

A INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA AOS CONSUMIDORES PELAS CONCESSIONÁRIAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA E MÓVEL

Luiz Lucio Neto¹
Sara Asseis de Brito²

RESUMO: o presente trabalho versa sobre a cobrança de assinatura básica, pelas concessionárias de telefonia móvel e fixa, que vem se demonstrando onerosa e abusiva aos consumidores e usuários do sistema de telefonia brasileiro. Várias ações foram tomadas por setores diferentes da sociedade para tentar conter o avanço dessas taxas. O Estado da Federação Rio Grande do Sul criou lei que proibia, naquele Estado, a referida cobrança, mas esta foi liminarmente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Com o advento dessa campanha legislativa rio-grandense-do-sul, ascendeu na sociedade brasileira a discussão acerca da cobrança de taxa de assinatura. Assim objeto do artigo, que foi orientado pela Profa. Ma. Sara Asseis de Brito, é demonstrar a constitucionalidade de tal cobrança. Para tanto usamos o método hipotético - dedutivo, com pesquisa bibliográfica e legislativa. O objetivo é contribuir para a soberania constitucional, apontando os atos que estejam em desacordo material ou formal com a Constituição e divulgar direitos do consumidor.

Palavras-chave: Onerosidade. Práticas Abusiva. Controle de Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

O consumidor brasileiro vem sentindo uma mudança significativa quanto ao valor cobrado pelas concessionárias de telefonia fixa e móvel quando o assunto é referente à cobrança de assinatura básica por essas empresas que prestam esse tipo de serviço. Após as privatizações do setor ocorridas na década de 90, esse tipo de serviço teve uma grande expansão e melhorias pelo país, entretanto os valores cobrados estão em desproporção com o serviço prestado.

Um Estado da Federação, o Rio Grande do Sul, por meio de sua assembleia legislativa, publicou a lei de nº 14150/12, que vedava a cobrança de assinatura básica pelas concessionárias prestadoras de serviço de telefonia fixa e móvel naquele Estado, atendendo dessa forma aos anseios da população do Estado em específico, e em acordo com os princípios consumeristas, pois consideravam a prática abusiva.

Em que pese a louvável e isolada iniciativa dos parlamentares daquele Estado, a inclusa lei encontrou uma barreira jurídica dentro da própria Constituição Federal ao passo que a associação que representa as empresas afetadas pela lei (ABRAFIX), interpôs Ação Direta de

¹ Acadêmico do 5º Ano do Curso de Direito FITL - AEMS

² Mestra docente das FITL - AEMS

Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, alegando competência privativa da União para legislar, invocando os artigos 21 XI, 22 IV e 175, parágrafo único da Constituição Federal.

Por momento, somente foi analisada liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal a questão em comento, mas ao passo que exista um controle de constitucionalidade concentrado e uma constituição rígida como a nossa, essa lei estadual deverá ter seu fim com a votação em plenário do órgão máximo da justiça brasileira, por uma expressa vedação contida na Carta Magna.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade visa adequar o ordenamento jurídico de acordo com as normas contidas na Constituição Federal. Esse instituto, bastante complexo, serve para expurgar do sistema jurídico normas inconstitucionais, ou seja, em colisão com a Lei Maior. O controle de constitucionalidade permite, dentre outros, apontar as falhas legislativas sendo uma tarefa compartilhada com os interpretes e operadores do direito de não ficarem inertes diante da existência de qualquer tipo de inconstitucionalidade.

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional (SILVA, 2012: 48).

A supremacia formal da Constituição é decorrente de sua rigidez e se expressa na superioridade hierárquica em relação às de mais normas produzidas no interior do ordenamento jurídico. A manutenção da supremacia exige mecanismos aptos a invalidar os atos infraconstitucionais que não se conformarem aos comandos da Lei Maior e a exigência de órgãos encarregados de exercer a fiscalização. O controle de constitucionalidade consiste no conjunto de órgãos e instrumentos criados com o objetivo de assegurar a supremacia formal da Constituição (NOVELINO, 2008:147).

A finalidade desse controle é sempre preservar a supremacia constitucional, resguardando dessa forma as diretrizes contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, inclusive com as reservas próprias a rigidez da Constituição. As normas constitucionais devem sempre ser respeitadas pelas demais normas que integram o corpo do ordenamento jurídico nacional sob risco de serem consideradas sem validade, pois a Constituição é fonte de direito.

1.1 Controle concentrado

Este controle tem natureza objetiva e só pode ser proposto por quem tenha legitimidade para verberar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, conforme expressa o no art. 103. O controle concentrado se manifesta através de ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

A competência para exercício deste controle é privativa do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, a e §1º). Entretanto no âmbito dos Estados da federação a competência será dos Tribunais de Justiça (artigo 125, §2º).

“O controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de “concentra-se” em um único tribunal” (LENZA, 2010: 237).

O nome já diz acerca do instituto, é concentrado, pois concentra alguma coisa em algum lugar. Sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão responsável para dirimir as controvérsias constitucionais de âmbito nacional. Nada impede no âmbito dos Estados que os tribunais façam esse controle conforme o artigo 125, §2º da Constituição Federal, pois podem existir leis municipais e estaduais em divergência com a constituição estadual vigente no Estado da federação.

1.2 Ação direta de inconstitucionalidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem como escopo assegurar a supremacia constitucional por meio da retirada do ordenamento jurídico de atos normativos e leis incompatíveis com a Constituição, considerados sua nulidade. Ela tem por sua vez, respaldo no artigo 102, I, a, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e não obstante, é regulamentada pela lei 9.868, de 10 de Novembro de 1999.

A Constituição prescreve ainda que é de competente o Supremo Tribunal Federal a para julgar e processar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade, se concentrando no órgão máximo da justiça brasileira a tramitação e resolução do conflito de normas dentro do próprio ordenamento jurídico nacional.

Esse dispositivo constitucional tem caráter objetivo, ou seja, examina-se a norma em abstrato que se deseja impugnar. O doutrinador Pedro Lenza afirma categoricamente que o objetivo da ação direta de inconstitucionalidade genérica é “o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração” (LENZA, 2010:158).

Existe um rol de legitimados, previsto na própria constituição, para propor a ação, são eles: Presidente da República, Procurador Geral da República, as mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil e confederação sindical ou entidade de classe com representação em âmbito nacional.

Esses legitimados são chamados de universais, devido possuírem interesse de preservar a supremacia da Constituição Federal, pois esses entes tem características de atribuições institucionais.

Temos também os legitimados denominados especiais que são: os Governadores de Estado e do Distrito Federal e as Mesas de Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, mas para isso deverão demonstrar pertinência temática, ou seja mostrar a relação de interesse entre o objeto da ação direta proposta e a classe profissional, social, econômica ou política que representam. Esses legitimados denominados especiais passaram a figurar no rol constitucional por força da Emenda Constitucional nº 45/2004.

O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade é “(...) a lei ou ato normativo que se mostrarem incompatíveis com o sistema (...) entende-se por leis todas as espécies normativas do art.59 da CF/88” (LENZA, 2010: 238).

1.3 Constituições rígidas e a supremacia constitucional

Podemos dizer que uma constituição é rígida quando ela prevê, para sua modificação de suas próprias regras, um procedimento mais formal e solene que o previsto para a lei ordinária. Com exceção da constituição de 1824, outorgada no Brasil Império, todas as outras Constituições Federais foram rígidas.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 só pode ser alterada por iniciativa de 1/3 no mínimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente, de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades federativas, manifestando-se em cada uma delas por maioria relativa de seus membros.

Verifica-se ainda no artigo 60, §2º da Constituição Federal, a complexidade e a rigidez para propor uma emenda a constituição. A proposta de emenda a Constituição será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se alcançar, nas duas casas, 3/5 dos votos dos respectivos membros.

As Constituições podem se apresentar de forma rígida ou flexível. A diferença entre elas está na forma de alteração do seu texto. Em relação às Constituições rígidas, os critérios para a alteração do seu texto são diversos dos adotados para a criação das normas ordinárias; enquanto que em relação às Constituições flexíveis não há essa distinção. Isso nos leva à seguinte conclusão: nas Constituições rígidas há hierarquia formal entre norma constitucional e norma ordinária, o que não existe nas Constituições flexíveis, logo, em relação a estas últimas, não há que se falar em *supremacia da Constituição*! (José Carlos de Oliveira Robaldo, O Princípio da Supremacia da Constituição, acessado em 18/06/2013, disponível em www3.lfg.com.br).

Nessa trilha de rigidez constitucional adotada pelo Brasil, que para sua alteração precisa de um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a o das demais espécies normativas (ver art. 60, CF/88); só para efeito de comparação, as constituições flexíveis, em regra não escritas, excepcionalmente escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário (MORAES, 2012).

A rigidez constitucional da CF/88 está prevista no art. 60, que, por exemplo em seu §2º estabelece um *quórum* de votação de 3/5 dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais. Em contraposição, apenas para aclarar mais a situação lembrada, a votação das leis ordinárias e complementares dá-se em um único turno de votação (art.65), com *quórum* de maioria simples (art. 47) e absoluta (art.69), respectivamente para lei ordinária e complementar. Outra característica definidora da rigidez da CF/88 está prevista nos incisos I, II e III do art. 60, que estabelecem iniciativa restrita: a) de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) do Presidente República; e c) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela *maioria relativa* de seus membros, enquanto a iniciativa das leis complementares e ordinárias é geral, de acordo com o artigo 61 (LENZA, 2011:81 - 82).

Contudo, se uma constituição é rígida, consequentemente emana dela o princípio da supremacia da constituição que significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, sendo seus poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. A lei suprema do Estado, pois é

nela que se encontra a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos, é nela que estão as normas fundamentais do Estado, é com base nisso que se notará a sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (SILVA, 2012: 47).

2. PRATICAS ABUSIVAS

Conforme está disposto no artigo 39 do Código de defesa do consumidor, é vedada a prática abusiva por parte do fornecedor de produtos e serviços, *in verbis*:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

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

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. (Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999)

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Nesse pórtico, podemos dizer que prática abusiva é a “desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor” (BENJAMIM *et al*, 2009: 361). Em que pese o fornecedor não ofender a norma em si, quando decorrência de uma prática abusiva, mas há nesse caso a ofensa a sua valoração, não frustrando as legítimas expectativas criadas em outrem, sem desvio de finalidade (GARCIA, 2010). Ou ainda é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor (BENJAMIM *et al*, 2009).

Deduzimos então que a prática abusiva em desfavor do consumidor não é só a infringência de alguns dos dispositivos fixados no Código de Defesa do Consumidor, mas no modo de como o produto ou serviço é prestado pelo fornecedor. Não basta o fornecedor oferecer um serviço em

consonância com as normas consumerista, se o produto ou serviço está em total desproporção entre o prometido pelo fornecedor e o esperado pelo consumidor final.

Nada obstante, por exemplo, que uma empresa concessionária de serviço público, fornecedora do serviço, utilize um índice de reajuste legal para vender seus produtos ou serviços, mas este apresente uma desproporção entre aquilo que é oferecido ao consumidor e aquilo que é o produto ou serviço em si. Ou ainda, a oferta de um serviço desproporcional entre empresa e consumidor que é oferecido com onerosidade que não acompanha a qualidade do serviço.

A cobrança de taxa de assinatura encontra amparo legal para ser cobrada e está prevista em lei própria de regência, assim já decidiu nossos tribunais superiores. Vejamos um julgado que preconiza que a cobrança de taxa de assinatura básica é revestida do princípio da legalidade:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE TELEFONIA. COBRANÇA DE "ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL". NATUREZA JURÍDICA: TARIFA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. EDITAL DE DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS FEDERAIS DE TELECOMUNICAÇÕES MC/BNDES 01/98 CONTEMPLANDO A PERMISSÃO DA COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. CONTRATO DE CONCESSÃO QUE AUTORIZA A MESMA EXIGÊNCIA. RESOLUÇÕES 42/04 E 85/98, DA ANATEL, ADMITINDO A COBRANÇA. DISPOSIÇÃO NA LEI 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CDC. PRECEDENTES DA CORTE. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA". ARTIGO 543-C, DO CPC. RESOLUÇÃO STJ 8/2008. ARTIGO 557, DO CPC. APLICAÇÃO. **1. A assinatura básica é remunerada por tarifa cujo regramento legal legitimante deriva dos seguintes diplomas: (i) artigo 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal; e (ii) artigo 2º, II, da Lei 8.987/95, que regulamenta o artigo 175, da CF/88, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência (grifo nosso).** 2. Deveras, os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, foram instados a indicar o valor e os tipos das tarifas exigíveis dos usuários pelos serviços prestados. 3. A vinculação do Edital ao contrato tem como consectário que as tarifas fixadas pelos proponentes sirvam como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento, tanto que o art. 9º da Lei 8.987, de 1995, determina que "a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação ...". 4. Outrossim, no contrato de concessão firmado entre a recorrida e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito da concessionária em exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica. 5. Destarte, a permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES 01/98), para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas, razão pela qual as disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas. 6. O contrato de concessão firmado entre a recorrida e o poder concedente ostenta cláusula expressa afirmando que "para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura", segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia mínima de pulsos. 7. Sob o ângulo prático, a tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia mínima de pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência. 8. A regulação do sistema está assentada na ilegalidade da Resolução 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: "XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de

trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço.”. 9. Ademais, a Resolução 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada. 10. Em suma, a cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, razão pela qual a obrigação do usuário em pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo certo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, amparada no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei 9.472, de 16.07.1997. 11. A cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, quer sob o ângulo da legalidade, quer por tratar-se de serviço que é necessariamente disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários. 12. A abusividade do Código de Defesa do Consumidor pressupõe cobrança ilícita, excessiva, que possibilite vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, incorrentes no caso sub judice. 13. Os serviços de consumo de água adotam prática de cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora debatida, porquanto o consumidor só paga pelos serviços utilizados (Precedentes do REsp 759.362/RJ”> REsp 759.362/RJ”>STJ: REsp 759.362/RJ, DJ de 29.06.2006; REsp 416.383/RJ, DJ de 23.09.2002; REsp 209.067/RJ, DJ de 08.05.2000; REsp 214.758/RJ, DJ de 02.05.2000; REsp 150.137/MG, DJ de 27.04.1998, dentre outros. Idem do STF: RE 207.609/DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ de 19.05.1999). 14. Os dispositivos legais apontados como malferidos não restaram violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia (REsp 981389/RS, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18.12.2007; REsp 911.802/RS, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, julgado em 24.10.2007; REsp 985.604/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 13.12.2007; REsp 872.584/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 29.11.2007). 15. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557 do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008). 16. Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no REsp: 1018394 RS 2007/0306074-1, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/11/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2008).

Ao passo que a corte do Superior Tribunal de Justiça considerou a prática de cobrança de assinatura básica por parte dos usuários, usando inclusive o argumento do princípio da legalidade, que essa cobrança está prevista em lei e em edital de concessão. Ademais existe a sumula 356 do Superior Tribunal de Justiça que diz ser legítima a cobrança de Tarifa básica dos Serviços de Telefonia Fixa, vejamos: “STJ Súmula nº 356 - 25/06/2008 - DJe 08/09/2008 -Legitimidade - Cobrança da Tarifa Básica - Serviços de Telefonia Fixa. É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa.”

Entretanto, em que pese a cobrança de assinatura básica aos consumidores pelas concessionárias prestadoras de serviço de telefonia fixa e móvel estar revestida de legalidade e não ser considerada uma prática abusiva, tendo inclusive sumula do Superior Tribunal de Justiça, entendemos pelo todo acima exposto que é uma cobrança abusiva e excessiva. Em que pese toda a previsão legislativa autorizando a referida cobrança, temos um valor desproporcional entre a cobrança da tarifa, serviço prestado, e previsão de cobrança.

O que os legisladores não sabiam a época da feitura dessas normas autorizando a cobrança é que ela se tornaria excessiva e onerosa deixando os consumidores e usuários sem um

serviço de qualidade e sendo altamente cobrado por aquilo que não é prestado com qualidade pelas concessionárias.

Aduzimos ainda do estudo, que as praticas abusivas do mercado não podem estar 100% previstas em legislação nenhuma, pois as mudanças voláteis e rápidas acontecem justamente nesse mercado de consumo de tecnologias, ficando dessa forma impossível prevê-las na sua totalidade.

Existe nesse caso o que uma parte da doutrina chama de exaustão legislativa. Vejamos:

Não poderia o legislador, de fato, listar, à exaustão, as práticas abusivas. O mercado de consumo é de extrema velocidade e as mutações ocorrem da noite para o dia. Por isso mesmo é que se buscou deixar bem claro que alista do art. 39 é meramente exemplificativa, uma simples orientação ao interprete.

A dificuldade, como parece evidente, não é somente do legislador brasileiro. Já em 1914, a Câmara dos Deputados dos Estados Unidos, em relatório sobre o Federal Trade Commission Act, assim se manifestou: 'É impossível a composição de definições que incluam todas as práticas abusivas. Não há limite para a criatividade humana nesse campo. Mesmo que todas as práticas abusivas conhecidas fossem especificamente definidas e proibidas, seria imediatamente necessário recomençar tudo novamente. Se o Congresso tivesse que adotar a técnica da definição, estaria trazendo a si uma tarefa interminável'

Três janelas- uma implícita e duas explícitas- foram, então, introduzidas para dar flexibilidade ao preceito. A primeira indicação de que toda e qualquer prática abusiva deve ser coibida vem no art. 6º, IV. A segunda, também indicativa do caráter enumerativo do art. 39, estava prevista no seu inc. X, vetado. A terceira, implícita, mostrando igualmente que o dispositivo é flexível, está no próprio corpo do preceito, e decorre da utilização de conceitos extremamente fluidos, como os estampados nos incs. IV e V (BENJAMIM *et al*, 2009: 218).

As praticas abusivas estão em constante mutação, constatação essa feita não somente pelos legisladores brasileiros, mas como está transcrito na citação acima, pelos legisladores norte americanos que também tem esse entendimento acerca do assunto. Mutação essa que a própria lei não pode acompanhar tendo que ser analisado caso a caso.

A qualidade do serviço de telefonia no Brasil é uma realidade sentida em todo território nacional, por todos os usuários. Esses serviços de telefonia não se restringem só as chamadas efetuadas e recebidas, mas também aos serviços de internet, internet 3G, envio e recebimento de torpedos SMS e também o atendimento das operadoras que prestam pelos chamados *call-center* que é também de péssima qualidade.

3. CONCLUSÃO

Concluimos que a cobrança de assinatura básica aos consumidores pelas concessionárias prestadoras de serviço de telefonia fixa e móvel e aos usuários em geral, está revestida de legalidade, tendo previsão legislativa e jurisprudencial. Em que pese à expressa autorização da lei, autorizando a cobrança, essa tem se tornado excessiva e onerosa para quem paga.

A taxa de assinatura básica servia para custear a infraestrutura da rede, de forma a garantir a universalização do serviço. Mas desde 2006 a estruturação da rede foi concluída. Enquanto havia restrição e não houve a revisão dos contratos de concessão de telefonia fixa a associação acima mencionada fez campanha pela redução de 70% do valor cobrado pela assinatura básica, como alternativa para a universalização da telefonia fixa e aproveitamento da rede ociosa. E defendia que não houvesse limite de chamadas locais, apenas das ligações para celulares e de longa distancia.

A assinatura básica foi criada com a privatização do setor de telecomunicações, já tratada em tópicos anteriores, em 1998. Atualmente há cerca de 45 milhões de linhas de telefone fixo e mais de 10 milhões delas estão ociosas. Desde o processo de privatização de telefonia no Brasil os consumidores e usuários são punidos com aumentos excessivos e com a cobrança abusiva da assinatura básica.

O consumidor está sendo abusivamente cobrado por um serviço de má qualidade, Além do mais, quando alguém utiliza os serviços de telefonia, está sendo cobrado não só a taxa, mas outros encargos e impostos.

Apesar de toda essa desproporção já explanada, a cobrança de taxa de assinatura encontra amparo legal para ser cobrada, mas já está sendo analisada judicialmente pelo STF, na ADI 4907, interposta em 01/02/2013.

Entretanto, entendemos a cobrança materialmente inconstitucional, pois está totalmente desproporcional com o valor cobrado por essas empresas diretamente ao consumidor e usuários de forma geral. A cobrança dessa taxa esta sendo praticada de forma abusiva, por ferir direitos do consumidor e princípio da ordem econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIM, Antônio Herman, MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto nº 2.181/97*. 6 ed. Niterói/RJ: Impetrus, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Jus Podivm, 2008.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *O Princípio da Supremacia da Constituição*, [acessado em 18/06/2013], disponível em: www3.lfg.com.br.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.