



Súmula n. 356

SÚMULA N. 356

É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa.

Precedentes:

| | | |
|------|------------|-------------------------------------|
| REsp | 870.600-PB | (1ª T, 04.12.2007 – DJe 27.03.2008) |
| REsp | 872.584-RS | (2ª T, 20.11.2007 – DJ 29.11.2007) |
| REsp | 911.802-RS | (1ª S, 24.10.2007 – DJe 1º.09.2008) |
| REsp | 983.501-RS | (2ª T, 06.12.2007 – DJ 18.12.2007) |
| REsp | 994.144-RS | (1ª T, 12.02.2008 – DJe 03.04.2008) |

Primeira Seção, em 25.6.2008

DJe 8.9.2008, ed. 210

RECURSO ESPECIAL N. 870.600-PB (2006/0160325-3)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Maria José Pereira Guedes
Advogado: Nyedia Nara Pereira Galvão e outro
Recorrente: Telemar Norte Leste S/A
Advogado: Caio Cesar Vieira Rocha e outro(s)
Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Repetição de indébito. Assinatura básica de telefonia fixa. Lei n. 9.472/1997. Resolução n. 85/1998 da Anatel. Contrato de concessão. Previsão. Violação ao CDC. Inexistência. Legalidade da tarifa. Devolução em dobro do *quantum*. Prejudicialidade do recurso da consumidora.

I - A cobrança da tarifa básica de assinatura mensal, constante de contrato de concessão pública, constitui-se em contraprestação pela disponibilização do serviço de forma contínua e ininterrupta ao usuário, sendo amparada pela Lei n. 9.472, de 16.7.1997, bem como por Resolução da Anatel, entidade responsável pela regulação, inspeção e fiscalização do setor de telecomunicações no País.

II - Em recente pronunciamento, a Colenda Primeira Seção, ao julgar o REsp n. 911.802-RS, Rel. Min. *José Delgado*, em 24.10.2007, entendeu que a referida cobrança não vulnera o Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a existência de previsão legal, além do que, por se tratar de serviço que é disponibilizado de modo contínuo e ininterrupto, acarretando dispêndios financeiros para a concessionária, deve ser afastada qualquer alegação de abusividade ou vantagem desproporcional.

III - Prejudicado o recurso da consumidora, eis que, ao se entender pela legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia, não há de se falar em discussão acerca do direito à devolução do valor pago indevidamente.

IV - Recurso especial da concessionária provido e apelo nobre da consumidora prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial da concessionária, restando prejudicado o da consumidora, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (Presidente), Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 4 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 27.3.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recursos especiais interpostos por *Maria José Pereira Guedes*, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, e por *Telemar Norte Leste S/A*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que entendeu como ilegal a cobrança da tarifa básica de assinatura mensal, mas incabível a devolução em dobro das quantias indevidamente pagas.

Sustenta a consumidora ofensa a dispositivos legais, pugnando pela repetição do indébito em dobro, mesmo no caso de inexistente má-fé.

Opostos embargos de declaração pela concessionária, foram esses rejeitados.

Telemar Norte Leste S/A alega violação a dispositivos infraconstitucionais, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo, em síntese, que a Anatel tem competência para a regulação do setor de telecomunicações, sendo legal a cobrança de tarifa básica de assinatura, com o intuito de assegurar a adequada prestação do serviço público, de maneira contínua e ininterrupta. Afirma que

os direitos normatizados pela Lei Geral das Telecomunicações não foram atingidos pelo CDC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Primeiramente, analiso o apelo especial de *Telemar Norte Leste S/A*.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Cabe analisar que o valor cobrado a título de assinatura básica mensal de telefonia fixa tem natureza jurídica de tarifa, exigida pelo simples fato de o serviço de telefonia estar sendo oferecido e cujo objetivo é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A Constituição Federal, em seu artigo 21, inciso XI, dispõe acerca da competência da União para explorar os serviços de telecomunicações, por meio de autorização, permissão ou concessão, nos termos da lei, a qual disporá acerca da criação de um órgão regulador.

Sendo assim, entrou em vigor a Lei n. 9.472/1997, a Lei Geral das Telecomunicações, que, por meio de seu art. 8º determina a criação da Anatel, entidade responsável pela regulação, inspeção e fiscalização do setor de telecomunicações no País.

Mais especificamente, os arts. 19, inciso VII, e 103, *caput* e § 3º, assim explicitam sobre a competência da Anatel acerca das tarifas cobradas dos assinantes:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...*omissis*...)

VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

(...)

Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço.

§ 3º As tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante edital ou proposta apresentada na licitação.

Com efeito, por meio de contrato de concessão se dará a prestação do serviço telefônico fixo comutado estabelecido entre a Anatel e a empresa privada, de acordo com os ditames do art. 83, parágrafo único, da citada norma, a qual prevê:

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Por meio do art. 93, inciso VII, da referida lei, bem como através das Portarias n. 217/1997 e n. 226/1997, do Ministério das Comunicações, o contrato de concessão irá estabelecer, ainda, as tarifas a serem cobradas dos usuários, alicerçando, pois, a cobrança da tarifa básica de assinatura.

Por sua vez, a Resolução n. 85/1998 da Anatel, ao regulamentar a supracitada lei, possibilitou a cobrança da assinatura básica mensal, ao assim estabelecer, *verbis*:

Artigo 52 – O valor, a forma de medição e os critérios de cobrança dos serviços prestados serão estabelecidos nos Planos de Serviço, conforme regulamentação específica.

(...*omissis*...)

Inciso XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura: valor de trato sucessivo pago pelo Assinante à Prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço.

Em consonância com o disposto na citada Resolução, o Anexo n. 3 do Contrato de Concessão firmado entre a Anatel e a empresa de telefonia autoriza esta a cobrar a aludida tarifa, *ipsis litteris*:

2 - Acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC

2.1 Para o acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado, a Prestadora poderá cobrar Tarifa de Habilitação, cujo valor é limitado a R\$ 80,00 (oitenta reais),

conforme definido na Portaria n. 508, de 1º.10.1997, do Ministro de Estado das Comunicações.

2.2 Para manutenção do direito de uso as Prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura, segundo a tabela abaixo, conforme Portarias n. 217 e n. 226, ambas de 3.4.1997, do Ministro do Estado das Comunicações.

2.2.1 A assinatura do STFC Local inclui uma franquia de 90 pulsos.

Sendo assim, constata-se a legalidade da cobrança mensal da tarifa de assinatura, constituindo-se, além do mais, como uma contraprestação pela disponibilização do serviço de forma contínua e ininterrupta ao usuário, ao garantir à prestadora uma retribuição pelos custos de manutenção do serviço.

Por oportuno, inexistente qualquer violação ao Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista inexistir onerosidade ou abusividade na tarifa mensal de assinatura, sendo que a prestação eficiente do serviço está condicionada a tal cobrança.

Ademais, no momento em que assina o contrato com a empresa prestadora, tem o usuário ciência da qualidade dos serviços realizados e de sua disponibilidade.

Nos moldes de tal entendimento, este Sodalício já se manifestou acerca do aparente conflito entre o CDC e a Lei n. 9.472/1997, conforme se pode depreender do seguinte julgado, *in verbis*:

Administrativo. Telecomunicações. Telefonia fixa. Lei n. 9.472/1997. Cobrança de tarifa interurbana. Suspensão. Área local. Ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/1997 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.

2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão.

3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das “áreas locais” estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.

4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.

4. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 572.070-PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 14.6.2004, p. 206).

Com efeito, esta Corte, em situação análoga à dos autos, já se pronunciou no sentido da licitude da cobrança de tarifa de água, em valor correspondente ao consumo mínimo presumido mensal, mesmo que o hidrômetro registre volume menor do que o cobrado, de modo a possibilitar a sustentabilidade do sistema.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

Administrativo. Tarifa de água. Consumo por estimativa. Possibilidade.

1. É lícita a cobrança de água por estimativa (consumo mínimo presumido). Precedentes.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 594.186-RJ, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 5.5.2006).

Direito Administrativo. Política tarifária no fornecimento de água. Colocação de hidrômetros. Precedentes do STJ.

1. A política de tarifação dos serviços públicos concedidos, prevista na CF (art. 175), foi estabelecida pela Lei n. 8.987/1995, com escalonamento na tarifação, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta Corte).

2. Acórdão recorrido que, distanciando-se da lei, condena o valor do consumo mínimo estabelecido pela política nacional de tarifas.

3. A Lei n. 8.987/1995, como o Decreto n. 82.587/1978, revogado em 1991 pelo Decreto n. 5, deu continuidade à prática do escalonamento de preços.

4. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 759.362-RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.6.2006, p. 184).

Embargos de declaração no recurso especial. Fornecimento de água. Tarifa progressiva. Contradição e omissão. Vícios inexistentes. Pretensão de obter efeitos infringentes. Impossibilidade.

1. A Lei n. 8.987/1995 autoriza a cobrança do serviço de fornecimento de água de maneira escalonada (tarifa progressiva), de acordo com o consumo (art. 13), e não colide com o disposto no art. 39, I, do CDC, cuja vedação não tem caráter absoluto.

2. No caso, é irrelevante, para cobrança da tarifa progressiva, o número de unidades existentes no condomínio, porque: (I) existe um único hidrômetro auferindo o consumo global de água; (II) a tabela progressiva será aplicada proporcionalmente ao consumo total medido, ou seja, quanto maior o consumo, maior a tarifa a ser suportada pelo condomínio, de acordo com o escalonamento preestabelecido.

3. Os embargos declaratórios constituem recurso de estritos limites processuais cujo cabimento requer estejam presentes os pressupostos legais insertos no art. 535 do CPC.

4. Embargos de declaração do Condomínio do Edifício Comercial Office 206 rejeitados.

(...omissis...)

3. Embargos de declaração de Águas de Niterói S/A rejeitados (EDcl no REsp n. 625.221-RJ, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 25.5.2006, p. 158).

Destarte, plenamente legal a cobrança de tarifa básica de assinatura por parte das concessionárias de serviço público, de forma a possibilitar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato entre a concessionária e o usuário.

Por fim, trago à colação o recente julgado da Eg. Primeira Seção desta Casa acerca do tema em debate, tendo já se posicionado no mesmo sentido dos argumentos expendidos no presente voto, *litteris*:

Recurso especial. Ação anulatória c.c. repetição de indébito. Serviço de telefonia. Cobrança de "assinatura básica residencial". Natureza jurídica: tarifa. Prestação do serviço. Exigência de licitação. Edital de desestatização das empresas federais de telecomunicações MC/BNDES n. 1/1998 contemplando a permissão da cobrança da tarifa de assinatura básica. Contrato de concessão que autoriza a mesma exigência. Resoluções n. 42/2004 e n. 85/1998, da Anatel, admitindo a cobrança. Disposição na Lei n. 8.987/1995. Política tarifária. Lei n. 9.472/1997. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte admitindo o pagamento de tarifa mínima em casos de fornecimento de água. Legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia. Provimento do recurso especial.

1. Cuidam os autos de *ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito* ajuizada por Camila Mendes Soares em face de Brasil Telecom S/A objetivando obstar a cobrança da chamada “assinatura mensal básica” e a sua devolução em dobro. *Sentença* julgou improcedente o pedido. A autora interpôs apelação e o *TJRS* deu-lhe provimento à luz do entendimento segundo o qual é abusiva a exigência de contraprestação por serviço não fornecido, inexistir previsão legal para a cobrança e ter aplicação ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor. *Recurso especial* da operadora indicando violação dos arts. 3º, IV, 5º, 19, VII, 63, 83, 93, II, III, IX, e 103 da Lei n. 9.472/1997; 3º, 48 e 52 da Resolução n. 85 da Anatel; 7º da Lei n. 8.078/1990 e 877 do Código Civil/2002, além de divergência jurisprudencial com julgados oriundos do TJMG. Sustenta, em suma, que os direitos previstos no CDC não excluem os decorrentes da legislação ordinária preexistente: a Lei Geral das Telecomunicações; que a tarifa mensal não é voltada apenas à cessão de linha ou de terminal telefônico, mas também à infra-estrutura fornecida; que o art. 52 da Resolução n. 85 da Anatel, autoriza a cobrança da tarifa de assinatura; e somente cabe a repetição do indébito quando demonstrado o erro do pagamento voluntário, nos termos do atual art. 877 do Código Civil.

2. Recurso especial conhecido pela letra **a** do inciso III do art. 105 da CF, bem como pela divergência.

3. Matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança pela recorrente da assinatura mensal básica para prestação de serviços telefônicos, amplamente debatida. Divergência demonstrada.

4. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal.

5. A prestação de serviço público não-obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa.

6. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei.

7. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.

8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.

9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para

se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.

10. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (...)”.

11. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.

12. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 1/1998) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas.

13. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.

14. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.

15. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista.

16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.

17. Não há ilegalidade na Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

18. A Resolução n. 42/2005 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.

20. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no

contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

21. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

22. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

23. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassem essa quantificação.

24. Precedentes do STJ garantindo o pagamento de tarifa mínima: REsp n. 759.362-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29.6.2006; REsp n. 416.383-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.9.2002; REsp n. 209.067-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 8.5.2000; REsp n. 214.758-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 2.5.2000; REsp n. 150.137-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27.4.1998, entre outros. Idem do STF: RE n. 207.609-DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19.5.1999.

25. Precedente do STJ, em medida cautelar, sobre tarifa de assinatura básica em serviço de telefonia:

Processual Civil. Medida cautelar. Antecipação da tutela recursal. Recurso especial pendente de admissão no Tribunal de origem. Aplicação, por analogia, das Súmulas n. 634 e n. 635 do STF. Serviço de telefonia fixa. Tarifa de assinatura básica.

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas n. 634 e n. 635, em casos excepcionais, em que estiverem conjugados os requisitos (a) da verossimilhança das alegações (= probabilidade de êxito do recurso interposto) e (b) do risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado, esta Corte vem admitindo o cabimento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo ou a antecipar tutela em recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem.

2. No caso, milita em favor da requerente a presunção de legitimidade dos atos normativos e administrativos que dão suporte à cobrança da tarifa de assinatura básica dos serviços de telefonia (verossimilhança das alegações). A supressão da cobrança, por medida liminar, compromete cláusula financeira do contrato de concessão do serviço, pesando sobre a

requerente o risco maior da improvável e difícil reversibilidade da situação (risco de dano).

3. Pedido deferido.

(MC n. 10.235-PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.8.2005).

26. Artigos 39, § 6º, I, III e V; e 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor que não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia.

27. Recurso especial provido para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada (REsp n. 911.802-RS, Relator Ministro José Delgado, julgado em 24.10.2007).

Passo à apreciação do apelo nobre de *Maria José Pereira Guedes*.

Em razão de todo o exposto, verifica-se estar prejudicado o recurso da consumidora, eis que, ao se entender pela legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia, não há de se falar em discussão acerca do direito à devolução do valor pago indevidamente.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial de *Telemar Norte Leste S/A* e *julgo prejudicado* o apelo nobre de *Maria José Pereira Guedes*.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 872.584-RS (2006/0166413-0)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Brasil Telecom S/A

Advogado: Guilherme G J Neutzling e outro(s)

Recorrido: Araci Bazzo de Araújo

Advogado: Ana Palmira Coelho

EMENTA

Recurso especial. Ação anulatória c.c. repetição de indébito. Serviço de telefonia fixa. Cobrança de “assinatura básica residencial”.

Natureza jurídica: tarifa. Modelo regulatório brasileiro. Legalidade da cobrança. Continuidade dos serviços públicos. Precedente da Primeira Seção do STJ.

1. A habilitação do Serviço de Telefonia Fixa Comutada – conhecida como assinatura básica –, atenderia a uma contraprestação pela comodidade advinda do serviço fruído no domicílio do usuário.

2. Além disso, a feitura da equação tarifária é atribuição administrativa da Agência. Só poderia o Poder Judiciário interferir em casos excepcionais, de gritante abuso ou desrespeito aos procedimentos formais de criação dessas figuras. Carece o Poder Judiciário de mecanismos suficientemente apurados de confronto paritário às soluções identificadas pelos experts da Agência reguladora.

3. O Direito do Consumidor qualifica as relações jurídicas entre usuários e operadoras naquilo que não for objeto de regulação ou quando a regulação extrapolar os limites *científicos* do Direito das Telecomunicações e passar a invadir a órbita daquela província. A cobrança indevida de ligações não efetuadas é questão nitidamente consumerista. A exigência da assinatura básica, por seu turno, é tema específico da regulação dos serviços de telecomunicações.

4. No que concerne ao permissivo da alínea c, a Primeira Seção, na assentada de 24.10.2007, por maioria, deu provimento ao REsp n. 911.802-RS, Rel. Min. José Delgado, que se constitui em verdadeiro caso-líder desse tema e estabeleceu a necessária pacificação na Corte quanto ao antigo dissídio, firmando posicionamento no sentido da legalidade da cobrança da “assinatura básica mensal.”

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJ 29.11.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por *Brasil Telecom S/A*, com esteio no art. 105, III, **a** e **c**, da Lei Maior, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 264):

Declaratória de nulidade de cobrança da tarifa básica mensal de linha telefônica cumulada com repetição de indébito.

I - A Justiça Estadual é competente para o julgamento das ações que visam a declaração de nulidade da cobrança da tarifa básica mensal de linha telefônica. Inexistência de interesse jurídico da União no resultado da lide.

II - É ilegal a cobrança da tarifa básica mensal de linha telefônica. Somente o serviço efetivamente prestado deve ser pago pelo usuário.

III - Procede ao pedido de repetição, dos valores cobrados a maior, de forma simples.

Deram parcial provimento ao apelo.

Sustenta a recorrente, preliminarmente, afronta aos arts. 19, 93, 103, 105 e 109 da Lei n. 9.472/1997. Aduz que, havendo interesse da Anatel, deverá ela permanecer no pólo passivo da relação processual, mantendo-se a competência da Justiça Federal.

Alega, no mérito, que o acórdão recorrido desconsiderou a legislação específica aplicável ao caso (Lei n. 9.472/1997 e Resolução da Anatel n. 85/1998) que respalda a cobrança da tarifa mensal básica, e que o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor não exclui a aplicação de tais normas. Por fim, aponta dissídio jurisprudencial e colaciona julgados do STJ.

Parecer do MPF pelo não-provimento (fls. 353 e seguintes).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): O caso trata da matéria referente à discussão da legalidade da cobrança da assinatura básica mensal em serviços de telefonia fixa.

No meu sentir, o ponto de saliência deste recurso é a opção do Superior Tribunal de Justiça entre manter o modelo regulatório das telecomunicações no Brasil, da forma como foi estruturado na Constituição de 1988, após a Emenda n. 8/1995, ou abrir, em definitivo, o campo destinado à regulação aos influxos do processo de *judicialização da vida*.

Ora, modelo regulatório, em todos os países que adotaram o modelo anglo-americano, é a fórmula síntese entre os extremos anteriormente experimentados nas sociedades industriais: o *absenteísmo estatal* e o *regime de monopólio-oligopólio do Estado nas atividades econômicas de infra-estrutura*. Tem-se o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 95-96) denominou de um exemplo perfeito de novos referenciais democráticos na gestão de interesses públicos. Regular é emitir regras, assegurar seu cumprimento e reprimir infrações (ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 24).

A prerrogativa de baixar normas pelos órgãos de regulação, as ditas agências, segundo seu peculiar modelo teórico-normativo, têm por característica alhear-se da tutela administrativa (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. In: MOARES, Alexandre de. (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 139-140). Com essa nota característica, emerge uma opção ideológica do legislador: a intangibilidade da função regulatória aos diferentes titulares da soberania. Pensou-se em um modelo que primasse pela visão do equilíbrio econômico-financeiro e pela não-transitoriedade do planejamento dos serviços regulados. Os humores políticos e as maiorias legislativas deveriam ser variáveis excluídas da equação regulatória.

As relações entre o regulador e o regulado deveriam ser estatuídas com suporte na segurança jurídica, na estabilidade dos pactos e na previsibilidade das ações. Assim eliminar-se-iam os custos gerais econômicos do serviço, o que, em última análise, favoreceria a todos os usuários. É nesse sentido que aos entes regulatórios outorgou-se o controle das tarifas, em ordem a assegurar

a conservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In*: MOARES, Alexandre de. (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 114-115. p. 119-120).

No caso específico das telecomunicações, a Emenda Constitucional n. 8, de 16 de agosto de 1995, que alterou o art. 21, XI, da Constituição determinou fosse criado um *órgão regulador* para a regulação desses serviços.

A leitura desse texto constitucional, conjugado com as emanações dogmáticas, reconduz a três conclusões essenciais para o julgamento deste recurso:

a) a Agência Nacional de Telecomunicações é uma agência qualificada *constitucionalmente*, o que a situa em um *locus* normativo especial, diferentemente de outros órgãos que não mereceram as atenções específicas do constituinte derivado.

b) a Agência Nacional de Telecomunicações detém a primazia e a exclusividade na regulação dos serviços de telecomunicações. Como a doutrina tem apontado, tratou-se de uma radical opção do constituinte derivado ao mencionar a “criação de **um** órgão regulador”. Transcrevo excerto dogmático que aprofunda esse tópico:

Veja-se o problema sobre outro aspecto. O art. 21 da Constituição Federal define ser atribuição da pessoa jurídica de direito público interno titular da soberania nacional, a União, “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. (inciso XI).

A citada norma constitucional foi alterada pela Emenda Constitucional n. 8, de 15.8.1995, para permitir que lei específica (a indicação alude aos “termos da lei”) regesse os serviços de telecomunicações e, com maior destaque, ao fim de possibilitar a instituição de um órgão regulador. Não se cuidou de órgão regulador, o que, numa interpretação extensiva, permitiria imaginar a divisão desse mister com outro plexo. Tratou-se de *um* órgão regulador, a significar a concentração desses misteres em um único ente, tamanha sua interferência em um dos mais importantes setores da vida econômica nacional. É lícito concluir, portanto, que admitir seja estabelecido outro agente regulador (sob a forma de autarquia especial), além do já existente, é inconstitucional. Cabível seria, *v.g.*, mudar a estrutura jurídica da Anatel. No entanto, ao lume do art. 21, inciso XI, nenhum outro ente poderá assenhorar-se, mesmo em condomínio funcional, das já amplas atribuições daquela agência.” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz.

O regime jurídico-constitucional da radiodifusão e das telecomunicações no Brasil em face do conceito de atividades audiovisuais. A inconstitucionalidade do anteprojeto de lei que cria a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual - Ancinav. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 170, p. 287-309, abr./jun., 2006. p. 294-295).

c) O poder normativo da Anatel tem caracteres de autonomia. Ao regular, a Anatel ocupa um limbo legislativo deixado propositadamente pelo regime constitucional das agências, como uma metafórica renúncia de soberania em nome das vantagens advindas do controle técnico dos serviços de infra-estrutura. Há reconhecimento dessa autonomia pelo próprio STJ, na ADin n. 1.668-5.

Essa delegação legislativa para os órgãos regulatórios justifica-se pela necessidade típica de setores específicos, relacionados à infra-estrutura, energia e comunicações, que demandam regras de eminentemente técnicas, cuja atualização pudesse ser freqüente e periódica, de molde a evitar que a obsolescência normativa não prejudicasse a prestação dos serviços (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 117).

As Resoluções da Anatel contêm essa finalidade e estão assentadas na Lei Geral de Telecomunicações e na própria Constituição de 1988.

A habilitação do Serviço de Telefonia Fixa Comutada, a vulgarmente conhecida assinatura básica, atenderia a uma contraprestação pela comodidade advinda do serviço fruído no domicílio do usuário.

Além disso, baseio-me na idéia mais genérica de que a feitura da equação tarifária é atribuição administrativa da Agência. Só poderia o Poder Judiciário interferir em casos excepcionais, de gritante abuso ou desrespeito aos procedimentos formais de criação dessas figuras. Carece o Poder Judiciário de mecanismos suficientemente apurados de confronto paritário às soluções identificadas pelos expertos da Agência reguladora.

Há não muito tempo, esta Corte manteve a autoridade da Anatel, de seus regulamentos e dos contratos firmados com as prestadoras de serviços de telecomunicações, ao manter os índices de correção tarifária pactuados.

A Corte Especial do STJ, no AgRg na *Suspensão de Liminar* n. 57-DF, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 6.9.2004, manteve a decisão do Presidente, que acolheu a tese da Agência Reguladora e conservou o índice do IGPDI para a correção das tarifas de telefonia fixa comutada. Nos termos do voto-condutor, a intervenção do Judiciário *exibe potencial suficiente a provocar lesão à economia*

pública, indo de encontro ao interesse público, gerando, portanto, lesão à ordem pública administrativa.

Finalmente, tem-se o problema da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da teoria da onerosidade excessiva (art. 51, § 1º, II, do CDC).

Sobre esse capítulo do recurso, creio que é necessário estabelecer uma premissa antecedente.

Há, neste Tribunal e em diversos juízos brasileiros, uma plethora de ações sobre o problema do tensionamento das regras de Direito do Consumidor e das regras de outras províncias jurídicas, como o Direito Administrativo ou o Direito Civil.

No campo da regulação de serviços de telecomunicações, a questão assume contornos ainda mais perturbadores.

Em grande medida, a responsabilidade por essa zona cinzenta é atribuível à doutrina especializada. Por se dedicar ao estudo de uma área com grandes interesses econômicos imediatos, as Telecomunicações. A dogmática setorial mantém-se alheia a problemáticas mais sensíveis, como a Metodologia Jurídica, a Filosofia do Direito e a Teoria do Direito. Esses temas só freqüentam os livros sobre regulação como berloques ou enfeites, que conferem algum verniz ao estudo publicado. Nada, porém, de se definir tecnicamente pontos essenciais como se *há estatuto científico próprio ao Direito das Telecomunicações* ou se *existem princípios especiais e afetos a esse Direito*.

Ora, se essa matéria fosse analisada com o rigorismo científico, não se chegaria ao absurdo de se confrontar as normas de Direito do Consumidor com as regras fundadas no Direito das Telecomunicações, como as ora debatidas neste recurso especial. A cobrança de assinatura básica é tema alheio às relações de consumo, quando se observa que seu fundamento é o regime tarifário advindo da delegação normativa à Anatel, por força da Constituição, e concretizado em regulamentos, editais de licitação e em contratos de concessão. A empresa operadora do STFC - Serviço de Telefonia Fixa Comutada não exige esses quantitativos com base em direito seu, mas, como decorrência da equação econômico-financeira que lastreia seu vínculo com a Administração Pública.

O Direito do Consumidor qualifica as relações jurídicas entre usuários e operadoras naquilo que não for objeto de regulação ou quando a regulação extrapolar os limites *científicos* do Direito das Telecomunicações e passar a invadir a órbita daquela província. A cobrança indevida de ligações não

efetuadas é questão nitidamente consumerista. A exigência da assinatura básica, por seu turno, é tema específico da regulação dos serviços de telecomunicações.

O acórdão do Tribunal local efetivamente negou vigência aos dispositivos federais indicados.

DISSÍDIO PRETORIANO

No que concerne ao permissivo da alínea **c**, a Primeira Seção, na assentada de 24.10.2007, por maioria, deu provimento ao REsp n. 911.802-RS, relator Min. José Delgado, que se constitui em verdadeiro caso-líder desse tema e estabeleceu a necessária pacificação na Corte quanto ao antigo dissídio.

Transcrevo a ementa desse importante aresto:

Recurso especial. Ação anulatória c.c. repetição de indébito. Serviço de telefonia. Cobrança de “assinatura básica residencial”. Natureza jurídica: tarifa. Prestação do serviço. Exigência de licitação. Edital de desestatização das empresas federais de telecomunicações MC/BNDES n. 1/1998 contemplando a permissão da cobrança da tarifa de assinatura básica. Contrato de concessão que autoriza a mesma exigência. Resoluções n. 42/2004 e n. 85/1998, da Anatel, admitindo a cobrança. Disposição na Lei n. 8.987/1995. Política tarifária. Lei n. 9.472/1997. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte admitindo o pagamento de tarifa mínima em casos de fornecimento de água. Legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia. Provimento do recurso especial.

1. Cuidam os autos de ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito ajuizada por Camila Mendes Soares em face de Brasil Telecom S/A objetivando obstar a cobrança da chamada “assinatura mensal básica” e a sua devolução em dobro. Sentença julgou improcedente o pedido. A autora interpôs apelação e o TJRS deu-lhe provimento à luz do entendimento segundo o qual é abusiva a exigência de contraprestação por serviço não fornecido, inexistir previsão legal para a cobrança e ter aplicação ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial da operadora indicando violação dos arts. 3º, IV, 5º, 19, VII, 63, 83, 93, II, III, IX, e 103 da Lei n. 9.472/1997; 3º, 48 e 52 da Resolução n. 85 da Anatel; 7º da Lei n. 8.078/1990 e 877 do Código Civil/2002, além de divergência jurisprudencial com julgados oriundos do TJMG. Sustenta, em suma, que os direitos previstos no CDC não excluem os decorrentes da legislação ordinária preexistente: a Lei Geral das Telecomunicações; que a tarifa mensal não é voltada apenas à cessão de linha ou de terminal telefônico, mas também à infra-estrutura fornecida; que o art. 52 da Resolução n. 85 da Anatel, autoriza a cobrança da tarifa de assinatura; e somente cabe a repetição do indébito quando demonstrado o erro do pagamento voluntário, nos termos do atual art. 877 do Código Civil.

2. Recurso especial conhecido pela letra **a** do inciso III do art. 105 da CF, bem como pela divergência.

3. Matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança pela recorrente da assinatura mensal básica para prestação de serviços telefônicos, amplamente debatida. Divergência demonstrada.

4. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal.

5. A prestação de serviço público não-obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa.

6. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei.

7. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.

8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.

9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.

10. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (...)”.

11. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.

12. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 1/1998) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas.

13. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.

14. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada

pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.

15. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista.

16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.

17. Não há ilegalidade na Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

18. A Resolução n. 42/2005 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.

20. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

21. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

22. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

23. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação.

24. Precedentes do STJ garantindo o pagamento de tarifa mínima: REsp n. 759.362-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29.6.2006; REsp n. 416.383-RJ, Rel. Min.

Luiz Fux, DJ 23.9.2002; REsp n. 209.067-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 8.5.2000; REsp n. 214.758-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 2.5.2000; REsp n. 150.137-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27.4.1998, entre outros. Idem do STF: RE n. 207.609-DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19.5.1999.

25. Precedente do STJ, em medida cautelar, sobre tarifa de assinatura básica em serviço de telefonia:

Processual Civil. Medida cautelar. Antecipação da tutela recursal. Recurso especial pendente de admissão no Tribunal de origem. Aplicação, por analogia, das Súmulas n. 634 e n. 635 do STF. Serviço de telefonia fixa. Tarifa de assinatura básica.

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas n. 634 e n. 635, em casos excepcionais, em que estiverem conjugados os requisitos (a) da verossimilhança das alegações (= probabilidade de êxito do recurso interposto) e (b) do risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado, esta Corte vem admitindo o cabimento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo ou a antecipar tutela em recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem.

2. No caso, milita em favor da requerente a presunção de legitimidade dos atos normativos e administrativos que dão suporte à cobrança da tarifa de assinatura básica dos serviços de telefonia (verossimilhança das alegações). A supressão da cobrança, por medida liminar, compromete cláusula financeira do contrato de concessão do serviço, pesando sobre a requerente o risco maior da improvável e difícil reversibilidade da situação (risco de dano).

3. Pedido deferido.

(MC n. 10.235-PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.8.2005).

26. Artigos 39, § 6º, I, III e V; e 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor que não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia.

27. Recurso especial provido para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada. (acórdão pendente de publicação).

Tanto certo quanto evidente, a decisão recorrida é contrária ao entendimento hoje dominante na Corte, sendo, também, em relação ao permissivo c, de ser provido o recurso especial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 911.802-RS (2006/0272458-6)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Brasil Telecom S/A

Advogado: Ricardo de Assis Brasil e outro(s)

Recorrido: Camila Mendes Soares

Advogado: Camila Mendes Soares (em causa própria) e outro

Assistente: Associação Nacional dos Usuários do Sistema Telefônico Fixo Comutado e Móvel Celular - Anustel

Advogado: Fernando Luiz Borneo Ribeiro

Sustentação oral: Paulo César Pinheiro Carneiro, pela recorrente e Moacir Guimarães Morais Filho, pelo Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso especial. Ação anulatória c.c. repetição de indébito. Serviço de telefonia. Cobrança de “assinatura básica residencial”. Natureza jurídica: tarifa. Prestação do serviço. Exigência de licitação. Edital de desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações MC/BNDES n. 1/1998 contemplando a permissão da cobrança da tarifa de assinatura básica. Contrato de concessão que autoriza a mesma exigência. Resoluções n. 42/2004 e n. 85/1998, da Anatel, admitindo a cobrança. Disposição na Lei n. 8.987/1995. Política tarifária. Lei n. 9.472/1997. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte admitindo o pagamento de tarifa mínima em casos de fornecimento de água. Legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia. Provimento do recurso especial.

1. Cuidam os autos de *ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito* ajuizada por Camila Mendes Soares em face de Brasil Telecom S/A objetivando obstar a cobrança da chamada “assinatura mensal básica” e a sua devolução em dobro. *Sentença* julgou improcedente o pedido. A autora interpôs apelação e o *TJRS* deu-lhe provimento à luz do entendimento segundo o qual é abusiva

a exigência de contraprestação por serviço não fornecido, inexistir previsão legal para a cobrança e ter aplicação ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor. *Recurso especial* da operadora indicando violação dos arts. 3º, IV, 5º, 19, VII, 63, 83, 93, II, III, IX, e 103 da Lei n. 9.472/1997; 3º, 48 e 52 da Resolução n. 85 da Anatel; 7º da Lei n. 8.078/1990 e 877 do Código Civil/2002, além de divergência jurisprudencial com julgados oriundos do TJMG. Sustenta, em suma, que os direitos previstos no CDC não excluem os decorrentes da legislação ordinária preexistente: a Lei Geral das Telecomunicações; que a tarifa mensal não é voltada apenas à cessão de linha ou de terminal telefônico, mas também à infra-estrutura fornecida; que o art. 52 da Resolução n. 85 da Anatel, autoriza a cobrança da tarifa de assinatura; e somente cabe a repetição do indébito quando demonstrado o erro do pagamento voluntário, nos termos do atual art. 877 do Código Civil.

2. Recurso especial conhecido pela letra **a** do inciso III do art. 105 da CF, bem como pela divergência.

3. Matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança pela recorrente da assinatura mensal básica para prestação de serviços telefônicos, amplamente debatida. Divergência demonstrada.

4. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal.

5. A prestação de serviço público não-obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa.

6. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei.

7. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.

8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.

9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.

10. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (...)”.

11. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.

12. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 1/1998) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas.

13. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.

14. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.

15. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista.

16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.

17. Não há ilegalidade na Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a

prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

18. A Resolução n. 42/2005 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.

20. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

21. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

22. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

23. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassem essa quantificação.

24. Precedentes do STJ garantindo o pagamento de tarifa mínima: REsp n. 759.362-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29.6.2006; REsp n. 416.383-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.9.2002; REsp n. 209.067-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 8.5.2000; REsp n. 214.758-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 2.5.2000;

REsp n. 150.137-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27.4.1998, entre outros. Idem do STF: RE n. 207.609-DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19.5.1999.

25. Precedente do STJ, em medida cautelar, sobre tarifa de assinatura básica em serviço de telefonia:

Processual Civil. Medida cautelar. Antecipação da tutela recursal. Recurso especial pendente de admissão no Tribunal de origem. Aplicação, por analogia, das Súmulas n. 634 e n. 635 do STF. Serviço de telefonia fixa. Tarifa de assinatura básica.

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas n. 634 e n. 635, em casos excepcionais, em que estiverem conjugados os requisitos (a) da verossimilhança das alegações (= probabilidade de êxito do recurso interposto) e (b) do risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado, esta Corte vem admitindo o cabimento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo ou a antecipar tutela em recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem.

2. No caso, milita em favor da requerente a presunção de legitimidade dos atos normativos e administrativos que dão suporte à cobrança da tarifa de assinatura básica dos serviços de telefonia (verossimilhança das alegações). A supressão da cobrança, por medida liminar, compromete cláusula financeira do contrato de concessão do serviço, pesando sobre a requerente o risco maior da improvável e difícil reversibilidade da situação (risco de dano).

3. Pedido deferido.

(MC n. 10.235-PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.8.2005).

26. Artigos 39, § 6º, I, III e V; e 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor que não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia.

27. Recurso especial provido para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr.

Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon, que se declarou habilitada a votar, (RISTJ, art. 162, § 2º) e os Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJe 1º.9.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Em exame recurso especial (fls. 95-119) interposto por Brasil Telecom S/A, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão (fls. 85-90-v) proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 88):

Apelação cível. Ação declaratória. Direito do Consumidor. Assinatura básica mensal. Telefonia fixa.

Abusividade da exigência de contraprestação por serviço não prestado. Nulidade absoluta em face da qual não se fala em ato jurídico perfeito.

Condicionamento quantitativo indevido; nulidade - CPC, 39, I.

Ausência de previsão legal à cobrança e prevalência das disposições da Lei n. 8.078/1990, de ordem pública.

Devolução na forma simples.

Prequestionamento inviável.

Demanda procedente.

Apelo provido. Unânime.

Cuidam os autos de ação declaratória de inexigibilidade de cobrança cumulada com repetição de indébito ajuizada por Camila Mendes Soares contra a Brasil Telecom S/A, concessionária de serviços de telefonia, objetivando obstar a cobrança da chamada “assinatura mensal básica” e ter reconhecida a sua devolução em dobro. O pedido da autora assim foi consignado (fls. 11-12):

1 - A citação da ré, para querendo, contestar a presente ação sob pena de revelia e confissão;

2 - A inversão do ônus probatório, conforme art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, a fim de que seja determinado à concessionária a apresentação de planilha com a indicação de todos os valores pagos pela autora a tal título, desde a aquisição da linha telefônica, para, então, ser possível quantificar o valor exato a ser restituído a cada um;

3 - Seja declarada a nulidade da cobrança da "assinatura básica";

4 - Seja determinado à autora o pagamento da repetição do indébito, recebido pela concessionária, em dobro, nos moldes do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor;

5 - Seja decretado que cesse definitivamente a cobrança da "assinatura básica";

6 - Seja concedido o benefício da assistência judiciária gratuita, uma vez que a autora não tem condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família, conforme declaração de pobreza em anexo;

7 - A condenação aos honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor auferido à autora ao final do processo;

8 - A produção de todos os meios de prova em direito admitidas, tais como, documental, pericial e testemunhal.

O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido formulado.

Irresignada, a autora apresentou apelação e o TJRS, à unanimidade, deu-lhe provimento à luz do entendimento segundo o qual é abusiva a exigência de contraprestação por serviço não fornecido, não havendo previsão legal para a cobrança, tendo-se de aplicar ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor.

A concessionária veicula recurso especial afirmando ter o acórdão recorrido negado vigência aos seguintes dispositivos legais:

- da Lei n. 9.472/1997:

art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

IV. à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;

art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

art. 19 À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

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

art. 83 A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

art. 93 O contrato de concessão indicará:

II. modo, forma e condições da prestação do serviço;

III. regras, critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da implantação, expansão, alteração e modernização do serviço, bem como de sua qualidade;

IX. os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da concessionária;

art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço.

- *da Resolução n. 85 da Anatel, de 30.12.1998:*

art. 3º. XXI - Tarifa ou Prelo de Assinatura: valor de trato sucessivo pago pelo Assinante à Prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínuo do serviço.

art. 48 Contrato de Prestação de Serviço é o contrato padrão de adesão celebrado entre a Prestadora e pessoa natural ou jurídica, que tem como objetivo tornar disponível o STFC, em endereço indicado pelo Assinante, mediante o pagamento de tarifas ou preços.

art. 52 O valor, a forma de medição e os critérios de cobrança dos serviços prestados serão estabelecidos nos Planos de Serviço, conforme regulamentação específica.

- *da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor):*

art. 7º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da

legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade.

- do Código Civil:

art. 965 (atual art. 877) Ao que voluntariamente pagou o indevido incube a prova de tê-lo feito por erro.

Indica a ocorrência de divergência pretoriana com acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

- fl. 114:

Ementa: Declaratória. Telefonia fixa. Tarifa de assinatura. Cobrança. Possibilidade.

A cobrança da tarifa de assinatura tem respaldo legal e normativo, em função da disponibilização do serviço de telefonia ao assinante, bem como da manutenção do serviço, prestado contínua e ininterruptamente, por toda a vigência do contrato.

- fls. 116-117:

Ementa: Ação declaratória. Telefonia. Assinatura mensal. Cobrança.

A cobrança da tarifa de assinatura mensal tem origem contratual e é autorizada por lei, consistindo em valor de trato sucessivo, pago pelo assinante à prestadora durante toda a prestação de serviço, nos termos do contrato, dando-lhe direito à fruição dos serviços de maneira contínua e ininterrupta.

Ainda que não haja utilização da linha telefônica para efetuar ligações, os serviços colocados à disposição do usuário possuem uma estrutura estendida pela rede de telefonia até a sua residência, sendo necessária referida tarifa para o custeio do acesso, da instalação e manutenção dos serviços.

Argumenta, em síntese, que:

a) o acórdão recorrido vergastou as competências da Anatel, legal e constitucionalmente instituídas, negando cabalmente vigência ao art. 19 da Lei Geral das Telecomunicações. Violou, também, os arts. 105 e 109 dessa lei, tanto no que se refere à necessidade de chancela pela Agência do valor cobrado a título de tarifa quanto ao seu poder/dever fiscalizador;

b) o aresto de segundo grau, ao aplicar o Código de Defesa do Consumidor para afastar a tarifa básica mensal, considerando-a abusiva no contrato, infringiu o próprio diploma legal, em seu art. 7º. Os direitos previstos no

Codex Consumerista não excluem aqueles decorrentes da legislação ordinária preexistente: a Lei Geral das Telecomunicações;

c) a tarifa mensal de assinatura básica não é voltada apenas à cessão de linha ou de terminal telefônico, mas também à infra-estrutura fornecida, indispensável à fruição dos serviços que presta. A operadora incorre nesses custos quando disponibiliza o acesso ao serviço de telefonia ao cliente, independentemente da intensidade do uso que fará;

d) o usuário tem à disposição, de forma exclusiva e ininterrupta, um terminal acoplado a uma linha telefônica que lhe permite fazer e receber chamadas quando lhe convier;

e) o art. 52 da Resolução n. 85 da Anatel, autoriza a cobrança da tarifa de assinatura;

f) somente cabe a repetição do indébito quando demonstrado o erro do pagamento voluntário, nos termos do atual art. 877 do Código Civil.

Oferecidas contra-razões (fls. 121-131) defendendo, primeiramente, o não-conhecimento do recurso especial em razão do não-atendimento das normas concernentes à comprovação do dissídio jurisprudencial; ao mais, pugna pela manutenção do mérito.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 133-134.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Registro, em primeiro plano, que a Corte Especial, na questão de ordem no Ag n. 845.784-DF, entre partes a Brasil Telecom S/A (agravante) e Zenon Luiz Ribeiro (agravado), resolveu, em 18.4.2007, que, em se tratando de ação envolvendo questionamentos sobre a cobrança mensal de “assinatura básica residencial” e de “pulsos excedentes”, envolvendo serviços de telefonia, por serem preços públicos, a competência para processar e julgar os recursos interpostos é desta Primeira Seção, independentemente da Anatel participar ou não da lide.

A mencionada decisão foi tomada por maioria de votos, vencidos os eminentes Ministros Humberto Gomes de Barros, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki.

Em cumprimento ao decidido pela Corte Especial, a Primeira Turma, em face da necessidade de se assentar, de imediato, posicionamento sem divergência sobre o tema, no campo jurisprudencial, afetou o julgamento do presente recurso especial à esta Seção, haja vista a existência de milhares de processos que estão tramitando sobre o assunto nos juízos de primeiro e segundo graus.

Ultimadas as explicações acima, passo a votar.

O acórdão recorrido está sustentado na fundamentação seguinte (fls. 88v-91v):

Com efeito, a cobrança de “assinatura básica mensal” significa cobrar por serviço não prestado.

Cuida-se de desrespeito ao consumidor, com a imposição, pela fornecedora, de taxa sem justificativa, a refletir prática comercial abusiva.

Nem se diga que tal rubrica destina-se a cobrir custos de manutenção do sistema de telefonia; para tanto, as empresas de telecomunicações já auferem lucros vultosos que cobrem toda e qualquer despesa de que se possa cogitar. O argumento é débil.

O cancelamento da cobrança da assinatura básica não comprometerá o funcionamento dos serviços prestados pelas operadoras, aliás todas empresas supranacionais de porte. *Data vênia*. A tarifa, que não é módica, deverá cobrir eventuais custos, é certo; não se pode imaginar seja de outro modo, vinculada a prestação de serviços (ou mesmo a sua “boa” qualidade) à cobrança da assinatura, apenas. Dita argumentação, por pueril, não pode vicejar.

Como tampouco imagina-se colha o argumento de que haveria obrigatória disponibilidade do serviço e que, assim, se o consumidor dele não se utiliza, porquanto assim não o quer, não há remuneração alguma para a concessionária. Assim não é. Cada ligação recebida pelo consumidor equivale a tarifa cobrada do outro, de quem a efetua; a telefônica cobrará os pulsos devidos de quem faz a ligação, independentemente de quem a recebe.

Jamais haverá serviço sem cobrança porque mesmo que algum consumidor nunca efetue ligações, e somente as receba, quem as faz já pagará pelo serviço, pelos pulsos, à prestadora de serviços. Logo, inimaginável possa haver serviço não remunerado; haverá tarifa sempre que houver ligação. Por isso é que a alegação defensiva de possibilidade de “colapso” no sistema ou argumento *ad terrorem* desta estirpe carece de solidez.

Somente é autorizada a cobrança, pela fornecedora, do que é usufruído modo concreto pelo consumidor. A tarifa já remunera razoavelmente à Companhia, inexistindo justificativa prática ou jurídica para a cobrança de qualquer *plus*, a que título for, e baixo qualquer efúgio; paralelamente à tarifa, a presente cobrança por serviço não prestado fere, dentre outras, a norma do CDC, 39, I.

Nem se diga que a Lei n. 9.472/1997 dá margem a cobrança de tal estirpe porquanto assim não é. Dita lei, em seu art. 93, inciso VII, p. ex, somente prevê a exigência da *tarifa*, não havendo falar-se em estabelecimento de rubrica pela disponibilidade do serviço ainda que o mesmo não seja utilizado. A prática, como se disse, é abusiva; não pode prosperar. Em termos, poder-se-ia caracterizá-la como “venda casada”, até. E não seria exageração dizer-se que as Companhias telefônicas, com dito proceder, estão a malferir o artigo 39, IV, do CDC, porquanto, de certa forma, estão valendo-se da fraqueza ou ignorância do consumidor para impor-lhe produtos e serviços.

Apenas para argumentar, outrossim, relativamente à Resolução n. 85, de 30.12.1998, da Anatel, é oportuno referir que jamais resolução sobrelevará *Lei* de Ordem Pública como o é a Lei n. 8.078/1990. Idem, quanto a Portarias do Ministério das Comunicações. Por qualquer ângulo que se veja, resolução ou portaria não é lei.

Então.

É parte da Política Nacional de Relações de Consumo a coibição e repressão de abusos praticados no mercado de consumo (CDC, 4º, VI).

Inclusive é pertinente assinalar que é nula de pleno direito (CDC, 51, § 1º, III) a cláusula contratual que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e as circunstâncias peculiares do caso concreto. Como na hipótese.

Veja-se, de outra banda, que consumidor algum saberá justificar porque está a pagar pelo que não comprou, não usufruiu, não requereu; no ponto, carece o serviço da paralela e imprescindível informação (sobre quantidade, composição, preço – CDC, 6º, III).

Enfim.

Na linha do presente voto cita-se precisa decisão do 1º Colégio Recursal – JEC-SP (Recurso n. 13.261/58):

a cobrança de assinatura mensal não está autorizada pelo contrato celebrado entre as partes, cuja execução subordina-se à Lei n. 8.078, de 1990, violando a transparência que a concessionária está obrigada a observar por juízo de mera equidade. Também não tem previsão legal. Em outras palavras, dá-se sem causa (art. 5º, III da Constituição Federal). E mesmo que se firme que é indispensável à continuidade do serviço, não respeita a chamada tarifa mínima que violando a transparência possibilita a cobrança em dobro de parte do serviço.

À luz do CDC, sempre e ainda, considera-se que a assinatura básica mensal – que atinge patamar nada desprezível: mais de 30 reais/mês, ou *mais de 1 S.M.* anual – é vantagem excessiva e exagerada cobrada indevidamente do

consumidor aderente (art. 39, V), ademais de representar condicionamento quantitativo ilegal (na forma do inciso I do artigo 39, já referido anteriormente), que também é prática comercial abusiva, vedada ao consumidor, que merece o devido repúdio e combate, aqui.

É o que se faz, agasalhando-se na íntegra o pedido autoral, inclusive com a devolução dos valores já pagos, na forma do CDC, 42, parágrafo único.

Note-se, a final, que a indigitada “assinatura” vem a punir sobremaneira àqueles consumidores de baixa renda, de baixo consumo e utilização do serviço telefônico. Quem menos consome mais pagará, proporcionalmente, no cotejo, pelo que *não* consome.

A irrazoabilidade da prática, além de sua antijuridicidade, é patente, pois.

A devolução dar-se-á na forma simples, por mais razoável, e não em dobro. A repetição em dobro significa locupletamento injustificado em desfavor da parte ré que, bem ou mal, não agiu com o propósito de enriquecimento às expensas do consumidor, e não pode ser punida de modo draconiano.

De qualquer sorte vai provido o pleito da autora com relação a devolução dos valores pagos, mas na forma simples e não em dobro.

Por fim, necessário esclarecer que o julgamento em sede de recurso, desde que fundamentado, não precisa reportar-se especificamente a toda legislação apontada ou discutida no processo. Basta que se indiquem, no julgado, os motivos que formaram o convencimento (art. 131 do CPC).

Nestes termos, dá-se provimento ao recurso da parte demandante, pelas razões acima expostas. Honorários em 10% sobre o valor da condenação, considerando-se os vetores do CPC, 20, § 3º, alíneas.

Do exposto, dou provimento ao apelo.

É como voto.

Em síntese, a mencionada decisão defende que:

- a) a cobrança de “assinatura básica mensal” configura cobrança por serviço não prestado;
- b) a referida rubrica não tem destinação específica de cobrir custos de manutenção do sistema de telefonia;
- c) os custos de manutenção do sistema de telefonia são garantidos pelos lucros vultosos que auferem as empresas de comunicação;
- d) o cancelamento da cobrança da assinatura básica há de não comprometer o funcionamento dos serviços prestados pelas empresas por terem outras rendas suficientes para a manutenção eficiente das atividades que lhes foram concedidas;

e) inexistente disponibilidade de serviços a serem usados quando bem entender o consumidor;

f) deve ser autorizada a cobrança, pela fornecedora do serviço, do que é usufruído, de modo concreto, pelo consumidor;

g) a tarifa cobrada pelos serviços efetivamente prestados já remunera razoavelmente a empresa;

h) a cobrança da assinatura básica fere o art. 6º, III; idem o art. 39, incisos I e V, do Código de Defesa do Consumidor, pelo que a cláusula contratual a respeito é nula de pleno direito (art. 51, § 1º, III, CDC);

i) a Lei n. 9.472, de 1997, em seu art. 93, não abre possibilidade para a cobrança da referida mensalidade, por permitir, apenas, a cobrança de tarifa;

j) a Resolução n. 85, de 30.12.1998, da Anatel, não pode produzir efeitos por contrariar os ditames do Código de Defesa do Consumidor;

k) constituem objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo a coibição e a repressão de abusos praticados no mercado de consumo (CDC, art. 4º, VI);

l) a exigência do pagamento da assinatura básica pune sobremaneira os consumidores de recursos financeiros, com baixo consumo e utilização do serviço telefônico;

m) deve, portanto, a empresa devolver, de forma simples, os valores cobrados e suspender, para o futuro, a referida exigência.

O acórdão, como demonstrado, tratou dos aspectos jurídicos que cuidam, em nosso ordenamento, das tarifas cobradas pela recorrente, em virtude do contrato de concessão de serviço público firmado com a União, tudo vinculado a procedimento licitatório.

Em razão desse panorama, tenho por prequestionados os dispositivos legais apontados pela recorrente, embora nem todos houvessem sido mencionados pelo acórdão recorrido, porém, encontram-se circunscritos ao tema jurídico em debate, o que determina, a meu pensar, o conhecimento do recurso pela letra **a** do inciso III do art. 105 da CF.

Se tanto não fosse suficiente para conhecimento do recurso pela letra **a**, como está consagrada, na peça recursal, a demonstração da divergência, abrir-se-ia espaço para que fosse ser conhecido pela letra **c**, III, art. 105, da CF. É de se notar que, enquanto o acórdão questionado não permitiu a cobrança mensal da

denominada assinatura básica, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais assumiu posição em sentido contrário.

Presentes, portanto, os pressupostos genéricos e específicos exigidos para o regular trâmite do presente recurso especial. Passo a conhecê-lo.

Inicialmente, cumpre-se firmar compreensão sobre a natureza jurídica do valor cobrado pela recorrente: se preço público ou tarifa pública.

Sabemos todos que os termos “preço e tarifa” são utilizados, pelos doutrinadores, como sinônimos, significando a entrada de numerário cobrado pelo Estado Administrativo Intervencionista, por si ou por seus concessionários, como contraprestação por serviços públicos facultativos fornecidos. O referido ingresso é considerado como não tendo natureza tributária.

Ocorre que, em força da análise e interpretação sistêmica dos dispositivos constitucionais que regulam a remuneração dos serviços públicos prestados aos cidadãos (de natureza tributária ou não-tributária), há diferenciação entre preço e tarifa, por esta ser rigorosamente regradada pelo inciso III do parágrafo único do art. 175 da CF, ao prescrever que a lei disporá sobre a política tarifária da prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão.

Concluo, portanto, que a Carta Magna reservou o vocábulo tarifa para caracterizar, unicamente, a receita decorrente da prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão, pelo que as demais receitas contratuais não-decorrentes de serviços concedidos ou permitidos são consideradas preços. Registro que preços e tarifas não se confundem com taxas (de natureza tributária), pois estas têm, entre outros objetivos, o de fornecer recursos que atendam aos gastos com atividades essenciais do Estado, aplicando-se aos serviços públicos vinculados.

A tarifa, conseqüentemente, para ser cobrada, tem de cumprir, primeiramente, o disposto no inciso III do parágrafo único do art. 175 da CF, isto é, ser disciplinada por lei.

Concluídas as considerações acima, formula-se, em primeiro lugar, a seguinte pergunta:

O pagamento mensal de assinatura básica exigido pela recorrente (concessionária de serviço público) por serviços telefônicos colocados à disposição da recorrida caracteriza-se como sendo tarifa exigida por lei?

Embora não caiba, em sede de recurso especial, discutir-se sobre interpretação e aplicação de dispositivo constitucional, há necessidade de,

para ser respondido o questionamento formulado, começar-se por analisar dispositivos dessa natureza.

A remuneração tarifária é, constitucionalmente, regulada pelo inciso III do parágrafo único do art. 175 da CF, ao determinar:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

III - política tarifária;

A tarifa, portanto, fixada de acordo com a lei, compõe uma das características da concessão de serviços públicos. Ela constitui a remuneração recebida pelo concessionário, que deve ser paga pelo usuário com o objetivo primordial de assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal.

O regime de concessão e permissão de serviço público, visto no inc. III do parágrafo único do art. 175 da CF, está regulamentado, entre outras regras, pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.987, de 1995, que exige licitação, na modalidade de concessão, para a firmação do contrato.

No momento em que o licitante apresenta a sua proposta, é obrigado a indicar o valor da tarifa a ser cobrado dos usuários do serviço público, que servirá como um dos critérios para seleção da empresa vencedora do certame, conforme previsto no art. 15, I, da Lei n. 8.987/1995.

É de se considerar, ainda, que o art. 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato”.

Em face das razões supra-alinhadas, tem-se por certo que a norma referida (art. 9º da Lei n. 8.987, de 1995) autoriza a fixação da tarifa do serviço público concedido no momento em que o contrato de concessão é firmado, obedecendo-se ao preço contido na proposta vencedora da licitação.

Passo, então, após as considerações últimas, a examinar, no caso concreto, se a exigência do pagamento mensal do valor fixado para a assinatura básica dos serviços de telefonia possui base legal.

Os autos revelam que (fls. 112-113):

Assim é que o contrato de concessão entre a Anatel e a Brasil Telecom S.A foi firmado nas condições previstas no Edital e à luz do artigo 83, parágrafo único, da Lei n. 9.472/1997, sendo certo que, do referido contrato, constou, efetivamente, o modo, forma e condições da prestação dos serviços, assim como as regras e critérios de sua implantação; e, ainda, os direitos, garantias e obrigações dos usuários, da Agência Reguladora e da concessionária, em conformidade com o disposto no artigo 93, incisos II, III e IX, da Lei n. 9.472/1997.

No Anexo n. 3 (doc. n. 7) do referido contrato de concessão, parte integrante do mesmo, portanto, restou estabelecido, em atendimento ao disposto no artigo 52, da Resolução n. 85, o Plano Básico de Serviço Local, cujo item n. 2 assim dispõe:

2 - Acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC

2.1 Para o acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado, a Prestadora poderá cobrar Tarifa de Habilitação, cujo valor é limitado a R\$ 80,00 (oitenta reais), conforme definido na Portaria n. 508, de 1º.10.1997, do Ministro de Estado das Comunicações.

2.2 Para manutenção do direito de uso as Prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura, segundo a tabela abaixo, conforme Portarias n. 217 e n. 226, ambas de 3.4.1997, do Ministro do Estado das Comunicações.

| Classe de assinantes | R\$ |
|----------------------|----------------------|
| Residencial | 10,00 (dez reais) |
| Não Residencial | 15,00 (quinze reais) |
| Tronco de CPCT | 20,00 (vinte reais) |

2.2.1 A assinatura do STFC Local inclui uma franquia de 90 pulsos.

O negócio jurídico firmado entre a recorrente e a Anatel, contrato de concessão, obedecendo ao previsto no edital, autoriza a cobrança mensal da assinatura básica.

Configurado esse panorama, corretas estão as afirmações no sentido de que:

[...] a cobrança da tarifa de assinatura mensal de cujo devido adimplemento a recorrida pretende se abster, é legal e contratualmente prevista, pelo que o ressarcimento das mesmas, bem assim a condenação da Brasil Telecom S.A. em obrigação de não fazer, para que cesse a cobrança das tarifas vencidas, simplesmente não encontra respaldo jurídico.

Acrescento, aos fundamentos já postos, que a cobrança mensal da tarifa de assinatura telefônica, além de estar amparada juridicamente (lei, edital e contrato de concessão), tem por base o fato do serviço de telefonia ser disponibilizado ao consumidor assinante. A sua exigência é uma retribuição pelos gastos com a manutenção do serviço para que possa ser usado quando dele necessitar o usuário. É remuneração para que seja eficiente, isto é, contínuo e com condições técnicas para bem funcionar.

Nessa linha decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível n. 2.0000.00.506.385-2/000, conforme ementa do acórdão respectivo (fls. 116-117):

Ementa: Ação declaratória. Telefonia. Assinatura mensal. Cobrança.

A cobrança da tarifa de assinatura mensal tem origem contratual e é autorizada por lei, consistindo em valor de trato sucessivo, pago pelo assinante à prestadora durante toda a prestação de serviço, nos termos do contrato, dando-lhe direito à fruição dos serviços de maneira contínua e ininterrupta.

Ainda que não haja utilização da linha telefônica para efetuar ligações, os serviços colocados à disposição do usuário possuem uma estrutura estendida pela rede de telefonia até a sua residência, sendo necessária referida tarifa para o custeio do acesso, da instalação e manutenção dos serviços. (grifo do autor).

As razões até agora desenvolvidas, apontando para o provimento do recurso, estão em harmonia com as alegações seguintes:

Com efeito, a cobrança da assinatura básica *foi instituída pela Anatel, no exercício de sua atribuição exclusiva para fixar e delinear a política tarifária do setor de telecomunicações*. É o contrato de concessão, confeccionado pela Anatel **e ao qual meramente aderiu a Brasil Telecom**, que legitima essa cobrança.

07. A Lei Geral de Telecomunicações (arts. 89 e 103 - doc. 01 anexo) atribui à Anatel a competência indelegável de fixar, no contrato de concessão, as tarifas a serem cobradas na prestação do serviço, sendo certo que *a concessionária não tem qualquer ingerência a respeito dessa matéria*, cumprindo-lhe tão-somente acatar e aderir às regras impostas pela agência por meio do contrato de concessão, consoante estabelece o art. 93, inciso VII:

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

VII – as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão.

08. Assim é que, cumprindo a diretriz legal, a Anatel editou Resolução aprovando o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – Resolução n. 85/98, atualmente substituída pela Resolução n. 426, de 9.12.2005 (doc. n. 02) – estabelecendo a estrutura tarifária incorporada aos contratos de concessão celebrados com as prestadoras do serviço, com previsão expressa de cobrança da tarifa de assinatura básica. Confira-se:

Resolução da Anatel n. 426/05 (doc. n. 02).

Art. 3º. Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

(...)

XXIV – tarifa ou preço de assinatura: valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição contínua do serviço;

Contrato de Concessão do STFC Local Setor n. 29 – Anexo n. 03 (doc. n. 03).

2 – Acesso Individual ao Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC

(...)

2.2. *Para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal, segundo a tabela abaixo, conforme Atos n. 54.695 de 13.12.2005 e n. 54.855 de 16.12.2005.*

(...)

2.2.1. A assinatura do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local inclui uma franquia de 200 (duzentos) minutos, para a classe residencial, conforme Regulamento de Tarifação do STFC prestado no regime público.

2.2.2. A assinatura do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local inclui uma franquia de 150 (cento e cinquenta) minutos, para as classes não residencial e tronco, conforme Regulamento de Tarifação do STFC prestado no regime público.

09. Constatase, portanto, que a cobrança da tarifa de assinatura básica está perfeitamente legitimada pelas regras acima expostas, sobre cujo conteúdo, repita-se, a ora recorrente não tem qualquer controle ou ingerência. Considerar o contrário significa, necessariamente, negar vigência aos aludidos dispositivos legais, afetando toda a base tarifária que a própria Anatel entendeu ser necessária para a adequada prestação do serviço.

10. Em outras palavras – não sendo demais repetir, já que é este o ponto nodal da lide – *a Brasil Telecom não tem o poder discricionário de alterar a política tarifária adotada pela agência reguladora. Ao oferecer ao usuário o Plano Básico de Serviço, que contém a previsão de cobrança da assinatura básica, a concessionária nada mais fez do que dar plena aplicação às determinações da agência reguladora,*

estabelecidas no contrato de concessão, a teor do que dispõe o art. 93, inciso VII, da LGT, francamente violado neste caso concreto.

11. E mais: a minuta do contrato de concessão, contemplando *expressamente a tarifa de assinatura básica*, foi parte integrante do Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 1/1998 – doc. n. 04), de modo que as disposições desse contrato foram necessariamente consideradas pelas licitantes já na elaboração de sua proposta. Dessa forma, qualquer alteração substancial no contrato, a cujos termos os licitantes estavam obrigados a aderir, pode implicar – como de fato implica neste caso – injusto desequilíbrio, tendo em vista que a concessionária, a seu turno, não tem o direito de modificar as condições originais de prestação do serviço a fim de compensar os prejuízos.

12. Pois bem. No v. acórdão recorrido (fls. 89v.), o Tribunal *a quo* conferiu ao art. 93, inciso VII, da LGT interpretação absolutamente equivocada, afirmando que esse dispositivo somente autorizaria a cobrança de *tarifa*, mas não pela mera “disponibilidade do serviço ainda que o mesmo não seja utilizado”. Acolheu-se, dessa forma, um dos argumentos que integraram a causa de pedir da ação (cf. fls. 03 da inicial), no sentido de que a Lei n. 9.472 não dá margem a cobrança de tal estirpe (fls. 89).

13. Ora, esse entendimento despreza o fato inconteste de que a aludida norma da LGT expressamente atribuiu à Anatel todo o poder normativo sobre a matéria (determinando que as regras tarifárias fossem por ela fixadas no contrato de concessão, em conformidade com os parâmetros delineados na Lei), sendo certo que a interpretação sistemática da LGT não permite conclusão diversa.

14. O próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de declarar a legitimidade da atribuição de competência normativa especificamente à Anatel, ressaltando apenas que o exercício desta há de manter-se condicionado às diretrizes estabelecidas pela Lei n. 9.472. Com efeito, no julgamento da ADIn n. 1.668-DF o Tribunal conferiu interpretação conforme à Constituição aos incisos IV e X do artigo 19 da Lei Geral de Telecomunicações, para “firmar a exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia”. Confirmando-se, pela clareza, o seguinte trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence:

Estou de acordo com S. Ex^a, em que nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar (STF, DJ 16.abr.2004, ADIn n. 1.668-DF, Rel. Min. Marco Aurélio).

15. Assim, afirmar que não cabe extrair do art. 93, inciso VII, da LGT a legitimidade da tarifa fixada pela Anatel, significa, sim, violar o exposto comando dessa norma legal.

16. E esta premissa equivocada é que acabou levando o E. Tribunal *a quo* a concluir pela existência de prática abusiva e de excessiva e injustificada onerosidade para o usuário do serviço, o que, no entender daquele colegiado, acarretaria violação de uma série de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

17. A verdade é que todos os dispositivos do CDC reputados violados foram aplicados de forma distorcida à hipótese vertente, em especial por terem sido ignorados aspectos peculiares do serviço, notadamente o fato de a tarifa cobrada encontrar pleno respaldo na própria LGT, lei específica que rege a matéria.

18. Por esse motivo é que a ora recorrente sustenta que o acórdão vergastado, ao invocar violação a dispositivos do CDC, acaba, ele próprio, por incidir em violação ao art. 7º deste diploma, segundo o qual a aplicação do CDC não exclui a legislação específica, como é o caso da LGT.

19. Mas ainda que se pudessem aplicar à hipótese as normas do CDC, o fato é que a cobrança da assinatura básica não acarreta qualquer das violações suscitadas pelo v. acórdão recorrido, sendo certo que o alcance por ele atribuído aos dispositivos do CDC é que implica violação ao real conteúdo dessas normas. É o que se demonstra a seguir.

II. Preservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão

20. O fundamento central do acórdão atacado é de que a cobrança da tarifa de assinatura básica seria ilegal pelo fato de não corresponder à efetiva prestação de serviço público, de modo que os custos correspondentes à manutenção do sistema deveriam ser exclusivamente suportados pela empresa prestadora do serviço.

21. Afirmou o MM. Juízo de segundo grau que a cobrança pela efetiva utilização do serviço já remuneraria razoavelmente a companhia, inexistindo justificativa prática ou jurídica para a cobrança de qualquer “*plus*”, a título de tarifa de assinatura básica (acórdão recorrido, fls. 89).

22. Trata-se, com a devida vênia, de entendimento manifestamente equivocado e que não leva em conta as especificidades do serviço em questão.

23. Conforme previsão expressa da cláusula n. 2.2 do plano básico de serviços de telefonia fixa (Anexo n. 03 do Contrato de Concessão), a assinatura básica é a contraprestação recebida pela empresa de telefonia fixa *pela manutenção do direito de uso/disponibilização do acesso individual ao serviço de telefonia*. Ou seja, constitui a contrapartida pelo fato de o usuário ter à sua disposição o acesso privativo à rede, o que não ocorre, por exemplo, com os usuários que se utilizam dos acessos coletivos (telefones públicos).

24. Assim, a estrutura tarifária da telefonia fixa brasileira é composta, de um lado, pela cobrança de pulsos (atualmente em conversão para o sistema de minutos), destinada a ressarcir as despesas relativas ao tráfego da ligação, e, de outro, pela cobrança da assinatura básica, visando a remunerar os elementos da rede que representam custos fixos (e que independem, portanto, do tráfego da ligação).

25. *Aqui há um ponto digno de nota: como se verifica das cláusulas n. 2.2.1 e n. 2.2.2 do Anexo n. 03 do Contrato de Concessão, acima transcritas, a tarifa de assinatura básica inclui uma franquia de minutos, o que significa dizer que o valor pago a esse título é abatido da tarifa de utilização, não ocorrendo o “plus”, a cobrança “paralela” alegada no acórdão. Isto, por si só, põe por terra o fundamento de excessiva onerosidade adotado.*

26. Em parecer específico sobre o tema (doc. n. 06), o Professor CARLOS ARI SUNDFELD se manifestou pela validade desse sistema de cobrança, *verbis*:

Já foi visto que a telefonia local não constitui em mero instrumento para originação de chamadas locais. **Ao ser usuário deste serviço, o sujeito passa a estar conectado às demais redes de telefonia existentes no mundo. E isto constitui, por si só, uma prestação de serviço.** Redes fixas e móveis; nacionais e internacionais; toda essa estrutura se torna acessível ao usuário de telefonia local, bem como passa a ter acesso a este usuário. O usuário, mesmo que não origine qualquer chamada, está acessível e pode acessar todo o mundo. Recebe, ou pode vir a receber, chamadas de qualquer outro usuário de telefone. **Tal condição implica inquestionável comodidade oferecida pela prestadora ao seu assinante e, independente da realização de chamadas, corresponde a elevados custos suportados pela prestadora. São custos fixos, relacionados à manutenção de toda a rede e equipamentos necessários ao oferecimento desta comodidade (estar conectado à rede de telefonia).** (p. 51 do parecer – negrito acrescentado).

27. Com efeito, é a política de financiamento do setor que justifica a cobrança da tarifa de assinatura básica, pois as concessionárias de telefonia, para cumprimento das metas de universalização estabelecidas pelo Poder Público, bem como para a manutenção e modernização de seus serviços, incorrem em elevados custos fixos, que independem do número de ligações efetuadas e que não podem ser suportados exclusivamente por elas.

28. Neste sentido, vale novamente conferir as palavras do professor CARLOS ARI SUNDFELD:

Existe um complexo sistema de redes e equipamentos para conferir ao usuário do serviço de telefonia fixa a possibilidade de originar ou receber chamadas. É justamente o custo da manutenção

desse complexo sistema que a cobrança de assinatura mensal visa a remunerar. Aliás, tal finalidade está explicitamente referida no próprio contrato de concessão que, ao autorizar a cobrança da citada tarifa, indica a razão de fazê-lo: “para a manutenção do direito de uso” daquele serviço (anexo n. 03, item n. 2.2 do contrato de concessão).

Ademais, é de se ressaltar que a manutenção do serviço ao usuário constitui, por si só, prestação efetiva deste serviço, ao contrário do que faz supor a alegação de abusividade. (...)

É inegável que tudo isso produz custo às operadoras. Custo que não é suportado apenas quando o usuário origina chamadas locais (cobradas na conta de telefone local, por intermédio do sistema de pulsos). Necessário se faz, também, cobrir os consideráveis custos de manutenção da rede. *Rede esta que lhe proporciona a facilidade de estar acessível; de receber chamadas telefônicas de qualquer parte. Este é o benefício que se extrai de ser usuário de serviço de telefonia local, mesmo que não se tenha originado uma chamada local sequer.*

Ao fixar preço mínimo a ser cobrado mensalmente (assinatura do serviço), o regulador está, na verdade, buscando estabelecer uma quantia que seja suficiente para remunerar os custos envolvidos na manutenção dessa complexa estrutura, bem como de outros custos fixos, que permitem a existência de uma rede de telefonia local. (p. 34 a 36 do parecer acima citado – doc. 06 anexo – negrito e grifo acrescentados).

29. A cobrança em questão é, pois, elemento essencial para a consecução dos objetivos da Emenda Constitucional n. 8, de 15.8.1995, que, ao permitir a exploração dos serviços de telefonia em regime de concessão privada, teve por escopo garantir a *universalização e a eficiência* dessa modalidade de serviço público.

30. Sendo assim, excluir a cobrança de assinatura básica significa impor uma prestação onerosa do serviço, sem a devida contrapartida. Essa medida gera um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão, com graves prejuízos para a concessionária, em violação a preceitos basilares da Lei Geral de Telecomunicações.

31. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. Há relevante precedente deste E. Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, *verbis*:

Administrativo. Telecomunicações. Telefonia fixa. Lei n. 9.472/1997. Cobrança de tarifa interurbana. Suspensão. Área local. Ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/1997 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. (...)

3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.

4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.

(REsp n. 572.070-PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 14.6.2004).

32. Este C. Superior Tribunal de Justiça ainda não teve ocasião de pronunciar-se especificamente a respeito da legalidade da assinatura básica dos serviços de telefonia. Existe, no entanto, um precedente da lavra do Ministro *Teori Albino Zavascki*, concedendo medida cautelar para suspender acórdão que afastava tal cobrança, nos seguintes termos:

Processual Civil. Medida cautelar. Antecipação da tutela recursal. (...) Serviço de telefonia fixa. Tarifa de assinatura básica. (...)

2. No caso, milita em favor da requerente a presunção de legitimidade dos atos normativos e administrativos que dão suporte à cobrança da tarifa de assinatura básica dos serviços de telefonia (verossimilhança das alegações). A supressão da cobrança, por medida liminar, compromete cláusula financeira do contrato de concessão do serviço, pesando sobre a requerente o risco maior da improvável e difícil reversibilidade da situação (risco de dano). (...)

Com efeito, **a Lei Geral de Telecomunicações, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, dispôs também sobre a cobrança de tarifas como contraprestação dos serviços de telecomunicações prestados pelas concessionárias desse serviço público, prevendo, em seus arts. 93, VII, e 108, caput, a indicação, nos contratos de concessão, da estrutura daquelas tarifas, que, aliás, são fixadas e revisadas pela própria**

Anatel. Da mesma forma, a Resolução n. 85, de 30.12.1998, ao regulamentar o serviço telefônico fixo, definiu, em seu art. 3º, XXI, o conceito de tarifa de assinatura para o Serviço de Telefonia Fixa Comutado a ser cobrado pelas concessionárias do serviço de telefonia por colocar à disposição do assinante/ usuário, de forma contínua, as instalações e equipamentos necessários ao funcionamento do sistema. Também o Contrato de Assinatura para Prestação do Serviço Fixo de Telefonia Comutado, firmado entre a Anatel e a ora requerente, prevê expressamente, em sua Cláusula Quinta e no anexo III, a cobrança da tarifa de assinatura básica na fatura mensal do assinante. Em favor da requerente milita, pois, o princípio da legitimidade dos atos normativos e administrativos com base nos quais está sendo cobrada a tarifa básica questionada na demanda principal. Assim, é inegável a verossimilhança das suas alegações.

Por outro lado, prevista como uma das cláusulas financeiras do contrato administrativo de concessão dos serviços de telefonia, a supressão da questionada tarifa compromete, sem dúvida, o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido originalmente no contrato, com conseqüências imprevisíveis quanto à continuidade futura de sua execução, a não ser mediante medidas compensatórias que, direta ou indiretamente, serão também suportadas pelos próprios usuários dos serviços. (MC n. 10.235-PR, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 1º.8.2005).

33. Saliente-se, por oportuno, que a cobrança de uma tarifa mínima, desvinculada do consumo efetivo, não é exclusividade dos serviços de telefonia fixa, ocorrendo também em outros serviços públicos prestados sob o regime de concessão/permissão. Cabe, nessa linha, registrar o exemplo da tarifa mínima de consumo de água, cuja legalidade é assente na jurisprudência deste E. Superior Tribunal de Justiça, como revela o seguinte precedente:

Administrativo. Serviço público. Taxa de água. Cobrança de tarifa pelo consumo mínimo. Legalidade. Precedentes jurisprudenciais.

É lícita a cobrança da taxa de água pela tarifa mínima, mesmo que haja hidrômetro que registre consumo inferior àquele.

Inteligência das disposições legais que regulam a fixação tarifária (artigo 4º, da Lei n. 6.528/1978 e artigos 11 caput, II, § 2º e 32 do Decreto n. 82.587/1978). (REsp n. 416.383-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27.8.2002, DJ 23.9.2002, p. 254).

34. Vale ainda transcrever parte do voto do Ministro Castro Meira, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 759.362, onde a Relatora foi a Ministra Eliana Calmon, que, ao considerar legal a cobrança de tarifa mínima no serviço de abastecimento de água, afirmou se tratar de situação semelhante à da assinatura básica, *verbis*:

A Lei n. 6.528/1978, que dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências, em seu artigo 4º, autorizou a cobrança de tarifa mínima de água e esgoto como forma de viabilizar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, preservar os aspectos sociais dos respectivos serviços e assegurar o adequado atendimento dos usuários de menor consumo. (...)

Situação semelhante ocorre com o serviço de telefonia, em que a concessionária cobra do usuário a assinatura básica mensal, tenha ele se utilizado ou não do serviço. É bem verdade que essa cobrança vem sendo alvo de inúmeras ações que assoberbam o Judiciário brasileiro e que não se tem uma definição muito precisa de sua legitimidade. Mas as leis gozam de presunção de constitucionalidade e devem ser aplicadas até que a Suprema Corte as retire do mundo Jurídico.

Assim, mesmo após a promulgação da Carta Republicana de 1988, há regramento legal que legitima a cobrança de taxa mínima de água e esgoto de cada uma das unidades, mesmo que haja um único hidrômetro para todo o condomínio ou um para cada condômino. (...)

35. Cumpre informar, outrossim, que justamente *com fundamento na grave lesão à ordem e à economia públicas aqui invocada*, a Brasil Telecom apresentou à Presidência deste E. Superior Tribunal diversas *suspensões de liminares e de sentenças* objetivando sustar os efeitos das decisões de Tribunais locais que decretaram a ilegalidade da cobrança da assinatura básica.

36. A primeira SLS, de n. 250-MS, foi liminarmente deferida pela Presidência do STJ em decisão datada de 28.3.2006 (contra a qual o Ministério Público interpôs agravo regimental, ainda pendente de julgamento), da qual se destaca a seguinte passagem:

(...) Ao celebrar o contrato de concessão com a União, a Brasil Telecom não o fez para fornecer serviços de telefonia gratuitamente, mas mediante o pagamento de uma contraprestação – na qual incluída, pela Reguladora, a tarifa ora em debate.

Sendo assim, em que pese prestar serviço público, a empresa tem direito ao recebimento da contraprestação pecuniária contratada, para que possa manter adequadamente os serviços concedidos. Impõe-se, portanto, um perfeito equilíbrio na equação econômico-financeira, pois o contrário acarretará descompasso no próprio contrato de concessão, comprometendo, de resto, todo o sistema de telefonia por ele explorado.

37. A segunda SLS, de n. 267, que buscava a suspensão de diversas decisões, foi recentemente apreciada pelo E. Min. Barros Monteiro (em 27.2.2007), tendo-se admitido seu prosseguimento ao menos em relação a um dos acórdãos

relacionados (e determinando-se o desmembramento no tocante aos demais, o que resultou no ajuizamento de outras 196 SLS's), pelo que se presume estar reconhecida a presença do requisito de grave lesão à ordem e à economia públicas.

Por último, não há violação das regras do Código de Defesa do Consumidor apontadas pelo acórdão. Os serviços públicos, concebidos como impróprios, são prestados sob a disciplina do Código de Defesa do Consumidor e da legislação específica que os regem.

Diferentemente do que entendeu o aresto recorrido, não há desrespeito ao art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor porque há disponibilidade do serviço ao consumidor, ao qual voluntariamente fez adesão. Outrossim, é inaplicável, na espécie, o art. 51, § 1º, II, do CDC, por não ser excessivamente onerosa a cobrança mensal da assinatura básica, conforme já demonstrado.

O consumidor, ao firmar o contrato com a concessionária, tem pleno conhecimento da qualidade dos serviços prestados e de sua disponibilidade, pelo que, atendidos estão os requisitos do art. 6º, II, do CDC.

As razões da ementa que antecede o presente são complementares ao seu conteúdo e dele fazem parte.

Isso posto, *dou provimento* ao recurso para reconhecer como legítima a cobrança mensal da assinatura básica pela recorrente, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

É como voto.

VOTO ANTECIPADO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, inicialmente pensei em pedir vista dos autos para que pudesse confeccionar um voto mais elaborado, trazendo minha contribuição à solução da controvérsia.

Após a leitura da ementa apresentada pelo Ministro José Delgado, cheguei à conclusão de que não teria nada a acrescentar, mas desejo destacar alguns pontos que me parecem relevantes.

É comum ver o consumidor sustentando a ilegalidade de tarifas de telefones porque fixadas por uma agência reguladora. Todavia, olvidam que a Constituição Federal, em matéria de telecomunicações, previu a criação de agências reguladoras com função normativa.

Estendo-me um pouco mais: critica-se o modelo de agência reguladora porque teria sido criado no Governo Fernando Henrique Cardoso, quando, na realidade, tal modelo de agência existe há muito tempo, pois antes de 1964 já tínhamos a Sumoc; em 1964, foi criado o Banco Central com função nitidamente regulamentar; tivemos a criação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) pela Lei n. 4.728, com igual propósito. A diferença é que essas instituições situavam-se no plano do sistema financeiro, e não no sistema de prestação de serviços ou da indústria.

De fato, a agência reguladora, conquanto tenha recebido esse nome a partir de 1995, já existe no Direito Brasileiro há muito tempo, desde a Sumoc. E vou mais além para dizer que a tradição é que essas agências tenham um campo ou espaço aberto para regulamentar – o que também não é uma novidade brasileira, já existia no Direito Norte-Americano e Europeu; isso justifica sua existência. Por quê? Porque determinadas questões exigem pronta regulamentação, e os serviços seriam prejudicados caso esperassem pela aprovação de leis no Poder Legislativo, cujos trâmites formais submetem-se a procedimentos demorados. Por isso, há incompatibilidade regulamentar de determinadas matérias com o processo legislativo do Congresso Nacional.

Por essa razão, foram criados, desde 1964, por meio do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional, órgãos com funções regulamentadoras, mas que atuam evidentemente dentro de um espaço limitado pela própria lei que os instituiu.

No que tange especificamente à lei que regula as telecomunicações, o art. 103, como aqui bem destacado pelo Sr. Ministro José Delgado, estabelece textualmente que compete à agência a fixação, o reajuste e a revisão das tarifas. Logicamente que a lei pauta critérios a serem observados. Portanto, não há novidade nenhuma que possam envolver tais questões. E nesse ponto reside minha perplexidade, porque se criou um ambiente de muita instabilidade num segmento em que a estabilidade é fundamental para atrair investimentos.

Por que o ambiente normativo foi tão deturpado se, antes da existência da Lei n. 9.472/1997, já pagávamos tarifa básica quando sequer tínhamos telefone decente no País? Um ambiente de regulação no sistema econômico, no mundo atual, globalizado – não adianta mais criticar, dizer se é bom ou ruim, a verdade é que a globalização está aí, e, aliás, parece que o Brasil começa a levar grandes vantagens no sistema globalizado – atrai investimentos e, conseqüentemente, melhora a qualidade dos serviços prestados.

Para que a empresa prestadora de serviços possa desempenhar suas atribuições a contento, desincumbir-se da missão estabelecida no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que exige um serviço de qualidade, ela tem de atuar num ambiente econômico regular e de segurança jurídica.

Desde a privatização, desde a Lei n. 9.472/1997, tem-se buscado criar um ambiente seguro, mas interpretações outras, calcadas não sei em quais premissas, podem torná-lo inseguro. O Código de Defesa do Consumidor não pode ser interpretado de forma isolada do contexto econômico brasileiro, até porque a Lei n. 9.472/1997, ao delegar às agências competência para regulamentar, estabelece que sejam observados princípios que valorizem a qualidade do serviço prestado ao consumidor.

Chamo a atenção para o ponto em que se sustenta existir exagero na cobrança da tarifa básica porque não haveria, em tal hipótese, a contraprestação dos serviços. Ora, se permitimos a cobrança de tarifa de água, considerando que o seu fornecimento doméstico necessita apenas de um mero cano que passa na rua do qual desvia-se um braço para nossas casas, calculem o serviço de telecomunicações com cabos de fibra ótica, que não traduzem, por si sós, a capacidade de transmitir a informação, requerendo centrais lotadas de aparelhos que devem ser constantemente modernizados para que o tráfego das telecomunicações se dê! Quer-se ter um telefone e pagar só quando for utilizá-lo? Pergunto: se o consumidor residir numa ponta da cidade em que a manutenção de cabos for antieconômica, seria lícito exigir da companhia manter o serviço, e a pessoa pagar somente quando quiser utilizá-lo?

Portanto, a tarifa básica, como bem destacado, e isso precisa ser bem compreendido, como muito bem explicado pelo Sr. Ministro José Delgado, tem o propósito de permitir que as localidades antieconômicas – onde a prestação do serviço se revestir de um caráter deficitário – tenham esses serviços também, e de qualidade, porque o sistema tarifário é equalizado de modo a beneficiar inclusive os menos favorecidos.

Assim, entendo que urge a definição acerca dessa matéria neste Superior Tribunal de Justiça, porque milhares e milhares de ações correm pelo Brasil; milhares de ações tramitam nos Juizados Especiais.

Fácil concluir que existe um ambiente de regulação onde a questão foi definida, gerando segurança jurídica. Porém, paralelamente, nos Tribunais, criou-se um outro ambiente no qual as controvérsias a respeito das interpretações das normas acerca do assunto está gerando insegurança jurídica.

Por isso, é hora de este Tribunal, com urgência, espancar de vez as dúvidas surgidas, definindo para a sociedade brasileira se é legal ou ilegal a cobrança da tarifa ora questionada.

Não tenho nenhuma dúvida em acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator e concluir votando pela legalidade, dando provimento ao recurso especial para reconhecer legítima a cobrança de assinatura básica pela recorrente, invertendo os ônus sucumbenciais.

VOTO-VISTA

Ementa: Administrativo. Princípio da legalidade. Cobrança de assinatura básica de telefonia. Ilegalidade. Aquisição de franquia de pulsos. Imposição de limites quantitativos sem justa causa. Violação do art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor. Vantagem exagerada. Ofensa ao art. 51, § 1º, I, do CDC e aos arts. 2º, I, e 3º, III, da Lei Geral de Telecomunicações. Afronta aos princípios do amplo acesso aos serviços, da garantia de tarifas e preços razoáveis e da vedação da discriminação. Onerosidade excessiva e desequilíbrio na relação contratual. Art. 51, § 1º, II e III, do CDC.

1. A cobrança de assinatura básica mensal nos contratos de telefonia fixa residencial deve ser analisada à luz de seis princípios fundamentais, todos referidos expressamente na LGT - Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997): a) o da função social da propriedade, da empresa e do contrato; b) o da defesa do consumidor; c) o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; d) o da redução das desigualdades sociais; e) o da modicidade das tarifas e preços; e f) o da vedação de discriminação.

2. A idéia bifurcada de *justiça* e de *solidariedade* (art. 3º, I, da CF) espraia-se pelo ordenamento jurídico brasileiro e lhe serve de fundação mais profunda, colocando-se na origem dos princípios da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição), da função social do contrato (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil) e da função social do serviço de interesse coletivo (art. 127, VIII, da LGT).

3. No contrato – sobretudo nas redes de contrato e, com maior vigor, nos contratos de prestação de serviços públicos –, por trás de cada

contratante individual encontra-se um pressuposto da solidariedade e da justiça, verdadeira barreira de defesa do contratante débil diante de abusos dos atores econômicos.

4. Ao Judiciário incumbe zelar por essa área resguardada, a qual se pode denominar de *zona intocável da solidariedade e da justiça*, que, como paradigma de controle judicial dos contratos, aplica-se com maior razão aos contratos de telefonia e às suas cláusulas, em decorrência do volumoso e incontestável conteúdo público dessas avenças, manifestação da sociedade de informação em que vivemos.

5. A telefonia fixa residencial é típico contrato de consumo, na forma estipulada pelo Código de Defesa do Consumidor: há um consumidor-destinatário final (art. 2º, *caput*), há um fornecedor (art. 3º, *caput*) e há um serviço de consumo (art. 3º, § 2º).

6. Não é só com linguagem estritamente principiológica que se manifestou o legislador de 1997. Dentre todos os princípios de regência da LGT, um foi expresso na forma de dever - claro e direto - pelo Congresso Nacional: o da modicidade ou razoabilidade de tarifas e preços.

7. Uma vez que o legislador verbalize um dever estatal, compete ao Judiciário fiscalizá-lo e cobrar seu cumprimento. Seria descabido que, diante da violação de uma obrigação da Administração, o juiz se quedasse inerte, incapaz de encontrar um meio-termo entre substituir o administrador e ignorar o administrador. A omissão judicial dessa natureza equivaleria a *excesso negativo de poder*.

8. A fiscalização do cumprimento do princípio *jurídico* da modicidade ou razoabilidade de tarifas e preços pelo STJ não se confunde com incursão proibida no universo dos fatos (Súmula n. 7). É comum, na prática da Corte, que situações extremadas de destempero absurdo dos destinatários da norma transudem aquilo que seria um controle judicial de fato ou de fatos em controle judicial de direito, como demonstram situações-limite no campo do valor de danos morais, da cláusula penal e dos honorários advocatícios.

9. Cabe ao Judiciário apreciar as tarifas de telefonia à luz do interesse social no amplo acesso ao serviço público (art. 2º, II, e art. 3º, I, da LGT), no respeito aos direitos do consumidor-usuário (arts. 5º e 127 da LGT) e no cumprimento da função social do contrato e

do serviço de interesse coletivo (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, e 127, III, da LGT).

10. Não se exige do STJ, no âmbito da assinatura-básica, mensuração exata do montante que deve ser cobrado pelo serviço prestado, mas tão-somente a emissão de juízo, no atacado, acerca da falta de suporte lógico e jurídico de um valor por um serviço que não é prestado, ou é prestado de forma inevitável (separando-se objeto do serviço e pressupostos técnico-materiais do serviço) ou, ainda, é prestado acessoriamente, embora ao custo de operação principal.

11. Nos contratos de *qualificação unitária*, a obrigação acessória segue a principal, o que implica dizer que quem paga pela obrigação principal leva o acessório. É a máxima *accessorium sequitur principale*. E se a obrigação é em si indivisível, não se pode fragmentar o seu preço (*major pars ad se minorem trahit*).

12. As peculiaridades da natureza técnica da telefonia fixa ensejam sua classificação como *serviço de consumo ou benefício plurissubjetivo*, em oposição à classe majoritária dos *serviços de consumo ou benefício unissubjetivo*. Naquele, o encontro do consumidor com seu fornecedor é, em regra, na companhia de outro ou outros consumidores. Nesta, ao revés, o consumidor espera que o fornecedor do serviço o atenda, de preferência melhor que aos outros, pois a natureza jurídica do objeto contratado admite a monopolização dos benefícios do serviço.

13. À Anatel compete regular os contratos de telefonia. No Direito Brasileiro, a atividade normativa da Administração - em Decretos, Resoluções e outros atos - não se limita, ao contrário do que defende boa e tradicional doutrina, às hipóteses em que a norma administrativa nada mais faz do que reproduzir literalmente o texto da lei aprovado pelo Parlamento. Por outro lado, a atividade "regulamentar" *lato sensu* não se exaure na figura do Decreto (art. 84, IV, da Constituição Federal). Conseqüentemente, o princípio da legalidade não impede que o administrador, orientado pelas diretrizes genéricas e abstratas traçadas pela lei, dê visibilidade, consistência e particularidade a direitos e obrigações (muitas vezes estabelecidos pela própria Constituição) com ela compatíveis.

14. A competência da Anatel é para fixar preços e tarifas dentro das modalidades ou categorias previamente estabelecidas em lei;

jamais para criar, artificial, descuidada, ou maliciosamente, serviços inexistentes, não previstos na LGT, e, a partir daí, admitir a cobrança por prestações que já integram o objeto da obrigação principal.

15. No que tange à telefonia fixa residencial, a LGT somente alberga a distinção entre a) serviço de telefonia *stricto sensu* e b) serviço de telefonia de valor adicionado (art. 60, § 2º). Não é lícito à Anatel inovar nesse quadro, com repercussão no padrão tarifário. As normas de proteção dos sujeitos vulneráveis devem ser interpretadas em seu favor (= *favor debilis*), não se admitindo que levem à criação, direta ou indireta, de obrigações.

16. A assinatura básica é uma forma de discriminação ao contrário, ao cobrar de ricos e pobres o mesmo valor e a mesma quantidade de pulsos/minutos, como se fossem iguais. Nisso, duplamente viola o art. 3º, da LGT: inviabiliza o acesso de largas parcelas da população aos serviços de telefonia fixa residencial (inciso I) e discrimina “quanto às condições de acesso e fruição do serviço” (inciso II). Numa palavra, é o cavalo-de-troia da exclusão digital.

17. Em síntese, conclui-se que a cobrança da assinatura básica: a) é ilegal, por não estar prevista e autorizada pela LGT, havendo *in casu* afronta ao princípio da legalidade por parte da Anatel ao prevê-la em Resolução; b) mesmo que ausente a desconformidade com a LGT, viola o art. 39, I, do CDC, ao obrigar o usuário a adquirir uma franquia de pulsos (a consumir), independentemente do uso efetivo, condicionando, assim, o fornecimento do serviço, sem justa causa, a limites quantitativos; c) infringe o CDC, pois constitui vantagem exagerada, uma vez que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence” (art. 51, § 1º, I), notadamente os princípios do amplo acesso ao serviço, da garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I, da LGT) e da vedação da discriminação (art. 3º, III, da LGT); d) mostra-se excessivamente onerosa (art. 51, § 1º, III, do CDC) ao impor o pagamento de quantia considerável (cerca de 10% do salário-mínimo só pela *oferta* do serviço, lembre-se!) ao assinante que utiliza muito pouco o serviço público; e e) importa desequilíbrio na relação contratual (art. 51, § 1º, II, do CDC), já que, ao mesmo tempo que onera excessivamente o usuário, proporciona arrecadação

extraordinária às concessionárias (cerca de treze bilhões de reais por ano, conforme consta da página eletrônica da Anatel).

18. Recurso Especial não provido.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c** da Constituição da República, por Brasil Telecom S/A contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Na origem, cuida-se de Ação Declaratória de Nulidade, movida por Camila Mendes Soares, em que busca o reconhecimento da ilegalidade da cobrança da chamada “assinatura básica”, pleito este cumulado com outro de repetição de indébito, em dobro, na forma do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Os pedidos foram julgados improcedentes em primeiro grau, decisão esta reformada pelo Tribunal de Justiça, nos termos da seguinte ementa:

Apelação cível. Ação declaratória. Direito do Consumidor. Assinatura básica mensal. Telefonia fixa.

Abusividade da exigência de contraprestação por serviço não prestado. Nulidade absoluta em face da qual não se fala em ato jurídico perfeito.

Condicionamento quantitativo indevido; nulidade - CPC, 39, I.

Ausência de previsão legal à cobrança e prevalência das disposições da Lei n. 8.078/1990, de ordem pública.

Devolução na forma simples.

Prequestionamento inviável.

Demanda procedente.

Apelo provido. Unânime.

A recorrente alega violação dos artigos 3º, 5º, 19, VII, 63, 93, II, III, IX, VII, e 103 da Lei n. 9.472/1997; dos arts. 3º, XXI, 48 e 52 da Resolução n. 85/1998 da Anatel; do art. 7º do CDC; e do art. 965 do Código Civil de 1916; além de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que:

a) por se tratar de serviço público de titularidade da União, o qual é prestado por meio de contrato de concessão, é que as tarifas, submetidas ao regime público, são estipuladas, reguladas e fiscalizadas pelo Estado, *in casu*, por meio da Anatel. Tal regime, é bom que se frise, é bastante diverso de uma mera prestação

de serviço no qual o fornecedor estipula o valor de sua contraprestação, por conta própria, com fundamento exclusivamente em aspectos referentes ao livre mercado (fl. 106);

b) se há a efetiva prestação, por parte da Brasil Telecom S.A., no que se refere à implementação da infra-estrutura que permite que o terminal eletrônico instalado na residência do usuário tanto efetue como receba ligações, bem assim no que se refere à manutenção, atualização, modernização e expansão dessa infra-estrutura, da qual o usuário, efetivamente, usufrui, deverá corresponder uma respectiva contrapartida por parte do usuário (fl. 111); e

c) no caso dos autos, não houve pagamento em erro, mas sim pagamento voluntário em consonância e de acordo com o contrato firmado entre as partes, não podendo a decisão atingir aos pagamentos efetuados antes do ajuizamento da presente demanda, até porque antes das decisões contidas nos autos, a recorrente recebeu o que era devido de acordo com o contrato, não tendo o dever de restituir, de acordo com o artigo 964, do Código Civil Brasileiro, atual 876 do Novo Código Civil Brasileiro (fl. 116).

Contra-razões às fls. 121-131.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem.

O relator do apelo nobre, e. Ministro José Delgado, votou pelo provimento do recurso, nos termos da ementa abaixo:

Recurso especial. Ação anulatória c.c. repetição de indébito. Serviço de telefonia. Cobrança de “assinatura básica residencial”. Natureza jurídica: tarifa. Prestação do serviço. Exigência de licitação. Edital de desestatização das empresas federais de telecomunicações MC/BNDES n. 1/1998 contemplando a permissão da cobrança da tarifa de assinatura básica. Contrato de concessão que autoriza a mesma exigência. Resoluções n. 42/2004 e n. 85/1998, da Anatel, admitindo a cobrança. Disposição na Lei n. 8.987/1995. Política tarifária. Lei n. 9.472/1997. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte admitindo o pagamento de tarifa mínima em casos de fornecimento de água. Legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia. Provimento do recurso especial.

1. Cuidam os autos de ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito ajuizada por Camila Mendes Soares em face de Brasil Telecom S/A objetivando obstar a cobrança da chamada “assinatura mensal básica” e a sua devolução em dobro. Sentença julgou improcedente o pedido. A autora interpôs apelação e o TJRS deu-lhe provimento à luz do entendimento segundo o qual é abusiva a exigência de contraprestação por serviço não fornecido, inexistir previsão legal para a cobrança e ter aplicação ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial da operadora indicando violação

dos arts. 3º, IV, 5º, 19, VII, 63, 83, 93, II, III, IX, e 103 da Lei n. 9.472/1997; 3º, 48 e 52 da Resolução n. 85 da Anatel; 7º da Lei n. 8.078/1990 e 877 do Código Civil/2002, além de divergência jurisprudencial com julgados oriundos do TJMG. Sustenta, em suma, que os direitos previstos no CDC não excluem os decorrentes da legislação ordinária preexistente: a Lei Geral das Telecomunicações; que a tarifa mensal não é voltada apenas à cessão de linha ou de terminal telefônico, mas também à infra-estrutura fornecida; que o art. 52 da Resolução n. 85 da Anatel, autoriza a cobrança da tarifa de assinatura; e somente cabe a repetição do indébito quando demonstrado o erro do pagamento voluntário, nos termos do atual art. 877 do Código Civil.

2. Recurso especial conhecido pela letra **a** do inciso III do art. 105 da CF, bem como pela divergência.

3. Matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança pela recorrente da assinatura mensal básica para prestação de serviços telefônicos, amplamente debatida. Divergência demonstrada.

4. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal.

5. A prestação de serviço público não-obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa.

6. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei.

7. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.

8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.

9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.

10. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que "a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (...)".

11. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.

12. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 1/98) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas.

13. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.

14. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.

15. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista.

16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.

17. Não há ilegalidade na Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

18. A Resolução n. 42/2005 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.

20. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

21. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

22. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e

incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

23. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassem essa quantificação.

24. Precedentes do STJ garantindo o pagamento de tarifa mínima: REsp n. 759.362-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29.6.2006; REsp n. 416.383-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.9.2002; REsp n. 209.067-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 8.5.2000; REsp n. 214.758-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 2.5.2000; REsp n. 150.137-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27.4.1998, entre outros. Idem do STF: RE n. 207.609-DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19.5.1999.

25. Precedente do STJ, em medida cautelar, sobre tarifa de assinatura básica em serviço de telefonia:

Processual Civil. Medida cautelar. Antecipação da tutela recursal. Recurso especial pendente de admissão no Tribunal de origem. Aplicação, por analogia, das Súmulas n. 634 e n. 635 do STF. Serviço de telefonia fixa. Tarifa de assinatura básica.

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas n. 634 e n. 635, em casos excepcionais, em que estiverem conjugados os requisitos (a) da verossimilhança das alegações (= probabilidade de êxito do recurso interposto) e (b) do risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado, esta Corte vem admitindo o cabimento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo ou a antecipar tutela em recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem.

2. No caso, milita em favor da requerente a presunção de legitimidade dos atos normativos e administrativos que dão suporte à cobrança da tarifa de assinatura básica dos serviços de telefonia (verossimilhança das alegações). A supressão da cobrança, por medida liminar, compromete cláusula financeira do contrato de concessão do serviço, pesando sobre a requerente o risco maior da improvável e difícil reversibilidade da situação (risco de dano).

3. Pedido deferido.

(MC n. 10.235-PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.8.2005).

26. Artigos 39, § 6º, I, III e V; e 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor que não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia.

27. Recurso especial provido para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada.

Após apresentar as teses muito bem desenvolvidas pelo e. Relator, passo a meu *Voto-Vista*.

1. Uma perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via de ação civil individual e a mutilação reflexa do direito de acesso à justiça de milhões de consumidores

A colenda Primeira Turma decidiu, em 24.4.2007 (fl. 186), afetar esta demanda à Primeira Seção. Até aí, nada de incomum, pois freqüentemente questões complexas ou repetitivas são levadas ao colegiado de dez Membros, para que possam os seus integrantes decidi-las de maneira uniforme, evitando assim entendimentos divergentes entre as duas Turmas.

Aqui, contudo, afloram peculiaridades que desaconselhariam tal “afetação”, na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controvertidas que acompanham esta demanda.

Os pontos complexos que este processo envolve - e são tantos, como veremos no decorrer deste Voto - não se submeteram ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mais de 30 milhões de assinantes (*rectius*, consumidores).

Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez.

É bem verdade que o Regimento Interno prevê a “afetação” de processos à Seção “em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de

prevenir divergências entre as Turmas” (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma *ação individual*, de uma contratante do Rio Grande do Sul, *triplamente vulnerável* na acepção do modelo constitucional *welfarista* de 1988 - consumidora, pobre e negra -, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias *ações civis públicas*, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada *erga omnes*, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados.

Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei n. 7.347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual - ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) - venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas - individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção.

Finalmente, elegeram-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, *triplamente vulnerável*), destituída de recursos financeiros para se fazer presente *fisicamente* no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral.

Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação (?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos *litigantes-sombra*, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica (lembro que só a recorrente, Brasil Telecom, arrecada, anualmente, cerca de *três bilhões e meio de reais* com a cobrança dessa tarifa - cfr. www.agenciabrasil.gov.br, notícia publicada em 8.6.2007).

Curvo-me à decisão técnica dos meus ilustres Pares, posição essa que também é político-pragmática. O bom juiz tem sempre um tanto de *pragmaticus legum*, posição totalmente compreensível em um cenário de enxurrada de Recursos Especiais relativos à assinatura básica (fala-se em dezenas de milhares de ações em todo o País), o que por certo estimulou os e. Ministros a não esperarem por precedentes nas duas Turmas.

Não obstante esse reconhecimento que faço das razões nobres que levaram meus Pares a encurtar um debate judicial que deveria ser o mais rico, amplo e profundo possível, não tenho como esconder que me sinto inescapavelmente prisioneiro do feixe de objetivos e princípios sociais dos dois microssistemas normativos (consumidor e telecomunicações) em questão (*philosophus legum!*), o que me força a homenageá-los, mesmo que sob o risco de ser arrastado a um poço inesgotável de Recursos Especiais.

Como minoria que sou neste julgamento, mantenho a esperança de que, no futuro, a hoje Maioria - ou, quem sabe, uma *outra* Maioria - aperfeiçoe sua forma de pensar. E se assim não for, que o legislador, observador atento das perplexidades da prática judicial, possa fazer as alterações legislativas pertinentes a uma adequada, eficaz e justa proteção dos sujeitos vulneráveis: *in casu*, os consumidores de telefonia fixa.

Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei n. 7.347/1985 e CDC).

2. Estrutura normativa da Lei Geral de Telecomunicações no que importa à solução do caso

A LGT - Lei Geral das Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997) - insere-se no quadro da modernização do modelo regulatório do Estado brasileiro, levado avante pelo Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. A nova lei, além de revogar quase que inteiramente o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/1962), trouxe profundas inovações nos vários campos das telecomunicações (excetuada a radiodifusão), sobretudo na telefonia.

Como se dá amiúde com a legislação do Estado Social contemporâneo, o legislador, ao desenhar o novo microssistema normativo, preocupou-se em

estabelecer *objetivos, princípios, instrumentos e instituições* encarregados de viabilizar o marco regulatório estatuído e, a partir dessa base quadrangular, fez surgir direitos e obrigações dos sujeitos envolvidos, com destaque para o Poder Público (Anatel - Agência Nacional de Telecomunicações), para as empresas de telefonia (operadoras ou concessionárias) e para os consumidores-usuários (assinantes).

Vale a pena transcrever os dispositivos mais marcantes da Lei n. 9.472/1997, naquilo que se relaciona, diretamente, com as questões jurídicas apresentadas na presente demanda (os grifos são meus):

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

(...)

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

(...)

III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço.

(...)

XI - de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor;

(...)

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 106. A concessionária poderá cobrar tarifa inferior à fixada desde que a redução se baseie em critério objetivo e favoreça indistintamente todos os usuários, vedado o abuso do poder econômico.

Art. 107. Os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

Os dispositivos acima transcritos dão os contornos legais genéricos aplicáveis à assinatura básica: a) os princípios de regência do microsistema; e b) a extensão dos poderes normativos da Anatel.

Interessam-nos, inicialmente, os princípios de regência estatuídos na lei, pois são eles o ponto de partida do juiz, no seu esforço de dirimir conflitos entre os sujeitos das relações jurídicas estabelecidas. Não se têm neles simples figuras retóricas, sem repercussão no mundo da aplicação da lei e da contratualística que dela jorra.

Seis princípios, todos referidos expressamente na LGT, destacam-se no contexto da presente demanda: a) o da função social da propriedade (e também da atividade econômica e do contrato), b) o da defesa do consumidor, c) o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, d) o da redução das desigualdades sociais, e) o da modicidade das tarifas e preços, e f) o da vedação de discriminação.

2.1 Princípio da função social da propriedade, do contrato e do serviço telefônico

As relações jurídicas moldadas entre particulares não podem mais ser examinadas sob a ótica individualista que outrora as impregnava formalmente e as justificava eticamente, devendo-se observar os valores e objetivos fundamentais consignados na Constituição, entre eles a construção de uma sociedade “justa e solidária” (art. 3º, I, da CF).

A idéia bifurcada de *justiça* e de *solidariedade*, portanto, espraia-se pelo ordenamento jurídico e lhe serve de fundação mais profunda. É daí que se originam os princípios da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição), da função social do contrato (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil) e da função social do serviço de interesse coletivo (art. 127, VIII, da LGT).

Na lição de Teresa Negreiros (*Teoria do Contrato - Novos Paradigmas*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 209-210):

À semelhança do que ocorre com a propriedade - cuja estrutura mesma é alterada pela função social, atuando esta como parâmetro de validação do exercício do direito do titular do domínio - também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um “instrumento de realização do projeto constitucional”.

Cláudia Lima Marques, a mais festejada civilista brasileira da atualidade, com a precisão que lhe é característica, bem aponta essa já não tão nova concepção social do contrato:

Como já afirmei, a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas em que também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e em que a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância. (*O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais*. Obra coletiva: A Nova Crise do Contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27-28).

Logo, no contrato – sobretudo nas redes de contrato e, com maior vigor, nos contratos de prestação de serviços públicos –, por trás de cada contratante individual estão os pressupostos da *solidariedade* e da *justiça*, como barreiras intransponíveis, em defesa do contratante débil diante de exageros que acaso venham a ser praticados pelos atores econômicos – públicos ou privados.

Ao Judiciário incumbe zelar por essa área resguardada, a qual se pode denominar de *zona intocável da solidariedade e de justiça*, que, na condição de paradigma de controle judicial dos contratos, aplica-se com maior razão aos contratos de telefonia e às suas cláusulas, como decorrência do volumoso conteúdo público dessas avenças, típica manifestação da sociedade de informação em que vivemos.

À ordem da autonomia da vontade soma-se, nessas modalidades de contratos, a *ordem contratual constitucionalizada de fundo social*. Daí decorre que tais contratos, nomeadamente suas cláusulas de conteúdo econômico, devem ser interpretados à luz dos princípios constitucionais e das diretrizes fixadas na LGT, respeitando-se a sua função social que, *in casu*, manifesta-se inegavelmente pelas exigências legais de *universalização* dos serviços de telecomunicações sob um regime remuneratório de *tarifas módicas*.

2.2 Princípio da defesa do consumidor

O *princípio da defesa do consumidor* também informa, por menção literal da LGT, o microsistema normativo das telecomunicações. Tal princípio foi abraçado em alma e corpo pelo legislador de 1997; e com louvável entusiasmo, sem nenhuma cláusula restritiva, ao contrário do que se deu com o *princípio da livre concorrência*, que é incorporado *cum grano salis* pela LGT (“Art. 7º

As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, *quando não conflitarem com o disposto nesta Lei*, grifei). A esse ponto voltaremos mais adiante.

Do *princípio da defesa do consumidor* decorrem vários desdobramentos jurídicos. Primeiro, o tema da relação entre a LGT e o CDC, sobretudo em época em que se prestigia o esforço de *coordenação normativa* do juiz pós-moderno, confrontado no seu cotidiano com uma avassaladora e complexa pluralidade de fontes heterogêneas e de filiação ético-política diversificada, o chamado “diálogo das fontes”, para usar a terminologia de Erik Jayme (*Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne*, in Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye, II, Haia, Kluwer, 1995, p. 60), hoje popularizada no Brasil e originalmente introduzida entre nós por Cláudia Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5. edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 667). Segundo, a questão da filiação da relação jurídica de telefonia fixa residencial.

Comece-se pelo óbvio, pela lembrança de que não estamos, aí, no campo do Direito Privado, pois o manto público cobre não só o contrato de concessão entre as empresas e o Poder Público, como também os contratos entre aquelas e os consumidores individuais.

No caso específico da telefonia fixa residencial, está-se no domínio de típicos contratos de consumo, na forma estipulada pelo Código de Defesa do Consumidor: há um consumidor-destinatário final (art. 2º, *caput*), há um fornecedor (art. 3º, *caput*) e há um serviço de consumo (art. 3º, § 2º). Por qualquer ângulo que se observem seus elementos essenciais - os sujeitos, o objeto material e a finalidade de tutela jurídica -, na telefonia fixa residencial há uma relação jurídica de consumo (sobre os elementos desta, cf. Aljs Vignudelli, *Il Rapporto di Consumo: Profili di Rilievo Costituzionale*, Rimini, Maggioli Editore, 1984, p. 32 e segs.).

Pouco importa que a LGT seja lei especial; o CDC também o é. No âmbito da telefonia fixa residencial, é descabido adotar entendimento diverso daquele que prevalece sobre os microssistemas bancário, de seguros, de educação e de saúde, cada um com suas leis especiais. Particularmente no que tange aos contratos bancários, já se pretendeu, sob esse mesmo argumento, que eles estivessem, com raras exceções, fora do campo de aplicação do CDC, tese rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI-DF n. 2.591-1, Relator(a) p/ Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 29.9.2006).

A aplicabilidade das normas de proteção do consumidor aos serviços de telecomunicações vem reforçada por peculiaridade já referida, que não se nota nos outros microssistemas de serviços acima indicados. É que a LGT recepcionou, sem reservas, o CDC, ao adotar o princípio da defesa do consumidor, na esteira da estrutura que a Constituição Federal concebe para a integralidade da ordem econômica (art. 170, V).

Pretendesse o legislador da LGT excluir ou mitigar a aplicação do CDC, ele o teria feito explicitamente, como agiu, já vimos, ao tratar do microssistema da concorrência (“Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, *quando não conflitarem com o disposto nesta Lei*”, grifei). Conseqüentemente, o CDC não só não conflita com a LGT, como a *ratio* e filosofia desta última compõem-se perfeitamente com as balizas traçadas pela legislação consumerista.

No complexo modelo normativo do Estado Social, cada vez menos, exceto diante de previsão expressa do legislador, encontram-se microssistemas vacinados contra a interferência dos seus vizinhos, tanto mais se a exclusão de incidência disser respeito a normas de tutela dos sujeitos vulneráveis. O ordenamento jurídico do *Welfare State* é um mosaico de microssistemas, que têm a uni-los a preocupação com a debilidade - daí a proteção *across the board* - de certas categorias de sujeitos. É por essa ótica que se fala, repita-se, em “diálogo das fontes”.

Em síntese, em nome e título próprios, mas também por chamamento explícito do legislador da Lei n. 9.472/1997, o CDC aplica-se, integralmente, aos contratos de telefonia fixa residencial (relação concessionária-usuário). E isso independentemente de a gênese das cláusulas contratuais ligar-se a um contrato de concessão (Poder Público-concessionária), como melhor abordaremos adiante. Nem toda cláusula elaborada em conformidade com o contrato de concessão sobrevive ao exame, administrativo ou judicial, sob as luzes do CDC.

2.3 Princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é uma ferramenta que protege o contratante de eventuais desmandos do Poder Público e, por conseqüência, resguarda o próprio Erário, na medida em que os licitantes não se sentem impelidos a embutir, nos preços ofertados,

um sobrevalor (como que um “seguro” interno) contra o risco de desequilíbrio futuro.

De fato, a segurança quanto à manutenção de um nível justo de remuneração durante toda a extensão do contrato dá tranquilidade às empresas e, por isso mesmo, tende a fomentar a competitividade e reduzir os preços praticados.

A garantia decorre de previsão constitucional (art. 37, XXI) e é regulada por lei geral (art. 58, § 2º, da Lei n. 8.666/1993) e específica (art. 9º, § 2º, e art. 10, da Lei n. 8.987/1995).

2.4 Princípio da redução das desigualdades sociais

Denotando a preocupação do legislador de 1997 com a exclusão tecnológica/digital, patologia social do Século XXI, o *princípio da redução das desigualdades sociais* expressa a opção da LGT por uma política de telecomunicações que não crie, amplie ou eternize as diferenças entre “conectados” e “desconectados”. No principal, cria-se uma obrigação para a Anatel e as concessionárias de buscarem, proativamente, reduzir, pela inclusão de todos no sistema de telefonia instalado, a estratificação sociotecnológica, que infelizmente ainda é uma das marcas do Brasil e indicador do seu atraso.

Diretamente vinculados ao princípio da redução das desigualdades sociais encontram-se o *princípio-dever da razoabilidade (modicidade) de tarifas e preços* e o *princípio da não-discriminação*.

2.5 Princípio-dever de garantia de tarifas e preços razoáveis

Não é só com linguagem estritamente principiológica que se manifestou o legislador. Entre todos os princípios de regência da LGT, um deles foi expresso na forma de dever - claro e direto - pelo Congresso Nacional: a modicidade ou razoabilidade de tarifas e preços. Está, aí, um dever inequívoco dirigido ao administrador (Anatel). E se há dever expresso, há vinculação. E onde existe vinculação, existe, necessariamente, controle judicial dos atos e negócios administrativos praticados.

A LGT não deixa dúvidas a esse respeito:

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

Estamos, então, diante de um daqueles deveres estatais verbalizados na forma de garantia. É dever da Administração assegurar a *razoabilidade* e *modicidade* das tarifas e preços. Estatuído o dever de maneira tão direta, é competência do Judiciário fiscalizar seu cumprimento pela autoridade encarregada de por ele zelar.

Nessa linha, é de ressaltar que, mesmo quando se trata de ato discricionário (o que, convenhamos, não é exatamente a hipótese dos autos), a doutrina mais abalizada reconhece a possibilidade de sindicá-lo judicialmente, podendo-se, inclusive, controlá-lo por meio dos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico. É sempre válido transcrever a lição de García de Enterría (*Curso de Derecho Administrativo*, duodécima ed., Madri: Thomson Civitas, 2005, p. 483):

El control de la discrecionalidad a través de los principios generales no consiste, por tanto, en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio. Si así fuese, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial) sin avanzar un solo paso en el problema. De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general.

Mas o que seriam “tarifas e preços razoáveis”? De um lado, evidentemente não se pretende que o Judiciário substitua a Anatel na fixação do valor monetário da prestação contratual a cargo do consumidor. De outro, seria igualmente inadmissível que, diante de um dever tão claro como esse imposto à Administração, o juiz se quedasse passivo, incapaz de encontrar um meio-termo entre substituir o administrador e ignorar o administrador. A omissão judicial dessa natureza equivaleria a *abuso negativo de poder*.

A situação lembra a do juriconsulto antigo que, diante de um comando normativo com indicações precisas sobre as dimensões e características físicas e fisiológicas de um gato, exclama: “quanto mede, quanto pesa e quanto pula não sei, mas se um gato aparecer na minha frente, saberei que um gato é!”

Assim é com o preço razoável ou módico. Muitas vezes, o juiz não terá condições de identificá-lo *in continenti*. Mas haverá casos em que as marcas e indícios de infração ao princípio serão tão gritantes, que não lhe restará outra saída que concluir, mesmo sem fita métrica ou balança: “aqui está um gato, aqui está uma tarifa ou preço que viola o princípio da razoabilidade ou modicidade das tarifas e preços!”

Tais situações extremadas de destempero dos destinatários da norma conduzem a outro resultado: aquilo que seria um controle judicial de fato ou de fatos transmuda-se em controle judicial de direito. O STJ encontra-se amiúde com situações-limite dessa natureza, como se dá com a intervenção que ele não hesita em praticar no valor de danos morais, da cláusula penal e dos honorários advocatícios, a pretexto de seu caráter excessivo ou irrisório.

A própria extensão semântica do vocábulo “razoável” já oferece alguma ajuda na compreensão da previsão legal, cujo evidente desrespeito justifica a intervenção judicial. Razoável é aquilo que é logicamente plausível, não excessivo, moderado, módico, aceitável (Houaiss) ou conforme a razão (Aurélio).

Seria inviável para o STJ decidir, por exemplo, se uma diferença de centavos no valor dos pulsos (ou minutos) de conversa telefônica é razoável ou não; ou se uma conta telefônica reflete, realmente, o consumo do assinante. Esse universo dos fatos é impenetrável a esta Corte, por força do óbice da Súmula n. 7.

No entanto, a crer na alegação da recorrida, de que a Brasil Telecom estaria cobrando por um serviço que não é prestado (ou melhor, pela “oferta” do serviço!), e que tal ocorreria em afronta à LGT e ao CDC, o chamamento ao STJ é legítimo, pois examinar matéria de direito é o prato principal do seu menu constitucional. Tem mais. Como, na essência, o que está em jogo aqui são direitos fundamentais atrelados à dignidade da pessoa humana, ergue-se um *imperativo de tutela* (cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2006), que justifica e até exige a intervenção judicial.

A não-razoabilidade do preço, portanto, não se refere a uma mensuração exata do valor que deve ser cobrado pelo serviço prestado. Trata-se, na verdade, de uma apreciação quanto à falta de correlação lógica e jurídica, no atacado, entre um valor cobrado por um serviço que não é prestado, é prestado de forma inevitável (separando-se, artificialmente, objeto do serviço e pressupostos técnico-materiais do serviço) ou, ainda, é prestado acessoriamente, embora ao custo de operação principal.

Se adotarmos um dos conceitos mais aceitos de justiça, que a define pela entrega a cada um do que lhe é devido, vê-se que a alegação de falta de razoabilidade na cobrança da assinatura básica confunde-se com uma cobrança injusta, pois corresponderia ao pagamento pelo assinante por um serviço público que não lhe é prestado.

2.6 Princípio da vedação de discriminação

Por último, o legislador preocupou-se com a inclusão de todos os brasileiros no sistema de telecomunicações: de um lado assegurou a universalização dos serviços; e, de outro, proibiu práticas discriminatórias, tanto diretas (mais raras), como indiretas (mais comuns, inclusive aquela derivada de tarifas e preços proibitivos):

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

(...)

III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço.

(...)

Esse princípio, quando interpretado em conjunto com o princípio da redução das desigualdades sociais, conduz à possibilidade de discriminação positiva, ou seja, de estruturação de uma política tarifária que, para permitir o acesso ao serviço das camadas mais necessitadas da população (universalização), funde-se na cobrança de tarifas mais elevadas daqueles que mais utilizem o serviço (os mais ricos).

Inviável, contudo, compatibilizar o *princípio da vedação de discriminação* com qualquer estrutura tarifária que dificulte o acesso dos que utilizam menos o serviço (os mais pobres), com base na instauração de um sistema regressivo, que institua uma espécie de subsídio em favor dos que mais o utilizam (os mais ricos).

Delineados os contornos legais da matéria, impende analisar duas questões: a) a qualificação jurídica do contrato de telefonia fixa residencial; e b) as premissas que caracterizam o preço, como um dos elementos do contrato.

Após, examinaremos a legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia, caminhando para o deslinde das questões trazidas pela demanda.

3. Qualificação do contrato de telefonia fixa residencial

Segundo Jacques Ghestin, *qualificação do contrato*, com destaque para os contratos especiais, consiste sobretudo na individualização das obrigações que dele decorrem e na caracterização daquelas que lhe são essenciais ou

características, excluídas do seu conjunto, por alguns autores, as obrigações de natureza monetária.

Nesse esforço, tradicionalmente distinguem-se as obrigações principais das obrigações acessórias, já que só as primeiras determinam, com precisão, a qualificação do contrato. Nos contratos regulamentados, como é o de telefonia fixa, incumbe ao juiz, com os olhos postos na lei, verificar se as obrigações principais foram efetivamente subscritas pelas partes (e, acrescentaria eu, se não foram transvestidas irregularmente por um dos contratantes - pior se assim tiver ocorrido com o apoio do Estado).

Numa palavra, é a obrigação principal que determina a qualificação da relação contratual. Cabe ao juiz qualificar ou requalificar o contrato, independentemente do nome com que as partes o batizaram. A omissão ou abdicação do Judiciário em declarar a requalificação configura, ainda segundo Ghestin, “excesso de poder negativo” (*Traité de Droit Civil: Les Effets du Contrat*, 2e édition, Paris, LGDJ, 1994, p. 81-130).

A matéria ganha centralidade aqui principalmente porque, nos contratos de *qualificação unitária*, a obrigação acessória segue a principal, o que implica dizer que quem paga pela obrigação principal leva o acessório. É a máxima *accessorium sequitur principale*. E se a obrigação é em si indivisível, não se pode fragmentar o seu preço (*major pars ad se minorem trahit*). A indivisibilidade é fator de unidade.

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência nunca encontraram facilidades no manejo teórico-dogmático do “serviço” como categoria jurídica. No caso específico do serviço de telefonia fixa, a tarefa é facilitada, pois sua definição é dada no Decreto n. 2.534/1998, editado com base na LGT:

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

Importa, a partir desse dispositivo, identificar o objeto da obrigação principal do serviço telefônico fixo. “O objeto da obrigação - ensina a melhor doutrina - é a prestação prometida” (Henri et Léon Mazeaud *et alii*, *Leçons de Droit Civil: Obligations. Théorie Générale*, 8e édition par François Chabas, Montchrestien, Paris, 1991, p. 225).

Com isso em mente, não parece tão complicado, tomando a definição legal do art. 1º, extrair que o objeto da obrigação do serviço telefônico fixo

comutado é a “transmissão de voz e outros sinais” do assinante-consumidor entre telefones (pontos) determinados. Dito de outra forma, no contrato em questão, a prestação da concessionária corresponde à “transmissão de voz e outros sinais”, para tanto “utilizando processos de telefonia”. Essa a razão de ser do contrato ou, se quiserem, a utilidade do contrato, para usar a linguagem econômica. Logo, os “processos de telefonia” (aí incluídos equipamentos, tecnologias e *softwares*) são meios de realização da contraprestação concessionária.

Telefonia fixa residencial é, pois, por força de definição legal, um serviço. Mas é também um serviço de regime público pois “prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade” (art. 63, parágrafo único, da Lei n. 9.472/1997).

A primeira conclusão que daqui se tira é que, se a própria norma encarregar-se de distinguir entre *objeto do serviço* e *meios do serviço*, não caberia à Anatel igualar prestação principal do contrato e instrumentos para sua realização, admitindo dois preços e duas cobranças, vale dizer, instituindo, artificialmente, sem apoio na realidade (e na lógica!), dois serviços distintos.

O art. 103, *caput*, da LGT, não deixa dúvida ao dar competência à Anatel para “estabelecer a estrutura tarifária para *cada modalidade* de serviço” (grifei). Ou seja, uma modalidade de serviço (neste caso a telefonia residencial) não pode ser desmembrada artificialmente, como se diferentes prestações fossem, para justificar a criação de diversos preços.

Imagine-se a situação de confusão do consumidor se lhe fosse cobrado separadamente, no supermercado, pelo custo de manutenção e reposição das gôndolas e do sistema de ar condicionado; no edifício-garagem, pelo custo dos elevadores; no cinema, pelo custo dos projetores; no hospital, pelo custo das camas e dos armários; na escola, pelo custo das cadeiras, do giz e do quadro-negro. Tudo isso sob o pretexto de que se estaria cobrando pela “disponibilização prévia do serviço”, o que é eufemismo para dizer que se cobra pelos equipamentos viabilizadores do serviço.

Em cotejo com outros serviços públicos, como eletricidade, água e gás, o serviço de telefonia fixa residencial é muito peculiar. Isso porque, como regra, não se trata de serviço de consumo egoístico ou solitário, isto é, que se esgota na pessoa do consumidor individualizado.

Daí resultam duas conseqüências: a) na comunicação telefônica, dois consumidores distintos, ligados à mesma concessionária por contratos distintos, beneficiam-se simultaneamente de uma única prestação do serviço (a chamada

telefônica); b) sendo assim, a remuneração da fornecedora poderá se dar tanto por quem inicia a chamada (a regra), como por quem a recebe (ligação a cobrar).

Destaque-se que, mesmo nos casos em que os usuários não são ligados à mesma concessionária, a utilização da rede assegura a remuneração da empresa a que se vincula aquele que recebe a chamada (= interconexão).

Algo muito diverso se dá com eletricidade, água e gás: o meu consumo só a mim aproveita; conseqüentemente, ninguém se dispõe, exceto nos casos de filantropia ou subsídio público, a remunerar a prestação do serviço a terceiro.

Essas peculiaridades da natureza técnica da telefonia fixa ensejam, a meu juízo, sua classificação como *serviço de consumo ou benefício plurissubjetivo*, em oposição à classe majoritária do *serviço de consumo ou benefício unissubjetivo*. Naquele, o encontro do consumidor com seu fornecedor é, em regra, na companhia de outro ou outros consumidores. Nesta, ao revés, o consumidor espera que o fornecedor do serviço o atenda, de preferência melhor que aos outros, pois a natureza jurídica do objeto contratado admite a monopolização dos benefícios do serviço.

Chega-se, neste ponto, à seguinte conclusão: se é no pólo da chamada que comumente se remunera a concessionária de telefonia fixa no Brasil, cobrar pelo simples fato de manter um ponto apto a fazer ou receber chamadas viola a base do negócio jurídico em questão. Vale dizer, se um telefone não usado para fazer chamadas ainda assim permite a remuneração da concessionária pelas chamadas que recebe, como cobrar do consumidor-destinatário por tal “serviço”?

Necessário, então, concluir que a Anatel, ao admitir a cobrança pelo não-uso, faz vista grossa à distinção entre serviço e pressuposto técnico-material do serviço. Ter-se-ia aqui o renascimento, sob outra identidade, da “sobretarifa” da legislação anterior revogada, já não mais como um percentual direcionado a um terceiro alheio à relação jurídica-base (o Poder Público), mas em favor da própria concessionária, que embolsa o valor, com a agravante de que não se trata de percentual, mas de valor fixo.

4. Preço “fixado”: gênero de que são espécies o preço “obrigatório” e o “preço máximo”

Conforme estabelece o art. 106 da LGT, o valor previsto no contrato é apenas um teto sob o qual a concessionária tem total autonomia para a fixação da tarifa:

Art. 106. A concessionária poderá cobrar tarifa inferior à fixada desde que a redução se baseie em critério objetivo e favoreça indistintamente todos os usuários, vedado o abuso do poder econômico.

Art. 107. Os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

Em outras palavras, o legislador proibiu a prática de preços reduzidos de caráter individual ou que não tenham uma motivação inspirada na filosofia da lei. Deixou, porém, evidente sua abertura para descontos, inclusive os que eliminem por inteiro certas tarifas, desde que: a) não o façam de forma individual, mas atinjam toda uma categoria de consumidores (os de baixa renda, p. ex.); e b) não resultem de abuso do poder econômico. Naquela primeira hipótese, vislumbra-se o *critério da generalidade motivada*, que requer um pressuposto vinculante que seja socialmente justo; e, na segunda, temos o *critério da concorrência leal*.

Nesse sentido, o contrato firmado prevê expressamente a obrigação da empresa de buscar a prática de preços módicos (Cláusula n. 6.1, § 7º, do Contrato de Concessão, disponível no sítio da Anatel na rede mundial de computadores):

Cláusula 6.1. Constitui pressuposto da presente concessão a adequada qualidade do serviço prestado pela Concessionária, considerando-se como tal o serviço que satisfizer às condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas.

(...)

§ 7º O princípio da modicidade das tarifas será caracterizado *pelo esforço da Concessionária em praticar tarifas inferiores às fixadas pela Anatel*. (sem grifos no original).

Observa-se que o Poder Público não apenas admite que os preços fixados são um limite máximo de cobrança (*cap price*), como também prestigia o “esforço da Concessionária em praticar tarifas inferiores às fixadas”.

Disso decorre que o contrato de concessão não é o único elemento que deve ser observado na análise da tarifa e, com relação a isso, parece não haver dúvida, uma vez que não se discute que a LGT, como já vimos, trata especificamente de critérios a serem observados na fixação dos preços. Ademais, além da LGT, também o CDC restringe a aparente supremacia do contrato de concessão como determinante para a fixação da tarifa.

Com a devida vênia do e. Relator, não se pode, por tudo isso, valer-se do disposto no art. 9º, da Lei n. 8.987/1995, para ratificar qualquer conjunto tarifário adotado pelas concessionárias, uma espécie de Carta de Alforria para o administrador-regulador.

O Judiciário pode, e deve, apreciar as tarifas à luz do interesse social no amplo acesso ao serviço público (art. 2º, II, e art. 3º, I, da LGT), no respeito aos direitos do consumidor-usuário (arts. 5º e 127, da LGT) e no cumprimento da função social do contrato e do serviço de interesse coletivo (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, e 127, III, da LGT).

Em síntese, a cobrança de uma tarifa básica de telefonia, que seja independentemente do efetivo uso do serviço, não se sustenta, como veremos mais adiante, sob a análise ampla dos limites legais e constitucionais para a remuneração da concessionária, ainda que formalmente tenham sido observadas as cláusulas do contrato de concessão.

5. Análise da assinatura básica à luz da LGT e do CDC

O e. Relator tratou da assinatura básica sob dois prismas. Primeiro, discutiu sua legalidade no plano abstrato. Depois, cuidou de sua validade em face do CDC, para chegar à conclusão de que não havia onerosidade excessiva.

Passo à análise desses dois aspectos.

5.1 A assinatura básica à luz da LGT: o princípio da legalidade

Quanto ao tema, o Relator afirmou:

17. Não há ilegalidade na Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

18. A Resolução n. 42/2005 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

20. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

Não me incluo entre aqueles que entendem que a atividade normativa da Administração - seja em Decretos, seja em Resoluções - só é admitida no Direito Brasileiro quando a norma administrativa limitar-se praticamente a reproduzir o texto da lei aprovado pelo Parlamento. E, mais, que a atividade “regulamentar” *lato sensu* restringe-se à via do Decreto, decorrência do art. 84, IV, da Constituição Federal.

No geral, concordo com a Brasil Telecom quando aduz que “a Anatel tem competência para, de maneira geral, regular o setor de telecomunicações, inclusive com a previsão expressa deferindo-lhe a atribuição de expedir normas com o intuito de regulamentar o setor” (fls. 103).

No entanto, deve-se atentar para a necessidade de que os atos praticados pelas Agências Reguladoras nunca se distanciem das disposições legais e constitucionais pertinentes às atividades de sua competência, sob pena de violação do princípio basilar do Regime Jurídico-Administrativo, qual seja o *princípio da legalidade*.

O princípio da legalidade delinea as possibilidades de atuação da Administração Pública, direta e indireta, no cumprimento do interesse público, colocando na esfera das condutas contrárias ao ordenamento jurídico aquelas desprovidas de embasamento constitucional ou legal.

Esses traços característicos do princípio da legalidade foram analisados, com imensa pertinência, por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89-92):

No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões.

(...)

Portanto, a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direito de terceiros.

Assim, o princípio da legalidade não impede que o administrador, orientado pelas diretrizes genéricas e abstratas traçadas pela lei, dê visibilidade, consistência e particularidade a direitos e obrigações (muitas vezes estabelecidos originalmente pela própria Constituição) com ela compatíveis. Se é certo, como

alude a consumidora-assinante, em suas contra-razões, que “somente a lei pode criar, modificar ou extinguir direito” (fl. 128), não é menos correto que à Administração compete muitas vezes dar concretude e desdobrar os direitos e obrigações previamente estatuídos.

Nesse sentido, não se pode impugnar, no atacado, a Resolução n. 85/1988, da Anatel; ao julgador cabe o papel de identificar, no seu texto, as hipóteses de extrapolação dos poderes que lhe foram conferidos pelo legislador da LGT. Isso porque deve a Anatel em todos seus atos, sobretudo os de índole normativa, observar fielmente os princípios e fundamentos ético-jurídicos da lei-mãe que, no caso, conformam a garantia de acesso, a modicidade dos preços e o controle estatal rigoroso das empresas reguladas, para que as tarifas não se transformem em barreiras discriminatórias. Afinal, no mundo inteiro e no Brasil, o mantra repetido à exaustão é que as agências reguladoras devem sempre estar a serviço dos interesses do consumidor.

No campo dos serviços públicos - setor que afeta diretamente dezenas de milhões de brasileiros, e cujo objeto é normalmente associado a prestações imprescindíveis e insubstituíveis na sociedade moderna, tanto que o Estado Social chega a com eles se confundir -, só a lei, como regra, pode estabelecer as modalidades ou categorias de preços, ou, ainda, definir os serviços passíveis de cobrança de tarifa quando da concessão do serviço.

Às agências, e ao Poder Público em geral, até se pode atribuir a decisão final de fixação dos valores a serem cobrados, concretamente, por cada serviço em particular, bem como o controle dos percentuais de atualização. Mas nunca, pois aí se sairia fora da esfera de liberdade do administrador, a possibilidade de desdobrar, artificial ou camaleonicamente, a “cláusula geral de preço”, fazendo-lhe parir filhotes na forma de serviços inexistentes, não previstos em lei, com o desiderato de sobre eles prever novas modalidades de tarifas.

Numa palavra, a competência da Anatel, nesse ponto, é para fixar preços e tarifas dentro das modalidades ou categorias previamente estabelecidas em lei; jamais para criar, artificial, descuidada, ou maliciosamente, serviços inexistentes, não previstos na LGT e, a partir daí, admitir a cobrança por prestações que já integram o objeto da obrigação principal.

A tarefa do órgão regulador se resume, pois, na prática de ato *administrativo* de preenchimento monetário dos preços e tarifas pela prestação de serviço *legal e previamente* reconhecido: no caso dos autos, isso significa a prestação do serviço de *transmissão, emissão ou recepção por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer*

outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (art. 60, § 1º, da LGT). Nada mais.

Da análise atenta da LGT, extrai-se que a assinatura básica não vem prevista em nenhum lugar, aparecendo, originariamente, somente em atos infralegais.

Essa constatação é suficiente para demonstrar a flagrante violação do princípio da legalidade, tendo em vista que um ato normativo subalterno deve restringir-se aos limites da lei por ele regulamentada.

Assim, a chamada “tarifação em duas partes” - *rectius*, em “três” partes: tarifa de habilitação + tarifa de disponibilidade (assinatura básica) + tarifa de uso ou consumo efetivo - é, na verdade, a atribuição de preços diversos a um mesmo serviço, sem nenhum amparo legal.

E isso não se coaduna com a LGT.

Resta-nos agora analisar a compatibilidade da assinatura básica com as normas de defesa do consumidor.

5.2 A assinatura básica e os direitos do usuário-consumidor de telefonia: impossibilidade de cobrança pela simples oferta de serviço ou pelo não-uso

O e. Relator assim se manifestou sobre esse ponto:

21. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

22. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

23. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação.

26. Artigos 39, § 6º, I, III e V; e 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor que não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia.

A primeira questão a enfrentar é a da possibilidade de cobrança por um serviço apenas colocado à disposição do consumidor; bem como a sua compatibilidade com a Lei Geral de Telecomunicações e o Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, cobrança de tarifa de assinatura mensal desvinculada da quantidade de serviço utilizada pelo consumidor.

Utiliza-se como argumento de sustentação da cobrança o fato de que a simples disponibilização do serviço impõe custos às concessionárias e que estes deveriam ser remunerados por meio de mensalidade fixa, que atingisse indistintamente todos os assinantes.

A Brasil Telecom, nessa mesma linha, justifica a cobrança: “Assim o é, uma vez que por trás de um simples terminal telefônico, há toda uma intrincada estrutura de rede de telecomunicações interligada a inúmeras outras redes de telecomunicações que, em conjunto, percorrem toda a extensão do território brasileiro e conduzem aos pontos de interconexão com as demais redes telefônicas mundiais” (fl. 109).

Ora, seria o caso de perguntar por que as companhias aéreas ainda não descobriram essa mina de ouro. Afinal, estariam na mesma situação: para usar, *ipsis litteris*, as palavras da recorrente, pode-se dizer que “por trás de um simples avião, há toda uma intrincada estrutura de rede de aviação interligada a inúmeras outras redes de aviação, cujos aviões, em conjunto, percorrem toda a extensão do território brasileiro e conduzem aos pontos de interconexão com as demais redes de transporte aéreo mundiais”.

E continua a Brasil Telecom: “o verdadeiro serviço prestado pela Brasil Telecom S/A em contrapartida à percepção da tarifa de assinatura mensal é a possibilidade de o usuário ter a sua disposição, vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana, de forma exclusiva e ininterrupta, um terminal acoplado a uma linha telefônica que o permite fazer e receber chamadas quando lhe convier” (fl. 109). A defesa traz à memória o supermercado aberto 24 horas por dia; ou o serviço de táxi 24 horas, que também é exclusivo, no momento em que o consumidor o utiliza.

Esse raciocínio, tão engenhoso como falso, leva a crer que a cobrança da assinatura básica seria a única forma de remunerar os custos suportados pelas concessionárias para o oferecimento do serviço público. Contudo, não é o que ocorre. Aliás, viabilizar “a possibilidade de o usuário ter a sua disposição, vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana, de forma exclusiva e ininterrupta, um terminal acoplado a uma linha telefônica que o permite fazer e receber

chamadas quando lhe convier” é responsabilidade da empresa, decorrente da *obrigação de continuidade do serviço*, assim definida no art. 79, § 2º, da LGT:

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

Ademais, a LGT assegura, expressamente, ao consumidor o “direito à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais” (art. 3, VII). Inevitável perguntar: seria possível à concessionária, no plano técnico, prestar efetivamente os serviços de telefonia (e por eles cobrar), caso inexistissem 24 horas por dia, operando ininterruptamente, essa “intrincada estrutura de rede de telecomunicações interligada a inúmeras outras redes de telecomunicações que, em conjunto, percorrem toda a extensão do território brasileiro e conduzem aos pontos de interconexão com as demais redes telefônicas mundiais”?

Insisto no texto da Resolução n. 85/1998, da Anatel, segundo o qual a tarifa de assinatura consiste em pagamento pelo “direito à fruição contínua do serviço”. Muito bem. E a *obrigação de continuidade*, que é da base do negócio, tanto assim que o legislador se encarregou de dizer que “o descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanção de multa, caducidade ou decretação de intervenção” (art. 82)? Então se cobra por *dever inerente ao serviço*, pressuposto legal para o próprio funcionamento da empresa e para o contrato de concessão?

Na análise do modo de remuneração das empresas de telefonia deve-se atentar para as características específicas desse setor. Voltemos à classificação feita no início deste Voto, entre *serviço de consumo ou benefício plurissubjetivo* e *serviço de consumo ou benefício unissubjetivo*.

Nesse passo, repita-se que, ao contrário de outros serviços de consumo ou benefício individual (solitário), o serviço de telefonia deve ser entendido como um serviço de consumo de benefício solidário. Significa dizer que a concessionária de serviço público é remunerada sempre que há comunicação entre dois usuários (o que efetua a chamada paga), beneficiando-se, portanto, até mesmo da utilização passiva da linha telefônica (= recebimento de chamadas).

Tampouco se argumente, na esteira do exemplo extremado, que alguém, sobretudo uma pessoa com poucos recursos financeiros, terá um telefone em

casa e manterá seu número sigiloso pelo simples prazer de saber que, se um dia precisar utilizá-lo, lá ele estará. O mais razoável é crer que essa pessoa, mesmo que seja miserável (e, aqui, por dever de lealdade, confesso, se ainda for necessário, que é com esse miserável que mais me preocupo, em respeito à Constituição) fará chamadas na medida de seu orçamento, e terá todo o interesse em estimular que outros o chamem ou que aceitem suas ligações a cobrar. Neste último caso, custo zero para ele, mas remuneração para a concessionária!

Ressalte-se que o aumento do número de usuários potencializa o uso do sistema pelos demais (imagine-se, p. ex., as empresas de *telemarketing*). O uso será sempre pago por quem efetua a ligação. Em ambos os casos, a concessionária é remunerada toda vez que a linha for utilizada, ainda que “passivamente”. Em suma: haverá sempre alguém pagando pelo serviço realmente prestado.

Essa rede de usuários interligada pelo sistema de telefonia propicia à concessionária outras formas de remuneração que podem fazer frente, inclusive, aos custos de manutenção de sua infra-estrutura, sem violação dos direitos do consumidor.

Assim, a cobrança de assinatura básica não pode ser considerada o único modo de remuneração da concessionária por esse tipo de despesa. Trata-se, como já aludi, de verdadeira sobretarifa camuflada em tarifa, que viola os direitos do usuário-consumidor, notadamente o princípio do amplo acesso ao serviço, sem falar que vai de encontro à garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I, da LGT).

Nessa linha, vale transcrever a lição de Guilherme Ferreira da Cruz (*A ilegalidade da abusiva tarifa de assinatura mensal do serviço de telefonia fixa e o conseqüente direito à repetição do indébito*, in Revista de Direito do Consumidor n. 55, julho-setembro de 2005, p. 379):

É que – em sendo o preço formado pelo custo da produção/manutenção do produto/serviço, acrescido de uma margem de lucro – resta inviável à concessionária cobrar em separado do consumidor *outros* custos (não especificados nem, em geral, provados) decorrentes da *mesma* prestação de serviços (atos preparatórios), já remunerada pela medição dos pulsos ou por regra específica, se adicionais.

Pensar-se o contrário seria a consagração do *bis in idem*.

Clara como o sol que reluz, pois, a abusividade de cláusula contratual que obriga pelo pagamento de serviços sem a respectiva prestação –, até porque – utilizando ou não o mínimo de pulsos *franqueados* – o consumidor suportará

nova desvantagem exagerada quando do pagamento do preço cheio da *tarifa de assinatura* (sem compensação do excedente), o que também não se pode admitir.

A assinatura básica é uma forma de discriminação ao contrário, ao cobrar de ricos e pobres o mesmo valor e a mesma quantidade de pulsos/minutos, como se fossem iguais. Nisso, duplamente viola o art. 3º da LGT: inviabiliza o acesso de largas parcelas da população aos serviços de telefonia fixa residencial (inciso I) e discrimina “quanto às condições de acesso e fruição do serviço” (inciso II). Numa palavra, é o cavalo-de-tróia da exclusão digital.

Com efeito, a cobrança atua como fator de exclusão do acesso às telecomunicações, o que contrasta com os objetivos da LGT. Vejo aí um desequilíbrio entre a defesa dos interesses das concessionárias (a uma justa remuneração) e a dos interesses dos usuários (acesso ao serviço e tarifas módicas).

Note-se: não estou aqui pregando que se dê um calote nas concessionárias de telefonia, ou que se faça vista grossa ao direito que têm de manter a economicidade dos contratos firmados. O que estou dizendo é que a forma de remuneração utilizada, precipuamente centrada na assinatura básica, viola o princípio das tarifas e preços razoáveis, estampado na LGT, pois não pode ser chamada de razoável uma tarifa pública que enseja que se cobre menos pela ligação do rico à custa do pagamento, pelo pobre, por serviço não prestado. Há, aí, um subsídio implícito, uma externalidade socialmente injusta: o pobre que não quer ligar, porque não tem condições financeiras de fazê-lo, é, pela via transversa, obrigado a ligar (ficticiamente), fazendo com que se barateiem os minutos/pulsos dos ricos.

De fato, a cobrança de uma tarifa fixa das pessoas mais pobres, que pouco utilizam o serviço, acaba por representar um perverso e regressivo subsídio em favor dos mais ricos. Só o exercício, pela Anatel, de seu dever-poder de controlar e estruturar a política de preços, sempre assegurando a equação financeira dos contratos, tem condições de resolver essa distorção. É para isto, e só para isto (mesmo quando a atividade estatal fiscaliza a concorrência), que existe autoridade reguladora: para resguardar o consumidor, sobretudo os hipervulneráveis e os mais afastados - física, social e economicamente - do centro do mercado de consumo. Infelizmente, nem sempre o espírito da lei é confirmado pela prática da lei.

Nos meios acadêmicos, estudam-se há muito tempo as causas e o perfil das falhas do modelo estatal de controle da atividade econômica. Frutos da captura (= cooptação), do despreparo técnico, da deficiência de meios, da

ausência de independência ou do espírito leniente, esses abusos regulatórios (ativos e omissivos) não são uma novidade nem lá fora, nem aqui. Como indica George Stigler em artigo clássico, é comum que o setor econômico controlado busque, por iniciativa própria, a regulação estatal dos negócios jurídicos que realiza com seus consumidores. Não é de admirar, pois, que o resultado, nessas circunstâncias, nem sempre seja benéfico aos interesses dos sem-voz e vulneráveis: é a denominada regulação “adquirida”, chamada a si e pré-desenhada pela força e persistência do setor regulado (quando não criminosamente “comprada” com favores diretos e indiretos). Trata-se de esforço legiferante do setor regulado que, normalmente, compensa, pois o que sai daí é uma norma “elaborada e operada primariamente em seu benefício” (George J. Stigler, *The theory of economic regulation*, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n. 1, 1971, p. 3).

Nada de estranho há, portanto, no fato de que, não obstante seu discurso de proteção do consumidor, a Anatel, aqui e acolá, acabe por sucumbir a interesses poderosos, que se opõem, frontalmente, à sua missão legal de tutela dos assinantes. *In casu*, como pôde a Agência, no momento de edição de normas que estabelecem ônus para os assinantes não previstas expressamente na LGT, ignorar por inteiro o conteúdo e o espírito do Código de Defesa do Consumidor? Confira-se, p. ex., o que dispõe o seu art. 39 (grifei):

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

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

(...)

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

(...)

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

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

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

De tudo o que foi dito até o momento, extrai-se que a cobrança da assinatura básica é abusiva e viola os direitos do consumidor.

Com efeito, espero ter sido capaz de demonstrar que a cobrança:

a) obriga o usuário a adquirir uma franquia de pulsos, independentemente do uso efetivo, condicionando, assim, o fornecimento do serviço, sem justa causa, a limites quantitativos (art. 39, I, do CDC);

b) constitui vantagem exagerada, pois “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence” (art. 51, § 1º, I, do CDC), notadamente, o princípio do amplo acesso ao serviço, a garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I, da LGT) e a vedação da discriminação (art. 3º, III, da LGT);

c) mostra-se excessivamente onerosa (art. 51, § 1º, III) ao impor o pagamento de quantia considerável (mais de 10% do salário-mínimo: e isso simplesmente pela oferta) ao assinante que utiliza muito pouco o serviço público; e

d) importa desequilíbrio na relação contratual (art. 51, § 1º, II, do CDC), já que, ao mesmo tempo que onera excessivamente o usuário, proporciona arrecadação extraordinária às concessionárias (*cerca de treze bilhões de reais por ano*, conforme consta da página eletrônica da Anatel).

Desse modo, a todas as luzes, a cobrança da assinatura básica revela-se insustentável.

6. O edital da licitação, o contrato de concessão e a fixação de tarifas

Quanto a este ponto, de novo é útil a transcrição literal das conclusões do e. Relator (grifos meus):

7. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.

8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.

9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.

10. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (...)”.

11. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.

12. *A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 1/1998) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas.*

13. *As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.*

14. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.

15. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista.

16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.

O e. Relator inicia seu voto argumentando que “a norma referida no art. 9º da Lei n. 8.987, de 1995, autoriza a fixação da tarifa do serviço público concedido no momento em que o contrato de concessão é firmado, obedecendo-se ao preço contido na proposta vencedora da licitação.”

A partir daí, o Ministro José Delgado entende que “o negócio jurídico firmado entre a recorrente e a Anatel, contrato de concessão, obedecendo ao previsto no edital, autoriza a cobrança mensal da assinatura básica.”

Com todo o respeito, e s.m.j., cabe esclarecer que, no caso de que se cuida, os valores estabelecidos para a tarifa não foram determinados por “proposta vencedora da licitação”. Isso porque o modelo de desestatização estabelecido pelo Poder Público previa a concessão do serviço à empresa que oferecesse o maior valor pela outorga, tendo sido prefixado, pelo Poder Concedente, o valor máximo das tarifas referentes à prestação do serviço telefônico fixo comutado.

Ademais, o Edital MC/BNDES n. 1/1998 mencionado pelo o e. relator, Ministro José Delgado, como um dos pilares do seu voto, refere-se à concessão relativa a empresas do sistema Telebrás, controladas pelo Governo Federal, o que não era o caso da concessionária de que tratam os autos (Brasil Telecom - CRT).

No caso da Brasil Telecom - CRT - *nunca houve licitação pelo Governo Federal*, pois o serviço era prestado por uma empresa anteriormente controlada pelo Governo do Rio Grande do Sul (CRT).

Desse modo, a Agência Reguladora estabeleceu as tarifas, nos termos do art. 103, § 4º, da LGT:

§ 4º Em caso de outorga sem licitação, as tarifas serão fixadas pela Agência e constarão do contrato de concessão.

Sem edital e sem licitação, o contrato de concessão não pode ser interpretado isoladamente, como única fonte a regular a fixação do preço público. Como bem lembra o professor, e hoje Ministro do STF, Eros Roberto Grau, “a interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. (*Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3a edição, item XVIII, São Paulo, Malheiros, 2005, grifos no original).

Tudo para se enfatizar que o art. 103, § 4º, não é o centro de gravidade da LGT, pois é no dever de garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I), acima referido, que se encontra o coração pulsante do microsistema sob análise. Vale dizer, enquanto o art. 103, § 4º, é uma norma técnica de implementação, de aplicabilidade restrita aos casos de falta de licitação, o art. 2º, I, aparece como norma principiológica, de caráter ético-político e, por conseguinte, primária em relação àquela, que lhe é secundária ou derivada.

As normas de proteção dos sujeitos vulneráveis devem ser interpretadas em seu favor – *favor debilis* –, não se admitindo que levem à criação, direta ou indireta, de obrigações, especialmente pecuniárias, não previstas expressamente

no texto legal. Tanto mais quando a própria lei se encarrega de reconhecer a necessidade de a essas pessoas se dar um tratamento benéfico, ao mencionar a “redução das desigualdades sociais” (art. 5).

Entender de maneira diversa seria chancelar como legal, e insindicável pelo Judiciário, uma tarifa absurdamente alta, um conjunto tarifário socialmente injusto, ou valores que inviabilizem o acesso ao serviço público por determinadas faixas da população. É a negação, pela porta dos fundos, do dever de universalização, previsto expressamente na lei!

No que tange à telefonia fixa residencial, a LGT somente alberga a distinção entre a) serviço de telefonia *stricto sensu* e b) serviço de telefonia de valor adicionado (art. 60, § 2º). Não é lícito à Anatel inovar nesse quadro, com repercussão no padrão tarifário. Na linha do que atrás defendemos, cabe ainda mencionar que o art. 103, § 4º, da LGT não é uma “carta branca” para que qualquer regime tarifário fixado no contrato de concessão seja válido.

Mesmo que o contrato de concessão seja formalmente observado, isso não significa uma tarifa jurídica e socialmente aceitável. Caso os preços praticados não sejam razoáveis (art. 2º, I, da LGT) ou inviabilizem o acesso ao serviço público por parcela da população (art. 2º, II, e art. 3º, I, da LGT), haverá ilegalidade e, como consequência, espaço para a atuação jurisdicional.

7. Do contrato de adesão

O e. Relator argumenta que “o consumidor, ao firmar o contrato com a concessionária, tem pleno conhecimento da qualidade dos serviços prestados e de sua disponibilidade, pelo que, atendidos estão os requisitos do art. 6º, II, do CDC.”

Contudo entendo não ser possível afirmar, *a priori*, que a adesão voluntária ao serviço e o conhecimento das regras de cobrança pelo consumidor/usuário inviabilizam a discussão quanto à abusividade da tarifa de assinatura básica. Abusividade de prática comercial ou cláusula contratual não é sinônimo de desconhecimento das obrigações por um dos contratantes. Rigorosamente falando, a pior forma de abuso, na fórmula aberta dos arts. 39 e 51 do CDC, ocorre quando, conhecendo e abominando a abusividade da cláusula contratual, o consumidor nada pode fazer, exceto contratar: pegue por inteiro ou largue por inteiro, diz-se.

O respeito aos consumidores impõe a desconsideração de cláusulas contratuais que se revelem abusivas e onerem excessivamente a parte

economicamente mais frágil da relação jurídica. Controlar abusividade não é novidade no Judiciário brasileiro, mesmo antes do CDC, como atesta a investigação de fundo já se fazia costumeiramente dos valores da cláusula penal.

Ora, nos contratos de massa, como é o caso da prestação de serviços de telefonia, a liberdade de pactuação é muito limitada, senão nula. Registre-se, ainda, que se está diante de um monopólio de fato, ou, na melhor das hipóteses, um duopólio ou oligopólio de fornecedores, o que não permite ao consumidor ampla margem de escolha na contratação de um serviço que, enfatize-se, tem natureza pública e demanda do Judiciário maior rigor na sua atividade de controle, legalmente determinada.

Acima indicamos que a Teoria Política e a Economia estudam, há tempos, a tendência à “captura”, direta ou indireta, das agências reguladoras pelo setor regulado, em virtude de diversos fatores, dentre outros a rotatividade dos quadros técnicos entre as esferas pública e privada, a dependência das informações produzidas pelo mercado. Nesse contexto, o controle judicial torna-se ainda mais relevante e necessário.

Desse modo, não se pode afirmar a legitimidade da cobrança de assinatura básica pelo simples fato de os usuários terem aderido ao contrato imposto pela concessionária.

8. E o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro?

De todo o exposto, percebe-se que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão não serve à defesa da assinatura básica. Pelo contrário, abre as portas da discussão do tema sem que se possa apontar, como óbice à incursão jurisdicional, o argumento *ad terrorem* de risco de colapso na prestação do serviço ou impossibilidade do cumprimento das obrigações pelas empresas.

Assim o é porque a manutenção de uma cobrança fixa, independentemente do uso efetivo do serviço, nada tem a ver com a justa remuneração da concessionária. E se tiver, nada impede que, no âmbito do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a Anatel reestruture a base tarifária, como já o fez em outras oportunidades, inclusive com a troca do sistema de pulsos por um outro baseado em minutos.

O certo é que a Anatel e as concessionárias não estão sujeitas, por laço umbilical cuja remoção significará a morte da atividade econômica, a um

modelo tarifário no qual quem não consome ou não quer consumir, por não ter condições financeiras, subsidia a tarifa daqueles que, podendo consumir e pagar, pagam menos em razão desse dreno de recursos das camadas menos aquinhoadas. A Anatel, após os necessários estudos técnicos, bem poderá entender que, para simultaneamente manter o equilíbrio econômico-financeiro e ajustar a política tarifária com base na justiça social, cabe aumentar a tarifa do minuto da telefonia fixa, das ligações interurbanas ou internacionais, ou ainda promover outra medida econômico-financeira de compensação.

Evidentemente, inexistindo tarifa básica, a empresa valer-se-á de outro meio para cobrir seus custos, na forma da lei, e auferir o retorno do capital investido, desde que não se infrinjam os princípios delineados pela LGT e pelo CDC. É justo que o faça.

O que se afirma é que eventual decisão favorável ao consumidor na presente demanda, que reduza a receita da concessionária, não significa negar à empresa a justa remuneração pelos serviços prestados.

Pelo contrário, refina-se essa remuneração, adequando-a aos ditames do Direito Brasileiro e da justiça social à medida que se afasta uma cobrança injusta e regressiva que, já observamos, representa um odioso subsídio financeiro tirado dos mais pobres em favor dos que podem suportar os custos da telefonia fixa.

Da forma como se põe hoje, a política tarifária perpetrada no País acaba por ter um efeito discriminatório, vale repetir novamente, privilegiando os mais ricos em detrimento dos mais pobres, que não podem arcar com o pagamento de valor fixo, exigido pela simples manutenção passiva da linha. Por essa via, nega-se o acesso às telecomunicações a boa parte da população brasileira, incapaz de arcar com os elevadíssimos custos da franquia. Perpetua-se, assim, a exclusão digital.

De uma tarifação socialmente justa, compatível com os objetivos constitucional e legalmente estabelecidos, espera-se que promova exatamente o oposto do que atualmente ocorre. O pagamento recebido daqueles que mais utilizam os serviços de telefonia deve ser capaz de remunerar, de maneira a preservar a equação econômico-financeira do contrato, todos os custos suportados pelas concessionárias na disponibilização aos brasileiros de um serviço que, cada vez mais, é considerado essencial.

9. Conclusão

Concluo, desse modo, que a cobrança da assinatura básica:

a) é ilegal, por não estar prevista e autorizada pela LGT, havendo, *in casu*, violação do princípio da legalidade pela Anatel ao prevê-la em Resolução;

b) mesmo que ausente a desconformidade com a LGT, viola o art. 39, I, do CDC, ao obrigar o usuário a adquirir uma franquia de pulsos (a consumir), independentemente do uso efetivo, condicionando, assim, o fornecimento do serviço, sem justa causa, a limites quantitativos;

c) também infringe o CDC pois constitui vantagem exagerada, uma vez que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence” (art. 51, § 1º, I, do CDC), notadamente, o princípio do amplo acesso ao serviço, a garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I, da LGT) e a vedação da discriminação (art. 3º, III, da LGT);

d) mostra-se excessivamente onerosa (art. 51, § 1º, III, do CDC) ao impor o pagamento de quantia considerável (cerca de 10% do salário mínimo só pela *oferta* do serviço, lembre-se!) ao assinante que pouco utiliza muito o serviço público em questão; e

e) importa desequilíbrio na relação contratual (art. 51, § 1º, II, do CDC), já que, ao mesmo tempo que onera excessivamente o usuário, proporciona arrecadação extraordinária às concessionárias (cerca de treze bilhões de reais por ano, conforme consta da página eletrônica da Anatel).

Diante do exposto, peço vênha ao e. Relator para abrir a divergência e *negar provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Sr. Presidente, ouvimos uma bela aula, como sempre costuma acontecer, do eminente Ministro Herman Benjamin. Um voto que contém, a meu ver, sérias propostas de alteração do sistema de prestação de serviços. Um voto que deve ser pensado, analisado pelos formuladores da política brasileira para o sistema de telecomunicações.

Não obstante já se terem passado cinco meses desde que proferi meu voto, no que fui acompanhado pelo voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, sintetizo-o, porque ele é composto de vinte e cinco páginas. Apenas pontuarei.

Primeiro, um aspecto que fiquei profundamente preocupado. Essa preocupação me acenou agora, e chamo a atenção do Ministério Público - chamar atenção no sentido de apenas despertar para o tema. O eminente Ministro afirmou, categoricamente, que este contrato com a Brasil Telecom foi feito sem licitação - improbidade administrativa praticada pelo poder público. Ouvimos e está registrado nas notas taquigráficas. Não estamos analisando esse fato, mas foi aqui afirmado e é um fato muito grave. Muito grave, porque, depois de tantos anos que foi estabelecido o contrato de concessão, detecta-se, repito o que o eminente Ministro afirmou, que esse contrato foi feito sem licitação.

Confesso que estou profundamente preocupado com esse registro que aqui foi feito. Como não estamos julgando, passo-o ao Ministério Público, que tão bem vem zelando pela Lei de Improbidade Administrativa deste País.

Segundo, o eminente Ministro fez uma comparação que também me deixou preocupado, com relação à possibilidade de as empresas de aviação se utilizarem dessa medida, de as empresas de aviação começarem a cobrar de seus usuários - efetivos ou em potencial - uma espécie de taxa para que os aviões estejam à sua disposição.

Assim, poderíamos dizer que as empresas de ônibus, também os taxistas e todas as empresas poderiam se colocar à disposição. Preocupo-me porque, se as empresas assim agirem, as empresas de aviação terão que colocar um avião dentro do meu jardim - se é que a minha casa tem jardim -; as empresas de ônibus terão que colocar um ônibus no meu jardim, os taxistas terão que ficar à disposição na porta da minha casa para que eu possa fazer uso quando eu bem entender. A meu ver, estamos no campo da chamada impossibilidade da concretização desse negócio jurídico.

Outras preocupações tenho quando o eminente Ministro Relator afirmou, categoricamente, que não existe lei determinando a flexibilidade da cobrança da assinatura básica. Fiquei preocupado e fui conferir o que está na ementa do meu voto - remuneração tarifária tem o seu fundamento no art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal. Verifiquei se realmente eu omitira, mas está presente no art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal, que a política adotada pela sua cobrança depende de lei, a começar da Constituição Federal autorizar a fixação de tarifas.

O artigo 2º, II, da Lei n. 8.987, que regulamenta o art. 175 da Constituição Federal, decidiu o regime de concessão e permissão da prestação de serviços

públicos exigindo que o negócio bilateral a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja obrigatoriamente por licitação.

É essa, Excelência e Ministério Público, na pessoa do Subprocurador, a minha preocupação pelo que foi dito.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Terceiro:

O art. 9º da Lei n. 8.987/1995

(...) efetuassem as suas propostas.

Tanto as empresas públicas como as empresas não-públicas estão subordinadas a essa regra. As empresas não-públicas nada mais são do que delegadas de prestação de serviços públicos, tanto é que se submetem. As empresas não-públicas e as empresas privadas concessionárias, constituídas em regime público de Direito Privado, ao aderirem a esse tipo de negócio jurídico e ao consumarem esse tipo de negócio jurídico, estão rigorosamente subordinadas às regras de Direito Público para prestação de serviços públicos, inclusive no campo da responsabilidade civil.

Na ementa do meu voto, afirmo:

As disposições do edital de licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.

Essas normas não foram questionadas; esses dispositivos não foram afastados do nosso ordenamento jurídico por inconstitucionalidade; nenhuma das pessoas legitimadas pela Constituição Federal interpôs ADIn com os dispositivos aqui mencionados, nem as normas do edital de licitação foram questionadas para o expurgo dessa causa.

No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que:

Para manutenção do direito de uso (...) franquia de noventa pulsos.

Só passa a pagar além das tarifas se exceder essa franquia que foi utilizada. Digo ainda na ementa que:

Essa tarifa mensal de assinatura básica
(...)
garantindo a franquia de noventa pulsos.

Afirmo que não há ilegalidade na Resolução n. 85, de 30.12.1998, resolução que está em vigor há quase dez anos, ao definir no seu inciso XXI:

Tarifa ou preço de assinatura. Valor de
(...) fruição contínua do serviço.

Recordo-me de que, na ocasião do voto que aqui proferi, se o usuário não quiser utilizar-se dessa comodidade de fruir continuamente do serviço, não faz o contrato de assinatura. O contrato é que o serviço de telefone fique à sua disposição. O usuário pode muito bem não firmar esse contrato e utilizar-se dos famosos orelhões. À meia-noite, de madrugada, se quiser telefonar, sai de sua casa, vai ao orelhão e telefona; está dispensado totalmente da assinatura básica. Existe um serviço que está à disposição dos usuários; sabemos que hoje há orelhões em quase todas as ruas. Se preferir, o usuário faz o contrato e tem aquele telefone à sua disposição devidamente funcionando e com direito também de reclamar.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Se há qualquer interrupção, se aquele telefone não está emitindo sinais necessários para um bom serviço, um simples ruído do telefone permite ao usuário imediatamente acionar os serviços de manutenção que são colocados permanentemente disponíveis aos usuários. Observem V. Ex^{as}. que é uma opção do usuário para firmar um negócio jurídico, uma liberdade de contratar.

Digo ainda:

A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que autoriza desde que prevista no edital e no contrato de concessão.

Como é o caso nos autos.

Conferi há pouco tempo que esse inciso VII do art. 93 até agora permanece sem revogação em nosso ordenamento jurídico e sem nenhuma ADIn contestando a sua validade e eficácia no campo constitucional.

Digo ainda:

A obrigação do usuário de pagar tarifa mensal pela assinatura dos serviços decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente do contrato de concessão com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.

Como V. Ex^{as.} estão a observar, há todo um arcabouço jurídico de modo sistematizado, uniforme, harmônico, amparando a cobrança da assinatura básica nesse tipo de prestação de serviço. Repito: arcabouço jurídico que continua íntegro no que se refere à sua validade constitucional.

Depois, o eminente Ministro Herman Benjamin me honrou citando trechos da minha ementa no que falo sobre o conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor, quando digo que envolve cobrança ilícita. Não é ilícita porque é amparada em lei, lei que está em pleno vigor. Não é excessiva porque é dentro da possibilidade do serviço, é uma compatibilidade entre o serviço oferecido e o valor mensal cobrado. Não é possibilitadora de vantagem desproporcional porque, para analisarmos a possibilidade de haver essa vantagem, precisava de uma perícia para que fosse realizada essa perícia e demonstrasse primeiramente a ilicitude, demonstrasse a excessividade da cobrança e demonstrasse que esse valor cobrado pela empresa é um valor que dá um lucro profundamente desproporcional e não permitido.

Segundo, não é incompatível com os princípios da boa-fé, com todas as vênias. A cobrança é apoiada em leis absolutamente transparentes, em editais absolutamente transparentes, nos quais há a publicidade íntegra não somente para as empresas, como também para todos os usuários. Também não viola o princípio da equidade, que só se aplica quando não há regramento específico; essa é a regra do nosso ordenamento jurídico. Esses valores, que são negativos, não estão presentes na situação em exame; pelo contrário, estão presentes os valores negociais, harmônicos com o ordenamento jurídico e sem nenhum extrapolamento.

Lembro aqui que o STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma. Se a água foi usada ou não, se o esgoto foi usado ou não, permite-se a cobrança dessa tarifa mínima para que o serviço possa estar à disposição para o funcionamento quando o usuário bem entender.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Cito precedentes do STJ e do STF.

Lembro, ainda, por último, os fundamentos que o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, na Primeira Turma, na Medida Cautelar n. 10.235-PR, expôs sobre a matéria, seguindo linha de pensamento em que me inspirei para desenvolver outras idéias dessa área.

Por último, afirmo expressamente que os arts. 39, § 6º, incisos I, III e V, e 51, §§ 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica no serviço de telefonia.

Sr. Presidente, é essa apenas uma síntese que faço do meu voto, em que desenvolvo todas as idéias em 25 páginas e de que peço licença aos ilustres integrantes desta Seção para não fazer a leitura, mas cuja cópia acabei de distribuir.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, ouvi atentamente o brilhante voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, mas concordo nesse particular com a Sra. Ministra Eliana Calmon no sentido de que a cognição do Superior Tribunal de Justiça é referente à legislação infraconstitucional.

O voto de S. Exª inicia-se pelos princípios constitucionais que são de sindicância do egrégio Supremo Tribunal Federal, muito embora apenas como debate, numa valoração desses princípios, entendo que o princípio da livre iniciativa e outros como o da valorização do trabalho humano poderiam encartar o argumento de S. Exª para legitimar os serviços que no caso são prestados, tanto mais que o Estado não é mais aquele Estado mínimo, mas o Estado que intervém, descentraliza-se, faz concessões. Os termos pactuados nessas concessões - já chegamos a essa conclusão na Corte Especial - são muito importantes, porque aumenta inclusive o risco Brasil o descumprimento das mesmas.

É que a empreitada é submetida a uma concessão e, posteriormente, modifica-se o panorama sem a ingerência da cláusula *rebus sic stantibus*, por interpretação jurisprudencial cujo escopo é trazer segurança jurídica, e resta por gerar a incerteza e a insegurança jurídica.

Gostaria de aliar-me ao voto do Sr. Ministro José Delgado no sentido de que a tarifação obedece à legalidade estrita. A questão situa-se no âmbito do Direito Administrativo em que a legalidade estabelece tudo aquilo o que podemos fazer e não aquilo que podemos fazer se não houver lei que exclua. Nesse particular, todos os atos, toda a legislação citada, Lei Geral de Telecomunicações, as resoluções da Anatel, estão hígidos, e não houve declaração de inconstitucionalidade, de sorte que, muito embora tenha apreciado muitíssimo o voto de S. Ex^a, o conteúdo do seu voto seria muito bem encartado em uma ação de descumprimento de preceito ou em uma ação de declaração de inconstitucionalidade, mas não na apreciação da legislação infraconstitucional, mesmo à luz da Constituição.

Como o Sr. Ministro José Delgado esclareceu, há uma regra específica de estabelecimento de concessão de tarifa básica, e, se assim não fosse, como somos um Tribunal de jurisprudência, temos que zelar pela uniformização de jurisprudência. A nossa própria Corte Especial estabeleceu que o impedimento de cobrança da tarifa de assinatura básica residencial é suscetível de ocasionar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado entre usuário e a concessionária e entre esta e o poder concedente.

Evidentemente que, no caso, se trata desse aspecto. A legalidade está imbricada com a necessidade que a própria Lei n. 8.666/1993 já dispõe sobre a equação econômico-financeira do contrato. Em relação à Lei Geral de Telecomunicações e ao Código de Defesa do Consumidor, são duas leis especiais que convivem, não se revogam, cada uma com o seu objeto, em razão da própria matéria sobre o que dispõem.

No tocante aos fundamentos que V. Ex^a utilizou, creio que foi nesse sentido que a Ministra Eliana Calmon quis se referir, são fundamentos insindicáveis pelo Superior Tribunal de Justiça, quer os fundamentos constitucionais, quer os fundamentos infraconstitucionais, porque S. Ex^a fez uma valoração técnica e econômica de quanto é que seria uma tarifa apropriada e não abusiva, o que nos levaria a uma incursão da matéria fático-probatória.

Por fim, concludo que, conforme ficou assentado no precedente da Corte Especial, a tarifa básica incumbe-se de disponibilizar serviços, oferece inúmeros serviços efetivamente utilizáveis, mantém o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, por fim, visa evitar que se possa, através do Poder Judiciário, que este atue como legislador positivo, estabelecendo aquilo que é da - digamos assim - competência exclusiva do administrador público por meio da regulação,

o que implicaria até mesmo uma invasão de uma cláusula pétrea da harmonia e independência dos Poderes.

Com esses argumentos, elogiando o empenho revelado no voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, peço *venia* para acompanhar o Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial.

Presidente o Sr. Ministro Francisco Falcão

Relator o Sr. Ministro José Delgado

1ª Seção - 24.10.2007

Nota Taquigráfica

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Eliana Calmon: O recurso especial da **Brasil Telecom S/A** busca reconhecer a legalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica mensal, com substrato na Lei Geral de Telecomunicações – Lei n. 9.472/1997, Resoluções da Anatel, em harmonização com o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Partindo dos princípios gerais que norteiam a repartição de competências constitucionais entre as entidades que compõem o Estado Brasileiro, optou a Constituição Federal de 1988 por conferir a exploração do serviço de telecomunicações à União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, tendo em vista a predominância do interesse geral de toda a população brasileira. A previsão está contida no seu art. 21, XI.

Após a EC n. 8/1995, passou a Carta Constitucional a exigir um regime especial de organização desses serviços, que incluiu a edição de lei especial para regulamentação dos serviços e de outros aspectos institucionais e a criação de um órgão regulador para o setor de telefonia.

Com base nesse dispositivo constitucional, foi editada a Lei Geral de Telecomunicações, Lei n. 9.472/1997, que passou a organizar de maneira completa o serviço de telecomunicações e criou, como órgão regulador do sistema, a Agência Nacional de Telecomunicações, a Anatel (art. 8º), submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, bem como autonomia financeira (art. 8º, § 2º).

Dentre suas atribuições, no que toca à regulação do serviço de telecomunicações e fiscalização das empresas concessionárias, sempre visando o interesse público e o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, cabe-lhe (art. 19 e incisos):

- implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;
- expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;
- editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;
- celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;
- *controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;*
- administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;
- editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;
- *expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;*
- *expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;*
- expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;
- expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;
- expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;
- deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

- compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;
- reprimir infrações dos direitos dos usuários;
- exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade;

No art. 19, diz a lei que compete à Anatel adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, podendo:

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

A mesma lei trouxe, como princípios fundamentais para organização dos serviços de telecomunicações, deveres ao Poder Público e direitos aos usuários dos serviços.

Os poderes-deveres atribuídos ao Poder Público (Anatel) são os seguintes (art. 2º):

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

Vê-se, logo de início, que a Anatel detém o poder-dever de fiscalização e regulação do setor de telefonia em relação às empresas concessionárias e permissionárias, o que inclui o papel de controle sobre a fixação e o reajuste das tarifas cobradas do usuário dos serviços de telefonia, a fim de, dentro dessa linha principiológica, garantir o pleno acesso às telecomunicações a toda a população em condições adequadas e com tarifas razoáveis.

Diga-se, por oportuno, que esses são mecanismos perfeitamente comuns, habituais e válidos de intervenção do Poder Público sobre a prestação do serviço dos quais é titular, encontrando respaldo em boa parte da doutrina administrativista pátria.

Tem-se, por outro lado, também como princípio do sistema, que, fixada a tendência regulatória do Estado sobre o sistema, incumbe-lhe, ainda, fornecer condições para que seja obtido o desenvolvimento do setor, o que significa que, uma vez delegada a prestação dos serviços à iniciativa privada, deve o Poder Público assegurar às empresas concessionárias e permissionárias condições para que possam encontrar no equilíbrio econômico-financeiro dos seus contratos a oportunidade para o reinvestimento no próprio setor, a fim de propiciar o desenvolvimento tecnológico e industrial das telecomunicações no país, em ambiente competitivo.

Dentro desse enfoque é que cabe a esta Corte Superior definir sobre a validade e sobre a razoabilidade da cobrança da tarifa de assinatura básica pelas empresas que atuam nesse setor.

Pois bem, apesar de o setor de telefonia ser regulado por lei específica, a Lei Geral de Telecomunicações, há também outras regras que, com esta, podem e devem ser conjugadas para se buscar uma solução à questão.

De fato, o art. 175, parágrafo único, inciso III, da CF/1988 estabelece que a lei disporá sobre a prestação de serviços públicos, sob o regime de concessão e permissão, devendo prever o regime das empresas, o caráter especial dos contratos e suas condições, o direito dos usuários, a *política tarifária* e a obrigação de manter o serviço adequado.

A fim de regulamentar essa norma constitucional, veio à lume a Lei n. 8.987/1995, que, ao disciplinar o regime de concessões e permissões de serviços públicos, previu, quanto à *política tarifária*, as seguintes normas:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei n. 9.648, de 1998).

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Art. 12. (Vetado)

Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Assim, a despeito do poder-dever regulatório do Estado sobre as tarifas de telefonia, exercitado através da Anatel, tem-se que a fixação das tarifas devidas em retribuição ao serviço prestado pelas concessionárias ocorre no ato de concessão, com a celebração do contrato público, precedido do indispensável procedimento de licitação, sempre buscando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É o que também dispõem os arts. 88, 89, I, e 93, VII, da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), *verbis*:

Art. 88. As concessões serão outorgadas mediante licitação.

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis;

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão;

Frise-se que, em nenhum momento, a legislação estabelece regra específica quanto à quantidade de tarifas ou quanto aos limites dessa cobrança, deixando ao prudente arbítrio da Anatel o papel de regulação e fiscalização dos serviços de telefonia fixa e móvel, como se pode ver dos arts. 105 e 109 da mesma lei:

Art. 105. Quando da implantação de novas prestações, utilidades ou comodidades relativas ao objeto da concessão, suas tarifas serão previamente levadas à Agência, para aprovação, com os estudos correspondentes.

Parágrafo único. Considerados os interesses dos usuários, a Agência poderá decidir por fixar as tarifas ou por submetê-las ao regime de liberdade tarifária, sendo vedada qualquer cobrança antes da referida aprovação.

Art. 109. A Agência estabelecerá:

I - os mecanismos para acompanhamento das tarifas praticadas pela concessionária, inclusive a antecedência a ser observada na comunicação de suas alterações;

II - os casos de serviço gratuito, como os de emergência;

III - os mecanismos para garantir a publicidade das tarifas.

Pois bem, dentro do seu papel, a Anatel baixou a Resolução n. 85/1998, aprovando o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado.

A definição do que seja tarifa de assinatura vem disposta no seu art. 3º, inciso XXI, da seguinte forma:

Art. 3º Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

XXI - Tarifa ou Preço de Assinatura: valor de trato sucessivo pago pelo Assinante à Prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço;

Em diversos outros dispositivos desse regulamento, estão previstos critérios técnicos tanto para permitir a cobrança da tarifa básica quanto para assegurar ao usuário padrões mínimos e compatíveis de acessibilidade e utilização do serviço telefônico e obrigando, ainda, as prestadoras a dar publicidade aos seus planos de serviços (vide Capítulo VII - Dos Planos Básico e Alternativo de Serviço e o Regime Tarifário).

Estão ali previstos, ademais, os critérios para a elaboração dos contratos de serviço a serem entabulados entre as prestadoras e os usuários, cujos modelos são obrigados a passar pela prévia aprovação da Anatel (art. 48, § 1º).

Já no art. 52 consta que o valor, a forma de medição e os critérios de cobrança dos serviços prestados serão estabelecidos nos Planos de Serviço, conforme regulamentação específica.

Por sua vez, a cobrança das tarifas de assinatura básica, em valores mensais (tarifas básicas), vinha prevista nas Portarias n. 217 e n. 226, ambas de 3 de abril de 1997, editadas pelo Ministro de Estado das Comunicações, as quais servem de base para a cobrança relativa à assinatura básica (plano básico de serviço local) constante do item n. 2.2 do Anexo n. 3, contrato padrão, como abstraído pelo acórdão recorrido.

Em resumo, a previsão contratual de cobrança da assinatura básica pelas concessionárias, por força da sistemática de regulação introduzida pela EC n. 8/1995, somente pode ser feita com o respaldo e com a autorização da Anatel.

Outra questão que deve ser considerada é a que diz respeito à compatibilidade entre o sistema de regulação dos serviços públicos de titularidade do Estado prestados de forma indireta e o de proteção e defesa do consumidor.

Na verdade, o sistema de regulação das concessões não foi concebido para colidir com o sistema de proteção do consumidor, podendo ambos coexistirem de forma harmônica, inclusive servindo este como sistema complementar ao primeiro.

Isso porque a Lei n. 8.987/1995, que regula o regime de concessões e permissões de serviços públicos, afirma expressamente, no seu art. 7º, a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, prevendo direitos aos usuários.

No mesmo passo, o CDC, em seu art. 6º, inciso X, também afirma serem direitos básicos do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

A Lei Geral de Telecomunicações, como já afirmado, contém diversos dispositivos abrangendo direitos aos usuários do serviço de telecomunicações, inclusive, com expressa referência ao sistema de proteção e defesa do consumidor, podendo ser citados, por exemplo, os arts. 3º, XI; 5º e 19, XVIII.

Nessa linha, salientam Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA (**Tarifas dos Serviços de Telecomunicações e Direitos do Consumidor**. Fórum Administrativo – v. 2, n. 1. Belo Horizonte: Ed. Fórum, p. 1.021, agosto de 2002) que “no caso de defesa do consumidor a legislação prevê regras de conteúdo amplo, fazendo uso quase sempre de conceitos vagos ou indeterminados. Quando sua aplicação recai sobre área não regulamentada, como ocorre na maioria das vezes em matéria de atividades econômicas, o conceito genérico é posto diretamente a disciplinar situações concretas, cabendo ao aplicador da legislação de proteção ao consumidor enquadrar ou não o caso concreto na hipótese genérica.”

Em suma, esclarecem os autores que a interação entre ambos os sistemas é tão válida que somente poder-se-ia falar em ofensa ao sistema de defesa do consumidor no caso em que houvesse desrespeito, por parte das concessionárias, das regulamentações editadas pelos órgãos reguladores, como se pode ver do seguinte trecho conclusivo da obra citada:

Portanto, a interação entre os dois sistemas regulatórios envolvidos (o de proteção ao consumidor e o de telecomunicações) leva à conclusão de que a violação de regras de proteção ao consumidor, relacionadas ao modo de cobrança pela prestação do serviço, somente poderia ser imputada às prestadoras se houvesse desobediência, por parte destas, das regras especificamente editadas pelo Poder Público (Ministério das Comunicações e, posteriormente, Anatel) para disciplinar o assunto.

Por fim, não se pode perder de vista que esses serviços públicos são prestados, na atualidade, por empresas privadas que recompõem os altos investimentos realizados no ato da concessão com o valor recebido dos usuários, através dos preços públicos ou tarifas, sendo certa a existência de um contrato estabelecido entre concessionária e usuário, de onde não ser possível a gratuidade de tais serviços.

Assim como não pode a concessionária deixar de fornecer o serviço, também não pode o usuário se negar a pagar o que consumiu ou pela disponibilidade do tronco telefônico na comodidade do seu lar, sob pena de se

admitir o enriquecimento sem causa, com a quebra do princípio da igualdade de tratamento das partes.

À prestadora do serviço exige-se fornecimento de serviço continuado e de boa qualidade, respondendo ela pelos defeitos, acidentes ou paralisações, pois é objetiva a sua responsabilidade civil, como claro está no parágrafo único do art. 22 do CDC.

Entendo que não há como aceitar a idéia de não ser exigida uma contraprestação por parte dos consumidores pela comodidade de ter um ramal telefônico à sua disposição na sua própria residência, podendo livremente fazer e receber chamadas a partir desse ponto a qualquer hora do dia ou da noite. Não pode esse ônus ser assumido unicamente por quem fez enormes investimentos para oferecer tais serviços à população e conta com a obtenção de uma receita compatível com os custos desses investimentos, em ambiente inteiramente regulado pelo órgão público legitimado.

Com essas considerações, acompanho o relator, Ministro José Delgado.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente, peço vênias ao Sr. Ministro Herman Benjamin para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Relator invocou um precedente da Primeira Turma, de que fui Relator, em uma cautelar, em que, ainda provisoriamente, afirmamos a legitimidade da cobrança. A cobrança da tarifa mínima compõe a estrutura do preço do serviço. O serviço de telefonia é também ofertado sem a tarifa mínima, nos telefones públicos e em outras modalidades. Para serviços residenciais, oferecidos de forma contínua, cômoda e permanente, de maneira fixa, se estabeleceu essa estrutura tarifária, levando em consideração também o custo dessa modalidade de serviço.

Não há ilegitimidade dessa cobrança. Acompanho o relator. É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira: Sr. Presidente, tivemos hoje momentos relevantes no julgamento do presente recurso especial. O voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, de cuidadosa fundamentação, aborda conceitos

jurídicos todos eles merecedores do nosso respeito, sobretudo a preocupação com os aspectos sociais, tendo em vista o excesso que poderá ocorrer na cobrança das tarifas pelas concessionárias. Por outro lado, a complementação do voto anteriormente proferido pelo Sr. Relator, o Ministro José Delgado, trouxe diversos argumentos que rebateram, em grande parte, os argumentos apresentados pelo Sr. Ministro Herman Benjamin.

Detenho-me na análise da matéria pertinente à chamada “assinatura básica”, referida nos autos pelo nome técnico específico, dentro de um subsistema, focalizando-a dentro de um subsistema específico criado pela Lei Geral de Telecomunicações que, por seu turno, atribui à Anatel a competência para a disciplina das questões técnicas sobre essa matéria.

Essa agência reguladora estabeleceu normas e diretrizes. A Anatel tem atribuições para regular, supervisionar e fiscalizar as concessionárias de telefonia. Até o momento, nunca se manifestou contra esses alegados excessos.

Os questionamentos trazidos pelo voto-vista certamente serão examinados pelo Ministério Público que poderá, oportunamente, submeter à própria Anatel a ocorrência de eventuais abusos.

Há uma cobrança de assinatura básica estipulada em dez reais. Não sei se seria o preço justo ou se deve, ou não, existir. Restrinjo-me a constatar o fato de que uma agência reguladora, que tem poderes legais para disciplinar essa matéria, até o momento, vem autorizando a referida cobrança. Nossa análise é limitada pelo meio processual. No âmbito de um recurso especial, não podemos aprofundar em certas matérias e questionamentos, como é o caso da formação de preços, porque envolve a análise de custos, de alta complexidade, a envolver conhecimentos até matemática financeira. Fico nessa constatação.

Embora louve o brilhante esforço, porque, realmente, tivemos momentos que me levaram a reflexões profundas e preocupações com o muito do que foi dito no voto de S. Ex^a, peço vênia para me acostar ao voto do Sr. Ministro Relator porque, a meu ver, fez uma análise tecnicamente irrepreensível e dentro do que se espera do exame de um recurso especial. Assim, os limites em que está posta a matéria trazida a nosso exame submete-se a limites dos quais não podemos nos afastar.

Com essas breves considerações, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pela *Brasil Telecom S/A* em face de *Camila Mendes Soares*, que tem por controvérsia subjacente a validade da chamada “assinatura básica mensal”.

Como pude depreender do extenso e erudito voto do Min. José Delgado, o especial da concessionária de serviços de telefonia fixa comutada, que está fundado nos permissivos **a** e **c** do art.105, inciso III, CF/1988, busca afrontar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa aponta a abusividade da cobrança da assinatura básica: (fls. 88):

Apelação cível. Ação declaratória. Direito do Consumidor. Assinatura básica mensal. Telefonia fixa.

Abusividade da exigência de contraprestação por serviço não prestado. Nulidade absoluta em face da qual não se fala em ato jurídico perfeito.

Condicionamento quantitativo indevido; nulidade - CPC, 39, I.

Ausência de previsão legal à cobrança e prevalência das disposições da Lei n. 8.078/1990, de ordem pública.

Devolução na forma simples.

Prequestionamento inviável.

Demanda procedente.

Apelo provido. Unânime.

Transcrevo, a seguir, excerto do voto do relator, que resume os argumentos arrazoados pela recorrente:

a) o acórdão recorrido vergastou as competências da Anatel, legal e constitucionalmente instituídas, negando cabalmente vigência ao art. 19 da Lei Geral das Telecomunicações. Violou, também, os arts. 105 e 109 dessa lei, tanto no que se refere à necessidade de chancela pela Agência do valor cobrado a título de tarifa quanto ao seu poder/dever fiscalizador;

b) o aresto de segundo grau, ao aplicar o Código de Defesa do Consumidor para afastar a tarifa básica mensal, considerando-a abusiva no contrato, infringiu o próprio diploma legal, em seu art. 7º. Os direitos previstos no *Codex Consumerista* não excluem aqueles decorrentes da legislação ordinária preexistente: a Lei Geral das Telecomunicações;

c) a tarifa mensal de assinatura básica não é voltada apenas à cessão de linha ou de terminal telefônico, mas também à infra-estrutura fornecida, indispensável à fruição dos serviços que presta. A operadora incorre nesses custos quando

disponibiliza o acesso ao serviço de telefonia ao cliente, independentemente da intensidade do uso que fará;

d) o usuário tem à disposição, de forma exclusiva e ininterrupta, um terminal acoplado a uma linha telefônica que lhe permite fazer e receber chamadas quando lhe convier;

e) o art. 52 da Resolução n. 85 da Anatel, autoriza a cobrança da tarifa de assinatura;

f) somente cabe a repetição do indébito quando demonstrado o erro do pagamento voluntário, nos termos do atual art. 877 do Código Civil.

Na esteira do que foi relatado, manifestou-se a recorrida em contra-razões (fls. 121-131).

O Min. José Delgado, ao estilo da ementa de seu voto, deu provimento ao recurso especial. A ementa é extensiva e fornece os elementos necessários à compreensão da vertente decisória adotada pelo relator:

Recurso especial. Ação anulatória c.c. repetição de indébito. Serviço de telefonia. Cobrança de "assinatura básica residencial". Natureza jurídica: tarifa. Prestação do serviço. Exigência de licitação. Edital de desestatização das empresas federais de telecomunicações MC/BNDES n. 1/1998 contemplando a permissão da cobrança da tarifa de assinatura básica. Contrato de concessão que autoriza a mesma exigência. Resoluções n. 42/2004 e n. 85/1998, da Anatel, admitindo a cobrança. Disposição na Lei n. 8.987/1995. Política tarifária. Lei n. 9.472/1997. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte admitindo o pagamento de tarifa mínima em casos de fornecimento de água. Legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia. Provimento do recurso especial.

1. Cuidam os autos de ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito ajuizada por Camila Mendes Soares em face de Brasil Telecom S/A objetivando obstar a cobrança da chamada "assinatura mensal básica" e a sua devolução em dobro. Sentença julgou improcedente o pedido. A autora interpôs apelação e o TJRS deu-lhe provimento à luz do entendimento segundo o qual é abusiva a exigência de contraprestação por serviço não fornecido, inexistir previsão legal para a cobrança e ter aplicação ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial da operadora indicando violação dos arts. 3º, IV, 5º, 19, VII, 63, 83, 93, II, III, IX, e 103 da Lei n. 9.472/1997; 3º, 48 e 52 da Resolução n. 85 da Anatel; 7º da Lei n. 8.078/1990 e 877 do Código Civil/2002, além de divergência jurisprudencial com julgados oriundos do TJMG. Sustenta, em suma, que os direitos previstos no CDC não excluem os decorrentes da legislação ordinária preexistente: a Lei Geral das Telecomunicações; que a tarifa mensal não é voltada apenas à cessão de linha ou de terminal telefônico,

mas também à infra-estrutura fornecida; que o art. 52 da Resolução n. 85 da Anatel, autoriza a cobrança da tarifa de assinatura; e somente cabe a repetição do indébito quando demonstrado o erro do pagamento voluntário, nos termos do atual art. 877 do Código Civil.

2. Recurso especial conhecido pela letra **a** do inciso III do art. 105 da CF, bem como pela divergência.

3. Matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança pela recorrente da assinatura mensal básica para prestação de serviços telefônicos, amplamente debatida. Divergência demonstrada.

4. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal.

5. A prestação de serviço público não-obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa.

6. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei.

7. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.

8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.

9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.

10. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (...)”.

11. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.

12. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 1/1998) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas.

13. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.

14. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.

15. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista.

16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.

17. Não há ilegalidade na Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

18. A Resolução n. 42/2005 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.

20. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

21. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

22. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

23. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassem essa quantificação.

24. Precedentes do STJ garantindo o pagamento de tarifa mínima: REsp n. 759.362-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29.6.2006; REsp n. 416.383-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.9.2002; REsp n. 209.067-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 8.5.2000; REsp n. 214.758-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 2.5.2000; REsp n. 150.137-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27.4.1998, entre outros. Idem do STF: RE n. 207.609-DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19.5.1999.

25. Precedente do STJ, em medida cautelar, sobre tarifa de assinatura básica em serviço de telefonia:

Processual Civil. Medida cautelar. Antecipação da tutela recursal. Recurso especial pendente de admissão no Tribunal de origem. Aplicação, por analogia, das Súmulas n. 634 e n. 635 do STF. Serviço de telefonia fixa. Tarifa de assinatura básica.

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas n. 634 e n. 635, em casos excepcionais, em que estiverem conjugados os requisitos (a) da verossimilhança das alegações (= probabilidade de êxito do recurso interposto) e (b) do risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado, esta Corte vem admitindo o cabimento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo ou a antecipar tutela em recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem.

2. No caso, milita em favor da requerente a presunção de legitimidade dos atos normativos e administrativos que dão suporte à cobrança da tarifa de assinatura básica dos serviços de telefonia (verossimilhança das alegações). A supressão da cobrança, por medida liminar, compromete cláusula financeira do contrato de concessão do serviço, pesando sobre a requerente o risco maior da improvável e difícil reversibilidade da situação (risco de dano).

3. Pedido deferido.

(MC n. 10.235-PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.8.2005).

26. Artigos 39, § 6º, I, III e V; e 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor que não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia.

27. Recurso especial provido para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada.



Em mesa o recurso, o relator foi acompanhado antecipadamente pelo Min. João Otávio de Noronha, que subministrou as razões nele contidas.

Após, pediu vista antecipada o Min. Herman Benjamin, que suscitou a divergência, apresentando voto que repudiou o especial.

Encontro-me em condições de proferir meu sufrágio, o que faço nesse momento.

É, no essencial, o relatório.

O recurso, quanto aos aspectos formais inerentes à sua admissibilidade, está plenamente hábil a ser conhecido no STJ por ambos os permissivos constitucionais.

O prequestionamento foi realizado de modo pleno, em duas modalidades, a explícita e a implícita.

A divergência jurisprudencial é notória. O problema da assinatura básica apresenta-se como um dos mais tormentosos dissídios pretorianos da atualidade, abarrotando juizados, juízos e Tribunais, sob diversos fundamentos, mas todos convergindo para o cerne da controvérsia aqui vertida: *a validade da cobrança desse valor dos usuários dos serviços de telefonia fixa comutada.*

Portanto, acompanho o relator e conheço do recurso.

Impõe-se o enfrentamento do mérito da causa.

Assim o farei, não sem deixar de lado aspectos essenciais da demanda que tocam a função político-jurídica desta lide, o modelo regulatório em Telecomunicações e a vocação constitucionalmente estabelecida para o Superior Tribunal de Justiça.

Ao meu sentir, o ponto de saliência deste recurso é a opção do Superior Tribunal de Justiça entre manter o modelo regulatório das telecomunicações no Brasil, da forma como foi estruturado na Constituição de 1988, após a Emenda n. 8/1995, ou abrir, em definitivo, o campo destinado à regulação aos influxos do processo de *judicialização da vida.*

Ora, modelo regulatório, em todos os países que adotaram o modelo anglo-americano, é a fórmula síntese entre os extremos anteriormente experimentados nas sociedades industriais: o *absenteísmo estatal* e o *regime de monopólio-oligopólio do Estado nas atividades econômicas de infra-estrutura.* Tem-se o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 95-96) denominou de um exemplo perfeito de novos referenciais democráticos na gestão de interesses públicos. Regular é emitir regras, assegurar seu cumprimento e reprimir infrações (ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 24).

A prerrogativa de baixar normas pelos órgãos de regulação, as ditas agências, segundo seu peculiar modelo teórico-normativo, tem por característica alheiar-se da tutela administrativa (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *In*: MOARES, Alexandre de. (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 139-140). Com essa nota característica, emerge uma opção ideológica do legislador: a intangibilidade da função regulatória aos diferentes titulares da soberania. Pensou-se em um modelo que primasse pela visão do equilíbrio econômico-financeiro e pela não-transitoriedade do planejamento dos serviços regulados. Os humores políticos, as maiorias legislativas, as intenções momentâneas de agradar o eleitorado deveriam ser variáveis excluídas da equação regulatória.

As relações entre o regulador e o regulado deveriam ser estatuídas com suporte na segurança jurídica, na estabilidade dos pactos e na previsibilidade das ações. Assim o fazendo, eliminar-se-iam os custos gerais econômicos do serviço, o que, em última análise favoreceria a todos os usuários. É nesse sentido que aos entes regulatórios outorgou-se o controle das tarifas, em ordem a assegurar a conservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In*: MOARES, Alexandre de. (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 114-115. p. 119-120).

No caso específico das telecomunicações, a Emenda Constitucional n. 8, de 16 de agosto de 1995, que alterou o art. 21, XI, da Constituição determinou fosse criado um “*órgão regulador*” para a regulação desses serviços.

A leitura desse texto constitucional, conjugado com as emanações dogmáticas, reconduz a três conclusões essenciais para o julgamento deste recurso:

a) a Agência Nacional de Telecomunicações é uma agência qualificada *constitucionalmente*, o que a situa em um *locus* normativo especial, diferentemente de outros órgãos que não mereceram as atenções específicas do constituinte derivado.

b) a Agência Nacional de Telecomunicações detém a primazia e a exclusividade na regulação dos serviços de telecomunicações. Como a doutrina há apontado, tratou-se de uma radical opção do constituinte derivado ao mencionar a “criação de **um** órgão regulador”. Transcrevo excerto dogmático que aprofunda esse tópico:

Veja-se o problema sobre outro aspecto. O art. 21 da Constituição Federal define ser atribuição da pessoa jurídica de direito público interno titular da soberania nacional, a União, “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais” (inciso XI).

A citada norma constitucional foi alterada pela Emenda Constitucional n. 8, de 15.8.1995, para permitir que lei específica (a indicação alude aos “termos da lei”) regesse os serviços de telecomunicações e, com maior destaque, ao fim de possibilitar a instituição de um órgão regulador. Não se cuidou de órgão regulador, o que, numa interpretação extensiva, permitiria imaginar a divisão desse mister com outro plexo. Tratou-se de *um* órgão regulador, a significar a concentração desses misteres em um único ente, tamanha sua interferência em um dos mais importantes setores da vida econômica nacional. É lícito concluir, portanto, que admitir seja estabelecido outro agente regulador (sob a forma de autarquia especial), além do já existente, é inconstitucional. Cabível seria, *v.g.*, mudar a estrutura jurídica da Anatel. No entanto, ao lume do art. 21, inciso XI, nenhum outro ente poderá assenhorar-se, mesmo em condomínio funcional, das já amplas atribuições daquela agência. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. O regime jurídico-constitucional da radiodifusão e das telecomunicações no Brasil em face do conceito de atividades audiovisuais. A inconstitucionalidade do anteprojeto de lei que cria a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual - Ancinav. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 170, p. 287-309, abr./jun., 2006. p. 294-295).

c) O poder normativo da Anatel tem caracteres de autonomia. Ao regular, a Anatel ocupa um limbo legislativo deixado propositadamente pelo regime constitucional das agências, como uma metafórica renúncia de soberania em nome das vantagens advindas do controle técnico dos serviços de infra-estrutura. Como bem salientado no voto do Min. José Delgado há reconhecimento dessa autonomia pelo próprio STJ, na ADIn n. 1.668-5.

Essa delegação legislativa para os órgãos regulatórios justifica-se pela necessidade típica de setores específicos, relacionados à infra-estrutura, energia e comunicações, que demandam regras de eminentemente técnicas, cuja atualização pudesse ser freqüente e periódica, de molde a evitar que a obsolescência normativa não prejudicasse a prestação dos serviços (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 117).

As Resoluções da Anatel, mencionadas no voto do e. relator, contém essa finalidade e estão assentadas na Lei Geral de Telecomunicações e na própria Constituição de 1988.

O relator, em um apurado raciocínio, construiu a tese de que a habilitação do Serviço de Telefonia Fixa Comutada, a vulgarmente conhecida assinatura básica, atenderia a uma contraprestação pela comodidade advinda do serviço fruído no domicílio do usuário.

Não chego a tanto. Baseio-me na idéia mais genérica de que a feitura da equação tarifária é atribuição administrativa da Agência. Só poderia o Poder Judiciário interferir em casos excepcionais, de gritante abuso ou desrespeito aos procedimentos formais de criação dessas figuras. Carece o Poder Judiciário de mecanismos suficientemente apurados de confronto paritético às soluções identificadas pelos expertos da Agência reguladora.

Há não muito tempo, esta Corte manteve a autoridade da Anatel, de seus regulamentos e dos contratos firmados com as prestadoras de serviços de telecomunicações, ao manter os índices de correção tarifária pactuados.

A Corte Especial do STJ, no AgRg na *Suspensão de Liminar n. 57-DF*, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJ 6.9.2004, manteve a decisão do Presidente que acolheu a tese da Agência Reguladora e conservou o índice do IGPDI para a correção das tarifas de telefonia fixa comutada. Nos termos do voto-condutor, a intervenção do Judiciário “exibe potencial suficiente a provocar lesão à economia pública, indo de encontro ao interesse público, gerando, portanto, lesão à ordem pública administrativa”.

Finalmente, tem-se o problema da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da teoria da onerosidade excessiva (art. 51, § 1º, II, do CDC).

O relator, em uma aproximação de figuras jurídicas, afastou essa argumentação e comparou a assinatura básica à tarifação mínima no serviço de fornecimento de água, que é amplamente aceita por esta Corte. Como dito pelo relator, “o STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação”. O Min. José Delgado cita, a propósito, dezenas de prejudgados: “REsp n. 759.362-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29.6.2006; REsp n. 416.383-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.9.2002; REsp n. 209.067-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 8.5.2000; REsp n. 214.758-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 2.5.2000; REsp n. 150.137-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ

27.4.1998, entre outros. *Idem do STF: RE n. 207.609-DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19.5.1999.*”

Sobre esse capítulo do recurso, creio que é necessário estabelecer uma premissa antecedente.

Há, neste Tribunal e em diversos juízos brasileiros, uma plethora de ações que tocam o problema do tensionamento das regras de Direito do Consumidor e as regras de outras províncias jurídicas, como o Direito Administrativo ou o Direito Civil.

No campo da regulação de serviços de telecomunicações, a questão assume contornos ainda mais perturbadores.

Em grande medida, a responsabilidade por essa zona cinzenta é atribuível à doutrina especializada. Por se dedicar ao estudo de uma área com grandes interesses econômicos imediatos, as Telecomunicações, a dogmática setorial mantém-se alheia a problemáticas mais sensíveis, como a Metodologia Jurídica, a Filosofia do Direito e a Teoria do Direito. Esses temas só freqüentam os livros sobre regulação como berloques ou enfeites, que conferem algum verniz ao estudo publicado. Nada, porém, de se definir tecnicamente pontos essenciais como se *há estatuto científico próprio ao Direito das Telecomunicações* ou se *existem princípios especiais e afetos a esse Direito*.

Ora, se essa matéria fosse analisada com o rigorismo científico, não se chegaria ao absurdo de se confrontar as normas de Direito do Consumidor com as regras fundadas no Direito das Telecomunicações, como as ora debatidas neste recurso especial. A cobrança de assinatura básica é tema alheio às relações de consumo, quando se observa que seu fundamento é o regime tarifário advindo da delegação normativa à Anatel, por força da Constituição, e concretizado em regulamentos, editais de licitação e em contratos de concessão. A empresa operadora do STFC - Serviço de Telefonia Fixa Comutada não exige esses quantitativos com base em direito seu, mas, como decorrência da equação econômico-financeira que lastreia seu vínculo com a Administração Pública.

O Direito do Consumidor qualifica as relações jurídicas entre usuários e operadoras naquilo que não for objeto de regulação ou quando a regulação extrapolar os limites *científicos* do Direito das Telecomunicações e passar a invadir a órbita daquela província. A cobrança indevida de ligações não efetuadas é questão nitidamente consumerista. A exigência da assinatura básica, por seu turno, é tema específico da regulação dos serviços de telecomunicações.

Ante o exposto, tenho, como definido no sufrágio do Min. José Delgado, que o acórdão do TJRS negou vigência aos dispositivos federais indicados, devendo ser provido o recurso especial.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 983.501-RS (2007/0205707-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Rosalina Luiza Camillo Cislaghi

Advogado: Luciane Santin

Recorrido: Brasil Telecom S/A

Advogado: Bianca Galant Borges e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processo Civil e Direito Administrativo. Violação do art. 535 do CPC. Súmula n. 284-STF. Inexistência de violação dos arts. 165, 458, II, e 515 do CPC. Serviço de telecomunicações. Telefonia fixa. Tarifa de assinatura básica.

1. Aplicável a Súmula n. 284-STF no que diz respeito a indicação de violação do art. 535 do CPC, quando o recorrente aponta omissão em torno de tese que nada tem a ver com a controvérsia.

2. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 515 do CPC, se o acórdão do Tribunal de origem decide questão jurídica valendo-se de fundamentação adequada, com menção dos dispositivos de lei federal pertinentes à matéria.

3. De acordo com o art. 21, XI, da CF/1988 e com a Lei n. 9.472/1997 - Lei Geral de Telecomunicações, a Anatel detém o poder-dever de fiscalização e regulação do setor de telefonia em relação às empresas concessionárias e permissionárias, o que inclui o papel de controle sobre a fixação e o reajuste das tarifas cobradas do usuário dos serviços de telefonia, a fim de, dentro dessa linha

principiológica, garantir o pleno acesso às telecomunicações a toda a população em condições adequadas e com tarifas razoáveis.

4. Nos termos do art. 175, da CF/1988 e da Lei Geral de Concessões, Lei n. 8.987/1995, a fixação das tarifas devidas em retribuição ao serviço prestado pelas concessionárias ocorre no ato de concessão, com a celebração do contrato público, precedido do indispensável procedimento de licitação, sempre buscando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

5. A despeito disso, não existe regra específica quanto à quantidade de tarifas ou quanto aos limites dessa cobrança, deixando a Lei Geral de Telecomunicações ao prudente arbítrio da Anatel o papel de regulação e fiscalização dos serviços de telefonia fixa e móvel.

6. A cobrança da assinatura básica mensal está prevista na Resolução n. 85/98 da Anatel e nas Portarias n. 217 e n. 226, de 3 de abril de 1997, editadas pelo Ministro de Estado das Comunicações, nas quais são observados critérios técnicos tanto para permitir a cobrança da tarifa básica quanto para assegurar ao usuário padrões mínimos e compatíveis de acessibilidade e utilização do serviço telefônico e obrigando, ainda, as prestadoras a dar publicidade aos seus planos de serviços.

7. Não existe incompatibilidade entre o sistema de regulação dos serviços públicos de titularidade do Estado prestados de forma indireta e o de proteção e defesa do consumidor, havendo, ao contrário, perfeita harmonia entre ambos, sendo exemplo disso as disposições constantes dos arts. 6º, inc. X, do CDC, 7º da Lei n. 8.987/1995 e 3º, XI; 5º e 19, XVIII, da Lei n. 9.472/1997.

8. Os serviços públicos são prestados, na atualidade, por empresas privadas que recompõem os altos investimentos realizados no ato da concessão com o valor recebido dos usuários, através dos preços públicos ou tarifas, sendo certa a existência de um contrato estabelecido entre concessionária e usuário, de onde não ser possível a gratuidade de tais serviços, o que inclui a disponibilidade do “tronco” telefônico na comodidade do lar dos usuários, cobrado através do plano básico mensal.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 18.12.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

Apelação cível. Ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito e antecipação de tutela. Serviço de telefonia fixa. Tarifa básica. Cobrança prevista em lei e contrato de concessão.

Preliminar

A Anatel, como mera agência reguladora de serviços, assim como a União Federal, não tem responsabilidade jurídica para responder ação proposta contra a legalidade de tarifa cobrada pela concessionária do serviço. Precedentes do STJ.

Mérito

A cobrança de tarifa referente à assinatura básica mensal é prevista no contrato de prestação de serviços firmado entre o usuário e a Brasil Telecom, bem como no contrato firmado com a Anatel, que possui a competência legislativa e administrativa acerca dos serviços de telecomunicação. Assim, diante da previsão contratual, inexistente ilegalidade e abusividade em sua cobrança, que é decorrente de toda infra-estrutura oferecida pelo acesso à rede de comunicação.

(fl. 153).

Aponta o recorrente violação dos arts. 165, 458, II, 515, 535 do CPC, 39, V, 51, IV, e 6º, III, do CDC, 5º e 6º da Lei n. 9.472/1997, 6º e 7º da Lei n. 8.987/1995, 421, 422, 964, 971 do Código Civil, sustentando que a cobrança de

assinatura básica mensal não é devida porque a empresa de telefonia somente pode cobrar os serviços que presta.

Quanto ao art. 535 do CPC, sustenta que houve omissão em torno do aspecto referente às provas produzidas, no que pertine à comprovação da faixa de segurança no local do acidente, bem como a aferição de culpa, por força do art. 186 do NCC (fl. 187).

Alega que o acórdão deixou de mencionar os dispositivos de lei que fundamentaram a decisão e de examinar a questão federal suscitada em apelação, fato que representaria ofensa aos arts. 165, 458, II, e 515 do CPC.

Sustenta ainda que o pagamento mensal efetuado pelo consumidor traduz enriquecimento ilícito da empresa Brasil Telecom; que a cobrança não é feita tendo em consideração o princípio da proporcionalidade; que a mera disponibilidade do serviço não gera obrigação de pagar; que não há como argumentar que a tarifa diz respeito à fruição contínua do serviço, pois o recorrente, para fluir deles, já pagou pela habilitação e instalação da linha; que deve ser observada a função social do contrato e a boa-fé nas relações de consumo bem como os princípios da modicidade e da uniformidade; que destituída de valor é a alegação de que na tarifa básica mensal estariam embutidas não só as ligações efetivamente realizadas, mas também índice relativo aos investimentos e à manutenção de toda infra-estrutura colocada à disposição dos usuários, pois tudo isso deveria vir discriminado, nos termos do que dispõe o CDC; que a incidência de assinatura básica mensal não viola apenas o CDC, mas também a Lei de Telecomunicação, já que esta dispõe que é direito do usuário ser informado adequadamente sobre a prestação de serviço, tarifas e preços.

Com contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, no que diz respeito à alegação de que o acórdão recorrido deixou de mencionar os dispositivos de lei que deram embasamento à sua decisão, observo que o Tribunal de origem bem fundamentou seu entendimento, inclusive fazendo menção a dispositivos de lei concernentes à controvérsia, motivo pelo qual não há falar em qualquer deficiência na prestação jurisdicional nem em violação dos arts. 165, 458, II, e 515 do CPC.

Com relação ao art. 535 do CPC, entendo aplicável a Súmula n. 284-STF, tendo em vista que o recorrente aponta omissão em torno de tese que nada tem a ver com o tema em discussão.

No mérito, prequestionados ainda que implicitamente as teses em torno dos dispositivos tidos por violados, conheço do recurso especial interposto, o qual busca reconhecer a ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica mensal, com substrato na Lei Geral de Telecomunicações - Lei n. 9.472/1997, Resoluções da Anatel, em harmonização com o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Partindo dos princípios gerais que norteiam a repartição de competências constitucionais entre as entidades que compõem o Estado Brasileiro, optou a Constituição Federal de 1988 por conferir a exploração do serviço de telecomunicações à União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, tendo em vista a predominância do interesse geral de toda a população brasileira. A previsão está contida no seu art. 21, XI.

Após a EC n. 8/1995, passou a Carta Constitucional a exigir um regime especial de organização desses serviços, que incluiu a edição de lei especial para regulamentação dos serviços e de outros aspectos institucionais e a criação de um órgão regulador para o setor de telefonia.

Com base nesse dispositivo constitucional, foi editada a Lei Geral de Telecomunicações, Lei n. 9.472/1997, que passou a organizar de maneira completa o serviço de telecomunicações e criou, como órgão regulador do sistema, a Agência Nacional de Telecomunicações, a Anatel (art. 8º), submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, bem como autonomia financeira (art. 8º, § 2º).

Dentre suas atribuições, no que toca à regulação do serviço de telecomunicações e fiscalização das empresas concessionárias, sempre visando o interesse público e o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, cabe-lhe (art. 19 e incisos):

- implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;
- expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

- editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;
- celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;
 - *controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;*
- administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;
- editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;
 - *expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;*
 - *expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;*
- expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;
- expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;
- expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;
- deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;
- compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;
- reprimir infrações dos direitos dos usuários;
- exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade.

No art. 19, diz a lei que compete à Anatel adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, podendo:

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

A mesma lei trouxe, como princípios fundamentais para organização dos serviços de telecomunicações, deveres ao Poder Público e direitos aos usuários dos serviços.

Os poderes-deveres atribuídos ao Poder Público (Anatel) são os seguintes (art. 2º):

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

Vê-se, logo de início, que a Anatel detém o poder-dever de fiscalização e regulação do setor de telefonia em relação às empresas concessionárias e permissionárias, o que inclui o papel de controle sobre a fixação e o reajuste das tarifas cobradas do usuário dos serviços de telefonia, a fim de, dentro dessa linha principiológica, garantir o pleno acesso às telecomunicações a toda a população em condições adequadas e com tarifas razoáveis.

Diga-se, por oportuno, que esses são mecanismos perfeitamente comuns, habituais e válidos de intervenção do Poder Público sobre a prestação do serviço dos quais é titular, encontrando respaldo em boa parte da doutrina administrativista pátria.

Tem-se, por outro lado, também como princípio do sistema, que, fixada a tendência regulatória do Estado sobre o sistema, incumbe-lhe, ainda, fornecer condições para que seja obtido o desenvolvimento do setor, o que significa que, uma vez delegada a prestação dos serviços à iniciativa privada, deve o Poder Público assegurar às empresas concessionárias e permissionárias condições para que possam encontrar no equilíbrio econômico-financeiro dos seus contratos a oportunidade para o reinvestimento no próprio setor, a fim de propiciar o desenvolvimento tecnológico e industrial das telecomunicações no país, em ambiente competitivo.

Dentro desse enfoque é que cabe a esta Corte Superior definir sobre a validade e sobre a razoabilidade da cobrança da tarifa de assinatura básica pelas empresas que atuam nesse setor.

Pois bem. Apesar de o setor de telefonia ser regulado por lei específica, a Lei Geral de Telecomunicações, há também outras regras que, com esta, podem e devem ser conjugadas para se buscar uma solução à questão.

De fato, o art. 175, parágrafo único, inciso III, da CF/1988 estabelece que a lei disporá sobre a prestação de serviços públicos, sob o regime de concessão e permissão, devendo prever o regime das empresas, o caráter especial dos contratos e suas condições, o direito dos usuários, a *política tarifária* e a obrigação de manter o serviço adequado.

A fim de regulamentar essa norma constitucional, veio à lume a Lei n. 8.987/1995 e, ao disciplinar o regime de concessões e permissões de serviços públicos, previu, quanto à *política tarifária*, as seguintes normas:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei n. 9.648, de 1998).

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Art. 12. (Vetado)

Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Assim, a despeito do poder-dever regulatório do Estado sobre as tarifas de telefonia, exercitado através da Anatel, tem-se que a fixação das tarifas devidas em retribuição ao serviço prestado pelas concessionárias ocorre no ato de concessão, com a celebração do contrato público, precedido do indispensável procedimento de licitação, sempre buscando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É o que também dispõem os arts. 88, 89, I e 93, VII, da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), *verbis*:

Art. 88. As concessões serão outorgadas mediante licitação.

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis;

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão;

Frise-se que em nenhum momento a legislação estabelece regra específica quanto à quantidade de tarifas ou quanto aos limites dessa cobrança, deixando ao prudente arbítrio da Anatel o papel de regulação e fiscalização dos serviços de telefonia fixa e móvel, como se pode ver dos arts. 105 e 109 da mesma lei:

Art. 105. Quando da implantação de novas prestações, utilidades ou comodidades relativas ao objeto da concessão, suas tarifas serão previamente levadas à Agência, para aprovação, com os estudos correspondentes.

Parágrafo único. Considerados os interesses dos usuários, a Agência poderá decidir por fixar as tarifas ou por submetê-las ao regime de liberdade tarifária, sendo vedada qualquer cobrança antes da referida aprovação.

Art. 109. A Agência estabelecerá:

I - os mecanismos para acompanhamento das tarifas praticadas pela concessionária, inclusive a antecedência a ser observada na comunicação de suas alterações;

II - os casos de serviço gratuito, como os de emergência;

III - os mecanismos para garantir a publicidade das tarifas.

Pois bem, dentro do seu papel, a Anatel baixou a Resolução n. 85/98, aprovando o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado.

A definição do que seja tarifa de assinatura vem disposta no seu art. 3º, inciso XXI, da seguinte forma:

Art.3º Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

XXI - Tarifa ou Preço de Assinatura: valor de trato sucessivo pago pelo Assinante à Prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço;

Em diversos outros dispositivos desse regulamento, estão previstos critérios técnicos tanto para permitir a cobrança da tarifa básica quanto para assegurar ao usuário padrões mínimos e compatíveis de acessibilidade e utilização do serviço telefônico e obrigando, ainda, as prestadoras a dar publicidade aos seus planos de serviços (vide Capítulo VII - Dos Planos Básico e Alternativo de Serviço e o Regime Tarifário).

Estão ali previstos, ademais, os critérios para a elaboração dos contratos de serviço a serem entabulados entre as prestadoras e os usuários, cujos modelos são obrigados a passar pela prévia aprovação da Anatel (art. 48, § 1º).

Já no art. 52 consta que o valor, a forma de medição e os critérios de cobrança dos serviços prestados serão estabelecidos nos Planos de Serviço, conforme regulamentação específica.

Por sua vez, a cobrança das tarifas de assinatura básica, em valores mensais (tarifas básicas), vinham previstas nas Portarias n. 217 e n. 226, ambas de 3 de abril de 1997, editadas pelo Ministro de Estado das Comunicações, as quais servem de base para a cobrança relativa à assinatura básica (plano básico de serviço local) constante do item n. 2.2 do Anexo n. 3 contrato padrão, como abstraído pelo acórdão recorrido.

Em resumo, a previsão contratual de cobrança da assinatura básica pelas concessionárias, por força da sistemática de regulação introduzida pela EC n. 8/1995, somente pode ser feita com o respaldo e com a autorização da Anatel.

Outra questão que deve ser considerada é a que diz respeito à compatibilidade entre o sistema de regulação dos serviços públicos de titularidade do Estado prestados de forma indireta e o de proteção e defesa do consumidor.

Na verdade, o sistema de regulação das concessões não foi concebido para colidir com o sistema de proteção do consumidor, podendo ambos coexistirem de forma harmônica, inclusive servindo este como sistema complementar ao primeiro.

Isso porque a Lei n. 8.987/1995, que regula o regime de concessões e permissões de serviços públicos, afirma expressamente, no seu art. 7º, a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, prevendo direitos aos usuários.

No mesmo passo, o CDC, em seu art. 6º, inciso X, também afirma serem direitos básicos do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

A Lei Geral de Telecomunicações, como já afirmado, contém diversos dispositivos abrangendo direitos aos usuários do serviço de telecomunicações, inclusive, com expressa referência ao sistema de proteção e defesa do consumidor, podendo ser citados, por exemplo, os arts. 3º, XI; 5º e 19, XVIII.

Nessa linha, salientam Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA (**Tarifas dos Serviços de Telecomunicações e Direitos do Consumidor**. Fórum Administrativo – v. 2, n. 1. Belo Horizonte: Ed. Fórum, p. 1.021, agosto de 2002) que:

no caso de defesa do consumidor a legislação prevê regras de conteúdo amplo, fazendo uso quase sempre de conceitos vagos ou indeterminados. Quando sua aplicação recai sobre área não regulamentada, como ocorre na maioria das vezes em matéria de atividades econômicas, o conceito genérico é posto diretamente a disciplinar situações concretas, cabendo ao aplicador da legislação de proteção ao consumidor enquadrar ou não o caso concreto na hipótese genérica.

Em suma, esclarecem os autores que a interação entre ambos os sistemas é tão válida que somente poder-se-ia falar em ofensa ao sistema de defesa do consumidor no caso em que houvesse desrespeito, por parte das concessionárias, das regulamentações editadas pelos órgãos reguladores, como se pode ver do seguinte trecho conclusivo da obra citada:

Portanto, a interação entre os dois sistemas regulatórios envolvidos (o de proteção ao consumidor e o de telecomunicações) leva à conclusão de que a violação de regras de proteção ao consumidor, relacionadas ao modo de cobrança pela prestação do serviço, somente poderia ser imputada às prestadoras se houvesse desobediência, por parte destas, das regras especificamente editadas pelo Poder Público (Ministério das Comunicações e, posteriormente, Anatel) para disciplinar o assunto.

Por fim, não se pode perder de vista que esses serviços públicos são prestados, na atualidade, por empresas privadas que recompõem os altos investimentos realizados no ato da concessão com o valor recebido dos usuários, através dos preços públicos ou tarifas, sendo certa a existência de um contrato estabelecido entre concessionária e usuário, de onde não ser possível a gratuidade de tais serviços.

Assim como não pode a concessionária deixar de fornecer o serviço, também não pode o usuário negar-se a pagar o que consumiu ou pela disponibilidade do tronco telefônico na comodidade do seu lar, sob pena de se admitir o enriquecimento sem causa, com a quebra do princípio da igualdade de tratamento das partes.

À prestadora do serviço exige-se fornecimento de serviço continuado e de boa qualidade, respondendo ela pelos defeitos, acidentes ou paralisações, pois é objetiva a sua responsabilidade civil, como claro está no parágrafo único do art. 22 do CDC.

Entendo que não há como aceitar a idéia de não ser exigida uma contraprestação por parte dos consumidores pela comodidade de ter um ramal telefônico à sua disposição na sua própria residência, podendo livremente fazer

e receber chamadas a partir desse ponto a qualquer hora do dia ou da noite. Não pode esse ônus ser assumido unicamente por quem fez enormes investimentos para oferecer tais serviços à população e conta com a obtenção de uma receita compatível com os custos desses investimentos, em ambiente inteiramente regulado pelo órgão público legitimado.

Com essas considerações, conheço parcialmente do recurso especial e nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 994.144-RS (2007/0234843-1)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Paulo Sérgio Jardim

Advogado: Eduardo Luiz Schramm Mielke e outro(s)

Recorrido: Brasil Telecom S/A

Advogado: Dario Pedro Wilges e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação anulatória c.c. repetição de indébito. Serviço de telefonia. Cobrança de “assinatura básica residencial”. Natureza jurídica: tarifa. Prestação do serviço. Exigência de licitação. Edital de desestatização das empresas federais de telecomunicações MC/BNDES n. 1/1998 contemplando a permissão da cobrança da tarifa de assinatura básica. Contrato de concessão que autoriza a mesma exigência. Resoluções n. 42/2004 e n. 85/1998, da Anatel, admitindo a cobrança. Disposição na Lei n. 8.987/1995. Política tarifária. Lei n. 9.472/1997. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte admitindo o pagamento de tarifa mínima em casos de fornecimento de água. Legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia.

1. A assinatura básica é remunerada por tarifa cujo regramento legal legitimante deriva dos seguintes diplomas:

a) art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal;

b) art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.

2. Deveras, os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, foram instados a indicar o valor e os tipos das tarifas exigíveis dos usuários pelos serviços prestados.

3. A vinculação do Edital ao contrato tem como consectário que as tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento, tanto que o artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (...)”.

4. Outrossim, no contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.

5. Destarte, a permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 1/1998) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas, razão pela qual as disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.

6. O contrato de concessão, firmado entre a recorrida e o poder concedente, ostenta cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.

7. Sob o ângulo prático, a tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.

8. A regulação do sistema está assentada na ilegalidade da Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

9. Ademais, a Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

10. Em suma, a cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, razão pela qual a obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo certo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, amparada no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

11. A cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, quer sob o ângulo da legalidade, quer por tratar-se de serviço que é necessariamente disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

12. A abusividade do Código de Defesa do Consumidor pressupõe cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, incorrentes no caso *sub judice*.

13. Os serviços de consumo de água adotam prática de cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora debatida, porquanto o consumidor só paga pelos serviços utilizados

(Precedentes do STJ: *REsp n. 759.362-RJ*, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29.6.2006; *REsp n. 416.383-RJ*, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.9.2002; *REsp n. 209.067-RJ*, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 8.5.2000; *REsp n. 214.758-RJ*, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 2.5.2000; *REsp n. 150.137-MG*, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27.4.1998, entre outros. Idem do STF: *RE n. 207.609-DF*, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19.5.1999).

14. Os artigos 39, § 6º, I, III e V; e 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor não restaram violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia (*REsp n. 911.802-RS*, Rel. Min. José Delgado, 1ª Seção, julgado em 24.10.2007).

15. Recurso especial a que se nega provimento, para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e José Delgado (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Denise Arruda.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 3.4.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por *Paulo Sérgio Jardim*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em lide na qual contende com a *Brasil Telecom S/A*, sob o fundamento de ter o mesmo malferido os arts. 6º, inciso III, e 51,

do Código de Defesa do Consumidor, e os arts. 5º e 79 da Lei n. 9.472/1997, bem como por estar assentado em entendimento distinto do esposado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no que se refere a questão versada nos autos.

Noticiam os autos que o ora recorrente ajuizou ação ordinária em desfavor da *Brasil Telecom /S.A.*, objetivando fosse reconhecida a ilegalidade da cobrança por parte da mesma de valores a título de assinatura básica residencial de telefonia, bem como condenada a ré à restituir-lhe os valores indevidamente percebidos a referido título, desde o momento da aquisição da linha telefônica, o que resultaria na monta de R\$ 4.998,00 (quatro mil, novecentos e noventa e oito reais).

O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido formulado pelo autor da demanda, condenando-o, assim, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados no patamar de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Inconformado, o ora recorrente manejou recurso de apelação (fls. 211-219).

A Nona Câmara Cível do E. TJ-RS, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao apelo, em aresto que restou assim ementado:

Apelação cível. Ação declaratória de inexigibilidade de cobrança cumulada com pedido de repetição de indébito. Cobrança da tarifa básica mensal sobre o serviço telefônico fixo comutado. Possibilidade.

Não se mostra ilegal e nem abusiva a cobrança da tarifa básica mensal pela contraprestação de serviço de telefonia à disposição dos usuários, de forma ininterrupta. Por decorrência lógica, improcede a restituição postulada.

Previsão contratual pela Anatel, agência legitimada pela Lei n. 9.472/1997, que responde diretamente por suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Discriminação dos serviços. Impossibilidade técnica. Cobrança de pulsos excedentes. Possibilidade.

Os pulsos excedentes para chamadas locais são tarifados de acordo com o sistema de cobrança estabelecido pela Anatel, concessionária do serviço público de telefonia.

Impossibilidade técnica da *Brasil Telecom S.A.* de discriminar as chamadas locais e inexigibilidade diante do Contrato de Concessão firmado entre a empresa concessionária e a Anatel.

Apelo desprovido. Sentença mantida.

Ainda irresignado com o teor do v. acórdão exarado, o autor da demanda interpôs o recurso especial que ora se apresenta, apontando, em suas razões (fls. 263-272), ofensa aos arts. 6º, inciso III, e 51, do Código de Defesa do Consumidor, e os arts. 5º e 79 da Lei n. 9.472/1957. Insurge-se, assim, contra a cobrança da assinatura básica mensal pelo serviço residencial de telefonia, ao argumento de que a mesma “não está prevista nem como norma nem como taxa, visto que o consumidor paga mesmo que não consuma (e por isso não é tarifa) e nem possui um serviço à disposição” (fl. 266). Aduz, ainda, o recorrente, restar configurado o dissídio pretoriano ensejador da abertura da via especial, porquanto consignado em precedente oriundo do E. TJ-PR entendimento segundo o qual “a ausência de previsão em lei para a cobrança de tarifa de assinatura é indicativa de sua ilegalidade” e, que “a infringência das regras que prevêm os direitos dos usuários de serviços de telecomunicações (...) e os direitos do consumidor - arts 22 e 39/CDC - reforçam a abusividade da cobrança da referida tarifa.” (fl. 271).

A empresa ora recorrida apresentou suas contra-razões ao apelo nobre (fls. 275-296), pugnado pelo desprovimento do recurso especial interposto.

Na origem, em exame de prelibação, o presente recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade (fls. 318-319), ascendendo, assim, à esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Restando devidamente prequestionada a matéria federal inserta nos dispositivos legais apontados pelo recorrente, em suas razões, como malferidos e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do presente apelo nobre.

No mérito, todavia, tenho que não merecem acolhida as pretensões do recorrente, devendo ser mantido hígido o aresto objeto da irrisignação.

Como de sabeiça, a assinatura básica de telefonia, objeto da controvérsia que ora se afigura, é remunerada por tarifa cujo regramento legal legitimante deriva do art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, bem como do art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, que regulamentando o referido dispositivo constitucional, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato)

a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.

Deveras, os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, foram instados a indicar o valor e os tipos das tarifas exigíveis dos usuários pelos serviços prestados.

A vinculação do Edital ao contrato tem como consectário que as tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento, tanto que o artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (...)”.

Outrossim, no contrato de concessão firmado entre a empresa ora recorrida e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.

Destarte, a permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 1/1998) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas, razão pela qual as disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.

O contrato de concessão, firmado entre a empresa concessionária e o poder concedente, ostenta cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.

Sob o ângulo prático, a tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.

A regulação do sistema está assentada na ilegalidade da Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação

do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

Ademais, a Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

Em suma, a cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, razão pela qual a obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo certo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, amparada no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

A cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, quer sob o ângulo da legalidade, quer por tratar-se de serviço que é necessariamente disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

A abusividade do Código de Defesa do Consumidor pressupõe cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, inócidentes no caso *sub judice*.

Os serviços de consumo de água adotam prática de cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora debatida, porquanto o consumidor só paga pelos serviços utilizados. É o que se colhe dos seguintes precedentes:

Direito Administrativo. Política tarifária no fornecimento de água. Colocação de hidrômetros. Precedentes do STJ.

1. A política de tarifação dos serviços públicos concedidos, prevista na CF (art. 175), foi estabelecida pela Lei n. 8.987/1995, com escalonamento na tarifação, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta Corte).

2. Acórdão recorrido que, distanciando-se da lei, condena o valor do consumo mínimo estabelecido pela política nacional de tarifas.

3. A Lei n. 8.987/1995, como o Decreto n. 82.587/1978, revogado em 1991 pelo Decreto n. 5, deu continuidade à prática do escalonamento de preços.

4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 759.362-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.6.2006, DJ 29.6.2006 p. 184).

Administrativo. Serviço público. Taxa de água. Cobrança de tarifa pelo consumo mínimo. Legalidade. Precedentes jurisprudenciais.

É lícita a cobrança da taxa de água pela tarifa mínima, mesmo que haja hidrômetro que registre consumo inferior àquele.

Inteligência das disposições legais que regulam a fixação tarifária (artigo 4º, da Lei n. 6.528/1978 e artigos 11 *caput*, 11, § 2º e 32 do Decreto n. 82.587/1978).

Recurso provido. (REsp n. 416.383-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27.8.2002, DJ 23.9.2002 p. 254).

Tarifa. Água. Consumo mínimo presumido. Legalidade.

A cobrança de tarifa de água com base em valor mínimo encontra apoio legal. (REsp n. 95.920-RJ) (REsp n. 209.067-RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 21.3.2000, DJ 8.5.2000 p. 62).

Nesta mesma linha de raciocínio, insta destacar, ainda, os seguintes julgados deste STJ: REsp n. 214.758-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 2.5.2000; REsp n. 150.137-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 27.4.1998; e do STF: RE n. 207.609-DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJU de 19.5.1999.

Isto posto, revela-se evidente que os artigos 6º, inciso III, 39, § 6º, I, III e V; e 51, § 1º, incisos III e IV, do Código de Defesa do Consumidor, bem como os arts. 5º e 79 da Lei n. 9.472/1997, não restaram violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia.

Por fim, impende salientar, que a questão nestes autos tratada foi posta, recentemente, à apreciação da E. Primeira Seção desta Corte Superior, e dirimida nos mesmos moldes dos fundamentos supramencionados, quando do julgamento do REsp n. 911.802-RS, de relatoria do e. Ministro José Delgado, na sessão realizada em 24.10.2007.

Ex positis, nego provimento ao presente recurso especial, permitindo, assim, a cobrança mensal da tarifa acima identificada.

É como voto.