

Legislação que rege as Telecomunicações no Brasil – Tarifa de Assinatura de Telefonia Fixa e Discriminação de Pulsos*

*Desembargador Osmando Almeida**

Legislação regulamentadora

O legislador constitucional, através do art. 21, XI, da nossa Carta Política, ordenou ao legislador infraconstitucional a criação de um órgão regulador das telecomunicações no País.

No art. 22, IV, da nossa Lei Máxima está expressa a competência da União para legislar sobre telecomunicações e, no art. 175, parágrafo único, III, está determinado que o Poder Público, na forma da lei, estabelecerá a política tarifária.

Decorre da força constitucional a edição da LGT - Lei Geral das Telecomunicações - Lei nº 9.472/97, a qual criou a Anatel - órgão regulador, com competência para estabelecer a normatização do setor de telefonia no País -, que foi regulamentada pelos Decretos nºs 2.338/97 e 4.733/03.

A Anatel, por sua vez, dotada de autonomia, editou e edita resoluções que regulamentam as relações entre as concessionárias e os destinatários dos seus serviços.

Competência da Justiça Estadual

Por via de regra, todos os recursos envolvendo as concessionárias trazem como primeira preliminar a competência da Justiça Federal. Entretanto, descabido acolher a arguição de litisconsórcio passivo necessário entre a Anatel e a Telemar, uma vez que a jurisprudência do egrégio STJ já definiu que inexistente interesse jurídico que justifique a inclusão da agência reguladora no pólo passivo das ações em que se discute a validade da cobrança da assinatura básica ou a discriminação de pulsos.

Nesse sentido, é uníssono o entendimento daquela augusta Corte, razão pela qual sobre este tema despiendo tecer maiores asserções.

Além do mais, trata-se de relação jurídica de direito material e processual envolvendo pessoa jurídica de direito privado, não alcançada pela norma de exceção do art. 109, I, da nossa Carta Política, e pessoa física, na condição de consumidor do serviço de telefonia fixa.

· Palestra proferida em 22/03/2007, na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Merece trazer a destaque o Conflito de Competência nº 47878/PB, julgado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça (*DJ* de 08.06.2005), reconhecendo a competência da Justiça Comum Estadual.

Prescrição e decadência

Muitas vezes os recursos aviados pelas concessionárias vêm precedidos da prejudicial de mérito - decadência - quando se argúi que não poderiam ter sido condenadas a devolver em favor da parte autora os valores relativos às contas telefônicas anteriores a 90 dias da data da propositura da ação, por ter se operado a decadência, a teor do que dispõe o art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Ora, o preceptivo legal invocado refere-se aos vícios de produto adquirido pelo consumidor, não se enquadrando ao caso em que se objetiva a declaração de ilegalidade da tarifa cobrada e a restituição de quantia paga de modo indevido, inexistindo qualquer registro de existência e reclamação desses vícios, pois a decadência trimestral não se aplica aos casos de nulidade de cláusula contratual ou repetição de indébito.

Além do mais, convém esclarecer, no entanto, que, nas obrigações de trato sucessivo, a suposta lesão ao direito se renova periodicamente, mês a mês, não havendo, portanto, de se falar em decadência, mormente aquela do CDC que diz respeito ao vício aparente ou oculto no produto ou serviço.

A prescrição a ser adotada é a do Código Civil (art. 205), porquanto aquela do CDC não diz respeito ao tema em questão.

Considerações sobre a cobrança da assinatura básica

Os serviços de telefonia no Brasil são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97 -, instituidora da forma pela qual os serviços de telefonia passariam para a iniciativa privada. Esta mesma lei criou a Anatel - Agência Nacional de Telecomunicações, que é o órgão regulador dos serviços, definindo suas atribuições e prescrevendo a forma pela qual os serviços devem ser prestados, em perfeita sintonia com o ditame constitucional que estabelece: “Compete à União: explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais” (Constituição Federal, art. 21, XI - redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 08/95).

Como cediço, desde longo tempo, mesmo antes das privatizações, as empresas de telefonia cobram a chamada “assinatura mensal” de todos os usuários daqueles serviços (residenciais ou comerciais) como condição da prestação continuada de tais serviços, independentemente de utilização ou não da linha telefônica.

Essa cobrança, nos últimos tempos, tem suscitado debates e levado os operadores do direito a refletir sobre a legalidade, ou não, da cobrança dos serviços de telefonia, ainda quando não utilizados, na moldura que se encontra em vigor.

A primeira discussão gira em torno da natureza jurídica da cobrança.

José Cretela Junior define a tarifa “como sendo a quantia em dinheiro que os usuários são obrigados a pagar à empresa concessionária quando se utilizam do serviço público” (*Curso de direito administrativo*. 17. ed., p. 378).

Dentro desse mesmo entendimento, o mestre Hely Lopes Meirelles, brilhante como sempre, traça um interessante paralelo entre tarifa e taxa, quando define:

tarifa (como sendo) o preço público que a Administração fixa, prévia e unilateralmente por seus órgãos, ou, indiretamente, por seus delegados - concessionários e permissionários - sempre em caráter facultativo para os usuários. Nisto se distingue a tarifa da taxa, porque, enquanto esta é obrigatória, aquela (tarifa) é facultativa para os usuários: a tarifa é um preço tabelado pela Administração; a taxa é uma imposição fiscal, um tributo (*Direito municipal brasileiro*. 4. ed., São Paulo: RT, 1981, p.175).

A concessão de serviço público consiste na delegação da execução do serviço por parte do Poder Público ao particular, nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita à regulamentação e fiscalização do órgão concedente, e, nessa ordem de idéias, os serviços concedidos deverão ser remunerados mediante pagamento da tarifa (preço público), não por taxa. A taxa é tributo que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (art. 145, II, da CF). A possibilidade de instituição de taxa em razão da mera disponibilidade do serviço público é decorrência direta do poder de império estatal. Por tarifa ou preço público são remunerados os serviços públicos facultativos quando houver a efetiva utilização; portanto, o serviço é oferecido aos usuários para que dele se utilizem quando assim o desejarem.

Sobre essa questão, impende trazer a lume a visão de Celso Ribeiro Bastos, em sua obra *Curso de direito financeiro e de direito tributário*, 3. ed., p. 53:

Assim sendo, taxa é uma modalidade tributária, conseqüentemente, submetida às prerrogativas e às restrições que são próprias dos tributos. Só pode ser utilizada quando o Poder Público exerce o poder de polícia ou quando presta ao contribuinte um serviço público específico e divisível ou, ao menos, o coloca a sua disposição.

(...) o preço público ou tarifa, por sua vez, é toda cobrança de um serviço efetivamente prestado, portanto fruído pelo particular que o contratou por um ato de vontade. Se, contudo, o particular solicita o serviço, ingressa na relação jurídica, ainda que não venha a consumir propriamente a utilidade posta à sua disposição, é óbvio que a mera instalação do serviço já pode gerar o direito à cobrança de uma tarifa correspondente e compatível. É o caso dos telefones públicos. Obtida a ligação telefônica, ainda que o usuário não faça uso, deve pagar a tarifa correspondente à instalação da respectiva linha.

Competência para estabelecer a tarifa

A Lei nº 9.472/97 atribuiu à Anatel a competência para estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço. Vejamos:

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.

Em razão do que dispõe o aludido diploma legal, a Anatel editou a Resolução nº 85/98, regulamentando o serviço telefônico fixo comutativo (serviço telefônico comutado é o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinantes, utilizando processos de telefonia), na qual consta a conceituação da tarifa ou preço da assinatura mensal:

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

(...)

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

Assim, o serviço de telefonia fixa, por tratar-se de concessão de serviço público, será remunerado por tarifa ou preço público cobrado diretamente do usuário, nos termos da legislação supracitada.

Para aqueles que integram a corrente que entende ilegal a cobrança da assinatura mensal, o valor cobrado não é taxa nem tarifa, constituindo um nada jurídico, não passando de uma cobrança ilegal e abusiva, a qual não encontra amparo na legislação que rege a matéria e afronta os ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Carta Política.

A corrente majoritária, que entende legal a cobrança da assinatura mensal, está escudada nos dispositivos legais (Lei nº 9.472/97, Decreto nº 2.338/97 (que a regulamentou) e Decreto-lei nº 4.733/03), bem como nas Resoluções da Anatel de nºs 26/98 e 85/98, pois entende que os atos administrativos que regulamentam o tema se apresentam dentro dos limites da legalidade e razoabilidade exigidos no âmbito administrativo da prestação de serviço público.

Com efeito, o inciso VII do art. 19 da Lei nº 9.472/97 conferiu à Anatel poder para fixar e revisar as tarifas dos serviços prestados pelas concessionárias do serviço público, além de homologar os eventuais reajustes.

Consta do aludido dispositivo:

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

(...)

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

Dotada dessa autonomia, a agência reguladora editou as Resoluções 26/98 e 85/98, estabelecendo que os contratos de prestação de serviços celebrados entre as prestadoras de serviços e os beneficiários do serviço público são de adesão, os quais devem ser objeto de prévia aprovação pela agência, consoante dispõe o § 1º do art. 48 da Resolução 85/98.

Diante da autorização legislativa, a Anatel consentiu expressamente à concessionária do serviço de telefonia que efetuasse a cobrança da tarifa da assinatura mensal, na qual ficaria incluída a franquia de 90 pulsos mensais, conforme inserido nas cláusulas 2.2 e 2.2.1 do Anexo 3 do Contrato de Concessão.

Lado outro, não se olvide que a fixação da tarifa mínima leva em conta diversos fatores, inclusive no que concerne à própria viabilidade do equilíbrio econômico-financeiro das prestadoras de serviço público de telefonia, bem como a preservação dos aspectos sociais dos respectivos serviços, de forma a assegurar o adequado atendimento dos usuários, mediante a remuneração mínima para a contínua manutenção do serviço (princípio da continuidade dos serviços públicos).

A propósito, nesse sentido caminha a orientação do egrégio STJ de que, na relação contratual referente à prestação do serviço de telefonia fixa, prevalecem as disposições da Lei nº 9.472/97 - legislação específica do tema, sobre as normas do CDC, a fim de resguardar, precipuamente, o interesse da coletividade.

Por pertinente:

Administrativo. Telecomunicações. Telefonia fixa. Lei nº 9.472/97. Cobrança de tarifa interurbana. Suspensão. Área local. Ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei nº 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das agências reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.

2. A delimitação da chamada 'área local' para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do

município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão.

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

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

5. Recurso especial conhecido e provido (REsp 572070/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 16.03.2004, *DJ* de 14.06.2004, p. 206).

Como se vê, não há qualquer questionamento de que a fixação da assinatura básica dependeria de lei para tornar válida sua cobrança, tendo em vista que se está a tratar de preço público, cuja criação, modificação ou alteração segue a mesma formalidade legal exigida para o imposto e a taxa, que são tributos por excelência.

A autorização da agência competente para a fixação das normas reguladoras do serviço de telefonia é o bastante, porquanto a lei lhe assegurou essa faculdade.

Os integrantes da corrente majoritária não só entendem que existe permissão legal para a cobrança da assinatura mensal, como argumentam que, caso inexistisse, não estaria tramitando na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 5.476, de 2001, visando modificar a Lei nº 9.472/97, no que tange ao efetivo pagamento por parte do usuário apenas dos pulsos e minutos utilizados, vedando-se a cobrança da assinatura mensal básica.

Tal fato, por si só, deixa óbvio que, caso houvesse vedação legal à cobrança da assinatura mensal, não seria necessário o Congresso Nacional elaborar projeto de lei nesse sentido.

Pontue-se que a cobrança da tarifa não decorre só dos serviços prestados, mas sim de toda a infra-estrutura oferecida pela prestação contínua, que permite o acesso à rede de comunicação por meio de terminal telefônico, com a manutenção do direito de uso. A propósito, a infra-estrutura engloba a manutenção, a conservação, a expansão e o atendimento ao usuário, restando a linha disponível por 24 horas por dia, de modo que necessita, assim, de correspondente contraprestação por parte do usuário, pelos custos que independem das ligações efetuadas.

O contrato de concessão de serviço público, que decorre de permissivo legal, malgrado firmado entre a concessionária e o Poder Público concedente, envolve um terceiro, usuário do serviço, que é, efetivamente, quem traz a retribuição pecuniária. Por óbvio, o usuário do serviço público é consumidor, e as relações que o envolvem

são regidas pela Lei nº 8.078/90 (CDC). Assim, nessa relação contratual tripartite, o usuário submete-se ao que foi estabelecido entre concedente e concessionária.

Nesse sentido, a jurisprudência é volumosa e torrencial:

Tramitando no Congresso Nacional proposta de lei visando excluir do ordenamento jurídico pátrio cobrança de assinatura básica de serviço de telefonia fixa, tão questionada quanto à prestação e correção, porém permitida pela legislação vigente e pelo contrato concessivo do serviço, não há que se argüir sua ilegalidade, por não poder o julgador decidir *contra legem*... (TJMG, Ap. 1.0145.05.212092-3/00, 16ª Câmara Cível, j. em 19.12.2005).

Prevendo o contrato de concessão de telefonia fixa que o serviço prestado pela concessionária será tarifado como decorre da Resolução 85/98 - Anatel - assim como das Portarias nºs 217/97 e 226/97 - 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, sob pena de inviabilizar a própria prestação dos serviços (TJRS, Ap. 70011523768, 20ª Câmara Cível, j. em 11.05.2005).

A conclusão é que, estando a concessão amparada em permissivo legal, a cobrança dela decorrente está assentada em jurídico e válido alicerce, não afrontando, dessarte, as garantias da Lei nº 8.078/90.

Pulsos excedentes

O art. 3º, IV, da Lei nº 9.472/97 diz que “o usuário de serviços públicos de telecomunicações tem direito à informação adequada sobre as condições de prestação de serviços, suas tarifas e preços”, o que nos remete ao art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor e também à garantia fundamental do direito do consumidor prevista no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal; porém, há que ser observado que a operadora explora serviços de telecomunicações mediante contrato de concessão outorgado pelo Poder Público, sendo que a matéria está regulamentada pela Lei nº 9.472/97, pelo Decreto nº 2.338/97 (que regulamentou - Decreto nº 4.733/03) e pelas Resoluções da Anatel.

O Governo Federal editou o Decreto nº 4.733/03, a fim de regulamentar a Lei nº 9.472/97, que assim dispõe quanto à progressiva implementação da integral informação a constar das contas telefônicas:

Art. 7º. A implementação das políticas de que trata este Decreto, quando da regulação dos serviços de telefonia fixa comutada, do estabelecimento das metas de qualidade, da definição das cláusulas dos contratos de concessão, a vigorarem a partir de 1º de janeiro de 2006, deverá garantir, ainda, a aplicação, nos limites da lei, das seguintes diretrizes:
(...)

X - a fatura das chamadas locais deverá, com ônus e a pedido do assinante, ser detalhada quanto ao número de chamadas, duração, valor, data e hora de cada chamada.

O prazo de tolerância concedido pelo dispositivo legal acima transcrito foi ampliado para 1º de agosto de 2007, na Resolução 432, de 23.02.06, da Anatel, que aprovou a alteração dos prazos constantes do item 8 da denominada “Norma para alteração da tarifa do plano básico do serviço telefônico fixo comutado na modalidade local, prestado em regime público”.

Ressalte-se que o sistema de medição de pulsos em operação no Brasil não permite à operadora de telefonia fixa identificar as chamadas locais, daí por que foi assegurada a progressiva implementação do detalhamento nas contas telefônicas, necessitando, para tanto, de tempo e de aparelhamento de alta tecnologia e custo elevado.

Impende destacar, outrossim, que não se está a negar ou afastar, na oportunidade, os direitos garantidos e assegurados ao usuário pela incidência do Código de Defesa do Consumidor. Inegavelmente, a relação estabelecida entre os usuários e a operadora se submete à tutela especial da legislação consumerista. É o usuário o destinatário final (art. 2º CDC) do serviço de telefonia prestado em regime de concessão pela cessionária (art. 3º do CDC).

Diante do acima afirmado, mesmo tendo em conta o dever da cessionária de prestar “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”, *ex vi* do art. 6º, III, do CDC, não se pode exigir da prestadora de serviços que atue de forma incompatível com os meios de que dispõe.

Nunca é demais repetir que não se está a afastar a aplicabilidade do CDC à espécie, apenas se reconhece que a exigência da adoção de um novo sistema, pela prestadora de serviços, com todos os custos daí decorrentes, sem sombra de dúvidas, acarretaria um repasse desses custos diretamente ao consumidor, que acabaria por se achar ainda mais onerado com o serviço de telefonia.

O entendimento jurisprudencial tem nos mostrado que as liminares as quais determinam às prestadoras de serviços telefônicos que insiram, em documento de cobrança, discriminação dos pulsos locais, informando a data da ligação, horário, duração, telefone chamado e o valor devido, sob pena de multa diária para o caso de descumprimento, têm sido desvalidadas, por via de regra.

Como resumo e sopesamento do entendimento jurisprudencial dominante no País, trago a lume o julgado do egrégio Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, que bem elucida a questão:

Telemar. Não-discriminação das ligações locais nas contas telefônicas. Impossibilidade técnica. Prazo fixado pela Anatel. - A matéria posta a exame nestes autos é regulada pela Lei nº 9.472/97, pelo Decreto nº 4733/03 e pelas Resoluções da Anatel, não podendo regras genéricas do Código de Defesa do Consumidor, de caráter geral, interferir na matéria, sendo aplicável somente quando violado direito do consumidor, individualmente considerado. A falta do detalhamento discriminado dos chamados pulsos excedentes não trata de defeito ou vício na prestação dos serviços de telefonia, mas de uma impossibilidade técnica, constatada pela concessionária apelante, já que somente uma parte da rede era digitalizada. Dessa maneira, foi concedido prazo até 1º.01.2006 para transformá-la totalmente em digitalizada, quando então será possível prosperar o pedido do apelado autor. Ante a ausência de norma que obrigue a apelante a cumprir, neste momento, a obrigação pretendida, conclui-se que o julgado *a quo* não deu ao conflito de interesses a solução que se impunha. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido, nos termos do voto do Desembargador Relator (Apelação Cível 2005.001.44464, 15ª Câmara Cível, j. em 21.12.05).

Assim, em conclusão, temos que a modalidade usada pelas prestadoras dos serviços telefônicos, mediante pulso, como unidade de tarifação das chamadas, está em consonância com a fórmula prevista pela Anatel, já que a Progressão da Implementação da Integral Informação nas Contas Telefônicas tem data prevista para sua consumação, que é agosto de 2007.

Dentro desse raciocínio, enquanto não se assegura às prestadoras dos serviços uma capacitação técnica necessária, com rigor no cumprimento, teremos de conviver com o abarrotamento do Judiciário, mormente se for imposto às cessionárias proceder de maneira diferente daquela exigida pelo órgão controlador, que reconhece a impossibilidade técnica da prestação dos serviços de modo diferenciado daquele que lhe é exigido e assegurado.

Se se reconhece que, para implementar as informações discriminadas dos pulsos, de modo a fornecer ao usuário toda a gama de dados por ele exigida, torna-se necessária uma avançada tecnologia, seria um contra-senso, antes de sua implementação, exigir que, desde já, fosse prestado o novo serviço com a estrutura arcaica existente.

O que não se pode, a meu sentir, é permitir que essa postulação se transforme num meio de enriquecimento, com uma supercarga de processos para um Judiciário que já se encontra trabalhando acima do limite, com imenso sacrifício imposto aos seus membros, que não perfazem número certo para solucionar demandas que se avolumam, dia a dia, em profusão.

Temos que fazer Justiça, e, para tanto, é necessário ficar atentos para não cometermos injustiça, pois, recordando Martin Luther King Junior: “A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça em todos os lugares”.

Oportunas as palavras de Calamandrei:

Sob a ponte da Justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais.

E seria de desejar fosse o juiz capaz de reviver em si, para os compreender, cada um destes sentimentos.