

**FACULDADE INTEGRADA DO RECIFE – FIR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**A LEGALIDADE DA COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA
MENSAL NO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA COMUTADA FRENTE AO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

WILIANA CAMPOS VERAS

Professor Orientador: ROGÉRIO CANNIZZARO ALMEIDA

**Recife
2006**

WILIANA CAMPOS VERAS

**A LEGALIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA
MENSAL NO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA COMUTADA FRENTE AO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**Monografia apresentada como um dos
requisitos para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito pela Faculdade
Integrada do Recife.**

Professor Orientador: ROGÉRIO CANNIZZARO ALMEIDA

Recife

2006

WILIANA CAMPOS VERAS

**A LEGALIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA
MENSAL NO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA COMUTADA FRENTE AO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**Monografia apresentada como um dos
requisitos para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito pela Faculdade Integrada do Recife.
Área de Concentração: Direito do Consumidor.**

BANCA EXAMINADORA:

Resultado: _____.

Recife, ____ de _____ de 2006.

AGRADECIMENTOS

**Em primeiro lugar, à Deus, que guiou
minhas idéias e me ajudou a alcançar esta
etapa de minha vida;
Às minhas amigas do trabalho e da
faculdade, pelo coleguismo e estímulo;
Ao meu orientador, Rogério Cannizzaro,
pela dedicação, paciência e valiosas
sugestões.**

RESUMO

O presente trabalho trata da polêmica suscitada nos últimos anos envolvendo a cobrança da tarifa de assinatura mensal básica como condicionante ao uso de terminais telefônicos fixos, cobrada pelas operadoras deste serviço público, em contraprestação pelo serviço prestado e disponibilizado ao consumidor. O estudo aborda os conceitos dos institutos que permeiam a controvérsia, englobando assertivas administrativas, tributárias e consumeristas. Em foco, o questionamento sobre a legalidade da cobrança da referida tarifa frente o Código de Defesa do Consumidor, onde são somados argumentos contrários e favoráveis a sua cobrança, a definição de sua natureza jurídica, afastando-se a idéia de assinatura como taxa, e legislação aplicável. Por último, chega-se à conclusão de que a assinatura mensal básica é, legalmente, uma tarifa remuneratória devida às prestadoras de telefonia fixa como contraprestação dos serviços prestados, justificada pelos ditames da Carta Magna de 1988, pela Lei Geral de Telecomunicações, pela Resolução 426, de 09 de dezembro de 2005 (que revogou a Resolução 85/1998) da Anatel e, não obstante, pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-Chave

Assinatura Mensal Básica; Tarifa de Assinatura; Legalidade.

ABSTRACT

The present work deals with the controversy excited in the last years involving the collection of the tariff of basic monthly signature as conditional to the use of fixed telephonic terminals, charged for the operators of this public service, in consideration for the service given to the consumer. The study it approaches the concepts of the institutes codes that come to the controversy, with assertive administrative, taxes and consumers. In focus, the questioning on the legality of the collection of the related tariff front the Code of Defense of the Consumer, where contrary and favorable arguments are added its collection, the definition of its legal nature, moving away idea to it from signature as tax, and applicable legislation. Finally, it is arrived the conclusion of that basic the monthly signature is, legally, a profitable tariff which had the lenders of fixed telephony as consideration of the given services, justified for the assertives of the Great Letter of 1988, for the General Law of Telecommunications, Resolution 426, of 09 of December of 2005 (that it revoked Resolution 85/1998) of the Anatel and, not least, for the proper Code of Defense of the Consumer.

Words Search

Basic Monthly Signature; Tariff of Signature; Legality.

ROL DE ABREVIATURAS

A

ABRAFIX - Associação Brasileira de Prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

Art. – Artigo

C

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CTN – Código Tributário Nacional

I

Inc. - Inciso

L

LGT – Lei Geral de Telecomunicações

S

STF – Supremo Tribunal Federal

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
 CAPÍTULO 1 - ABORDAGEM CONCEITUAL SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA TARIFA DE ASSINATURA	
1. Considerações sobre o serviço público	12
2. Classificação dos serviços públicos	13
3. O conceito de tributo e a distinção entre taxa e tarifa	16
4. A definição da tarifa de assinatura mensal	20
5. A natureza jurídica da tarifa de assinatura básica.....	21
6. A classificação da tarifa de assinatura mensal.....	22
 CAPÍTULO 2 - ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À COBRANÇA DE ASSINATURA	
1. Da afronta ao Princípio da Legalidade.....	24
2. Da cláusula abusiva no contrato de prestação de serviços	26
 CAPÍTULO 3 - ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À COBRANÇA DE ASSINATURA	
1. Da observância ao Princípio da Legalidade.....	30
2. Há efetiva prestação de serviços.....	33
3. Previsão legal da cobrança de tarifa de assinatura - Os contratos de concessão.....	36
4. A previsão contratual no Código de Defesa do Consumidor: art. 6º, inciso III.....	37

CAPÍTULO 4 - A FINALIDADE REMUNERATÓRIA DA COBRANÇA DE ASSINATURA

1. O equilíbrio econômico-financeiro das empresas concessionárias.....	39
2. Desvantagens da extinção da tarifa de assinatura básica	40
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é a análise da legalidade da cobrança de tarifa de assinatura básica mensal no serviço de telefonia fixa, numa abordagem que investigará o suporte normativo que fundamenta a aplicação desse modelo tarifário, ou seja, serão indicadas as normas que torna legal a sua cobrança, quais sejam, normas constitucionais, legais, regulamentares e contratuais.

O ponto de discussão principal será a polêmica no que tange às controvérsias suscitadas pela classe consumerista perante o Poder Judiciário, quando da suposta afronta ao Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Tem-se presenciado nos últimos meses o surgimento de milhares de ações judiciais em face das prestadoras de Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC), promovidas pelos usuários destes serviços e por várias associações de consumidores em todo o Brasil, contestando a cobrança de tarifa de assinatura telefônica básica mensal.

A princípio, serão abordados alguns conceitos sobre os serviços públicos e sua classificação na doutrina administrativa. A partir daí, haverá a diferenciação entre a taxa (que é uma espécie de tributo) e tarifa ou preço público. Feita essa distinção básica, será trazido à tona o conceito de tarifa, bem como a sua natureza jurídica e classificação no STFC.

Os pontos primordiais de discussão trazidos à baila pelos usuários de telefonia fixa são a abusividade da cobrança, com fundamento na suposta desvinculação entre este valor exigido e a efetiva utilização do serviço pelo usuário, tão como a inexistência de previsão legal que a autorize, adentrando na esfera de índole tributária, posto que a referida cobrança só poderia ser válida se implementada por meio de taxa.

A fim de elucidar a controvérsia do tema desta pesquisa, serão expostos alguns argumentos contrários à cobrança da tarifa de assinatura, quais sejam, a afronta ao Princípio da Legalidade e a existência de cláusulas abusivas no contrato de prestação de serviços, prelecionadas no Código de Defesa do Consumidor.

Em contraponto, será verificada no decorrer do trabalho a legalidade da referida tarifa, quando da comprovação de que não há ofensa ao Princípio da Legalidade e nem tampouco aos ditames do CDC, posto que a legislação que a regulamenta (Lei Geral de

Telecomunicações, Portarias do Ministério das Comunicações e Resoluções da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)) surgiu por força de dispositivo constitucional. Além disso, ainda será mensurada a sua finalidade remuneratória, bem como expor as consequências que se dariam quando da sua extinção.

CAPÍTULO 1 - ABORDAGEM CONCEITUAL SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA TARIFA DE ASSINATURA

1. Considerações sobre o serviço público

O conceito de serviço público no sistema jurídico brasileiro não se encontra formulado de forma unânime pela doutrina. Como bem observam doutrinadores como Hely Lopes Meirelles, não consiste tarefa fácil conceituar o que vem a ser efetivamente um serviço público, considerando as variáveis políticas que atingem diretamente o tema. De qualquer forma e, seguindo o sentido amplo do conceito, ele afirma que "serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado".¹

No que tange ao conceito de serviço público em sentido amplo destaca-se o mencionado por José Cretella Júnior, para o qual serviço público é "toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público."²

Não obstante seja o sentido amplo defendido por renomados doutrinadores, a adoção de tais conceitos mostra-se faltosa, posto que não abrangem todas as atividades exercidas pela Administração Pública.

O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua que:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.³

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 320.

² CRETELLA JR, José. **Administração Indireta Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 56.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 399.

No mesmo diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua serviço público como "toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público".⁴

Conforme ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, não é a atividade em si que tipifica o serviço público, posto que eles tanto podem ser prestados pelo ente estatal diretamente, quanto pelos cidadãos, pela iniciativa privada. No conceito de serviço público, o que predomina é a vontade soberana do estado, qualificando o serviço como *público* ou de *utilidade pública*, de sua prestação direta ou indireta, pois, como sabemos, há serviços que são privativos do ente estatal, e há os que são comuns ao estado e aos particulares, pois quais podem ser prestados ou executados por aquele e estes.⁵

Em suma, para conceituação de serviço público, deve-se considerar, essencialmente, o atendimento pelo Estado das necessidades coletivas, seja através da atuação direta estatal ou por meio de concessionárias, permissionárias ou outras que forneçam serviços indispensáveis ao bom desenvolvimento social.

2. Classificação dos serviços públicos

Os *serviços públicos* são aqueles que o poder público presta diretamente à sociedade, por relevar sua necessidade e essencialidade à sobrevivência dos indivíduos. Estes são os serviços considerados privativos do poder público, não podendo ser delegados a terceiros, como, por exemplo, os de defesa nacional.

Na classificação apontada por Hely Lopes Meirelles, levando-se em consideração os traços distintivos como a essencialidade, a adequação e a finalidade desses serviços, podem

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 99.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 321.

ser classificados em públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado, administrativos e industriais; *uti universi* e *uti singuli*.⁶

A diferença do *serviço público* para *serviço de utilidade pública* consiste no fato de que o primeiro busca satisfazer as necessidades essenciais da sociedade, já o segundo, por sua vez, tem o condão apenas de tornar mais confortável e cômoda a vida dos indivíduos.

Os *serviços de utilidade pública* são os que o poder público, por mera liberalidade presta-os diretamente ou através de terceiros (concessionários permissionários ou autorizatários). No entanto, tais serviços são regulamentados e controlados por ele, porém o risco é assumido pelas prestadoras, que carecem de contraprestação por parte dos usuários. O serviço de telefonia fixa, objeto de estudo do presente trabalho, é um exemplo deste tipo de serviço público.

No que tange aos *serviços próprios do Estado*, pode-se destacar que estes se catalogam intrinsecamente com as atribuições específicas estatais, como é o caso, por exemplo, da segurança e saúde públicas. Estes são típicos serviços que só podem ser executados pela administração direta do ente público, não podendo ser delegados a particulares.

Os *serviços impróprios do Estado* são aqueles que não se consubstanciam como “atribuições específicas do Estado”, mas sim os que satisfazem os interesses comuns dos indivíduos e, por este motivo, a Administração Pública os presta remuneradamente (exige pagamento de tarifa) por seus órgãos diretos ou indiretos (autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista) ou os delega a terceiros (concessionários, permissionários, ou autorizatários), mas sempre mantendo sua fiscalização.

Os *serviços administrativos* são basicamente os que a Administração executa com o fim de atender suas necessidades internas, conceito este que não convém aprofundar neste trabalho. Tratam deste assunto, com clareza, os renomados autores Hely Lopes Meirelles⁷ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁸

⁶ *Idem*, p. 321-326.

⁷ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 323.

⁸ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 104.

Por sua vez, os *serviços industriais*, que são aqueles que auferem renda para quem os presta, valor este percebido através de remuneração pelo que foi consumido pelo usuário, valor este denominado *tarifa* ou *preço público*, sempre fixado pelo poder público, esteja o serviço sendo prestado diretamente por este ou por concessionárias, permissionárias ou autorizatárias.⁹

Os serviços industriais são *impróprios do Estado* por sua característica de atividade econômica, a qual só poderá ser prestada diretamente pelo ente público quando houver relevante interesse coletivo ou por questão de segurança nacional, como prevê o art. 173 da Constituição Federal de 1988.

Serviços *uti universi* ou gerais são os que o Poder Público presta a usuários indeterminados, ou seja, para satisfazer indiscriminadamente à comunidade. Esses serviços são indivisíveis, como os serviços de segurança pública e iluminação, por exemplo. São remunerados por imposto e não por tarifa, pois esta última é exigida quando do uso individual do serviço.

Por último, os serviços *uti singuli* são os que possuem usuários determinados e a prestação do serviço pode ser individuada, como ocorre no sistema de prestação de serviços de telefonia fixa e energia elétrica. São serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo quê devem ser remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público), e não imposto.

Nesta classificação de serviços públicos, há que se diferenciar o serviço obrigatório do facultativo. Na primeira hipótese, a suspensão do fornecimento por inadimplemento é ilegal, pois, se o Poder Público o considera essencial e o impõe ao usuário de forma coercitiva, não pode suprimi-lo por falta de pagamento. Na segunda, a suspensão é legal, pois se trata de serviço não essencial e, desta forma, não é imposto ao usuário, sendo, portanto, suprimível quando não for adimplido.

No que concerne à prestação de serviço de telefonia fixa, mesmo sendo um serviço essencial e, por conseqüência, obrigatoriamente contínuo, quando da supressão do mesmo por inadimplemento não há desrespeito ao princípio da continuidade do serviço público que, nas

⁹ CRETELLA JR., José. **Serviços comerciais e industriais do Estado**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 11:81. 2003.

palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende-se que “sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar.”¹⁰

Não há inobservância do princípio retro mencionado pelo simples fato de que o serviço prestado pelas operadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) se dá mediante vínculo contratual assumido entre estas e os usuários, os quais sabem previamente que devem remunerar as prestadoras pelo serviço fornecido, sob pena de sua interrupção.

Para uma melhor elucidação do acima exposto, será exposto a seguir o que a doutrina e a legislação conceituam como tarifa e as razões pelas quais se justifica ser exigida pelas operadoras de STFC, a começar com a diferenciação entre esta e taxa (espécie de tributo).

3. O conceito de tributo e a distinção entre taxa e tarifa

De acordo com o artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN), “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Por compulsoriedade, entende-se a obrigatoriedade de um determinado comportamento, afastando-se, de imediato, qualquer ponderação inerente às prestações voluntárias. Por consequência, não dependem da vontade do sujeito passivo, o qual deve efetivá-las mesmo contra seu interesse. Concretizado o fato previsto no antecedente da norma jurídica, nasce a ligação através da qual alguém ficará restrito a um comportamento obrigatório.

O tributo é gênero do qual imposto, taxa e contribuição de melhoria são espécies, em conformidade com o prescrito no artigo 145, da Constituição Federal de 1988. Veja-se o texto Constitucional:

Art. 145 – A União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 74.

(...)

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Para o presente trabalho apenas importa a análise conceitual da taxa, a qual só pode ser instituída por lei e majorada por ela, ou seja, está adstrita ao Princípio da Legalidade. Assim, por força do art. 3º do CTN, e reforçado pelo art. 150, I, da Constituição Federal de 1988 e art. 97 do CTN, é vedado à Administração Pública tributar o contribuinte sem uma lei previamente estabelecida no ordenamento jurídico.

A taxa implica a prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos ou o exercício do poder de polícia, direta e especificamente dirigida ao contribuinte. O sistema constitucional tributário prevê duas espécies de taxas, quais sejam, as exigidas pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis; e as cobradas em razão do exercício do poder de polícia. Aquelas remuneram serviços públicos, prestados ou postos à disposição pelos entes políticos competentes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), enquanto estas se referem à limitação ou disciplina de direitos, liberdades ou interesses dos indivíduos, pelos mesmos entes políticos competentes.

Nesse mesmo limiar, vale a pena apreciar a definição trazida pelo jurista Leandro Paulsen:

Preço público x taxa. Deve-se ter bem presente a diferença entre taxa e preço público. Aquela é tributo, sendo cobrada compulsoriamente por força da prestação de serviço público de utilização compulsória ou do qual, de qualquer maneira, o indivíduo não possa abrir mão. O preço público, por sua vez, não é tributo, constituindo, sim, receita decorrente da contraprestação por um bem, utilidade ou serviço numa relação de cunho negocial em que está presente a voluntariedade (não há obrigatoriedade do consumo). A obrigação de prestar, pois, em se tratando de taxa, decorre direta e exclusivamente de lei, enquanto, em se tratando de preço público, decorre de vontade do contratante.¹¹ (grifo na obra)

Assim, entende-se que os serviços públicos ensejadores de taxa são aqueles que se contiverem no âmbito de atribuições do ente político que instituiu o vínculo, segundo as regras constitucionais. Estes serviços serão, fundamentalmente, de utilização compulsória, não implicando que sejam efetiva ou potencialmente prestados ao contribuinte, conforme prescrevem os artigos 77 e 79 do CTN, com fulcro no art. 145, inc. II, da Carta Maior.

¹¹ PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 48.

Já a tarifa ou preço público é a remuneração que assiste às empresas concessionárias de serviço público. Assim, sempre que um serviço público for prestado por empresa concessionária, sob o regime de direito privado, estar-se-á diante de tarifa. Para se adentrar no conceito de tarifa, vale ressaltar que a concessão de serviços públicos é constitucionalmente prevista no artigo 175 da Carta Maior, e no dizer de Hely Lopes Meirelles:

Concessão é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso e comutativo. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais em que se propõe a executá-lo por delegação ao poder concedente.¹²

A lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações (LGT), também tratou do conceito de concessão no parágrafo único do artigo 83, o qual prescreve:

Art. 83 – [...]

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

Considerando o que vem a ser tarifa, o professor Paulo de Barros Carvalho, em parecer ofertado à Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado (ABRAFIX), em 30 de agosto de 2004, afirmou que a tarifa é a remuneração devida às empresas concessionárias de serviço público, que deveriam ser prestados pelo ente particular, mas que a ordem jurídica os atribui ao Poder Público em virtude da necessidade expressa no art. 175 da Constituição Federal. É o preço que as empresas concessionárias cobram aos usuários para que estes possam usufruir das atividades por elas desenvolvidas. Dessa forma, estar-se-á diante de tarifa sempre que um serviço público for prestado por concessionárias.¹³

E ainda é conciso ao asseverar que:

Não é necessário dizer mais nada para que se possa afirmar, com segurança, que a prestação de serviço público por empresa concessionária remunera-se, fundamentalmente, por tarifa. Outro traço essencial para a configuração da tarifa é a

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 367-368.

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Parecer sobre a natureza jurídica e da constitucionalidade dos valores exigidos a título de assinatura mensal dos serviços de telefonia fixa comutada**. São Paulo, 30 de agosto de 2004, p. 12.

previsão, no antecedente de sua norma jurídica, do elemento vontade. Enquanto os serviços remunerados por taxa são de utilização compulsória, não havendo possibilidade de o contribuinte optar por ser beneficiado ou não, a tarifa tem existência em um contexto contratual, onde o particular é livre para se vincular ao recebimento do serviço, apenas se assim o desejar.¹⁴

Desta forma, pode-se dizer que nos serviços remunerados por taxa, sua prestação independe da vontade. O poder público o coloca à disposição do particular sem sua anuência, nascendo, dessa forma, a atuação compulsória do Estado e a obrigação de pagamento por parte do particular.

No entanto, quando o serviço é remunerado por tarifa, o vínculo surgirá apenas quando da celebração de contrato entre o usuário e a empresa concessionária, objetivado em um contrato, verbal ou escrito, através do qual o usuário se obrigará a pagar o valor da tarifa correlata ao serviço prestado.

Em explanação sobre o tema em comento, Sacha Calmon Navarro Coêlho explica que:

A realidade está em que os serviços públicos de utilidade, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas (regime de Direito Público). O dilema resolve-se pela razão do legislador. Se escolher o regime tributário das taxas, ganha compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, b). Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço, mas ganha elasticidade na fixação das tarifas, sistema aceito previamente pelo usuário ao subscrever o contrato de adesão. O preço é contratualmente acordado. A taxa é unilateralmente imposta pela lei.¹⁵

Pelo exposto, pode-se dizer que a compulsoriedade na utilização do serviço público é essencial no regime jurídico das taxas e se refere ao uso do serviço e não ao pagamento. E tendo em vista a relevância da matéria, concretizou-se a Súmula 545 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual ratifica que os “preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.”

Em suma, duas observações conclusivas podem ser notadas. A primeira, é que no caso dos serviços remunerados por tarifa, a qual decorre da prestação de serviço público, apenas a partir da celebração de um contrato entre concessionária e usuário, verbal ou escrito, é que se

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Parecer sobre a natureza jurídica e da constitucionalidade dos valores exigidos a título de assinatura mensal dos serviços de telefonia fixa comutada**. São Paulo, 30 de agosto de 2004, p. 13.

¹⁵ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 415.

instalará o vínculo jurídico obrigacional pelo qual este último ficará obrigado ao pagamento do valor da tarifa, e em contrapartida assistirá à concessionária o direito de cobrá-lo. A segunda, no que concerne aos serviços remunerados por taxa, sua prestação e a instauração do vínculo jurídico independem da manifestação da vontade do contribuinte, já que é exigida pela simples utilização ou potencial do serviço.

4. A definição da tarifa de assinatura mensal

Em decorrência de sua natureza contratual, a tarifa é também denominada preço público. A tarifa de assinatura mensal básica é o valor remuneratório cobrado pela disponibilidade, definida formalmente como remuneração pelo direito de haver, em caráter individualizado e permanente, em instalações de uso particular, a prestação do serviço telefônico. Como define a Resolução nº 426, de 09 de dezembro de 2005, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), no seu art. 3º, inc. XXIV: “Tarifa ou preço de assinatura: valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição contínua do serviço”.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, em parecer encomendado pela ABRAFIX, em 30 de agosto de 2004:

O preço público ou tarifa consiste na remuneração decorrente da prestação de serviço de interesse público, ou do fornecimento ou locação de bens públicos, efetivada em regime contratual e não imposta compulsoriamente às pessoas como é o caso das obrigações de caráter tributário.¹⁶

Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), expresso nas palavras do Ministro José Carlos Moreira Alves, em breves considerações sobre preço público, como se observa abaixo:

Preço Público é o preço contratual, que constitui contraprestação de serviços de natureza comercial ou industrial – e que, por isso mesmo, podem ser objeto de concessão para particulares – serviços esses prestados por meio de contrato de adesão. Para haver preço público é necessário existir contrato, ainda que tacitamente celebrado, e o contrato ainda que de adesão, dá a quem pretende

¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Parecer sobre a natureza jurídica e da constitucionalidade dos valores exigidos a título de assinatura mensal dos serviços de telefonia fixa comutada**. São Paulo, 30 de agosto de 2004, p. 18.

celebrá-lo, se aderir às condições dele, a liberdade de não contratar, atendendo a sua necessidade por outro meio lícito. Quem não quiser tomar ônibus, e aderir, portanto, ao contrato de transporte, poderá ir, lícitamente, por outros meios, ao lugar de destino. O que não tem sentido é pretender-se a existência de contrato quando o que deve aderir não tem sequer a liberdade de não contratar, porque, lícitamente, não tem meio algum para obter o resultado de que necessita.¹⁷

Sendo assim, o serviço de telefonia é prestado pelas concessionárias de serviços públicos quando da sua contratação por iniciativa do consumidor que, contrapartida, efetua pagamento mensal por meio de tarifa ou preço público, tendo esta, portanto, natureza meramente remuneratória.

5. A natureza jurídica da tarifa de assinatura básica

Anteriormente, na época em que as telecomunicações eram controladas unicamente pelo Sistema Brasileiro de Telecomunicações – Telebrás e realmente utilizava-se da cobrança de taxa para a prestação de serviços de telefonia fixa. Como se sabe, a cobrança de taxa tem como fato gerador o exercício do poder de polícia do Estado ou a utilização efetiva ou potencial, de serviço público. Taxa tem natureza tributária e tarifa, de remuneração.

No entanto, após a edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessão de Serviços Públicos), ficou estabelecido que a prestação do serviço seria realizada por instituições privadas, o que, inequivocadamente, transformou a taxa em tarifa (preço público). As empresas de telefonia só poderão ser remuneradas através de tarifa, posto que prestam serviço público mediante concessão, a qual é estipulada levando em consideração os custos operacionais de manutenção, expansão, os tributos correlatos e, logicamente, o lucro da empresa. Na lição de Hely Lopes Meirelles:

O serviço concedido deve ser **remunerado por tarifa** (preço público), e não por taxa (tributo). E a tarifa deve permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Daí por que impõe-se a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipamentos necessários à

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Taxa e preço Público**. *Caderno de Pesquisa Tributária*. São Paulo, 10:174. 1985.

manutenção e expansão do serviço, a fim de propiciar a justa remuneração do concessionário, na forma contratada.¹⁸ (grifo nosso)

Ocorre que, tem-se visto que há uma impugnação insistente por parte de magistrados, operadores do direito e usuários, a qual consiste em asseverar que a tarifa tem índole puramente tributária. Alega-se que a referida cobrança só poderia ser implementada de maneira legal se fosse instituída por intermédio de taxa; o que, por sua vez, exigiria estrita previsão legal. Neste caso, a suposta invalidade estaria na ausência de lei prevendo especificamente a existência daquela que deveria ser uma “taxa de assinatura”. Como a lei não prevê especificamente os elementos constitutivos deste componente da conta telefônica (fato gerador, valor, etc.), seria esta a razão da suposta ilegalidade.

Como será observado no decorrer do presente trabalho, esse argumento não procede, pois se baseia em premissa equivocada. Não é possível aplicar os rigores do regime jurídico tributário à cobrança de assinatura no STFC por uma razão bem simples: esta cobrança possui natureza *tarifária*. Isto é, a assinatura do serviço de telefonia não é taxa, não é tributo, por isso não se sujeita ao princípio da estrita legalidade tributária. Por ser uma tarifa, é perfeitamente admitido que a previsão legal que a institua apresente cunho mais genérico, deixando-se para instrumentos normativos de índole infralegal a fixação dos seus elementos específicos.

6. A classificação da tarifa de assinatura básica

As classes de assinantes são definidas de acordo com a destinação que se dá ao serviço de telefonia. Conforme classificação de João Carlos Mariense Escobar¹⁹, elas podem ser:

Residencial – R, quando correspondente às instalações de uso estritamente doméstico; **Não Residencial** – NR, quando correspondente à instalação de uso não estritamente doméstico (como um telefone instalado na residência de uma costureira, que dele se utilize também para as tratativas de seu atelier) e **Tronco** – T, quando correspondente à instalações para utilização em centrais privadas de comutação telefônica. (grifo do autor)

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**, 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 377-378.

¹⁹ ESCOBAR, J. C. Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 105.

O anexo 03 (Plano Básico do Serviço Local) do Contrato de Concessão padrão assinado pelas prestadoras de STFC, em seu item 2.2, dispõe que as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura, segundo uma tabela que classifica os assinantes em Residencial, Não residencial e Tronco de CTCP (Central Telefônica Comutada Privada). Este item ainda ressalta a franquia de minutos disponibilizada em cada classe, como se vê:

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

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

Nas linhas telefônicas de uso residencial (R) cuja tarificação ainda não se dá em minutos, o usuário dispõe de 100 pulsos de franquia; nas de uso não residencial (NR), 90. Esta franquia é concedida para chamadas locais realizadas para outro terminal fixo e a tarifa de assinatura é devida mesmo quando a mesma não é utilizada, pois é conferida gratuitamente aos usuários por força das normas que regem o setor de telecomunicações, e a remuneração pela prestação do serviço é exigível a partir do momento em que o terminal telefônico se encontra à disposição do contratante.

Em contrapartida, nos feriados nacionais e nos sábados a partir das 00:00h até às 06:00h da segunda-feira, o usuário terá descontado de sua franquia o equivalente a 2 minutos (ou 1 pulso) por chamada atendida, independentemente de sua duração.

Portanto, em todas as classes de assinantes, exceto nos Telefones de Uso Público (TUP's), pois estes são remunerados através dos cartões indutivos, incide a cobrança de tarifa assinatura pela disponibilidade do serviço.

CAPÍTULO 2 - ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À COBRANÇA DE ASSINATURA

1. Da afronta ao Princípio da Legalidade

Um dos questionamentos que sempre se faz presente na queixa dos consumidores diz respeito à desobediência ao Princípio da Legalidade. Isto porque a Portaria nº 217 e 226, ambas de 03 de abril de 1997, expedidas pelo Ministério das Comunicações, impuseram ao usuário do sistema de telefonia fixa a obrigação de pagar, uma quantia fixa mensal a título de assinatura, mesmo que o consumidor não efetue ligações. Essa tarifa, como se sabe, é uma condição ao direito de acesso e utilização dos serviços telefônicos.

Os usuários de STFC defendem a tese de que a cobrança de tarifa de assinatura é inconstitucional por ferir o princípio da legalidade, disposto no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal de 1988, na seguinte redação: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei". Tal princípio é uma importante regra de salvaguarda para os administrados e de limitação ao Poder Público, na medida em que impõe o respeito ao dispositivo da lei.

Os defensores da ilegalidade da cobrança de assinatura mensal alegam que a Administração Pública não pode, através de uma Portaria, de Decreto, de Regulamento ou outro ato normativo, compelir seus administrados a pagar a assinatura mensal do serviço público de telefonia, pois Portaria, definitivamente, não é lei. Para Guilherme Ferreira da Cruz, "é irrelevante a previsão da tarifa de assinatura em atos administrativos genéricos (Portarias e Resoluções), o que não exige a cobrança apresentar nítida afronta ao primado da legalidade (art. 5º, II, CF/88)."²⁰

Assim, no que tange à afronta ao Princípio da Legalidade, aduzem os consumidores que o serviço prestado exige pagamento compulsório de valor mensal, independente do uso do terminal telefônico e, sendo assim, está-se diante de taxa, e não de tarifa. Sendo taxa, está

²⁰ CRUZ, Guilherme Ferreira da. **A ilegalidade da abusiva tarifa de assinatura mensal do serviço de telefonia fixa e o conseqüente direito à repetição do indébito**. *Revista de Direito do Consumidor*, 55:375. 2005.

sujeita ao princípio da estrita legalidade tributária, disposto no art. 150, II, da Carta Magna de 1988 e, não existindo lei que a estabeleça, flagrante se mostra a ilegalidade.

Para demonstrar que não merece prosperar o argumento de que a tarifa de assinatura no serviço de telefonia fixa está revestida de ilegalidade, transcreve-se a seguir os julgados da Vigésima e Nona Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

TELEFONIA. CONCESSIONÁRIA. ASSINATURA BÁSICA MENSAL. COBRANÇA PREVISTA EM LEI E NO CONTRATO DE CONCESSÃO. LEGALIDADE.

Prevendo o contrato de concessão de telefonia fixa que o serviço prestado pela concessionária será tarifado como decorre da Resolução nº 217/97 e 226/97 do Ministério das Comunicações, e tal constando do contrato de concessão, nenhuma ilegalidade há na referida cobrança, não se podendo impor à concessionária a sua não exigência, pena de inviabilizar a própria prestação de serviços. APELO DESPROVIDO.²¹

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DE COBRANÇA DA ASSINATURA MENSAL BÁSICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TELEFONIA FIXA. BRASIL TELECOM. ILEGALIDADE INOCORRENTE. SENTENÇA MANTIDA.

Se o contrato de concessão de serviço público e a Lei nº 9.472/97 asseguram à requerida que tarife os serviços prestados conforme Resolução nº 85/98 da ANATEL – sua agência reguladora – e as Portarias nº 217/97 e 226/97 do Ministério das Comunicações, e tais textos legais latu sensu autorizam a cobrança de assinatura mensal como forma de tarifação, não há falar em ilegalidade. Não há configuração da alegada afronta à legislação consumerista. Precedentes do STJ e deste Tribunal. APELO DESPROVIDO.²²

Pelo acima exposto, pode-se concluir que o contrato de concessão de serviço público, em que pese ser firmado apenas entre a empresa concessionária e o Poder Público concedente, envolve um terceiro, qual seja, o usuário do serviço, que é quem efetivamente traz a retribuição pecuniária. Sendo relação contratual que envolve três pólos, o consumidor se submete ao que foi previamente estabelecido entre concedente e concessionária, que, nesse caso específico, é legal e razoável, uma vez que a sua exigibilidade está prevista na LGT, que criou a ANATEL, nos Contratos de Concessão assinados entre esta e as concessionárias e resguardada na própria Constituição Federal.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70012773289. Vigésima Câmara Cível. Data do julgamento: 21 de setembro de 2005. Data da publicação: 17 de novembro de 2005. Processo nº 028/1.05.0001005-5. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 31 de outubro de 2006.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70012767257. Nona Câmara Cível. Data do julgamento: 05 de outubro de 2005. Data da publicação: 06 de dezembro de 2005. Processo nº 104/1.05.0000203-4. Relator: Íris Helena Medeiros Nogueira. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 01 de novembro de 2006.

2. Da cláusula abusiva no contrato de prestação de serviços

Para os usuários dos serviços de telefonia fixa, muitos juristas e operadores do Direito, em relação à cobrança de tarifa de assinatura básica, a ANATEL e o Ministério das Comunicações, ao fixarem sua cobrança, causaram lesão ao princípio da Supremacia do Interesse Público, pois privilegiaram instituições privadas em detrimento dos consumidores de STFC, tendo em vista que as concessionárias destes serviços têm causado enorme oneração ao consumidor, que além de pagar pelos serviços efetivamente utilizados, vê-se compelido a pagar um valor indevido, o da assinatura.

O princípio em comento está previsto no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), o qual prescreve que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Para se adentrar na questão envolvendo cláusulas abusivas, vale mencionar as palavras de Carlos Alberto Bittar²³, o qual afirma que:

O Código adverte a proibição de exigência de vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V). Antes de tudo, deve-se determinar o significado do que seja uma exigência manifestamente excessiva, no que se deve ter presente o que preleciona a respeito da vantagem exagerada o art. 51, em seu §1º, nos seguintes termos: aquela que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence (inc. I); aquela que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual (inc. II); aquela que 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 (inc. III). Então, o excessivo deve ser considerado o que é exagerado, desmedido, despropositado, abusivo, aviltante, capaz de pasmar pela dissonância que produz, o que causa prejuízos para um e vantagem para o outro...Gerando distorções contratuais notórias, onde a lucratividade aumenta em detrimento de direitos do consumidor, está-se diante de uma situação de onerosidade excessiva.

Pois bem, utilizando do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a classe consumerista alega que a abusividade estaria no fato de, juntamente com a cobrança pelas ligações locais efetuadas, há a cobrança de um valor referente à assinatura. O raciocínio lógico é simples: o valor cobrado independe da realização

²³ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 57.

de chamadas realizadas pelo usuário e, sempre que se cobra um valor fixo mensal, estar-se-ia cobrando um serviço não prestado. Apontam que a tarifa corresponde aos minutos (tarifação que substituirá em definitivo a franquia de pulsos) cobrados, mesmo que o consumidor não faça qualquer ligação e, desta forma, comprovado estaria o abuso e a lesão aos direitos dos consumidores e, por consequência, implicaria o enriquecimento ilícito das concessionárias de telefonia fixa.

O sistema tarifário é veemente questionado pelos usuários e a alegação de abusividade consiste, em suma, num tratamento ilicitamente benéfico às prestadoras do serviço em detrimento dos usuários. A fundamentação jurídica para a alegada irregularidade está presente nos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, no art. 6º, inc. IV e no art. 51, inc. IV, no que tange às cláusulas abusivas; e art. 39, vedando a prática abusiva no seu inc. V, que prescreve é vedado ao fornecedor “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.”

Em relação às cláusulas abusivas, Nelson Nery Júnior diz que “um dos direitos básicos do consumidor é a proteção contra cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços (relações de consumo), conforme disposto no art. 6º, inciso IV, do Código”.²⁴

Em seguida, ele assevera que o rol elencado no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor não é exaustivo, podendo o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, entender ser abusiva e, portanto nula, determinada cláusula contratual, concluindo que esta autorização está contida no caput do citado artigo que diz serem nulas ‘entre outras’, as cláusulas que menciona, fazendo também referência ao contido no inciso XV (em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor) para reafirmar sua certeza de que ao juiz é dada a liberdade de identificar cláusulas abusivas fora do rol expressamente descrito no mencionado artigo.²⁵

Cabe lembrar que o inciso V do art. 39 do CDC corrobora que é vedado também que se exija do consumidor vantagem manifestamente excessiva; o que mais uma vez é claramente percebido nesta imposição, pois a cobrança da assinatura mensal, na forma em que é imposta pelas concessionárias de telefonia, geraria, sem dúvida nenhuma, um quadro de

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 451.

²⁵ *Idem*, p. 451.

onerosidade excessiva em face do consumidor, desequilibrando, por completo, a relação contratual existente entre as partes.

Em sucinta análise, para os defensores dos argumentos supra citados, ao se analisar a cobrança de assinatura mensal frente aos ditames do CDC, resta claro que há um evidente desrespeito ao contido neste texto legal, posto que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva. Nesse contexto, afirmam que ocorre a superposição do interesses de particulares (concessionárias) sobre o interesse público.

Para eles, é uma prática visivelmente abusiva porque o consumidor, mesmo não se utilizando do serviço, se vê obrigado a contribuir mensalmente com um valor fixo em prol da operadora, o que garante a esta um lucro fixo e certo, independente da utilização ativa do terminal telefônico.

Entretanto, não há suficiência no argumento dos consumeristas no tocante ao fato de não haver prestação do serviço quando o usuário não utiliza ativamente o terminal telefônico. Isto porque, mesmo para receber chamadas (e assim os usuários estarão utilizando passivamente a linha disponibilizada pela concessionária), o terminal deverá estar funcionando ininterruptamente, o que não deixa dúvidas de que as concessionárias terão custos com a manutenção de toda a infra-estrutura utilizada.

Nesse sentido, eis o julgado da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULA ABUSIVA. TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL COBRADA PELO CONCESSIONÁRIO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. A cobrança de Tarifa de Assinatura Mensal não padece de qualquer vício de abusividade, constituindo componente de remuneração destinada a assegurar aos Usuários a fruição contínua de serviços. À prestadora de serviços cabe manter toda a infra-estrutura destinada aos serviços de operacionalização de rede, ainda que o usuário a utilize apenas para receber ligações. Serviço efetivamente colocado à disposição do assinante, de forma contínua e ininterrupta, cujo custo deve ser por ele remunerado. Sentença integralmente mantida.²⁶

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão nº 2005.001.28171. Quinta Câmara Cível. Data do julgamento: 20 de setembro de 2005. Data da publicação: 10 de novembro de 2005. Processo nº 2005.001.042367-7. Relator: Suimei Meira Cavalieri. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 03 de novembro de 2006.

Sendo assim, de fato não prospera a alegação de que não há prestação de serviços por parte das operadoras concessionárias de STFC, já que a mera disponibilização do terminal telefônico apto para originar e receber chamadas a qualquer momento por si só já enseja a cobrança de remuneração a ser paga pelo usuário, posto que envolve custos fixos de manutenção de toda a infra-estrutura e tecnologia operacional.

CAPÍTULO 3 - ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À COBRANÇA DE ASSINATURA

1. Da observância ao Princípio da Legalidade

Na condição de atividade essencial colocada à disposição dos usuários sob o regime público, o serviço de telefonia é de competência material exclusiva da União, de acordo com o disposto no art. 21 da *Lex Mater*, a seguir transcrito:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

(...)

Não obstante tentem justificar o desrespeito ao princípio em comento, não se pode se ater a essa teoria, se for considerado que a própria Administração Pública, mais precisamente a Constituição Federal de 1988, delegou à lei ordinária dispor sobre a política tarifária empregada na remuneração das concessionárias prestadoras de serviços de telefonia, como se vê no texto legal:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial do seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão de concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter o serviço adequado.

No que diz respeito à política tarifária, a LGT é categórica ao delegar à ANATEL a competência para estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço, como se percebe no § 3º do art. 103:

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

(...)

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

Assim, claro está que as prestadoras de STFC só exigem a tarifa de assinatura dos usuários porque possuem expressa autorização da ANATEL, que é a autarquia federal criada exclusivamente para exercer rigoroso controle do setor.

Cabe lembrar que o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos mencionado no texto constitucional acima está disposto na lei nº 8.987/1995. Essa cobrança está prevista, conforme exigência legal e regulamentar, no Contrato de Concessão específico assinado entre a ANATEL e as concessionárias de STFC, como se verifica abaixo:

2 - Acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC

(...)

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

Sendo assim, se o Contrato de Concessão de STFC, obedecendo aos ditames constitucionais, estabelece que as empresas concessionárias sejam remuneradas por meio de tarifa, não há falar em inobservância do Princípio da Legalidade.

A LGT é bastante clara ao instituir o modelo tarifário como contraprestação a ser paga pelos serviços de telecomunicações prestados em regime público. Seu caráter facultativo (como já visto, a telefonia não é um serviço de fruição obrigatória) e o fato de ser prestado por empresa privada deixam evidente que não há obstáculo jurídico à instituição da cobrança por meio de tarifa. Desta forma, observados os preceitos da LGT, a tarifa de assinatura está acatando o Princípio da Legalidade, mesmo que não haja fixação do valor exigido em lei específica.

Para regulamentar a fixação e a majoração das tarifas de telefonia fixa, incluindo a de assinatura, é suficiente a previsão contratual, o respeito à LGT e às Resoluções da ANATEL, sem carecer de edição de lei ordinária específica e, tampouco, de lei complementar, posto que esta, até mesmo no âmbito tributário, é exigida em caráter excepcional.

A jurisprudência da Corte Estadual do Rio Grande do Sul é uníssona no entendimento sobre a legalidade e previsão contratual da cobrança de assinatura mensal, como se observa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. TARIFA BÁSICA. LEGALIDADE. Não há ilegalidade na cobrança da tarifa básica, prevista no contrato de prestação de serviços firmado entre o usuário e a Brasil Telecom, bem como no contrato com a ANATEL, além de autorizada pela legislação própria. Quanto à alegação de não observância ao CDC, não vinga, porque, ainda que não haja a prestação específica, o valor encontra a correspondência na disponibilização da infra-estrutura. Precedentes desta Corte. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. APELO DESPROVIDO.²⁷

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TELEFONIA FIXA. BRASIL TELECOM S/A. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA ANATEL. PRECLUSÃO. LEGALIDADE DA COBRANÇA. PREVISÃO LEGAL E CONTRATUAL.

1. (...).

3. Havendo previsão na Lei 9.472/97 e no contrato de concessão de telefonia fixa que o serviço prestado pela concessionária requerida será tarifado conforme dispõem a resolução nº 85/98 da ANATEL – sua agência reguladora – e as Portarias nº 217/97 e 226/97 do Ministério das Comunicações, não há cogitar de ilegalidade da cobrança de ‘assinatura básica mensal’, sob pena de, em não a exigindo, inviabilizar-se a própria prestação dos serviços. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

Sentença modificada. Ação julgada improcedente.

APELO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, PROVIDO.²⁸

Nota-se, portanto, que a cadeia legislativa pertinente à exigibilidade da tarifa no STFC encontra conformidade suficiente para resultar na permanência de tal cobrança, visto que a mesma não foi criada pelas concessionárias, mas provém da política regulatória instituída pela ANATEL e sua legalidade encontra respaldo em normas advindas da Constituição Federal de 1988, no art. 103 da LGT e nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos assinados entre poder concedente e concessionárias.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70013318217. Décima Sexta Câmara Cível. Data do julgamento: 30 de novembro de 2005. Data da publicação: 19 de dezembro de 2005. Processo nº 021/1.05.0010314-8. Relator: Helena Ruppenthal Cunha. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 01 de novembro de 2006.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70011335239. Décima Segunda Câmara Cível. Data do julgamento: 13 de outubro de 2005. Data da publicação: 23 de novembro de 2005. Processo nº 001/1.05.0124278-7. Relator: Desembargador Cláudio Baldino Maciel. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 01 de novembro de 2006.

2. Há efetiva prestação de serviços

É de bom senso afirmar que a tarifa de assinatura de STFC não pode ser paga considerando apenas as chamadas efetuadas pelo contratante, mas deve ser remunerada pela disponibilização do serviço, na medida em que este também é prestado quando a linha telefônica permanece disponível para o recebimento de chamadas.

Para cada terminal telefônico, existe uma “placa de assinante” na central telefônica correspondente. Todas as chamadas que o usuário realiza ou recebe são direcionadas a estas placas que, para completar a chamada, tem de estar conectada fisicamente por um fio metálico (rede externa) até o imóvel no qual se encontra instalado o telefônico fixo. Este conjunto – placa de assinante e fiação externa – é de uso exclusivo do usuário, e têm custos de instalação e manutenção fixos, independentemente da quantidade de chamadas efetuadas.²⁹

Assim, ainda que não haja a prestação específica, o valor encontra a correspondência na disponibilização da infra-estrutura e sofisticada tecnologia, que englobam serviços operacionais (manutenção e conservação), de atendimento ao usuário e de engenharia de rede que, em conjunto, permitem que a linha telefônica permaneça disponível 24 horas por dia.

Essa disponibilidade implica custos fixos para as concessionárias, tais como o acompanhamento continuado de modificações urbanas, as quais exigem re-configuração das fiações telefônicas e sua disposição (remanejamentos, ampliações, etc.), bem como a contratação e pagamento de concessionárias prestadoras de serviços de energia elétrica no tocante ao uso dos seus postes para a hospedagem dos fios.

A tarifa de assinatura mensal corresponde ao serviço efetivamente prestado aos usuários, já que estes se encontram permanentemente conectados à estrutura de rede da operadora, e isso que caracteriza a prestação efetiva do serviço, distinto do simples ato de realizar uma chamada.

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Associação Brasileira de Prestadores de Serviço Telefônico Fixo Comutado - ABRAFIX. **A validade da cobrança de assinatura mensal dos usuários dos serviços de telefonia fixa**. São Paulo: Relator, 20 de julho de 2004, p. 10.

Não se pode concluir, portanto, que na prestação deste serviço esteja presente cláusula passível de decair em nulidade por abusividade. Neste mesmo sentido, pronunciou-se a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. TARIFA BÁSICA. COBRANÇA PREVISTA EM LEI E CONTRATO DE CONCESSÃO. A cobrança de tarifa referente à assinatura básica mensal é prevista no contrato de prestação de serviços firmado entre o usuário e a BRASIL TELECOM, bem como no contrato firmado com a ANATEL, que possui a competência legislativa e administrativa acerca dos serviços de telecomunicação. Assim, diante da previsão contratual, inexistente ilegalidade e abusividade em sua cobrança, que é decorrente de toda infra-estrutura oferecida pelo acesso à rede de comunicação. RECURSO IMPROVIDO.”³⁰

O Tribunal de Justiça de São Paulo também se manifestou:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA - AÇÃO DECLARATÓRIA - ASSINATURA MENSAL - INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA - CUMULAÇÃO COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO - PREVISÃO CONTRATUAL E DISPONIBILIDADE DOS SERVIÇOS - EXISTÊNCIA - DESCABIMENTO. O pagamento da tarifa nada mais representa do que a contraprestação pela disposição da linha telefônica para efetivação e recebimento de ligações, sendo irrelevante o fato do contribuinte usar ou não a linha. O fato de se manter o serviço ativo e disponível ao consumidor para utilizá-lo a qualquer momento, por si só, já justificaria a cobrança, quanto mais pela existência de contrato, firmado pela administração pública.³¹

Verdade é que o serviço prestado pelas prestadoras não é apenas o de permitir que o consumidor efetue ligações, mas também há efetiva execução de serviço quando a linha telefônica permanece recebendo ligações, ou seja, o fato de o consumidor não originar chamadas não significa dizer que as concessionárias não estejam prestando serviço, pois certo é que elas mantêm o sistema operacional funcionando, tanto é que o consumidor pode receber chamadas.

Assim, afasta-se alegação de que se estaria cobrando por serviço não prestado, o que justifica a não aplicação do artigo 51, inc. IV, do CDC, porque a disponibilização de ramal telefônico exclusivo importa em efetiva prestação de serviço.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70012895587. Décima Sexta Câmara Cível. Data do julgamento: 26 de outubro de 2005. Data da publicação: 26 de outubro de 2005. Processo nº 104/1.05.0002821-3. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 01 de novembro de 2006.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 884.161-00/6. Vigésima Oitava Câmara Cível. Data do julgamento: 22 de março de 2005. Data da publicação: 10 de maio de 2005. Processo nº 000.04.025366-0. Relator: Desembargador Neves Amorim. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01 de novembro de 2006.

A tarifa de assinatura mensal não implica que o consumidor deva pagar por um serviço que esteja apenas “disponível”, mas por um serviço que está sendo prestado, pois a estrutura telecomunicativa colocada à disposição do usuário pelas concessionárias resguarda um refinado interligamento tecnológico, conservando, também, um aprimoramento no sentido de operacionalizar o serviço de maneira eficaz. Tal disponibilidade, como dito, induz considerável gasto, não apenas em manter linhas telefônicas aptas a efetuar ligações ininterruptamente, mas também permitir que o mesmo terminal receba chamadas a todo momento.

Kazuo Watanabe, um dos maiores especialistas em Direito do Consumidor do país, acabou por concluir que inexistente, na cobrança da tarifa de assinatura, qualquer afronta aos princípios do Código de Defesa do Consumidor. Em seu parecer, elaborado a pedido da empresa Telecomunicações de São Paulo S.A – TELESP-TELEFÔNICA, em 03 de agosto de 2004, ratifica que:

A finalidade dessa tarifa é remunerar a prestadora de serviços pelos custos correspondentes à infra-estrutura necessária para assegurar ao usuário a fruição contínua do serviço, como manutenção, atualização, modernização e todos os serviços de operacionalização da rede e de outros serviços, como o de informação.³²

O próprio CDC afirma, no ‘caput’ de seu art. 22, que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, **concessionárias**, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, **são obrigados a fornecer serviços adequados**, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, **contínuos**.” (grifo nosso)

Sendo assim, não há que se falar em cobrança por serviço não prestado, pois a disponibilização de terminal telefônico, por si só, já configura a prestação de serviço e, portanto, enseja a remuneração. Apenas obtendo a contraprestação pelo serviço posto à disposição do usuário é que as concessionárias poderão fornecer os serviços de forma adequada e contínua, nos moldes preceituados pelo CDC.

³² WATANABE, Kazuo. **Parecer no tocante à natureza jurídica da tarifa de assinatura telefônica**. São Paulo, 03 de agosto de 2004, p. 11.

3. Previsão legal da tarifa de assinatura – Os contratos de concessão.

Sabe-se que o serviço público de telefonia é prestado por meio de concessão, conforme permissivo legal do art. 175 da Carta Magna, porém, no que tange à remuneração, o dispositivo não possui nenhuma peculiaridade que caberia ao poder público. Este artigo remeteu para a lei ordinária a obrigação de, em relação ao regime de prestação de serviço público mediante concessão, dispor sobre política tarifária. Tal política está consubstanciada nos arts. 9º a 13 da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

A LGT (Lei nº 9.472/97) estabelece, dentre as diretrizes e princípios aplicáveis à concessão de serviços públicos, o do “equilíbrio econômico e financeiro do contrato”, que significa o direito que a concessionária tem de garantir a manutenção das bases e das cláusulas do contrato até o prazo final da concessão. Esta lei, em seu art. 103, § 3º, dispõe que as tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante o edital ou proposta apresentada na licitação para manutenção do direito de uso.

A Constituição Federal determina que a prestação de serviços de telecomunicações é competência da União, a qual pode delegar o exercício dessa atividade. Dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos de que cuida o artigo 175 da Constituição Federal, a LGT, prevê, no seu art. 93, inc. VII, que "o contrato de concessão indicará as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão", ou seja, a tarifa corresponderá intrinsecamente ao que dispor o contrato. Ainda prescreve o seu art. 19, inc. VII, que compete à ANATEL, em suas atribuições de órgão regulador, controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas na lei, bem como homologar reajustes.

Os contratos de concessão existente entre a Anatel e as concessionárias revelam que estas se comprometem a obedecer ao estabelecido na Lei nº 9.472/97, explorando os serviços de telecomunicações por sua conta e risco, recebendo por isso uma tarifa, que se caracteriza pela quantia paga pelo consumidor para a utilização de serviço público objeto da concessão, de caráter facultativo.

No contrato de concessão podemos verificar a previsão da cobrança da tarifa, ao tratar da manutenção do direito de utilização do terminal telefônico, concluindo que a estrutura tarifária será estabelecida pela Agência, porém sua fixação é da concessionária, com prévia aprovação daquela (Lei nº 9.472/97, art. 103). Além disso, faz referência à Portaria 217/97, que prevê expressamente a cobrança de tarifa de disponibilidade ou assinatura, como sendo valor mensal a ser pago pelo consumidor, o que significa que aquele valor corresponde à disponibilização ou uso potencial de todo o sistema de telecomunicações.

Ainda, a ANATEL, por meio de sua Resolução nº 85, de 30 de dezembro de 1998 (revogada pela Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005), que aprovou o regulamento do serviço telefônico fixo comutado, dentro de sua competência, estabeleceu que o valor, a forma de medição e os critérios de cobrança dos serviços prestados pelas concessionárias de telecomunicações deveriam constar do Plano de Serviços, parte do Contrato de Concessão celebrado entre a ANATEL e as concessionárias. Essa previsão consta, conforme exigência legal e regulamentar, do Contrato de Concessão específico assinado entre aquela agência e as concessionárias de telefonia fixa.

A cadeia legislativa pertinente à assinatura mensal básica encontra harmonia suficiente para resultar na permanência da tarifa, posto que a sua legalidade se apura com as normas advindas da própria Carta Maior, obtendo regulamentação pela LGT, culminando, por fim, com a instituição da ANATEL, órgão competente para controle e fiscalização.

Portanto, não há fundamento na assertiva sustentada pelos usuários de STFC de que não há previsão legal para a exigibilidade da tarifa, posto que é a lei, obedecendo aos ditames constitucionais, que dispõe que a tarifa do serviço de telefonia refletirá o contrato. Logo, há legalidade na exigência da tarifa de assinatura da linha telefônica.

4. A previsão contratual no Código de Defesa do Consumidor: art. 6º, inciso III

Na verdade, o inciso III, do art. 6º, do CDC, nada mais é do que um detalhamento do inc. II do mesmo artigo. Trata-se do dever de *informar* bem o público consumidor sobre todas

as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que deles poderá esperar.

A educação abordada no inciso II, do art. 6º, do CDC, trata-se da *educação informal*, de responsabilidade desde logo dos fornecedores, procurando bem informar os consumidores sobre os produtos e serviços postos no mercado. É indispensável, por conseguinte, que haja uma ligação permanente entre fornecedores e consumidores para que estes últimos possam efetivamente ter acesso às informações sobre produtos e serviços.

O texto do art. 6º, inciso III do CDC, dispõe que:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
(...)

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Na contratação do serviço de telefonia fixa, mesmo que esta ocorra por meio de contrato de adesão, o consumidor já é previamente informado, antes mesmo da instalação do terminal telefônico, que terá de remunerar, por meio de tarifa, a concessionária pelo serviço prestado, posto que é serviço facultativamente ofertado ao consumidor e que, se contratado por este, deverá arcar com a devida contraprestação.

A imposição do valor mensal de assinatura consta do contrato ao qual aderiu o consumidor, cumprindo a obrigação de prestar informação adequada e clara conforme prevê o artigo em comento, do CDC, possuindo inclusive caráter histórico, por já vir sendo praticada durante longos anos no sistema brasileiro de telefonia.

CAPÍTULO 4 - A FINALIDADE REMUNERATÓRIA DA COBRANÇA DE ASSINATURA

1. O equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias

Com o intuito de proteger o retorno dos investimentos e permitir a expansão do setor no país, a LGT estabeleceu, dentre as diretrizes e princípios aplicáveis à concessão de serviços públicos, o do “equilíbrio econômico e financeiro do contrato”, o qual ratifica o direito que as concessionárias dispõem de garantir a manutenção das bases e das cláusulas do contrato de concessão até o término do prazo de concessão.

Ao se referir a esse princípio, o que já pode ser proeminentemente verificado é que, em troca do cumprimento do plano de metas para a expansão do sistema, com rigorosas multas para o poder concedente e para as concessionárias, assegurou-se a estas o direito de cobrar tarifas dos usuários dos serviços.

Instituir-se que as operadoras de telefonia fixa não poderão mais cobrar a tarifa ajustada, importa rompimento do “equilíbrio econômico e financeiro do contrato”, afastamento dos investimentos e dos investidores e crise no setor das telecomunicações.

Nas palavras da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do **empreendimento**; ele faz jus ao recebimento da **tarifa**, ao **equilíbrio econômico** da concessão, e a **inalterabilidade do objeto**: vale dizer que o poder público pode introduzir alterações unilaterais no contrato, mas tem que respeitar o seu **objeto** e assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aumentando a tarifa ou compensando pecuniariamente o concessionário.³³ (grifo na obra)

O professor Paulo de Barros Carvalho, em parecer ofertado à ABRAFIX discursa sobre as remunerações advindas do contrato de concessão, veja:

De fato, não se ventila a possibilidade de remuneração por meio de taxas, porquanto o regime jurídico a que estão adstritas inviabilizaria, por completo, a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Imagine-se quão difícil, senão impossível, seria a manutenção das condições iniciais de um contrato

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 280.

de concessão, especialmente em face de conturbados períodos inflacionários, tendo o poder concedente que observar o princípio da anterioridade, nos moldes do que estatui o artigo 150, III, b, do Texto Supremo.³⁴

Tratando-se de serviço público, cuja tarifação encontra-se sujeita ao controle pelo Poder Público concedente, qualquer alteração imposta na tecnologia empregada pelas concessionárias de telefonia implicará necessária adequação no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Como já mencionado, este princípio, regulamentado pela LGT, visa, tão somente, proteger o retorno dos investimentos feitos pelas concessionárias e permitir a modernização e a expansão do setor de telecomunicações no país.

Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos gastos e dispêndios decorrentes de sua atividade, não há artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade.

Ressalte-se que, mesmo tendo o contrato de concessão de serviço público sido celebrado entre a concessionária e o Poder Público concedente, ele evidentemente atinge a terceiros, usuários do serviço, de onde também não advém qualquer abusividade ou afronta às disposições do CDC, uma vez que tal se dá em face da manutenção do equilíbrio financeiro do contrato e representa a recompensa pecuniária pelo serviço efetivamente prestado.

O desequilíbrio contratual, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, *caput*, do CDC, o qual obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.

2. Desvantagens da extinção da tarifa de assinatura

As reclamações dos usuários, tanto no âmbito administrativo, quanto no judiciário, tendem a forçar as prestadoras de telefonia a deixarem de cobrar a tarifa mensal. No entanto,

³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Parecer sobre a natureza jurídica e da constitucionalidade dos valores exigidos a título de assinatura mensal dos serviços de telefonia fixa comutada**. São Paulo, 30 de agosto de 2004, p. 13.

o seu banimento, ao contrário do que se pensa, traria desastrosas conseqüências ao setor de telecomunicações, que afetariam tanto às empresas quanto os usuários do serviço.

O aniquilamento da tarifa de assinatura básica traria efeitos indesejados e de difícil dimensionamento, como a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, a impossibilidade de cumprimento das obrigações de continuidade e qualidade dos serviços, bem como a perda de receita de impostos incidentes sobre os serviços de telecomunicações.

O fim da tarifa de assinatura acabaria por exigir que os custos fixos nos quais incorrem as concessionárias fossem compensados de outra forma. Nesse caso, na tentativa de suprir a falta da renda percebida com a tarifa de disponibilidade da linha, o que ocorreria seria um aumento do valor do minuto, e a pouca utilização dos terminais telefônicos, o que tornaria inviável para as concessionárias manter a prestação dos serviços nos moldes prelecionados pelos contratos de concessão e pelo CDC.

A Tendências Consultoria Integrada, atendendo ao pedido da ABRAFIX, elaborou parecer por meio de seus consultores Gesner Oliveira, Ernesto Moreira Guedes Filho, Denise de Pasqual e Adriano Pitoli, e neste documento explicou que:

Haveria um forte aumento no número de terminais solicitados às concessionárias não apenas por pessoas que não podem pagar o valor da assinatura, mas também por parte de pessoas que percebem pouca utilidade em uma linha telefônica. Na verdade, como o preço da linha telefônica seria nulo, grande parte dos atuais assinantes sentiriam-se estimulados a solicitar linhas adicionais em seus domicílios ou pontos comerciais. Em todos estes casos, as concessionárias teriam que arcar com um elevado investimento adicional em elementos de rede dedicados sem disporem de nenhuma contrapartida em termos de remuneração.³⁵

Deve-se ter em mente que, sem uma remuneração pelo acesso, as empresas concessionárias inevitavelmente deixariam de investir na manutenção e desenvolvimento da sua rede, o que acabaria no sucateamento do setor, pois deixariam de instalar novos terminais, e correriam o risco de inviabilizar a prestação do serviço para aqueles que já usufruíam dele, ou, na menor conseqüência, resultaria por minimizar a qualidade da prestação do serviço.

Um aspecto que merece atenção é que, não se pode justificar a extinção da tarifa de assinatura sob o argumento de que serviços semelhantes, como distribuição de energia elétrica

³⁵ OLIVEIRA, Gesner (et al). **Razoabilidade Econômica da Cobrança de Assinatura no Serviço de Telefonia fixa**. Tendências Consultoria Integrada. Agosto, 2004, p. 30.

e telefonia móvel, não cobram esse tipo de tarifa. A diferença é que cada um desses setores possuem estruturas de custos e manutenção bem distintos, exigindo regras tarifárias também distintas.

No caso do serviço de energia elétrica, a maior parte dos custos está interligado ao consumo de energia, o que exige que a tarifa também incida sobre o consumo. Já no que concerne à telefonia móvel, embora a maior parte dos custos também estejam relacionados à construção e manutenção da rede, neste caso, a quase totalidade da rede pode ser compartilhada entre os usuários, razão pela qual uma tarifa baseada fundamentalmente no uso do serviço, como ocorre com o serviço pré-pago, mostra-se uma política adequada ao setor.³⁶

O parecer elaborado pelos consultores retro citados da Tendências Consultoria Integrada, ainda revela que:

A experiência internacional não deixa dúvidas quanto à racionalidade e necessidade da cobrança da tarifa de assinatura no serviço de telefonia fixa. De um universo de 154 países com informações sobre tarifas coletadas regularmente pela ITU – organização internacional do setor de telecomunicações, consta apenas um país que não dispõe de tarifa de assinatura, a Guatemala, mas com prazo de entrega de uma linha de cerca de dois anos. Na esmagadora maioria dos países, são cobradas as tarifas de assinatura e de pulsos.³⁷

Cabe à ação regulatória do Estado assegurar que as demandas dos consumidores servidos pela infra-estrutura de telecomunicações sejam atendidas e, em contrapartida, garantir retorno aos investidores. Se não houver esse equilíbrio, ficará prejudicado o objetivo de estimular o fluxo de investimentos em expansão e melhoria da qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias.

Por todo o suscitado, pode-se concluir que não há razoabilidade econômica na extinção da tarifa, pois a receita percebida seria repassada para o valor do minuto (ou pulso), a depender do tipo de plano escolhido pelo usuário, e essa modificação implicaria, de forma desastrosa, um grave desajuste na relação contratual, advindo do desequilíbrio econômico-financeiro que atingiria as concessionárias de STFC.

³⁶ *Idem*, p. 29.

³⁷ *Idem*, p. 30

CONCLUSÃO

Como se pode observar na exposição realizada, a cobrança de assinatura mensal no serviço de telefonia fixa sempre existiu no sistema tarifário da telefonia no Brasil, e é exigida mensalmente do usuário.

Mais recentemente a assinatura mensal foi conceituada pelo art. 3º, inc. XXIV da Resolução nº 85/98 (revogada pela Resolução nº 426/2005), da ANATEL, órgão governamental federal responsável para regular a matéria como sendo “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”.

A tarifa de disponibilização é cobrada para os terminais telefônicos fixos, nas modalidades residencial, não-residencial e tronco de CTCP, e tem a finalidade de remunerar a prestadora do serviço pelos custos referentes à infra-estrutura, manutenção e expansão do serviço telefônico contratado.

Foram expostos nesta pesquisa os principais argumentos contestatórios à natureza da assinatura, quais sejam, a inexistência de prestação efetiva do serviço que justifique a cobrança de uma tarifa de assinatura mensal e a inexistência de legislação, já que a natureza jurídica da assinatura seria de taxa, e como tal seria necessária lei anterior que a estabelecesse.

A tarifa, ou preço público, como já visto, é a remuneração paga pelos usuários do serviço público prestado pelas empresas privadas titulares da concessão daquele serviço, e é por este motivo que não se pode dar a ela a natureza de taxa.

A alegação de que a natureza da assinatura é taxa e sua conseqüente ilegalidade, se insurge quando da afirmação de que inexistiria legislação prevendo a sua cobrança, de forma que a previsão da assinatura na Resolução nº 426 da ANATEL, nos contratos de prestação de STFC e nos contratos de concessão do serviço às prestadoras, não legalizaria sua exigibilidade.

Outrossim, a assinatura mensal não poderia ter natureza tributária, pois ao contrario do que se pensa, ela não é compulsória, isto porque a obrigação de pagar, como já foi visto de forma exaustiva, a assinatura nasce de contrato de prestação de serviço, portanto, é voluntária,

não tendo assim que existir lei que determine seu pagamento, muito embora seja a tarifa em exposição prevista nas normas específicas do serviço.

Embora pertinentes os vários argumentos em prol do consumidor, dito como parte hipossuficiente da relação contratual, foi demonstrado que as tarifas de assinatura mensal são revestidas de legalidade, posto que foram expressamente acordadas entre o governo brasileiro e as operadoras, quando da outorga dos contratos de concessão, em 1998, em observância ao art. 175 da Carta Maior.

Quanto à alegação de que não há prestação de serviços por parte das concessionárias que justifica a citada cobrança, esta também não prospera, visto que a disponibilização de terminal telefônico fixo por si só já enseja a remuneração. As operadoras do serviço, como explanado na pesquisa, têm custos fixos mensais para que o terminal permaneça em funcionamento ininterrupto, como despesas operacionais, de atendimento ao usuário e de engenharia, enfim, de toda a infra-estrutura e tecnologia empregada na atividade.

Em suma, são insuficientes os fundamentos que embasam a ilegalidade e abusividade da cobrança da tarifa, tanto é que a maioria das decisões dos Tribunais não tem reconhecido a inexistência de previsão legal. Vale salientar que a assinatura mensal está sempre sendo referida nas normas na modalidade de tarifa.

Além disso, não é difícil compreender que o fim da cobrança de assinatura básica pode não beneficiar o consumidor, tendo em vista que, como se trata de uma prática adotada há muitas décadas, ainda na existência do Sistema Telebrás, caso venha a ser decretada sua extinção pelo Poder Judiciário, as operadoras poderão requerer em juízo o re-equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, o que provavelmente ocorreria inevitavelmente via aumento tarifário. Sendo assim, o consumidor deixaria de pagar assinatura mensal em troca de tarifas mais elevadas.

Diante de toda explanação do tema, pode-se chegar à conclusão de que o valor cobrado a título de assinatura mensal é revestida de legalidade e tem natureza administrativa, portanto, de tarifa, e é a forma de remuneração das empresas concessionárias de serviço público, fazendo jus à efetiva prestação do serviço telefônico contratado pelo assinante.

REFERÊNCIAS

1. Obras Literárias

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BULGARELLI, Waldirio; **Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros; **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1996.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo do Brasil**. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979.

CRETELLA JR., José. **Administração Indireta Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **O Novo Direito de Telecomunicações**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - o novo regime das relações contratuais**. Rio de Janeiro: RT, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos Interesses Difusos em Juízo - meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da; **Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

2. Periódicos

ALVES, José Carlos Moreira. **Taxa e preço Público**. *Caderno de Pesquisa Tributária*. São Paulo, 10. 1985.

CRETELLA JR., José. **Serviços comerciais e industriais do Estado**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, 11. 2003.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. **A ilegalidade da abusiva tarifa de assinatura mensal do serviço de telefonia fixa e o conseqüente direito à repetição do indébito**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, 55. 2005.

3. Pareceres

CARVALHO, Paulo de Barros. **Parecer sobre a natureza jurídica e da constitucionalidade dos valores exigidos a título de assinatura mensal dos serviços de telefonia fixa comutada**. São Paulo, 30 de agosto de 2004.

OLIVEIRA, Gesner et al. Tendências Consultoria Integrada. **Razoabilidade econômica da cobrança de assinatura no serviço de telefonia fixa**. São Paulo: Relator, 13 de agosto de 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Associação Brasileira de Prestadores de Serviço Telefônico Fixo Comutado - ABRAFIX. **A validade da cobrança de assinatura mensal dos usuários dos serviços de telefonia fixa**. São Paulo: Relator, 20 de julho de 2004.

WATANABE, Kazuo. **Parecer no tocante à natureza jurídica da tarifa de assinatura telefônica**. São Paulo, Relator: 03 de agosto de 2004.

4. Internet

<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 de outubro de 2006.

<http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 15 de novembro de 2006.

<http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 22 de outubro de 2006.

<http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 22 de outubro de 2006.

<http://www.anatel.gov.br>. Acesso em 07 de agosto de 2006.

5. Legislação e Jurisprudência

BRASIL. Vade Mecum. Acadêmico de Direito. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.**

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.**

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. **Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da emenda constitucional 08, de 1995.**

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.**

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 85, de 30 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br>. Acesso em 18 de setembro de 2006.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 426, de 09 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br>. Acesso em 18 de setembro de 2006.

BRASIL. Ministério das Comunicações. Portaria nº 217 de 03 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.mc.gov.br>. Acesso em 10 de outubro de 2006.

BRASIL. Ministério das Comunicações. Portaria nº 226 de 03 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.mc.gov.br>. Acesso em 10 de outubro de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70012773289. Vigésima Câmara Cível. Data do julgamento: 21 de setembro de 2005. Data da publicação: 17 de novembro de 2005. Processo nº 028/1.05.0001005-5. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 31 de outubro de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70012767257. Nona Câmara Cível. Data do julgamento: 05 de outubro de 2005. Data da publicação: 06 de dezembro de 2005. Processo nº 104/1.05.0000203-4. Relator: Íris Helena Medeiros Nogueira. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 01 de novembro de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão nº 2005.001.28171. Quinta Câmara Cível. Data do julgamento: 20 de setembro de 2005. Data da publicação: 10 de novembro de 2005. Processo nº 2005.001.042367-7. Relator: Suimei Meira Cavalieri. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 03 de novembro de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70013318217. Décima Sexta Câmara Cível. Data do julgamento: 30 de novembro de 2005. Data da publicação: 19 de dezembro de 2005. Processo nº 021/1.05.0010314-8. Relator: Helena Ruppenthal Cunha. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 01 de novembro de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70011335239. Décima Segunda Câmara Cível. Data do julgamento: 13 de outubro de 2005. Data da publicação: 23 de novembro de 2005. Processo nº 001/1.05.0124278-7. Relator: Desembargador Cláudio Baldino Maciel. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 01 de novembro de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70012895587. Décima Sexta Câmara Cível. Data do julgamento: 26 de outubro de 2005. Data da publicação: 01 de dezembro de 2005. Processo nº 104/1.05.0002821-3. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 01 de novembro de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 884.161-00/6. Vigésima Oitava Câmara Cível. Data do julgamento: 22 de março de 2005. Data da publicação: 10 de maio de 2005. Processo nº 000.04.025366-0. Relator: Desembargador Neves Amorim. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01 de novembro de 2006.