

RECURSO ESPECIAL Nº 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

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 9.472/97): 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) espria-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 7). É comum, na prática da Corte, que situações extremadas de destempero absurdo dos destinatários da norma transmudem 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-tróia 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.

VOTO-VISTA

O EXMO. 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 8078/90, 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 9.472/97; dos arts. 3º, XXI, 48 e 52 da Resolução 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. 01/98 CONTEMPLANDO A PERMISSÃO DA COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. CONTRATO DE CONCESSÃO QUE AUTORIZA A MESMA EXIGÊNCIA. RESOLUÇÕES N. 42/04 E 85/98, DA ANATEL, ADMITINDO A COBRANÇA. DISPOSIÇÃO NA LEI N. 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. 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 9.472/97; 3º, 48 e 52 da Resolução n. 85 da Anatel; 7º da Lei 8.078/90 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. 8.987/95, 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. 01/98) 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. 42/05 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.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, 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 16.07.1997.

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 759.362/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/06/2006; Resp 416.383/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23/09/2002; REsp 209.067/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08/05/2000; REsp 214.758/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 02/05/2000; REsp 150.137/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27/04/1998, entre outros. Idem do STF: RE 207.609/DF,

decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19/05/1999.

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 634 E 635 DO STF. SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA.

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 634 e 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 10.235/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 01.08.2005).

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 7347/1985 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, elegeu-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 7347/85 e CDC).

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

A LGT - Lei Geral das Telecomunicações (Lei 9.472/97) - 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 4.117/62), 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 microsistema 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 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, pp. 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, pp. 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, pp. 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 2.591-1, Relator(a) p/ Acórdão Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ de 29/09/2006).

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 microsistema 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 microsistemas 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 microsistemas, 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 9.472/97, 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 8.666/93) e específica (art. 9º, § 2º, e art. 10, da Lei 8.987/95).

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 jurisconsulto 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 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 uma 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, pp. 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 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 9.472/97).

A primeira conclusão que daqui se tira é que, se a própria norma encarrega-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 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 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. 42/05 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.

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 16.07.1997.

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, pp. 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 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 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. 8.987/95, 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. 01/98) 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.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, 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 01/1998 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 microssistema 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 descon sideração 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 vênias ao e. Relator para abrir a divergência e **negar provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**