



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2014.0000179216

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0176243-38.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VIVO S/A, é apelado TIM CELULAR S/A.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 25 de março de 2014

CARLOS ALBERTO DE SALLES

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Apelação nº: 0176243-38.2010.8.26.0100

Comarca: São Paulo

Apelante: Vivo S/A

Apelado: Tim Celular S/A

Juiz sentenciante: Sang Duk Kim

VOTO Nº: 2050

COMINATÓRIA. PUBLICIDADE ENGANOSA. PROPOSITURA POR EMPRESA CONCORRENTE. CAMPANHA DE PROMOÇÃO NO SETOR DE TELEFONIA MÓVEL. PRÁTICA ANTICOMPETITIVA. PROCEDÊNCIA MANTIDA PARA OBRIGAR À VEICULAÇÃO EFICAZ DA INFORMAÇÃO CONTENDO AS CONDIÇÕES DA PROMOÇÃO. REDUÇÃO DA MULTA FIXADA PELA SENTENÇA. Insurgência contra sentença de parcial procedência que compeliu a empresa ré à abstenção da utilização do slogan "apenas 0,03 o minuto", além de incluir informações relevantes. Reforma, em parte, por conta da possibilidade da manutenção do slogan. Tarifa realmente reduzida, não obstante a complexidade do cálculo matemático. Manutenção, todavia, da condenação ao esclarecimento mais detalhado das condições da promoção ao consumidor no anúncio publicitário, com maior destaque. Dever de informar. Prevalhecimento, em sessão de julgamento, do provimento do apelo, também, para reduzir a multa cominatória fixada pela sentença. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 379/381, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo, que julgou parcialmente procedente a ação cominatória, para determinar que a ré exclua o termo "apenas 0,03 o minuto" ou qualquer de suas variantes, além de incluir as informações constantes nos itens a, b, d, e e f de forma clara e visível, facilitando a informação ao consumidor, sob pena de multa diária de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) até o teto de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais).

Diante da sucumbência quase integral, fica a ré – ainda – condenada ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R\$ 10.900,00 (dez mil e novecentos reais).

Pleiteia o apelante a reforma do julgado,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

alegando, em síntese, que cumpriu todas as recomendações do Conar (fls. 133 e 290/324); que o pedido da Tim excede, em muito, a recomendação do Conar; que a publicidade veiculada pela Vivo contém todas as informações essenciais ao esclarecimento do consumidor; que não há que se falar em publicidade enganosa; que – dos itens determinados pela r. sentença – dois deles sempre constaram dos anúncios publicitários (aplicabilidade da promoção apenas aos clientes do plano “Toda Hora” e consumo do bônus limitado a R\$ 35,00 por dia); que a Tim pretende apenas criticar a publicidade da promoção da Vivo por inconformismo com o sucesso da promoção; que o item f é inexequível porque, além de não ter sido previsto no regulamento, é contraditório com relação ao item d, já que os bônus devem ser utilizados em 30 dias; que o regulamento, na verdade, prevê a perda do cadastro caso não seja refeita a recarga mensal; que o item b não é informação essencial; que não é razoável, nem factível que um anúncio publicitário contenha todas as condições; que os detalhes da promoção são especificados no regulamento; e, finalmente, que a autora deturpou a verdade dos fatos e age de forma totalmente contrária em relação à sua própria publicidade, ao omitir informações essenciais, devendo ser condenada por litigância de má-fé.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 432/445), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Cuida-se de ação ajuizada por Tim Celular S/A em face de Vivo S/A, em que pretende condená-la a abster-se de divulgação supostamente enganosa na campanha publicitária “Recarregue e ganhe na hora”, iniciada em março de 2010, em que anuncia tarifas de “apenas R\$ 0,03” o minuto”, com diversas omissões, induzindo o consumidor a erro.

Contra a parcial procedência dos pedidos, insurge-se a requerida nesta sede.

Com efeito, verifica-se que a apelante – ao lançar a campanha “Recarregue e ganhe na hora” sob o slogan “apenas 0,03 o minuto”, em dezembro de 2009 – omitiu informações essenciais a respeito das condições necessárias a serem cumpridas pelos consumidores para usufruir da promoção.

Tanto é assim que o CONAR, o órgão responsável pela fiscalização das peças publicitárias, não apenas reconheceu a insuficiência de informações essenciais, como - por



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

três vezes – instou a apelante a alterar a campanha, nos seguintes termos:

Fls. 93: *“Desta forma, a campanha deverá ser alterada quanto à “tarifa de R\$ 0,03 por minuto” (onde constar) por falta de comprovação e, também deverão ser alteradas para nelas constar de forma legível as restrições impostas ao interessado conforme consta do regulamento.*

Fls. 127: *“O anunciante deve promover alteração nas peças da referida campanha para nela incorporar o que precisa fazer para obter a vantagem da tarifa de R\$ 0,03 por minuto, foco principal da referida campanha”.*

Fls. 133/134: *“De tudo o que foi esclarecido pelo anunciante tanto no anúncio em questão como nas etapas deste processo fica claro que para o interessado obter a vantagem apregoada – R\$ 0,03 por minuto – só será possível se três condições forem atendidas: inscrever-se na promoção “Recarregue e ganhe na hora”, investir R\$ 12,00, inscrever-se no “Plano Toda Hora” e obediência ao limite de R\$ 35,00 por dia.*

Desta forma, a alteração mencionada pelo anunciante na petição de 27 do corrente – ou seja, “Promoção válida apenas para Plano Toda Hora com bônus limitado a R\$ 35 por dia” – não contempla as condições impostas pelo anunciante para que o interessado obtenha a vantagem apregoada de R\$ 0,03 por minuto”.

Diante da insistência da empresa em descumprir as orientações supramencionadas, a empresa de telefonia móvel concorrente Tim Celular S/A ajuizou a presente demanda, objetivando a condenação da ré a abster-se de veicular, nos anúncios, o slogan “apenas 0,03 o minuto”, além de impor-lhe a inclusão das seguintes informações: a) que a promoção só é aplicável aos consumidores do Plano “Vivo a toda Hora”; b) que os bônus só podem ser utilizados em ligações em longa distância e para outras operadoras; c) que é cobrada taxa de adesão; d) que os bônus devem ser utilizados no prazo máximo de 30 dias; e) que o consumo do bônus é limitado a R\$ 35,00 por dia; e f) que o consumidor deverá fazer no mínimo uma recarga mensal, sob pena de cancelamento.

De início, é importante asseverar que nunca houve recomendação por parte do CONAR quanto à exclusão do slogan supramencionado. O órgão fiscalizador exige, apenas, que sejam explicitadas as condições necessárias a ensejar a tarifa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

reduzida.

Nesse tocante, portanto, entende este relator que a r. sentença deva ser modificada. Em momento algum, houve questionamento quanto à veracidade da tarifa de 0,03 por minuto. O fato do valor reduzido da tarifa decorrer de cálculo matemático de razoável complexidade ou de abranger pequeno número de clientes não lhe macula a existência, a veracidade e a validade.

E em se verificando tamanha redução do valor, é óbvio que a publicidade a teria como mote principal, de forma a chamar a atenção dos consumidores. Nada há de ilegal nesse tocante. É importante asseverar, apenas, que referida tarifa somente se dá diante do cumprimento de diversos requisitos. E esses requisitos devem ser esclarecidos – de forma clara - na mesma peça publicitária, sob pena de confundir e induzir o consumidor a erro.

O Código de Defesa do Consumidor inaugurou, na sistemática legal vigente, o exame da “qualidade” da vontade manifestada pelo consumidor. Essa qualidade depende das informações a respeito dos produtos e serviços que lhes são disponibilizadas pelo fornecedor através de diversos meios, inclusive pela publicidade, que é o caso em exame.

Nesse sentido:

“Segundo o art. 31 do CDC, o fornecedor deve cuidar para que sua oferta, assim como a apresentação de seu produto ou o nome de seu serviço, assegure ao consumidor informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre as características principais do produto” (...)
*“No sistema do CDC, os instrumentos usados para informar o consumidor sobre determinadas características ou qualidades do bem podem ser tanto embalagem e apresentação do produto, como aqueles que hoje fazem parte da oferta, os impressos e mesmo a publicidade, veiculada pelo fornecedor-comerciante ou pelo fabricante do produto”. (in MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIM, Antonio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2006).*

No caso, as informações constantes na campanha veiculada pela apelante – mesmo após as alterações apresentadas perante o Conar - são evidentemente insuficientes.

É certo que as peças publicitárias de fls. 131 e 132 contêm informações acerca da necessidade de inscrição no Plano “Toda Hora” e da limitação mensal da utilização do bônus a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

R\$ 35,00, assim como informações sobre o cálculo matemático para se alcançar o valor da tarifa (0,03 por minuto).

Ocorre, todavia, que – como bem asseverado pelo douto sentenciante – *“Ihes foi dado tão pífio destaque que é como se não existissem”* (fl. 380).

E continua:

“Observando os anúncios pertencentes ao bojo probatório, fica claro que as informações inclusas nas peças publicitárias divulgadas pela ré causam imensa confusão ao consumidor.

Enquanto se dá enorme destaque ao valor reduzido da tarifa, em tese, 'reduzida', é cedida pouca prioridade à divulgação das condições de aquisição, utilização e limitação, referentes ao benefício.

Em uma primeira análise sem maior rigor, e com o auxílio de equipamento de ampliação ótica como uma lupa, facilmente o consumidor será levado a crer que o valor de tarifa anunciado é irrestrito a qualquer cliente e a qualquer caso”.

Nesse diapasão, em se tratando de informações essenciais – em razão da própria especificidade da promoção veiculada pela apelante – é de rigor a manutenção da r. sentença no que tange à necessidade da inclusão eficaz das informações referentes aos itens “a”, “b”, “d”, “e” e “f”, salientando-se que - no tocante ao item 'f' - como reconhecido pela própria apelante¹, a inexistência de recarga mensal implica a perda do cadastro na promoção.

Não se alegue, ainda, que inexistente pedido nesse sentido. Houve mera confusão de palavras, o que é – inclusive – justificável, diante da complexidade da promoção. O pedido da ação cominatória é de clareza hialina: esclarecimento quanto às condições impostas aos consumidores para se ter direito à tarifa de 0,03 o minuto.

De igual maneira, não deve ser acolhido o pedido de condenação da autora às penas por litigância de má-fé porquanto ausente qualquer das hipóteses ensejadoras do art. 17 do CPC, salientando – ainda – que as campanhas publicitárias por ela desenvolvidas não são objeto da presente ação.

Por fim, prevaleceu em sessão de julgamento,

¹ *“Se o consumidor não fizer uma carga mensal, não haverá a perda do bônus, mas a perda do seu cadastro na promoção”* (fl. 415).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

por unanimidade, o entendimento do Desembargador Beretta da Silveira no sentido de dar provimento ao apelo, também, para reduzir o valor da multa cominatória, fixando-a em 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso, até o teto de 600.000,00 (seiscentos mil reais). Justifica-se a reforma do julgado, pois, mesmo considerando o tamanho das empresas envolvidas, os valores estabelecidos mostram-se desproporcionais e desnecessários ao cumprimento da determinação judicial.

Por todo o exposto, por este voto, dá-se parcial provimento ao recurso de apelação, para excluir a condenação da apelante no que tange à abstenção do slogan "*apenas 0,03 o minuto*" e para reduzir a multa cominatória nos termos acima indicados, mantendo-se a responsabilidade da demandada pela totalidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios, porque permanece vencida na maior parte dos pedidos.

CARLOS ALBERTO DE SALLES

Relator