

PARECER Nº , DE 2009

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 91, de 2004, que *acrescenta parágrafo ao art. 103 da Lei nº 9.472, de 1997, para o fim de vedar a cobrança de assinatura básica pelas prestadoras de serviço telefônico fixo e móvel.*

RELATOR: Senador **RENATO CASAGRANDE**

I – RELATÓRIO

Vem a esta Comissão, para exame, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 91, de 2004, que *acrescenta parágrafo ao artigo 103, da Lei 9.472, de 1997, para o fim de vedar a cobrança de assinatura básica pelas prestadoras de serviço telefônico fixo e móvel.*

Oriunda da Sugestão nº 6, de 2003, de autoria da Associação Comunitária de Chonin de Cima, com sede no Município de Governador Valadares, Estado de Minas Gerais, a referida proposta foi recebida pela então Comissão de Legislação Participativa do Senado Federal, que decidiu pela apresentação do PLS nº 91, de 2004, em exame.

Votada e aprovada a matéria, ela foi distribuída à Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI), nos termos do art. 102-E, § 1º, inciso I, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), para exame de mérito.

Naquela Comissão, o relator indicado, Senador DELCÍDIO AMARAL, propôs audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), na forma dos arts. 138, inciso I, e 101, inciso V, do RISF, em razão “da possibilidade de configuração de quebra dos contratos de concessão assinados com as operadoras de telefonia”. Aprovado o parecer pela CI em 13 de setembro de 2005, a matéria foi remetida a esta Comissão.

II – ANÁLISE

O PLS nº 91, de 2004, pretende inserir dispositivo na Lei Geral de Telecomunicações (LGT) para proibir as prestadoras do serviço telefônico fixo comutado e dos serviços móveis de cobrarem dos usuários qualquer valor referente à assinatura mensal ou semelhante.

A matéria circunscreve-se ao campo de competência da União, nos termos do art. 22, IV, da Constituição Federal. Não se observam vícios de iniciativa ou de juridicidade que possam invalidar seu trâmite ou sua aprovação.

Com relação à possibilidade de quebra de contratos com as operadoras de telefonia, este relatório procurará evidenciar a ausência de fundamentos jurídicos que sustentem tal alegação.

Ao organizar o setor, a LGT estabeleceu dois regimes de exploração dos serviços: o público e o privado. É cediço que, atualmente, o único serviço prestado em regime público é o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) explorado pelas empresas que operavam em regime de monopólio antes da abertura do mercado e da privatização.

No regime público, o instrumento que rege a atuação dos operadores é o contrato de concessão, uma espécie de contrato administrativo. Ao contrário do que se passa com os ajustes entre particulares, em que se costuma dizer que o contrato é lei entre as partes, nos contratos administrativos existe a possibilidade de alteração unilateral de suas cláusulas pela Administração Pública, desde que a finalidade da alteração seja o atendimento do interesse público.

Dessa forma, se o interesse a ser atingido exige que as condições inicialmente pactuadas sejam alteradas, a Administração tem o poder-dever de promover as modificações necessárias. Do contrário, o contrato deixaria de cumprir, no todo ou em parte, sua finalidade. Essa mutabilidade é mais acentuada nos contratos de concessão, normalmente celebrados por prazos relativamente longos. Como não é possível prever todas as intercorrências que poderão se apresentar durante a execução do contrato, é de especial importância a prerrogativa dada à Administração Pública de modificá-lo para atender às mutantes demandas coletivas.

Não obstante, há limites para o poder de alterar unilateralmente contratos administrativos. O primeiro deles é o da finalidade. Não se permitem mudanças desvinculadas da consecução de interesse público. No

caso em estudo, o projeto busca efetivar a universalização dos serviços de telefonia.

Da mesma forma, não se reputam modificáveis as garantias patrimoniais do concessionário. Trata-se do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, estabelecido por ocasião de sua assinatura e que diz respeito à proporção entre os encargos exigidos e a remuneração estimada do prestador do serviço. O respeito a este princípio do Direito Público pátrio, entretanto, não impede que a Administração Pública imponha ajustes às obrigações do concessionário.

A modificação veiculada por ato legislativo que atinge diretamente disposições contratuais configura hipótese de aplicação da chamada *Teoria do Fato do Príncipe*. Entre outras características, essa teoria notabiliza-se pela necessidade de reparação integral dos danos eventualmente impostos ao contratado. E em função da natureza regulamentar das cláusulas que regem a prestação de serviço público objeto de concessão, sua modificação pela Administração Pública não tem efeitos somente sobre o concessionário, mas também sobre os usuários. Estes se subordinam à prerrogativa outorgada ao Poder Público de modificar as condições que regem a oferta do serviço.

Assim, a alteração, por meio de lei, de disposições do contrato de concessão firmado com operadoras de telefonia conforma-se aos princípios de direito público que regem os contratos administrativos, e não há que se falar em quebra de contratos, desde que respeitada a garantia patrimonial do concessionário. Preservada esta, a política tarifária do serviço pode e deve ser modificada, **se assim reclamar o interesse público**. Cumpre lembrar que atuação legislativa em tal sentido está amparada por expressa disposição constitucional, constante do art. 175, parágrafo único, inciso III.

Em contrapartida, a extinção da cobrança de assinatura básica, por meio de lei, provocaria uma revisão tarifária no STFC prestado em regime público. Tal procedimento decorre do disposto no art. 108, § 4º, da Lei nº 9.472, de 1997:

Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

.....

§ 4º. A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto de renda, implicará a revisão do contrato.

Na mesma linha dispõe o item IV da cláusula 12.3 dos contratos de concessão do STFC, que determina a revisão do contrato sempre que houver alteração legislativa de caráter específico com impacto direto sobre as receitas da concessionária e que afete a continuidade ou a qualidade do serviço prestado. Nesse contexto, destaca-se o disposto na cláusula 12.2, que elege as tarifas pagas pelos usuários como meio preferencial de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Contudo, dado o caráter de abstração e generalidade da norma jurídica, a inovação legislativa em comento não terá o condão de alterar diretamente a disposição contratual referente à estrutura tarifária do serviço. **Faz-se necessária a edição de ato administrativo específico** que promova a adequação do contrato ao novo regramento legal. Em função do disposto no art. 19, incisos VI e VII, da Lei nº 9.472, de 1997, tais atos deverão ser praticados pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Uma vez alterado o contrato, as novas regras passam a afetar os usuários do serviço.

O regime privado de exploração dos serviços de telecomunicações, por sua vez, tem como marco principal os princípios constitucionais da ordem econômica, especialmente aqueles expressos no art. 170 da Lei Maior. Nele, a orientação geral é a da mínima intervenção na vida privada, conforme prevê o art. 128 da LGT. Em virtude disso, o regime estabelecido é o da liberdade de mercado, constituindo exceção as proibições, restrições e condicionamentos administrativos, que para sua validade devem estar vinculados a finalidades públicas específicas e relevantes.

O instrumento de delegação utilizado é o da autorização. Esta, como ato vinculado, conforme a definição do art. 131, § 1º, da LGT, limita-se a reconhecer ao particular o direito de explorar o serviço, uma vez atendidos os requisitos objetivos e subjetivos necessários. Os serviços prestados em regime privado, como regra, não estão sujeitos ao controle de tarifas, vez que, diante do disposto no art. 129 da Lei nº 9.472, de 1997, os **preços são livres**. A autorização de serviços de telecomunicações, tal como concebida na LGT, não configura relação contratual entre o prestador do serviço e a Administração Pública. Por esse motivo, não há que se falar em manutenção de equilíbrio econômico-financeiro de contrato.

O art. 130 da Lei nº 9.472, de 1997, por sua vez, define que as prestadoras sujeitas ao regime privado não têm *direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação*. O parágrafo único do mesmo dispositivo ressalva que deverá ser concedido prazo razoável para a adaptação aos novos regramentos. As eventuais alterações normativas que incidirem sobre a prestação desses serviços não dão origem, portanto, à pretensão compensatória por parte do operador junto ao Poder Público.

Tal fato se deve à natureza jurídica do vínculo estabelecido que, como visto, não é contratual. Ademais, no regime de liberdade de preços, a operadora poderá repassar os custos adicionais a seus usuários, dentro das condições de mercado.

Não havendo relação contratual entre o prestador e a Administração, tampouco há subordinação jurídica do usuário em relação a tal liame. Nesse contexto, deve-se respeitar a relação contratual celebrada entre este e o prestador do serviço, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Os efeitos futuros de atos celebrados sob a égide de lei anterior não são atingidos pela lei nova. Os contratos de execução continuada, como os de serviços de telefonia, devem reger-se pela lei vigente ao tempo de sua celebração. Nesse sentido, cabe transcrever o seguinte precedente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em agravo regimental no Recurso Extraordinário 393.021-4 SP, sendo relator o Ministro Celso de Mello:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CADERNETA DE POUPANÇA – CONTRATO DE DEPÓSITO VALIDAMENTE CELEBRADO – ATO JURÍDICO PERFEITO – INTANGIBILIDADE CONSTITUCIONAL (CF/88, ART. 5º, XXXVI) – LEI SUPERVENIENTE À DATA DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE DEPÓSITO – INAPLICABILIDADE DESSE ATO LEGISLATIVO, MESMO QUANTO AOS EFEITOS FUTUROS DO PACTO NEGOCIAL – SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As consequências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação que se achava em vigor no momento da

celebração do contrato (“tempus regit actum”): exigência imposta pelo princípio da segurança jurídica.

Os contratos – que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) – acham-se protegidos, inclusive quanto aos efeitos futuros deles decorrentes, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, cuja autoridade sempre prevalece, considerada a supremacia que lhe é inerente, mesmo que se trate de leis de ordem pública. Doutrina e precedentes.

A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Precedentes.

No regime privado, portanto, norma que proscruvia a assinatura mensal terá como consequência imediata a vedação à comercialização de planos de serviços que adotem tal estrutura. Não obstante, os contratos em vigor que prevejam essa espécie de remuneração deverão ser preservados. Em tais casos, o usuário poderá solicitar à sua operadora a troca do plano de serviço, caso intente ver-se livre da cobrança da assinatura. Essa possibilidade, todavia, poderá estar condicionada ao pagamento de multa rescisória caso seja exercida dentro do prazo de carência para troca de plano, conforme previsto no contrato celebrado entre o usuário e a prestadora.

Do exposto, entende-se que os **efeitos da medida legislativa sob análise serão distintos conforme o regime de prestação dos serviços**. Para o STFC prestado em regime público, a inovação pretendida obrigará a Anatel a promover os ajustes necessários no contrato de concessão. A alteração deverá ser feita de forma a recompor comprovado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Uma vez modificado o contrato, seus novos regramentos aplicam-se indistintamente a todos os usuários do serviço.

No regime privado, a nova lei terá efeito logo após o prazo concedido aos prestadores para se adequarem às novas condições. Não obstante, os contratos de prestação de serviços já celebrados com os usuários deverão ser respeitados como atos jurídicos perfeitos regidos pela lei vigente à época de sua celebração. Em tais casos, caso prevista a cobrança de assinatura mensal, esta não será automaticamente extinta.

Com base no art. 90, inciso XII, do RISF, compete à CCJ analisar também o mérito da proposição, por meio da identificação de

possíveis impactos ao bem estar dos consumidores desses serviços, bem como aos investidores e empresas que esperam do Estado brasileiro coerência e fundamentação nas propostas de alteração legislativa.

Considerando a redação dada à proposição, dois grupos de serviços de telecomunicações deveriam ser afetados: o de telefonia fixa, oferecido nos regimes público e privado; e o de serviços móveis, que contempla todo serviço que propicie comunicação com estações móveis por meio de radiofrequência. Desse último conjunto fazem parte não apenas o Serviço Móvel Pessoal (SMP) – ou telefonia celular, como é mais conhecido –, mas também o Serviço Móvel Especializado (*trunking*), os serviços móveis aeronáutico e marítimo, entre outros de interesse coletivo, ou seja, que são oferecidos para o consumo de pessoas físicas e jurídicas não associadas àquela que detém a outorga.

Contudo, da argumentação contida na Justificação do projeto, percebe-se que sua intenção é afetar tão somente os serviços de telefonia, fixo e móvel. Nesse sentido, será necessário alterar a redação aprovada pela então Comissão de Legislação Participativa, de forma que, se aprovado, o projeto não imponha restrições a serviços cuja estrutura de preços não está em questão.

Por fim, é imprescindível registrar na avaliação de mérito do PLS nº 91, de 2004, que a impossibilidade de operar estruturas tarifárias que contemplem cobrança de valores fixos (“assinatura mensal ou semelhante”) pode ser economicamente prejudicial a usuários com nível de consumo mais elevado, ou àqueles que desejam controlar seus gastos com telefonia.

Para compreender essa afirmação, basta que se projete o valor da fatura do telefone celular de alguém que o utilize intensamente, mas que passe a ser obrigado, por lei, a optar por uma estrutura de preços semelhante a de um pré-pago. Sem a assinatura mensal, que já contempla uma expectativa mínima de receita por parte da operadora, suficiente para reduzir ou eliminar cobranças extras pelo consumo físico desse usuário naquele mês, o preço unitário (ou o valor por minuto) de cada chamada certamente será mais elevado.

Essa lógica se aplica a variados serviços de telecomunicações, em especial ao de telefonia fixa, em breve mero coadjuvante dos serviços de banda larga. O usuário paga pela velocidade do acesso e consome indistintamente voz, vídeo ou dados. Nesse contexto, a adoção de valores fixos mensais (*flat fees*), desassociados do efetivo consumo do usuário, tem se transformado em uma exigência de mercado. Por isso, norma que exija a

tarifação estritamente por uso provavelmente representará perda de bem-estar para uma expressiva parcela dos consumidores.

O que se deseja, em verdade, é que existam ofertas de serviços de telefonia para todo tipo de usuário, não apenas para os que podem e preferem pagar pela assinatura mensal. Aqueles que apresentam consumo mensal superior a determinado valor preferem assinar planos com assinatura, cujos preços pelo tráfego excedente à franquia são inferiores à média. Aqueles que não podem despendar qualquer valor a título de assinatura, optam por planos “pré-pagos”, ou seja, estritamente vinculados ao uso.

Sendo assim, julgamos equivocado estender a norma proposta no PLS nº 91, de 2004, para o SMP, por já dispor de planos alternativos sem assinatura. A redução dos preços unitários nos planos pré-pagos está associada a fatores não tratados na presente proposição. Além disso, o art. 103, ao qual se propõe acrescentar a inovação legislativa em estudo, não comporta questões relativas a modalidades de serviço prestadas em regime privado, por se inserir no Título II do Livro III da LGT, que versa sobre os serviços prestados em regime público.

Ao invés de vedar a oferta de planos com assinatura mensal ou outras formas de cobrança de valores fixos, seria economicamente mais eficiente impor aos concessionários do STFC a obrigação de oferta de planos sem a cobrança de assinatura, deixando a escolha a critério dos usuários. Nesse cenário, seria contestável eventual exigência de repactuação do equilíbrio contratual, pois aqueles que não podem pagar por planos com assinatura não chegam sequer a ser assinantes do serviço. Portanto, é possível que não haja perda de receita após a introdução da inovação em comento.

III – VOTO

Diante do exposto e nos termos dos arts. 90, inciso XII, e 101, inciso I, do RISF, opino pela aprovação do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 91, de 2004, nos termos do seguinte substitutivo:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 91, DE 2004 (SUBSTITUTIVO)

Acrescenta parágrafo ao art. 103 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), para tornar obrigatória a oferta de planos alternativos cuja estrutura tarifária contemple cobrança apenas pelo efetivo uso do serviço.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 103 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“**Art. 103**

.....
 § 5º É obrigatória a oferta de planos alternativos de serviço cuja estrutura tarifária vede a cobrança de valores a título de assinatura mensal, habilitação ou qualquer outro item desassociado do efetivo consumo do serviço pelo usuário.

.....” (NR)

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator