as queixas dos consumidores referiam-se a problemas operacionais, ou seja, a um suposto mau funcionamento dos serviços prestados pela VIVO, não havendo menção a quaisquer problemas relacionados à publicidade das promoções realizadas”*. Alegou também que: *“Pelos documentos constantes dos autos (fls. 98/125), percebe-se que os problemas ocorridos no Acre àquela época não se relacionavam especificamente à VIVO”*. E em relação ao Estado de Goiás, disse que: *“ocorreram falhas na prestação do serviço no final de 2003, as quais foram corrigidas logo no início de 2004”*. Salientou que: *“Em razão dessas falhas, em 13.4.04, a VIVO celebrou com o Ministério Público e o Procon do Estado um Termo de Ajustamento de Conduta”*.

28. No que se refere à publicidade da “Promoção de Natal”, a empresa aduziu que: *“a promoção consistia em oferecer aos novos clientes ou aos clientes que trocassem de aparelho celular a possibilidade de escolher 3 assinantes VIVO, da mesma área de registro, para realizar chamadas locais a R\$ 0,09/minuto, até 31.12.04, além de ganhar bônus, no valor de R\$ 500,00 em ligações locais e 500 Torpedos SMS, ambos de Vivo para Vivo, com o mesmo DDD, válidos por 30 dias”*. E que: *“o cliente poderia indicar 3 outros assinantes para receber um bônus e R\$ 100,00 em ligações locais e 100 Torpedos SMS, nas mesmas*

condições”; “Esses assinantes indicados poderiam ainda realizar ligações locais com quem o indicou a R\$ 0,09/minuto, até 31.12.04”. Assim, diz que: “é equivocado o entendimento de que a tarifa reduzida somente poderia ser usufruída com 1 (um) outro assinante VIVO, e não 3 (três), como informa a publicidade”.

29. Mencionou que: “Não há nos autos nenhuma reclamação nesse sentido, nem nenhum outro elemento que indique esse fato, o qual, repita-se, só pode ser fruto de um equívoco” (fls. 340). Salientou que: “não se pode exigir que, em um anúncio televisivo, todas as informações sejam exibidas com o mesmo destaque, considerando a própria limitação desse meio de comunicação, que reclama um tratamento visual limpo, para que a informação possa ser compreendida, e que possui uma grande limitação de tempo, pois os anúncios, em geral, possuem apenas 30 segundos” (fls. 343).

30. Já em relação à campanha publicitária denominada “Final de Semana Grátis”, a empresa descreve que: “consistia, em linhas gerais, na oferta aos novos clientes VIVO, obedecidas certas condições, do direito a quatro finais de semana grátis em ligações locais e Torpedos, ambos de Vivo para Vivo, dentro do mesmo DDD, compreendendo o período entre 01.10.03 a 31.10.03” (fls. 344). Mencionou que: “Não há nenhuma alegação de publicidade enganosa em relação a essa promoção” (fls. 344).

31. Em setembro de 2012, a empresa, após intimação (fls. 365), apresentou, tempestivamente, alegações finais (fls. 366/381) que reiterou os argumentos de sua peça defensiva e acrescentou a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

II) Das Razões da Representada

32. Insurgiu-se a empresa contra a decisão proferida pela, então, Sra. Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), Despacho n. 42/2010 (fls. 320), por meio da qual determinou a instauração de processo administrativo vislumbrando possibilidade de infração ao disposto nos artigos 4º, incisos I e III; 6º, incisos III, IV e VI; 37, §1º e §3º, todos do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

33. Em sua peça defensiva (fls. 366/377), a empresa alega a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública Federal sob o fundamento de que os fatos ocorreram há quase 10 (dez) anos. Menciona que: “Observe-se que, já na data de instauração deste processo administrativo, em 21.12.2010 (cf. fls. 321), encontrava-se consumada a prescrição da pretensão punitiva”. E que: “Assim, passados quase 10 anos dos fatos objeto destes autos, não pode mais a Administração pretender exercer sua ação punitiva contra a VIVO, devendo ser determinado, portanto, o imediato arquivamento deste processo” (fls. 367).

34. A empresa alega que a publicidade não pode ser considerada enganosa porque: “Percebe-se, muito facilmente, pela leitura dos autos, que o procedimento de averiguação preliminar que ensejou a instauração desse processo não se voltava contra a prática de publicidade enganosa, mas derivava de pontuais reclamações de consumidores sobre problemas operacionais ao usufruírem tais promoções” (fls. 368).

35. A empresa, ainda, esclarece que: “Como se vê, todas as queixas dos consumidores referiam-se a problemas operacionais, ou seja, a um suposto mau funcionamento dos serviços

prestados pela VIVO, não havendo menção a quaisquer problemas relacionados à publicidade das promoções realizadas” (fls. 368).

36. Destacou que o diminuto período da veiculação da publicidade no ano de 2003 não é capaz de ensejar qualquer penalidade, pois *“sem haver qualquer indício de consumidores lesados por sua alegada (e inexistente) enganiosidade” (fls. 368).*

37. Alega ainda que ocorreram problemas locais: *“as queixas dos consumidores aqui constantes referiam-se a problemas operacionais em 4 (quatro) locais diversos e pontuais, quais sejam, Acre, Goiás e os municípios de Araçatuba e Dracena, em São Paulo”.* Informa que: *“Nesses 4 (quatro) casos, os órgãos de defesa do consumidor locais atuaram para investigar e solucionar os problemas apontados pelos consumidores, inclusive com a celebração de TAC, como se apontará abaixo”.* E que, por isso, entende: *“Tratando-se de fatos locais e isolados, ocorridos em decorrência de peculiaridades regionais, no longínquo ano de 2003, percebe-se, muito claramente, a impertinência da atuação deste DPDC, que deve atuar no ‘planejamento, elaboração, proposição, coordenação e execução da política nacional de proteção do consumidor’, nos termos do art. 106, I, do CDC” (fls. 369).*

38. A empresa ressalta que: *“os pontuais contratemplos enfrentados pela VIVO naquelas 4 localidades já foram, há muito, superados, e não decorrem de nenhuma conduta ilegal da empresa” (fls. 370).* Aponta que no Estado do Acre os problemas foram gerais no sistema de telefonia, inclusive com as empresas Tim e Claro. E com relação às falhas na prestação do serviço ocorridas no Estado de Goiás menciona que realizou um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público e o Procon do Estado no qual se comprometeu: *“a manter a prestação do serviço dentro dos parâmetros estipulados pela ANATEL, a investir na melhora da qualidade do serviço, por meio da instalação de 7 Estações Rádio Base (ERB’s), e a doar 200 microcomputadores ao Estado”*, e ainda: *“o compromisso de prorrogar o prazo da promoção na qual foram noticiados problemas de fruição dos bônus concedidos (fls. 347/353)” (fls. 371).*

39. Explica que: *“No mais, as reclamações relativas aos 2 (dois) municípios de São Paulo também decorreram de dificuldades oriundas do aumento no tráfego de chamadas no mês de dezembro de 2003, com a aproximação dos períodos de férias e as festas de final de ano, conforme esclarecido na manifestação de fls. 196/206”.* E que, assim: *“Nos municípios de Dracena e Araçatuba, os problemas enfrentados pela VIVO foram até mesmo objeto de ação civil coletiva, sendo que, na ação relacionada a este último, foi celebrado acordo, cuja sentença de homologação já transitou em julgado (TJ/SP, processo nº 09/2004)” (fls. 372).*

40. Reitera que: *“Conquanto tenha se apontado a prática de publicidade enganosa com relação à promoção ‘Final de Semana Grátis’, todos os elementos apontados como ilícitos somente se referem à publicidade da promoção ‘Promoção de Natal 2003’”.* Destaca que: *“O principal indício de que não há nada de enganoso na publicidade dessas promoções é o fato de que não constam nos autos reclamações de consumidores, autoridades públicas ou órgãos de defesa do consumidor sobre o conteúdo e a clareza do material publicitário da VIVO”.* E que: *“As reclamações constantes nos autos tratam apenas de problemas na prestação do serviço e de fruição dessas promoções, os quais, como visto acima, já foram solucionados” (fls. 373).*

41. No que tange a publicidade da “Promoção de Natal de 2003”, a empresa apresenta um quadro (fls. 374/375) com os problemas apontados pelo Departamento de Proteção e

Defesa do Consumidor (DPDC) e suas alegações de comprovação de licitude da publicidade. E conclui que: *“Como se vê, todos os elementos apontados nos autos como indicadores de publicidade enganosa decorrem de premissas totalmente equivocadas. Esclarecidos os termos da promoção realizada pela VIVO, se percebe que o material publicitário produzido informa o consumidor sobre todos os elementos essenciais da promoção”* (fls. 375).

42. Já quanto à publicidade da promoção “Final de Semana Grátis” menciona que na Nota Técnica (fls. 259/266) – acolhida pelo r. despacho 42/2010 como fundamentação – concluiu pela existência de cláusulas abusivas no regulamento da promoção. A abusividade contratual estaria na cláusula que estabelece que: *“o período de 4 (quatro) finais de semana grátis consecutivos não será interrompido ou suspenso em nenhuma hipótese”* (fls. 86), igualmente a que prevê o pagamento de multa no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), em caso de descumprimento do prazo de fidelidade (fls. 376). Aduz que: *“cumpre salientar que, em todos os veículos de comunicação em que a campanha publicitária foi anunciada, havia expressamente a informação de que aquela promoção possuía restrições, recomendando-se a consulta ao seu regulamento no site da operadora (www.vivo.com.br), conforme se extrai do documento de fls. 93”* (fls. 377).

43. Conclui suas alegações no seguinte sentido: *“Não há, tampouco, nada de ilícito na previsão de uma limitação temporal para a vigência da promoção. Como se sabe, a VIVO possui milhões de clientes, sendo necessário que ela tenha alguma previsibilidade no uso de sua rede, para que não ocorram problemas no fornecimento do serviço. Assim. Estabelecer que seriam consecutivos os 4 (quatro) finais de semana em que as ligações seriam gratuitas é perfeitamente razoável”* (fls. 377).

É o relatório.

I) Da Prescrição da Pretensão Punitiva da Administração Pública

44. A empresa alega ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração. Menciona que os fatos ocorreram há mais de 10 (dez) anos. Diz que na instauração do processo administrativo já se encontrava consumada a prescrição, nos termos do artigo 1º da Lei Federal n. 9.873/99.

45. Entretanto, não prevalece a alegação da empresa da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, pois o presente processo administrativo se iniciou como averiguação preliminar no ano de 2004, em consequência, com a Notificação n. 09-DPDC/SDE (fls. 18) para que a empresa prestasse esclarecimentos. E, em 12 de dezembro de 2006, a Nota Técnica n. 238-CGSC/DPDC/SDE/MJ (fls. 259/266) sugeriu ao Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) a abertura de processo administrativo.

46. Cumpre anotar que a empresa sempre teve oportunidade para se manifestar sobre os fatos. Assim, conforme consta nos autos, às fls. 269, a empresa foi notificada, em 11 de dezembro de 2009, para encaminhar mídia com o conteúdo das publicidades “Final de Semana Grátis” e “Vivo de Natal” veiculadas em televisão, bem como a quantidade de consumidores que aderiram às referidas promoções, no período de 01.10.2003 a 31.10.2003 e 10.11.2003 a 31.12.2003.

47. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) enviou ofício (fls. 268) para a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL para informar sobre reclamações contra a empresa e se houve instauração de eventual Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO).

48. Em 10 de dezembro de 2010, a Nota Técnica n. 315-2010/CGAJ/DPDC (fls. 313/320) da Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos (CGAJ) sugeriu ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) a abertura de processo administrativo diante dos indícios de infrações ao Código de Defesa do Consumidor. O Despacho da Diretora n. 42/2010, publicado no Diário Oficial da União do dia 21 de dezembro de 2010, determinou a instauração de processo administrativo. Em seguida, em 22 de dezembro de 2010, expediu-se a Intimação n. 73/2010-DPDC/SDE/MJ (fls. 322) para a empresa apresentar defesa. E, em 10 de setembro de 2012, a empresa foi notificada (fls. 365) para apresentar alegações finais.

49. Dessa forma, a empresa sempre participou dos atos que importavam apuração dos fatos, através de intimações e notificações, e a Administração Pública realizou vários atos para apuração dos fatos que culminam a interrupção da prescrição da ação punitiva, nos termos do artigo 2º da Lei n. 9.873/1999¹.

50. A Constituição Federal, nos artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, atribui ao Estado o dever de assegurar a defesa dos consumidores, consignando que o exercício da atividade econômica apenas será lícito, caso observe aquele princípio. Ademais, está evidenciada no caso em tela a repercussão social da conduta a ser apreciada, uma vez que se refere à publicidade para a prestação de serviço de telefonia, atingindo milhares de pessoas em diversos Estados.

51. Nesse contexto, a liberdade para o exercício do direito de agir na demanda coletiva está inserida em seu bojo a ideia de indisponibilidade do interesse público que prevalece sobre os interesses individuais.

52. Assim, o caráter de ordem pública e interesse social do Código de Defesa do Consumidor legitimam a atuação do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) que cuida de forma coletiva dos direitos dos consumidores, deste modo, não ocorre a prescrição em razão de sua atuação.

II) Do Mérito

a. Da Competência da Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon

53. No caso em tela, a questão ultrapassa contornos individuais para atingir a coletividade, pois as campanhas publicitárias “Final de Semana Grátis” e “VIVO de Natal” atingiram indeterminado número de pessoas em vários Estados brasileiros, haja vista que a empresa realizou a publicidade de forma nacional (fls. 65 e 86).

¹ Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; II – por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; III - pela decisão condenatória recorrível; IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

54. Importante anotar que os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) têm competência concorrente no exercício do poder de polícia administrativo, sendo sua atuação coordenada e difusa - um dos principais motivos da efetividade da defesa do consumidor no País.

55. Esse Sistema tem suas relações pautadas na integração entre os órgãos, isto é, todos os participantes do SNDC possuem autonomia para atuar, buscando sempre uma harmonia como forma de garantir a proteção e defesa do consumidor da maneira mais adequada e eficiente possível.

56. A Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon, segundo o artigo 106 do Código de Defesa do Consumidor, é responsável pela coordenação desse sistema e, por tal razão, desenvolve a integração cooperativa, solidária e sinérgica dos órgãos de defesa do consumidor. E conforme o Decreto n. 7.738/2012, a Senacon deve se concentrar na articulação da cooperação que se fizer necessária dos órgãos de interesse de defesa do consumidor competentes e atuar neste sentido quando as circunstâncias assim demandam.

57. Para tanto a Senacon conta com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) que, de acordo com o art. 18 do Regimento Interno da Senacon (Portaria nº 1.840, de 21 de agosto de 2012, publicada no D.O.U, de 22 de agosto de 2012 – Seção 1 – n. 163, fls. 26-29), é órgão de assessoria para formulação, promoção, supervisão e coordenação do Sistema Nacional do Consumidor. Assim, compete ao DPDC fiscalizar demandas que envolvam relevante interesse geral e de âmbito nacional e aplicar sanções administrativas previstas nas normas de defesa do consumidor, podendo, para tanto, instaurar averiguações preliminares e processos administrativos (art. 18, III, do Regimento Interno da Senacon).

58. Dessa forma, o comando expresso do art. 55, § 1º, e do art. 106, VI e VII, do CDC, bem como art. 4º, *caput*, do Decreto nº 2.181/1997, atualizado pelo Decreto nº 7.738/2012, determinam caber ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) a análise de questões que tenham repercussão nacional e interesse geral, competindo aos órgãos regionais e locais de defesa e proteção ao consumidor assuntos de cunho restrito às respectivas circunscrições territoriais e casos individuais específicos.

59. Tendo em vista que a empresa realizou campanha publicitária em vários Estados do território brasileiro e por se tratar de questão de âmbito nacional que atinge coletivamente os consumidores, a competência para análise dos fatos é deste Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), de acordo com Decreto nº 2.181/97, atualizado pelo Decreto nº 7.738/2012.

b. Da proteção constitucional e dos princípios básicos do consumidor

60. A Constituição Federal (CF) de 1988 situa o Direito do Consumidor no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e da coletividade (art. 5º, inciso XXXII) e estabelece que é dever do Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, além de determinar ser a proteção do consumidor baliza para a atividade econômica, nos termos do art. 170, inciso V.

61. Além disso, a CF também determina que “é assegurado a todos o acesso à informação” (Art. 5º, inciso XIV). Nesse mesmo diapasão, o Código de Defesa do

Consumidor (CDC) define que o direito à informação adequada, clara e inequívoca (quantidade, características, composição, qualidade, preço, riscos) sobre os diferentes produtos e serviços é um direito básico do consumidor e pressuposto para o exercício do direito de escolha do consumidor.

62. O CDC é um microsistema jurídico que determina a prevalência do princípio da boa-fé e transparência nas relações de consumo, com o intuito de garantir a harmonização dos interesses das partes. Tais princípios estão expressamente previstos no art. 4º do Código, traduz que o consumidor e o fornecedor contratem com lealdade e segurança recíprocas.

63. Aliás, o CDC instituiu o princípio da proteção da confiança do consumidor, tendo como um dos seus aspectos *“a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços”*². A transparência, confiança, harmonia nas relações de consumo, reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, bem como a harmonização de interesses, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, são princípios que estão expressamente previstos no artigo 4º do CDC, no seguinte sentido:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

(...)

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

64. Assim, notamos que entre os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo estão o respeito à dignidade, o atendimento à saúde e segurança dos consumidores, a proteção dos interesses econômicos e a transparência e harmonia nas relações de consumo através do reconhecimento do princípio da vulnerabilidade.

65. Para Valério Dal Pai Moraes:

Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação³.

² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 3a ed., 1999, p. 126 e 127.

³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 125

66. Nesse passo, a vulnerabilidade é dividida em três⁴ âmbitos de forma clássica para doutrina brasileira: técnica, jurídica e fática. A reformulação dada pela Professora Cláudia Lima Marques ao conceito insere a idéia de vulnerabilidade informacional⁵, justamente a mais importante para o caso em tela.

67. Dessa forma, técnica seria a vulnerabilidade mais fácil de se identificar. Basicamente, pode-se resumir na idéia de que o consumidor não tem conhecimento do produto ou serviço que adquire, enquanto o fornecedor é aquele detentor deste conhecimento, nas lições de Bruno Miragem⁶, o exemplo típico de relação é aquela do médico e paciente.

68. De outro lado, a vulnerabilidade jurídica é aquela em que o consumidor não entende quais as conseqüências de firmar um contrato ou estabelecer uma relação de consumo – para a Professora Claudia Lima Marques estaria incluída aqui a vulnerabilidade além de jurídica, também a contábil e a econômica.

69. Em outro âmbito, a vulnerabilidade fática é mais abrangente, e é reconhecida no caso em concreto. É espécie importante, pois além de ser uma idéia/conceito genérica de vulnerabilidade é aqui que se estabelecem casos de dupla vulnerabilidade do consumidor idoso e criança.

70. Resta consignar que a vulnerabilidade informacional, nas lições da Professora Cláudia Lima Marques⁷, representa verdadeiramente o fenômeno da sociedade informacional em que vivemos. Segundo entende, a sociedade informacional caracteriza-se pelo surgimento de blocos econômicos e pela globalização, pela acessibilidade, rapidez e fluidez do acesso à informação. Nesse contexto, o dever de informar ganha contornos importantíssimos e fundamentais nos tempos atuais, seja no direito civil ou no direito do consumidor, onde sua importância é ainda maior, refletindo-se na proteção legal da vulnerabilidade do consumidor, nos termos do art. 4º, inciso III, do CDC, exatamente a vulnerabilidade encontrada no caso em concreto, em que informações essenciais são omitidas aos consumidores.

71. Ainda assim, o legislador definiu no CDC, entre os direitos básicos do consumidor, o direito à informação adequada e clara e a proteção contra a publicidade enganosa, *in verbis*:

⁴ De outro modo escreve MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 141 a 191, que haveria além dos três conceitos clássicos outras espécies de vulnerabilidade: política ou legislativa, neuropsicológica, econômica e social, ambiental e tributária.

⁵ “O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor [. . .] constitui presunção legal absoluta [. . .] A doutrina e jurisprudência vêm distinguindo diversas espécies de vulnerabilidade. Entre nós, é conhecida a lição de Cláudia Lima Marques que distingui a vulnerabilidade em três grandes espécies: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica; e vulnerabilidade fática. E recentemente identifica a autora gaúcha uma quarta espécie de vulnerabilidade, a vulnerabilidade informacional.” (MIRAGEM, 2008, p. 61-64).

⁶ MIRAGEM, Bruno Nunes. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 63

⁷ Neste sentido, *vide* o Manual de Direito do Consumidor MARQUES *et all*, 2009, p. 76-77: “Resta analisar a vulnerabilidade informacional, que é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. Hoje merece ela uma menção especial, pois na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação. Nosso mundo de consumo é cada vez mais visual, rápido e de risco, daí a importância da confiança.”

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;

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;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

(...)

Art. 37. **É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.**

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

(...)

§ 3º Para os efeitos deste código, a **publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.** (g.n.)

72. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Herman V. Benjamin, também destaca a importância do direito à informação no Recurso Especial n.º 586.316/MG, *ipsis litteris*:

A informação é irmã-gêmea – ‘inseparável’, diz Jorge Mosset Iturraspe (*Defensa Del Consumidor*, 2ª ed., Santa fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 29) dos Princípios da Transparência, da Confiança e da Boa-fé Objetiva. Sem ela, esses princípios não se realizam. Por isso se apregoa que ser informado é ser livre, inexistindo plena liberdade sem informação. Perceptível, então, a contradição entre aqueles que pregam o ‘livre mercado’ e, ao mesmo tempo, negam, solapam ou inviabilizam a plena informação ao consumidor. Segundo, é a informação que confere ao consumidor ‘a possibilidade de utilizar os produtos comercializados com plena segurança e de modo satisfatório aos seus interesses’ (Gabriel A. Stilitz, *Protección Jurídica Del Consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 45). Só o consumidor bem informado consegue de fato usufruir integralmente os benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, bem como proteger-se de maneira adequada dos riscos que apresentam. Por esse último aspecto (proteção contra riscos), a obrigação de informar deriva da obrigação de segurança, que modernamente, por força de lei ou da razão, se põe como pressuposto para o exercício de qualquer atividade no mercado de consumo.

73. Nesta esteira, o necessário alinhamento dos valores e princípios organizacionais das empresas com a política de oferta de produtos e serviços no mercado e a preocupação em relação à forma de comunicação dirigida ao consumidor na oferta, apresentam-se como indicativos sensíveis e reveladores dos padrões éticos das relações de consumo.

74. Assim, devido à importância da informação como elemento essencial para a harmonia nas relações de consumo e o pleno direito de escolha do consumidor, o CDC estipula tal dever mais especificamente no artigo 31, *ipsis litteris*:

Art. 31. **A oferta e apresentação de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas e ostensivas** e em língua portuguesa sobre as **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. (g.n.)

75. Desta forma, o dispositivo acima impõe ao fornecedor o dever de informar acerca de certos dados essenciais, entre estes, a origem, a composição e as características, que significa, especificamente, quais seus valores exatos, quais suas condições de utilização etc. Importante enfatizar que não basta o fornecedor informar, deve, necessariamente, informar de maneira correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa.

76. Do mesmo modo, é imprescindível frisar que os dados essenciais constantes no art. 31 acima mencionado são de observância obrigatória pelo fornecedor. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, em seus comentários ao CDC, explica: “Não se trata de listagem facultativa. É completamente obrigatória”⁸.

77. Esclarece ainda que:

O Código, como se sabe, dá grande ênfase ao aspecto preventivo da proteção do consumidor. E um dos mecanismos mais eficientes de prevenção é exatamente a informação preambular, a comunicação pré-contratual.

Não é qualquer modalidade informativa que se presta para atender aos ditames do Código. A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa.⁹

78. Com efeito, prover uma oferta de forma adequada, clara e ostensiva é informar o consumidor, sem que ele necessite fazer qualquer esforço para entender a mensagem. Portanto, apenas se considera correta, adequada e clara aquela informação que desobriga o consumidor, sempre que vai adquirir algum produto ou serviço, de estar atento a detalhes inseridos *a latere* da publicidade em caracteres de tamanho diminuto.

79. Com relação ao princípio da transparência das informações e proibição de toda publicidade enganosa, Cláudia Lima Marques leciona que:

No sistema do CDC, a transparência, a informação correta, está diretamente ligada à lealdade, ao respeito no tratamento entre parceiros. É a exigência de boa-fé quando da aproximação (mesmo que extra ou pré-contratual) entre fornecedor e consumidor. (...) Nesse sentido, o Código proíbe a publicidade enganosa. Aquele fornecedor, que fizer veicular uma publicidade enganosa, estará a descumprir a proibição legal do art. 37; logo, juridicamente, estará cometendo um ato ilícito, pois o dano em caso de publicidade é difuso, mas facilmente presumível.¹⁰

80. E acrescenta:

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al.* Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 246.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al.* Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 245.

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor/Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 252-253.

A característica principal da publicidade enganosa, segundo o CDC, é ser suscetível de induzir ao erro o consumidor, mesmo através de suas 'omissões'. A interpretação dessa norma deve ser necessariamente ampla, uma vez que o 'erro' é a falsa noção da realidade, falsa noção esta potencial formada na mente do consumidor por ação da publicidade. Parâmetro para determinar se a publicidade é ou não enganosa deveria ser o observador menos atento, pois este representa uma parte não negligenciável dos consumidores e, principalmente, telespectadores¹¹.

81. Diante disso, percebe-se que na oferta realizada pela empresa (promoção "VIVO de Natal") não ocorre informação adequada, clara e ostensiva sobre o serviço de telefonia móvel para a obtenção de minutos e torpedos, tendo em vista que exigia condições especiais para se conseguir os créditos. Além do mais, a mensagem publicitária induz o consumidor a acreditar que na compra ou troca de um aparelho celular da empresa poderia escolher 3 (três) pessoas assinantes para: a) telefonar ao custo de R\$ 0,09 (nove centavos) o minuto, pelo período de um ano; b) "ganhar" R\$ 500,00 (quinhentos reais) em ligações; c) "ganhar" 500 (quinhentos) torpedos SMS; d) que as 3 (três) pessoas escolhidas pelo consumidor "ganhariam" R\$ 100,00 (cem reais) em ligações e mais 100 (cem) torpedos, sem qualquer restrição.

82. Cumpre frisar que o fornecedor ao colocar produto no mercado de consumo deve atender ao princípio da transparência nas relações de consumo tendo em vista ser responsável por todas as informações ou pela ausência dela relacionada ao produto e serviço. Trata-se de dever inerente a sua atividade econômica, conforme determinação legal (arts. 6, incisos III e IV; e 31 do CDC); caso descumprido o dever inerente terá que assumir todos os riscos, respondendo por qualquer vício de informação que impeça o consumidor de conhecer informações relevantes, diante de sua condição de vulnerabilidade na relação contratual.

83. Importante destacar ainda que o ato da empresa em questão feriu o princípio da boa-fé nas relações de consumo, consubstanciado no artigo 4º, inciso III, do CDC. O princípio da boa-fé pauta a teoria contratual moderna, tendo, conforme aponta Ronaldo Porto Macedo Júnior, entre seus significados mais comuns, de: "razoabilidade, lealdade, justiça, *fair conduct*, *reasonable standards of fair dealing*, decência, comportamento decente, sentido ético comum, solidariedade, lealdade e padrões comuns de justiça".¹²

84. Ainda para Ronaldo Porto Macedo Jr.:

O aspecto relevante e comum aos significados possíveis é o de que a boa-fé é uma norma em referência a qual os membros de um grupo mantêm suas relações frente aos demais. Neste sentido, a boa-fé reporta-se necessariamente a uma comunidade de valores e expectativas compartilhados¹³.

85. Portanto, identifica-se na publicidade denominada "VIVO de Natal" ofensa ao dever de informar, pois vulnera os princípios da boa-fé objetiva, da transparência, da confiança e da vulnerabilidade, uma vez que o modo como o produto é ofertado impede que o consumidor compreenda que as 3 (três) pessoas escolhidas pelo consumidor "ganhariam" R\$ 100,00 (cem reais) em ligações e mais 100 (cem) torpedos somente depois que realizassem

¹¹ *Ibid.* p. 737-738.

¹² MACEDO JR, Ronaldo Porto, Contratos relacionais e defesa do consumidor. São Paulo, Max Limonad, 1998, p.229.

¹³ *Ibid.* p. 229.

uma recarga mínima de R\$ 15,00 (quinze reais), bem como fica caracterizada a publicidade enganosa, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), por induzir o consumidor a acreditar que não haveria restrição para ligar com custo de R\$ 0,09 (nove centavos) o minuto por um ano (fls. 85 verso).

c. Da Publicidade Enganosa no Caso em Questão

86. No presente caso, a mensagem publicitária da promoção “Vivo de Natal” não apresenta de forma adequada, clara e ostensiva as condições para a real obtenção dos minutos e dos torpedos oferecidas na promoção. Além do mais, realiza a publicidade de forma que induz o consumidor em erro a respeito do recebimento dos minutos e dos torpedos (art. 6º, inciso III e IV, e art. 37, §1º, do CDC), haja vista que as mensagens da campanha não apresentam dados essenciais para que o consumidor ganhar R\$ 500,00 (quinhentos reais) em ligações mais 500 (quinhentos) torpedos SMS (fls. 85). A publicidade também é capaz de induzir o consumidor a acreditar que escolheria 3 (três) pessoas para ligar com custo de R\$ 0,09 (nove centavos) o minuto por um ano (fls. 85 verso) sem qualquer limite de indicados e restrições. Ademais, conforme se verificará abaixo, a empresa não possuía “capacidade operacional” (fls. 310) para cumprir a oferta.

87. Consta nos autos que os consumidores não recebiam os créditos da promoção de acordo com a oferta. Neste sentido, a consumidora, Sra. Miriam de Oliveira, informa (fls. 04) que:

O motivo da minha reclamação é que não consigo utilizar os benefícios desta promoção, já entrei em contato com a operadora vivo fui informada de que a rede está em manutenção e sem data para resolução e que o prazo da promoção não será prorrogado, estou me sentindo lesada.

88. Da mesma maneira, o consumidor, Sr. Júlio César Nascimento de Andrade, relata (fls. 06) que:

Coloquei o crédito no dia 14/11/03 e até hoje não fui premiado com nada muito pelo contrário estou sendo lesado por uma propaganda enganosa pois já se passaram mais de 30 dias e não recebi nem um bônus.

89. No mesmo sentido, a consumidora, Sra. Solange Cristina Aguiar Xavier da Silva, aduz (fls. 11) que:

Adquiri um plano ‘Vivo-celular’ com promoção de R\$ 500 créditos para usar durante um mês, não consegui usar pois era impossível completar chamadas entre celulares.

90. Cumpre anotar que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL informou ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), através do Ofício n. 91/2010/PVCPC-Anatel (fls. 310), que: “No período questionado por este órgão ministerial, a prestadora VIVO vendeu uma quantidade de pacotes promocionais superior a sua capacidade operacional”. Neste sentido, esta informação da ANATEL corrobora com as alegações dos consumidores da incapacidade de utilização dos créditos. Portanto, mesmo que seja por “problemas operacionais” fica caracterizada a publicidade ilícita, haja vista que se a empresa

não possuía capacidade operacional para atender a demanda de consumidores fica vulnerado o seu direito de realizar publicidade por difundir mensagem falsa que induzirá o consumidor em erro sobre o fiel cumprimento da oferta.

91. Mais grave ainda são as omissões na publicidade de informações relevantes à compreensão pelo consumidor que se encontravam apenas no regulamento da promoção e que não foram objeto de publicidade. Pois não basta a empresa alegar que na publicidade consta o contato da Central de Atendimento ao Consumidor e que o regulamento da promoção se encontrava à disposição no *site* da empresa. É necessário que as informações sejam transmitidas de maneira adequada, clara, eficiente, de modo que seja perceptível ao consumidor.

92. Aliás, informação essencial, dentre outras, que não se encontra em destaque, na promoção “Vivo de Natal”, refere-se ao bônus de R\$ 100,00 (cem reais) concedido aos 3 (três) clientes indicados, que somente seriam creditados após realizarem uma recarga mínima de R\$ 15,00 (quinze reais), conforme o item II.3.1 do regulamento (fls. 70).

93. Ademais, da análise do material publicitário do serviço (fls. 85), verifica-se que a empresa destaca em todas as mensagens publicitárias:

Você ganha: 500 (Reais em ligações) + 500 (Torpedos SMS); 3 escolhidos ganham 100 (Reais em ligações) + 100 (Torpedos SMS).

Compre um Vivo e escolha 3 pessoas que também têm Vivo. Elas falam com você e você com elas a R\$ 0,09 o minuto por um ano.

94. Entretanto, não menciona de forma adequada, clara e ostensiva que consumidor indicado deveria realizar uma carga de R\$ 15,00 (quinze reais) para receber R\$ 100,00 (cem reais) para ligações e mais 100 (cem) torpedos SMS, conforme mencionado acima.

95. Além do mais, o Regulamento da Promoção (fls. 65/68) prevê outras restrições que deveriam ser anunciadas devido ao caráter essencial das informações, por exemplo, o item II.1.6 diz que:

O celular do Comprador (serial) e sua linha apenas receberão uma única vez o bônus de R\$ 500 em ligações locais e 500 Torpedos SMS. Caso seja indicado por um outro assinante (Comprador) da Vivo, poderá receber apenas uma única vez o bônus de R\$ 100 em ligações locais e 100 Torpedos SMS, desde que sua linha/serial não ultrapasse o limite máximo de bônus que um assinante pode receber nesta Promoção: R\$ 600 em ligações locais e 600 Torpedos SMS, independentemente de quantos Compradores o indiquem.

96. Todavia, veja-se que esta informação não é veiculada de forma alguma no material publicitário divulgado (fls. 85) e nem na versão da publicidade em vídeo. Corrobora-se ainda que a própria empresa menciona que (fls. 377):

Cumpra salientar que, em todos os veículos de comunicação em que a campanha publicitária foi anunciada, havia expressamente a informação de que aquela promoção possuía restrições, recomendando-se a consulta ao seu regulamento no site da operadora (www.vivo.com.br), conforme se extrai do documento de fls. 93.

97. Veja-se que por serem informações (dados) essenciais para que o consumidor exercesse de forma livre a escolha da aquisição do produto e do serviço ofertado essas “restrições” não deveriam estar ausente da publicidade.

98. Ademais, o *slogan* “Comprou ou trocou ganhou” combinado com a ausência de ostensividade das informações, induzem o consumidor a acreditar que os benefícios oferecidos serão disponibilizados a partir da aquisição do produto e do serviço sem restrição de localidade e quantidade de números ou qualquer outro obstáculo. Outra informação importante que se encontra ausente na publicidade é a de que o consumidor indicado somente poderia falar com um número da Vivo ao custo de R\$ 0,09 (nove centavos). E esta informação em nenhum momento foi veiculada pela campanha publicitária.

99. Prevê o item II.3.2 do Regulamento (fls. 70) que:

O assinante indicado poderá realizar chamadas locais a R\$ 0,09/minuto apenas com um único assinante Vivo que o indicou, durante a vigência do Preço Promocional, conforme previsto neste Regulamento, ainda que seja indicado por outros assinantes da Vivo que realizarem habilitação ou troca de celular.

100. Portanto, a oferta de que o comprador de um aparelho Vivo escolheria e falaria com 3 (três) pessoas indicadas é enganosa, tendo em vista que se o consumidor escolhido já estivesse na promoção por indicação de outro assinante não poderia ser indicado novamente e realizar chamadas locais a R\$ 0,09 (nove centavos) por minuto. E o consumidor somente teria ciência de que o número escolhido e que seria indicado já estava na promoção e não poderia ser indicado novamente quando tentasse realizar o cadastro do número para falar ao custo de R\$ 0,09 (nove centavos) o minuto, ou seja, somente após a aquisição do produto e serviço.

101. Como se sabe, para garantir a efetividade do direito à informação do consumidor é necessário que a oferta seja adequada, clara e ostensiva sobre os dados característicos do produto, de modo que os destinatários destas informações facilmente entendam e percebam as peculiaridades do bem ofertado. Nesse sentido, Bruno Miragem esclarece que:

O conteúdo do direito à informação do consumidor não é determinado *a priori*. Necessário que se verifique nos contratos e relações jurídicas de consumo respectivas, quais as informações substanciais cuja efetiva transmissão ao consumidor constitui dever intransferível do fornecedor. Isto porque, não basta para atendimento do dever de informar pelo fornecedor que as informações consideradas relevantes sobre o produto ou serviço, sejam transmitidas ao consumidor. É necessário que esta informação seja transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor. A eficácia do direito à informação do consumidor não se satisfaz com o cumprimento formal do dever de indicar dados e demais elementos informativos, sem o cuidado ou a preocupação de que estejam sendo devidamente entendidos pelos destinatários destas informações.¹⁴

102. Continua que:

Em uma relação contratual, o conteúdo da informação adequada deve abranger essencialmente: a) as condições da contratação; b) as características dos produtos ou serviços objetos da relação de consumo; c) eventuais consequências e riscos da

¹⁴ Curso de Direito do Consumidor. 3 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 168.

contratação. Na ausência de contrato, o dever de informar assume caráter mais difuso, mas nem por isso menos preciso. É o caso da publicidade, que na medida em que conta também com eficácia vinculativa de natureza contratual (artigo 30 do CDC), deverá oferecer informação precisa, clara e objetiva (artigo 31), assim como apresentar-se ao consumidor com seu caráter promocional e publicitário, em acordo com o princípio da identificação (integra o dever de informar do fornecedor o de identificar uma publicidade como tal, não a disfarçando ou ocultando sob a forma de informação desinteressada).¹⁵

103. No mesmo sentido, Antônio Herman V. Benjamin ao discorrer sobre o direito à informação que:

(...) Cuida do dever de informar a cargo do fornecedor. O Código, como se sabe, dá grande ênfase ao aspecto preventivo da proteção do consumidor. E um dos mecanismos mais eficientes de prevenção é exatamente a informação preambular, a comunicação pré-contratual.

Não é qualquer modalidade informativa que se presta para atender aos ditames do Código. A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa.

O consumidor bem informado é um ser apto a ocupar seu espaço na sociedade de consumo. Só que essas informações muitas vezes não estão à sua disposição. Por outro lado, por melhor que seja a sua escolaridade, não tem ele condições, por si mesmo, de apreender toda a complexidade do mercado.¹⁶

104. No caso presente, a empresa ao realizar a oferta e campanha publicitária do produto e serviço telefônico, promoção denominada “Vivo de Natal”, não a fez de forma precisa, adequada, clara e ostensiva de maneira que o consumidor compreendesse como receberia os créditos para ligações locais mais torpedos, ainda mais pela ausência de dados essenciais do produto e serviço que restringiam o pleno exercício da oferta promocional. Assim, pelos motivos acima expostos, vislumbra-se ocorrência de infração ao disposto nos artigos 4º, inciso I e III; 6º, incisos III, IV e VI; 37, §1º e 3º, todos do Código de Defesa do Consumidor.

d. Considerações finais

105. O fornecedor ao colocar um produto no mercado de consumo é responsável por todas as informações ou pela ausência de informação relacionada à relação de consumo, tendo em vista tratar-se de dever inerente a sua atividade econômica, conforme determinação legal (art. 31, do CDC). Caso contrário, terá que assumir todos os riscos, respondendo por qualquer vício de oferta que impeça o consumidor de conhecer informações relevantes, diante de sua condição de vulnerabilidade na relação contratual.

106. Em que pese a empresa alegar que a publicidade não foi elaborada e veiculada com o fim de omitir informações ao consumidor (fls. 376), o sistema adotado pelo Código de Defesa do Consumidor é o de responsabilidade civil objetiva. Dessa forma, não se discute a culpa da empresa. É de acordo com o artigo 38 do CDC, o ônus da prova da veracidade e correção da informação cabe a empresa e esta não se desincumbiu deste encargo.

107. Nesse sentido:

¹⁵ *Idem.* p. 168.

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima *et. al.* Manual de Direito do Consumidor. 2 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 191.

O legislador, reconhecendo a complexidade e dinamismo da matéria, preferiu conceituar de maneira larga o que seja publicidade enganosa. Fica, de qualquer modo, como fundamento de sua proibição, o reconhecimento de que o consumidor tem direito - de ordem pública - a não se enganado, direito este agora adotado pelo Direito brasileiro.

Em linhas gerais, o novo sistema pode assim ser resumido: não se exige prova da enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial ("capacidade indução ao erro"); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas; o silêncio - como ausência de informação positiva - pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixar de ser enganosa; o standard de enganabilidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos).

O Direito tradicional não dava resposta adequada, seja civil, seja penal, à publicidade enganosa. [...] Urgente era, pois, a reforma da disciplina jurídica desse importante capítulo das práticas comerciais¹⁷.

A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. A enganabilidade é aferida, pois, em abstrato. O que se busca é sua "capacidade de induzir em erro o consumidor", não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual. O difuso - pela simples utilização da publicidade enganosa -, presumido *juris et de jure*, já é suficiente. [...] O erro potencial - consequência da enganabilidade - pode estar relacionado com qualquer dado dos produtos ou serviços: sua natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem ou preço. Mesmo um dado acessório pode, via publicidade, ser ressaltado, ganhando, então, capacidade para induzir o consumidor em erro. Em suma: o legislador brasileiro, na avaliação do que seja publicidade enganosa (e no seu regramento civil) enxerga mais o anúncio do que propriamente a mente da pessoa que o produziu ou dele se aproveitou. O erro real, consumado, é um mero exaurimento, que, para fins de caracterização da enganabilidade, é irrelevante¹⁸.

As regras presentes no CDC proibindo a veiculação de publicidade enganosa e publicidade abusiva, como verdadeiros atos ilícitos, parecem reforçar o regime ético da publicidade, estabelecido pelos arts. 30, 35, 36 e 38 do CDC. [...] Trata-se, portanto, de uma presunção quase absoluta de culpa, que inverte o ônus da prova, como bem dispõe o art. 38 do CDC. Note-se que o art. 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que fez veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar falsa noção da realidade [...] ... sem explicitar se se refere ao dolo (defeito da vontade) ou dolo (grau de culpa). Basta que a informação publicitária, por ser falsa, inteira ou parcialmente, ou por omitir dados importantes, leve o consumidor ao erro, para ser caracterizada como publicidade proibida, publicidade enganosa. [...] Basta a atividade de publicidade, como determinação soberana e profissional do fornecedor e sob o risco profissional deste, em caso de falha. erro, ou culpa

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 288.

¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *et. al.* Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 204 e 205.

de terceiro da cadeia organizada ou contratada por ele próprio de fornecedores-auxiliares¹⁹.

108. Outrossim, não se olvida que é direito do anunciante de produtos à liberdade de criação e livre iniciativa sobre a configuração do *layout* de sua publicidade, entretanto, deverá ser resguardado o princípio da boa-fé e da transparência nas relações de consumo, além da não-abusividade da publicidade e da confiança. O CDC protege o consumidor contra publicidade enganosa ao notar sua capacidade de indução em erro. A enganosidade é aferida em abstrato²⁰. Ademais, o potencial de induzir em erro, independe de comprovação de dano ao consumidor.

109. Com efeito, o legislador pátrio conferiu proteção ao consumidor não apenas durante a relação contratual, mas principalmente no momento em que antecede a concretização do contrato, ou seja, relação pré-contratual. Nesta etapa da relação jurídica, em que há apenas a expectativa de consumo, é imprescindível que as informações acerca do produto ou serviço sejam prestadas de maneira correta, adequada e clara, porquanto é com base nesses dados que o consumidor irá fundamentar o seu consentimento e exercitar sua liberdade de escolha.

110. No caso, a empresa alega que: *“em todos os veículos de comunicação em que a campanha publicitária foi anunciada, havia expressamente a informação de que aquela promoção possuía restrições, recomendando-se a consulta ao seu regulamento no site da operadora (www.vivo.com.br), conforme se extrai do documento de fls. 93”* (fls. 377). Entretanto, por se tratar de dados essenciais do produto e do serviço as restrições deveriam ser divulgadas para que o consumidor tivesse ciência das reais condições para usufruir plenamente da promoção.

111. Constata-se na publicidade juntada aos autos que não houve informação correta, precisa, adequada, clara e ostensiva de como o consumidor receberia créditos para ligações locais mais torpedos, assim, a oferta é capaz de induzir em erro o consumidor a respeito das características do produto e do serviço (art. 6º, inciso III, e 37, §1º do CDC), pois acreditava que realmente receberia os créditos e mais torpedos, o que não ocorria devido a várias restrições previstas no regulamento da promoção. Além do mais, a ANATEL relatou (fls. 310) que: *“a prestadora VIVO vendeu uma quantidade de pacotes promocionais superior a sua capacidade operacional”*, portanto, a publicidade se torna ilícita ainda mais pela falta de “capacidade operacional” da empresa.

112. A incapacidade operacional da empresa pode ser constatada pela representação encaminhada a este Departamento pelo Procon do Município de Araçatuba/SP (fls. 95/96) e também pela resposta da empresa ao Procon do Estado do Acre que informa (fls. 121) que: *“as indisponibilidades técnicas em apreço podem ter ocorrido do aumento substancial no tráfego telefônico, superando a reserva técnica em serviço”*. E, às fls. 75, a empresa esclarece como uma das principais causas das reclamações foi: *“(iv) aumento expressivo de tráfego telefônico durante o mês de dezembro de 2003 e início de janeiro de 2004, o qual ultrapassou todas as expectativas da empresa e gerou, em determinadas regiões do Estado e em*

¹⁹ MARQUES; Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ps. 736-738

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al.* Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 291.

determinados períodos do dia dificuldades para o completamento de algumas chamadas nos horários de pico”.

113. Vislumbra-se uma frustração à legítima expectativa dos consumidores que adquiriam o produto e serviço com a finalidade de receber os créditos e torpedos, entretanto havia várias restrições para utilização dos créditos. Dessa forma, fica configurada verdadeira ofensa aos princípios da transparência, da boa-fé e da não-abusividade da publicidade que regem as relações de consumo.

114. Diante de todo o exposto, os autos fornecem provas suficientes da inobservância aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, mostrando-se necessária a intervenção deste órgão, tendo em vista que foram violados os princípios essenciais ao equilíbrio na relação de consumo – boa-fé, transparência da não-abusividade da publicidade. Logo, resta evidente que a empresa violou o disposto nos artigos 4º, incisos I e III; 6º, incisos III, IV e VI; 37, § 1º e §3º, todos do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

IV) Conclusão

115. Por conseguinte, considerando a gravidade e a extensão da lesão causada aos consumidores em todo o país, a vantagem auferida e a condição econômica da empresa, nos termos do artigo 57 da Lei n. 8.078/90, sugere-se pela aplicação da sanção administrativa de multa no valor de R\$ 2.260.173,00 (dois milhões, duzentos e sessenta mil, cento e setenta e três reais), presente a atenuante do art. 25, inciso II, do Decreto 2.181/97, atualizado pelo Decreto 7.738/2012, por ser a infratora primária, o que, assim, evita a aplicação de valor superior.

116. Tal valor ainda leva em consideração tratar-se de infração grave, nos termos do art. 17, inciso II, do Decreto 2.181/97, alterado pelo Decreto 7.738/ 2012, pois está presente a agravante prevista no art. 26, II, do Decreto 2.181/97, alterado pelo Decreto 7.738/ 2012, pois a omissão a respeito de informações essenciais do serviço visa a obtenção de vantagem indevida. Há que se considerar, ainda, ser a representada primária, nos termos do art. 25, II, do mesmo Decreto.

117. No que se refere ao *quantum* indenizatório mister se faz ressaltar o caráter pedagógico da sanção. O valor da indenização, levando-se em conta a violação do princípio da boa-fé e transparência, deve ser fixado com esta característica inibidora, buscando desestimular o causador de danos a reincidir na prática lesiva.

118. Neste sentido o caráter da multa administrativa além de ser pedagógico, na medida em que tutela a supraindividualidade, é também repressivo e punitivo de modo a restabelecer o *status quo ante*. Neste sentido traz Bruno Miragem em seus comentários ao art. 57 do CDC: *A natureza da multa administrativa é de caráter punitivo, na medida em que representa penalidade própria para infração às normas de proteção do consumidor*²¹.

119. Sugere-se que a representada deposite o valor definitivo da multa em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos da Resolução CFDD nº 16, de 08 de março

²¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 1189.

de 2005, consoante determina o art. 29 do Decreto n° 2181/97, alterado pelo Decreto n.º 7.738/2012.

120. Sugere-se, ainda, a expedição de ofício circular aos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, dando ciência e encaminhando cópia da decisão em tela.

À consideração superior.


RONALD MARKS SILVA MARQUES
Chefe de Divisão

À Consideração Superior


ELIDA ÁVILA PEREIRA
Coordenadora de Processos Administrativos

De acordo. Encaminhe-se ao Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor.


TAMARA AMOROSO GONÇALVES
Coordenadora-Geral de Consultoria Técnica e Processos Administrativos

Decisão n. 06 /2013-DPDC/Senacon/MJ

Data: 08/07/13

Processo n.º 08012.000140/2004-92
Representada: Vivo S.A.

Em acolhimento às razões técnicas consubstanciadas na Nota Técnica elaborada pela Coordenação-Geral de Consultoria Técnica e Processos Administrativos (fls.), adotando-a inclusive como razão de decidir e, deste modo, considerando a gravidade e a extensão da lesão causada a milhares de consumidores em todo o país, a vantagem auferida e a condição econômica da empresa, nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.078/90 e art. 25, inciso II e 26, incisos II, do Decreto n.º 2.181/97, alterado pelo Decreto n.º 7.738/2012, aplico à representada Vivo S.A. a sanção de multa no valor de R\$ 2.260.173,00 (dois milhões, duzentos e sessenta mil, cento e setenta e três reais), devendo a representada depositar o valor definitivo da multa em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos da Resolução CFDD n.º 16, de 08 de março de 2005, consoante determina o art. 29 do Decreto n.º 2.181/97, alterado pelo Decreto n.º 7.738/2012.

Intime-se a representada para ciência e cumprimento da presente decisão. Determino, por fim, a expedição de ofício circular aos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, dando ciência e encaminhando cópia da presente decisão.

Publique-se.


AMAURY MARTINS DE OLIVA
Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor