

01/09/2011

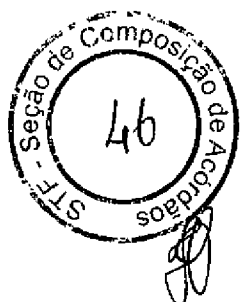
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL

REDATOR DO: MIN. LUIZ FUX
ACÓRDÃO
RELATOR : MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S) : CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE. : ABRAFIX - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE
PRESTADORAS DE SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO
COMUTADO
ADV.(A/S) : ALEXANDRE DE M. WALD

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.449/04 DO DISTRITO FEDERAL. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE ÁGUA, LUZ, GÁS, TV A CABO E TELEFONIA. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR E PRESTAR OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E ENERGIA ELÉTRICA (CF, ART. 21, XI E XII, 'b', E 22, IV). FIXAÇÃO DA POLÍTICA TARIFÁRIA COMO PRERROGATIVA INERENTE À TITULARIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, III). AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (CF, ART. 24, V E VII). USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO REGIME GUARDA DISTINÇÃO COM A FIGURA DO CONSUMIDOR (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II). PRECEDENTES. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E GÁS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO (CF, ART. 2º). PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O sistema federativo instituído pela Constituição Federal de 1988 torna inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, arts. 21, XI e XII, 'b', e 22, IV).



ADI 3.343 / DF

2. A Lei nº 3.449/04 do Distrito Federal, ao proibir a cobrança da tarifa de assinatura básica “*pelas concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia no Distrito Federal*” (art. 1º, *caput*), incorreu em inconstitucionalidade formal, porquanto necessariamente inserida a fixação da “*política tarifária*” no âmbito de poderes inerentes à titularidade de determinado serviço público, como prevê o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, elemento indispensável para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, da manutenção do próprio sistema de prestação da atividade.

3. Inexiste, *in casu*, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula “*direitos dos usuários*” prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição.

4. Ofende a denominada *reserva de administração*, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de *água e gás*, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

ADI 3.343 / DF

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação direta, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto, Relator.

Brasília, 1º de setembro de 2011.

LUIZ FUX – Redator para o acórdão

Documento assinado digitalmente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
REQTE.(S) : **GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**
ADV.(A/S) : **PGDF - MARIA DOLORES SERRA DE MELLO MARTINS**
INTDO.(A/S) : **CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL**
AM. CURIAE. : **ABRAFIX - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRESTADORAS DE**
SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE DE M. WALD**

☪
RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (Relator)

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Governador do Distrito Federal, contra a Lei Distrital nº 3.449, de 30 de setembro de 2004.

2. É do teor seguinte o texto normativo sob censura:

“Art. 1º Fica o consumidor desobrigado do pagamento de tarifas e taxas de consumo mínimas ou de assinatura básica, cobradas pelas concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, tv a cabo e telefonia no Distrito Federal, devendo somente arcar com o pagamento do efetivo consumo ou uso do produto ou serviço disponibilizado pela concessionária.

Parágrafo único ☪ As concessionárias de que trata o caput somente poderão cobrar pelo serviço disponibilizado efetivamente medido, mensurado ou identificado, ficando impedidas da cobrança de tarifa, taxa mínima ou assinatura básica de qualquer natureza e a qualquer título.

Art. 2º O não cumprimento do disposto no art. 1º implicará a aplicação, pelo PROCON-DF, das seguintes penalidades, na seguinte ordem:

I – advertência; e

II – multa, na forma do parágrafo único do art. 57, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

ADI 3.343 / DF

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de sessenta dias, a contar de sua publicação, definindo o escalonamento do valor das multas a serem aplicadas.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário”.

3. Pois bem, alega o requerente que o diploma legal impugnado é formalmente inconstitucional por usurpação de competência legislativa privativa da União (inciso IV do art. 22 da CF). Acrescenta que a lei em causa viola o princípio da independência dos Poderes (art. 2º da mesma Carta Republicana), porque, *“sem dúvida, incumbe ao Executivo dispor sobre a tarifa de prestação de serviços de água, luz, gás, tv e telefonia, por se tratar de tarefa tipicamente administrativa”*.

4. Prossigo neste relato para averbar que o então Deputado Distrital Chico Leite, na condição de autor do projeto que deu origem às normas contestadas, defendeu sua higidez constitucional. Para tanto, alegou ser da competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal dispor sobre *“produção e consumo”*. Por modo convergente, o Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal manifestou-se pela constitucionalidade do mesmo diploma legal (fls. 74/101).

5. De sua parte, o Advogado-Geral da União pronunciou-se pelo não-conhecimento da ação quanto à vedação legal direcionada às concessionárias de serviços de fornecimento de água. Matéria editada no exercício de competência legislativa municipal, insuscetível, portanto, de controle concentrado em face da Constituição Federal. No mérito, deu pela *“inconstitucionalidade da Lei do Distrito Federal nº 3.449, de 30 de setembro de 2004, no tocante às concessionárias prestadoras de serviço de gás canalizado, energia elétrica, tv a cabo e telefonia”* (fls. 179/199). Ponto de vista também esposado pelo douto Procurador-Geral da República (fls. 201/204).

É o relatório.

01/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL


VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (Relator)

Conforme visto, a questão central a ser enfrentada na presente ação direta cinge-se à alegada usurpação da competência da União para dispor sobre telecomunicações, energia e água. Antes desse enfrentamento de mérito, porém, devo me pronunciar sobre a questão preliminar de não-conhecimento parcial do feito, suscitada pelo Advogado-Geral da União e ratificada pelo Procurador-Geral da República. Preliminar cujo fundamento consiste no descabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo do Distrito Federal, editados no exercício da competência legislativa municipal (§ 1º do art. 32 da CF/88). Explico.

8. Ao analisar o texto normativo impugnado, verifico, de um lado, a imposição pelo Legislativo Distrital¹ de algumas obrigações às prestadores de serviços públicos de fornecimento de água e, de outro, a outorga de direitos aos respectivos usuários-consumidores. Não trouxe o ato impugnado, especificamente, nenhuma disposição sobre os serviços de abastecimento público de água (saneamento básico¹). Matéria, essa,

1 A Lei nº 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, define, em seu art. 3º, o instituto como o “conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas

ADI 3.343 / DF

considerada de interesse local, o que indicaria exercício de competência legislativa municipal.

9. Superada tal preliminar de mérito, antecipo, como fiz no voto-vista por mim proferido no julgamento da ADI 2615, de Relatoria do Ministro Eros Grau, que não consigo enxergar a alegada usurpação da competência legislativa da União em tema de águas, energia (“*luz e gás*”) e telecomunicações (“*telefonia e tv a cabo*”). Para demonstrá-lo, entretanto, não tenho como fugir do exame da questão de fundo. Questão que consiste na natureza jurídica do instituto “**assinatura básica (tarifa ou consumação mínima)**”. Isso porque as duas coisas se encontram tematicamente enlaçadas.

10. Com efeito, a Lei Distrital, ao desobrigar o consumidor do ‘*pagamento de tarifas e taxas de consumo mínimas ou de assinatura básica*’ não conformou em abstrato os serviços de telecomunicações, de fornecimento de energia, nem de exploração e organização do fornecimento de água. Quero dizer, a lei não se assumiu como ato legislativo material pois, tecnicamente falando, não dispôs sobre o regime jurídico de tais serviços. Noutras palavras, **não dispôs o ato impugnado sobre:**

I – **telecomunicações**. Isso porque legislar sobre telecomunicações seria, na verdade, legislar sobre a “*transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza* (§1º do art. 60)”. Ou ainda, sobre a “*transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético*” (art. 4º da Lei 4.117/1962). Assim como não legislou o ato impugnado sobre tudo o mais que signifique infraestrutura, instalações operacionais e condições de titularidade e investidura em prestação de serviços de telecomunicação, pois nesse preciso núcleo temático é que reside o objeto de atividade em si de legiferação sobre telecomunicações. Daí porque a autora da

pluviais drenadas nas áreas urbanas”

ADI 3.343 / DF

presente ação nada falou ou discorreu sobre em que se traduz a atividade legislativa sobre telecomunicação. Como também não diz absolutamente nada sobre o fundamento ou a base legal da cobrança por um serviço não efetivamente desfrutado pelo consumidor-usuário.

Em palavras diferentes mas com o mesmo sentido, legislar sobre telecomunicação nada tem a ver com relações jurídicas entre o efetivo prestador de serviço público e os respectivos usuários-consumidores. Basta ler o que dispõem os arts. 60 e 61, mais os arts. 145 a 172, todos da Lei Federal 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), assim como os arts. 4º a 9º e 30 da Lei 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações). E assim dispõem as Leis Federais em comento porque legislar privativamente sobre telecomunicações é isso mesmo e não mais: conformar legislativamente os meios e modos significativos da comunicação vocal-auditivo-visual à distância, a implicar emissão, transmissão ou recepção de sinais, sons, imagens ou mensagens, por via elétrica ou eletrônica (telefonia, rádio, televisão, radiotelegrafia, radar e coisas do gênero). Não sobre os temas da produção e do consumo, nem da defesa do consumidor e da responsabilidade por danos a ele cometidos, pois, em tais matérias, a competência legislativa faz parte do que se poderia chamar de condomínio ou repartição de competências legislativas, a teor dos seguintes dispositivos da Constituição Federal:

Art. 5º – (...)

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

V – produção e consumo;

(...)

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético,

ADI 3.343 / DF

histórico, turístico e paisagístico;

II – **serviço de TV a cabo**, definido legalmente como “o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos”, bem como “a interação necessária à escolha de programação e outras aplicações pertinentes ao serviço” (art. 2º da Lei nº 8.977/1995);

III – **águas**. Não tratou a lei distrital impugnada a respeito de recursos hídricos, como fez a Lei nº 9.433/1997, nem tampouco de saneamento básico. Saneamento que consiste no “conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos ou, ainda, de drenagem e manejo das águas pluviais urbanas” (art. 3º da Lei 11.445/2007);

IV – **energia**. Legislar sobre energia é trazer regras sobre produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia, assim como fizeram, por exemplo, as Leis n. 9.427/1996 e 10.438/2002.

11. Ora bem, a lei distrital, no caso, limitou-se a defender os elementares direitos de consumidores-usuários localizados em seu território. Logo, de usurpação de competência legislativa da União não se cuida, tal como previsto no inciso IV do art. 22 da nossa Constituição Federal, pois não há como confundir telecomunicações, água e energia (palavras-gênero) com prestação de serviços públicos de telefonia, de distribuição de água e de energia (elétrica e a gás). Tanto é assim que nem a Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), nem a Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) autorizam a cobrança da assinatura básica.

12. Nessa contextura, é de se ver que a nossa Constituição encartou na União a titularidade da competência privativa para legislar sobre “telecomunicações”, é certo, mas emprestando ao substantivo o significado restrito, que estamos a encarecer, para não nulificar a competência legislativa federativamente condominial em tema de

ADI 3.343 / DF

produção e consumo, defesa do consumidor e prevenção de responsabilidade por danos contra este cometidos. Tanto é assim que, ao dispor sobre a competência material da União para explorar os serviços de telecomunicações, conferiu à lei federal (inciso XI do art. 21) apenas a força de dispor sobre a **organização dos serviços, da criação de um órgão regulador e de outros aspectos institucionais, de que não faz parte o tema das assinaturas básicas ou do consumo mínimo, a toda evidência. E o fato é que não há lei federal que autorize a cobrança de assinatura básica, tarifa mensal mínima ou consumação-piso.**

13. É nesse contexto normativo de elevação de defesa do consumidor a princípio constitucional que se deve ter em mente que a lei distrital em análise incide mesmo é sobre relações tipicamente de consumo, independentemente do objeto contratual a ela subjacente (prestação de serviços de telefonia fixa). Relações em que figuram como sujeitos, de um lado, os usuários, e, de outro, as empresas concessionárias dos serviços públicos ali descritos. Não o Poder Concedente (a União) perante esse ou aquele concessionário ou permissionário do serviço público. Sendo assim, não há usurpação legislativa no fato de lei distrital proteger, no âmbito do seu raio territorial de incidência, o consumidor-usuário de telefonia, de água, de energia e de tv a cabo. Proteger, entenda-se, mediante a regra de que é só é permitido o pagamento pelo efetivo uso mensal dos serviços contratados.

14. Explico ainda uma vez: as chamadas *“tarifas e taxas de consumo mínimas ou de assinatura básica”* são instituídos como obrigação pecuniária que recai sobre consumidores de serviço público típico. Obrigação que se pretende desvinculada da quantidade do serviço efetivamente desfrutado pelo usuário. Tudo sob a justificativa de que o serviço tanto pode ser cobrado pela sua efetiva prestação como pela disponibilidade de sua utilização. Daí a definição do instituto, trazida pelo Regulamento do Serviço Telefônico Comutado (Anexo à Resolução 426/2005): *“tarifa ou preço de assinatura: valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para a fruição contínua do serviço”*(Resoluções ANATEL

ADI 3.343 / DF

42/2005 e 85/1998²). Definição, repito, não encartada em nenhuma lei formal da União, pois o que figura em lei federal é tão-somente a regra de que as tarifas pelo consumo dos serviços de telecomunicações deverão ser fixadas no devido contrato de concessão (inciso VII do art. 93 e §§ 3º e 4º do art. 103 da LGT). Nada existindo quanto à possibilidade de cobrança de um valor mínimo pela mera disponibilização dos serviços. Donde se concluir pela plena competência legislativa estadual para tratar sobre o tema, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 24 da Constituição Federal.

15. Não é tudo: a Constituição Federal previu, no inciso XXXII, do art. 5º, que *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*. Estado aqui é sinônimo cabal de Poder Público, abarcante das quatro unidades federativas: a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios. Pelo que não assiste à União o monopólio da defesa do consumidor em tema de prestação de serviços públicos.

16. Nesse contexto, penso que a lei distrital, ora combatida, está mesmo a tutelar legítimos direitos subjetivos. Direitos dos consumidores-usuários, ao estabelecer que a cobrança por um serviço público não efetivamente prestado colide com o modelo de exploração de serviços públicos concedidos ou permitidos a empresas privadas. É como dizer: o legislador distrital atuou, em verdade, no campo das relações de consumo (inciso V do art. 24 da CF) e, mais especificamente, no âmbito das relações que a nossa Constituição Federal colocou sob a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, indistintamente, a título de prevenção e reparação de dano ao consumidor (inciso VIII do mesmo art. 24). Isto para que ele, consumidor-usuário, não tenha que pagar por um serviço que não lhe seja efetivamente prestado. E o fato é que *“não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão somente, assegurar a proteção ao consumidor”* (ADI 2.832).

17. Percebe-se, pois, que a lei distrital adversada não implica senão

2 Art. 3º - (...)

XXII – 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”

ADI 3.343 / DF

legítima atuação normativa de prevenção de danos aos consumidores-usuários do Distrito Federal, tal como expressamente admitido nos incisos V e VIII do art. 24 da Constituição. Modo conciliado de repartir a competência da União para conformar, legislativamente, as atividades técnicas em si mesmas de telefonia, energia e de exploração de água com o poder que assiste ao Estado-membro e ao Distrito Federal de proteger os consumidores alocados em seu território suplementarmente à proteção federal. Noutros termos, o que interessa é, em tema de exploração privada de serviços públicos, impedir que o público pague duas vezes por um mesmo serviço: uma vez, como forma de contraprestação financeira por um serviço efetivamente desfrutado às expensas do prestador-concessionário, e, uma segunda vez, por um serviço apenas virtual (a assinatura básica), previamente estipulado para a hipótese de não haver consumo real superior ao montante financeiro daquela estipulação aprioristicamente pactuada. Sendo certo que a exigência de um pagamento mínimo sem o efetivo consumo é modalidade de enriquecimento sem causa por parte da empresa concessionária. Indisfarçável *bis in idem* remuneratório ou de receita operacional, tão às custas do consumidor-usuário quanto incompatível com o modelo de exploração desse ou daquele serviço público por um concessionário ou permissionário do setor privado da economia. **Afinal, se, no âmbito das relações econômicas privadas, é vedado a qualquer empresa faturar mercadoria ou serviço sem a correspondente entrega ou prestação em prol do consumidor, como admitir que o faça no desempenho de atividade eminentemente pública ou de atendimento de necessidades básicas de toda uma população usuária?**

18. Parece-me que a resposta para tal indagação remonta à época em que o Estado detinha a exclusividade da prestação dos serviços de telefonia fixa. Oportunidade em que se justificava a cobrança por serviços colocados à disposição do usuário, em face da necessidade de expansão e melhoria dos sistemas de telecomunicações, de fornecimento de energia e de água pátrios. Tal cobrança era operacionalizada mediante taxa, espécie de natureza tributária e compatível com o poder de império estatal e com

ADI 3.343 / DF

a ideia-força de que, no âmbito das empresas estatais, o lucro não é um fim em si mesmo. É meio, agora sim para melhor prestar o serviço à coletividade. Contudo, não mais se justifica tal exação. Exação que não é compatível com a prestação de serviços de telefonia e de distribuição de energia e de água por empresários da iniciativa privada, como acontece no caso dos autos. Empresários que, quando da celebração do contrato com o poder concedente, assumiram não só a obrigação de prestar os serviços como também o próprio risco do empreendimento, incerto por natureza ou definição. Afinal, como já se disse, vige no Brasil um sistema capitalista de livre iniciativa e concorrência. Confundir a sistemática de cobrança tributária, efetuada pelo Estado, com aquela do particular concessionário de serviço público, seria igualar os institutos jurídicos da taxa e do preço público (tarifa), o que é juridicamente impossível. Vale dizer, as empresas concessionárias não de ser remuneradas, não por taxas, **porém mediante o pagamento de tarifa, instituto incompatível com a mera utilização potencial de serviços públicos.** Utilização potencial, isto sim, que faz parte da compostura jurídica tão-somente das taxas.

19. Diante de tudo isso, penso que o instituto da assinatura básica é mesmo incompatível com a Constituição Federal. Incompatibilidade verificada na definição constitucional das tarifas a serem cobradas dos consumidores-usuários. É que a nossa Carta de 1988, ao prever, em seu art. 175, que a Lei Geral de Concessões e Permissões disporá sobre **política tarifária, impossibilitou às empresas concessionárias e permissionárias a cobrança de qualquer preço que não tivesse a natureza jurídica de tarifa.** Pré-excluiu do regime do serviço público concedido ou permitido qualquer exigência de preço por um serviço não efetivamente marcado pela sua individualizada consumação. Consumação *per capita*, então, para cuja defesa, ela, Constituição Federal habilitou a União, o Distrito Federal e os Estados-membros, concorrentemente.

20. Por outro ângulo de cognição do tema, não se alegue que esse tipo de proteção ao consumidor importa imiscuir-se no equilíbrio econômico-financeiro de um contrato firmado entre o poder concedente

ADI 3.343 / DF

federal e as empresas concessionárias. E assim não se alegue porque à União não é dado firmar contratos que terminem por subtrair dos Estados e do Distrito Federal a competência para normar sobre relações de consumo e prevenção de danos ao consumidor. Se, no caso, a União fez “cortesia com chapéu alheio”, favorecendo empresas concessionárias com cláusula contratual de indevida sobre-remuneração, então que ela, União, trate de sair por conta própria da armadilha em que se meteu. O que não pode é, pela via tortuosa de um contrato celebrado entre ela e as empresas concessionárias desnaturar o instituto jurídico da tarifa, enquanto preço-público (inconfundível com taxa, sabido que esta é incompatível com a exigência de pagamento por um serviço público apenas disponibilizado, consoante o disposto no inciso II do artigo constitucional de nº 145). Menos ainda pode a União sonegar aos Estados-membros e ao Distrito Federal o poder de normar, concorrentemente, sobre relações de consumo e prevenção de danos aos usuários-consumidores, situados nos respectivos territórios (deles, Estados-membros e Distrito Federal).

21. Realmente, a figura do consumidor é especialmente protegida pela Carta Magna brasileira, inclusive mediante esse tipo de competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. São pelo menos seis as passagens em que nossa Constituição Federal faz expressa referência a ele, consumidor, ou às relações de consumo³. E de

3 Art. 5º, inciso XXXII - “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Art 24, inciso VIII - “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre () responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”

Art 150, § 5º - “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”

Art 155, § 2º - “O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte () VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dela”.

ADI 3.343 / DF

todas essas tutelares passagens, consoante já deixei assentado no julgamento do RE 351750 e da ADI-MC 3322, merecem redobrada atenção do intérprete os seguintes dispositivos:

I – o inciso XXXII do art. 5º, ao deixar claro que a defesa do consumidor faz parte “**Dos Direitos e Garantias Fundamentais**” (TÍTULO II). Cabendo “ao Estado”, mediante lei, promover tal defesa. Estado, aqui, no mesmo sentido em que o vocábulo é usado em quatro outros incisos desse emblemático art. 5º; ou seja, “Estado” como indistinta realidade federativa, de sorte a alcançar cada qual das quatro pessoas jurídicas de que nossa Federação é composta. Sem empeço, de se reconhecer que somente a União é que foi autorizada a instituir um “código de defesa do consumidor” para todo o País. Um código veiculador de normas gerais ou federativamente uniformes, a teor dos seguintes dizeres do artigo transitório de nº 48: “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”⁴;

Art. 170, inciso V – “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor”.

Art. 48 - “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

⁴ Aqui estão os demais incisos em que se desdobra o art. 5º da Constituição, a respeito do substantivo “Estado”:

a) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

b) XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;

c) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

ADI 3.343 / DF

II – os incisos V e VIII do art. 24, para habilitar a União, os Estados e o Distrito Federal a legislar concorrentemente sobre “produção e consumo” e “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico”. Logo, nesse tema da **produção e do consumo e mais em matéria de responsabilidade por dano ao consumidor**, comprovado fica limitar-se a competência da União ao estabelecimento de “normas gerais” (§ 1º do art. 24), cabendo aos Estados e ao Distrito Federal laborar no campo da normatividade “suplementar”;

III – o § 5º do art. 150, para insistir no compromisso *tutelar-consumista*, fazendo-o pela atribuição de mais um encargo à lei: determinar “medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. Lei, aclare-se, que volta a ser utilizada **num contexto normativo de máxima abrangência federativa**, que é o contexto “Das limitações do Poder de Tributar” (SEÇÃO II do primeiro capítulo do TÍTULO VI). Donde a competência legislativa dos Estados, do Distrito Federal e até dos Municípios para, em reforço à legislação federal de defesa do consumidor, laborar nesse espaço da informação quanto às mercadorias e os serviços por eles (entes federados periféricos) tributados nos respectivos territórios. E é certo que os serviços de telecomunicações e de energia elétrica se prestam como hipótese de incidência do ICMS (imposto que se inclui na competência *tributante* dos Estados e do Distrito Federal), a teor da seguinte disposição: “À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País” (§ 3º do art. 155);

d) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

ADI 3.343 / DF

IV – o inciso V do art. 170, já agora para dizer que a defesa do consumidor, além de direito fundamental, é **princípio geral de toda a atividade econômica**. Isto no interior de um capítulo (Capítulo I do Título VII): a) tipificador do Estado como “*agente normativo e regulador da atividade econômica*”, apto, mediante lei, tanto a reprimir “o abuso do poder econômico” quanto a desempenhar “*as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*” (§ 4º do art. 173, combinadamente com o *caput* do art. 174); b) incorporante do artigo em que é centralmente estabelecido o regime jurídico dos serviços públicos (art. 175, com seu parágrafo único e quatro incisos), de maneira a patentear a exegese de que a **altaneira figura do consumidor muda de nome, quando se trata do uso de um serviço público. O nome que passa a ostentar é o de “usuário”** (consumidor enquanto gênero e usuário enquanto espécie), **debaixo de um regime jurídico-prestacional que somente ganha plenitude de sentido se interpretado como um algo a crescer às leis de proteção *consumeirista*. Vale dizer, o regime jurídico dos usuários de serviços públicos não foi constitucionalmente concebido como um substitutivo do regime jurídico dos consumidores em geral, mas enquanto particularizada legislação de reforço. Um *plus* protecional, então, para homenagear aqueles traços que são próprios do direito que assiste aos consumidores: um direito fundamental, uma limitação ao poder estatal de tributar e um princípio da atividade econômica a se dotar de força irradiante; isto é, princípio que se irradia para a relação de serviço público, mormente se prestado sob forma empresarial-privada.**

22. Nesse fluxo de idéias é de se concluir que a cobrança de assinatura básica viola regras destinadas à proteção do consumidor. Violação que frustra qualquer tentativa do usuário de economizar com a fruição ou gasto daqueles serviços públicos a ele ofertados. O que agride os princípios da universalidade dos serviços públicos e da modicidade das tarifas, pois salta à evidência que do encarecido campo de atuação

ADI 3.343 / DF

normativa concorrente faz parte a positivação de regras que impeçam o consumidor de ser espoliado. Espoliação, claro, a se evitar pela densificação de normas que, na própria Constituição, proíbem o aumento arbitrário de lucros empresariais (art. 173, §4º da CF). Dando-se que esse aumento arbitrário caracteriza o que a nossa Lei Fundamental designa por abuso do poder econômico. Abuso que não deixa de caracterizar ilícito pelo fato de a União para ele concorrer por qualquer modo, acumpliciando-se, voluntária ou involuntariamente, com suas concessionárias de serviço público (que é o caso *sub judice*, respeitosamente o digo).

23. Acresce que a própria lei federal que dispõe sobre serviços públicos determina sua conciliada aplicabilidade com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), assim como este último diploma impõe sua aplicação às relações de serviço público, o que evidencia o caráter legítimo da lei distrital em análise. Confira-se:

Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)



“Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos”;

(...)

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

(...)

“Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as

ADI 3.343 / DF

cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

Lei nº 8987/95 (Lei Geral de Concessões)

"Art. 7º - Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: (...)"

24. Em síntese e quanto à competência legislativa concorrente que estamos a defender, convém repetir que ela está descrita no art. 24 do Magno Texto Federal. Daí porque não cabe falar, quanto a elas, de necessidade de delegação de competências entre pessoas federais⁵. Mais ainda: nessa passagem, a Magna Carta prestigiou as autonomias regionais, delimitando o campo de atuação dos entes federativos a partir, primeiramente, da adscrição da competência da União à edição de *normas gerais* (§ 1º do art. 24). Competência, essa, *não excludente* da atuação suplementar dos Estados (§ 2º do mesmo artigo). Logo, o vetor hermenêutico em tema de competência legislativa concorrente é o da descentralização política, o que favorece os poderes regionais.

25. Por tudo quanto posto, e divisando o caráter suplementar da norma *sub judice*, **voto pela improcedência** do pedido e declaro a constitucionalidade da Lei Distrital nº 3.449, de 30 de setembro de 2004.

5 Ou seja: enquanto no parágrafo único do art. 22 o exercício da competência legislativa estadual fica condicionada a uma autorização político-legislativa da União, no art. 24 o exercício das competências legislativas concorrentes por parte dos Estados independe de qualquer liberalidade do nosso ente federativo central.

01/09/2011**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há um contrato.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Há um contrato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aí está o problema, porque o preço não é fixado por lei, e o contrato precisa ser respeitado.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Isso é verdade. Se o contrato precisa ser respeitado, aí é uma discussão que vamos abrir.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Imaginemos que não haja o uso da telefonia pelos destinatários do serviço. Como fica a manutenção do sistema?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Pois é.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A assinatura básica não teria integrado a equação primeira, decorrente da concessão, segundo proposta e o que entabulado? Por isso, o Plenário, em sessão do primeiro semestre, referendou liminar, por mim deferida, afastando a eficácia de lei estadual que dispôs sobre a matéria.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Perfeito. Esses precedentes são corretamente citados, inclusive da tribuna.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Britto, tenho a impressão de que esse conceito, que é muito importante, quanto à

ADI 3.343 / DF

competência concorrente em matéria do consumidor, já sofreu, na jurisprudência do Tribunal, uma série de limitações, tendo em vista a necessidade de tratamento unitário do tema.

Lembro-me, por exemplo, de um caso que ainda hoje lia, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a propósito de uma lei do Paraná que estabeleceu exigência para a entrega, a pesagem de gás, e o Ministro Pertence fez considerações sobre o princípio da proporcionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No caso, fiquei vencido. Entendia que o Estado podia legislar a respeito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois é, mas ele dizia também da necessidade de que houvesse um tratamento unitário, nacional, sob pena de se criarem "ilhas" que acabam por onerar o serviço que é regulado nacionalmente. Então, parece-me que são *insights* que precisam estar presentes nesses casos da chamada competência concorrente, sob pena de nós fragmentarmos, porque, dependendo do conceito – e, aqui, a gente está diante de um conceito indeterminado, a ideia da proteção ao consumidor –, vai realmente fragmentar, talvez a não mais poder, essas relações, dando ensejo, então, à criação de "ilhas", com grande repercussão no serviço público que se quer prestado nacionalmente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não, perfeito. Eu vou encerrar e sei das dificuldades de mudar a jurisprudência. Mas, Vossa Excelência está certo, eu entendo muito bem. Se houvesse uma lei nacionalmente disposta sobre a instituição da tarifa básica, teríamos uma aplicabilidade federativa uniforme. Agora, o fato é que não há essa lei - eu pesquisei e não vi essa lei -, como, aliás, foi citado da tribuna que outros Estados praticam a tarifa básica. Eu duvido muito que outros países pratiquem a tarifa básica fora do regime de taxa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, Ministro,

ADI 3.343 / DF

quanto ao preço do serviço, inexistente exigência de previsão em lei. O preço é entabulado quando da licitação, para chegar-se à concessão.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Então, Presidente, concluindo. Esses argumentos eu também utilizo na outra Adin porque tem um objeto mais abrangente, visto que a legislação distrital impugnada tratou de águas, serviço de TV a cabo e energia. Mas, a base do meu raciocínio é a mesma.

Eu também explico que a lei distrital impugnada não legislou sobre águas, não legislou sobre recursos hídricos - quem legisla sobre recursos hídricos é a Lei nº 9.433/97 -, não dispôs sobre saneamento básico, não dispôs sobre conjunto de serviços, infraestrutura, instalações operacionais de água potável, esgotamento sanitário, limpeza pública, manejo de resíduos sólidos, drenagem, manejo das águas pluviais urbanas.

Parece-me que os peticionários confundem legislar sobre águas com legislar sobre relações de consumo de água no âmbito de um contrato entre a concessionária prestadora ou a permissionária e o efetivo consumidor individualizado.

A mesma coisa é o serviço de TV a cabo. A lei não fala sobre serviço de sinais de vídeo, de áudio, de assinantes, transportes por meios físicos, interação necessária a escolha de programações e outras aplicações pertinentes ao serviço. Não fala nada sobre isso.

Bem, que fique pelo menos essa provocação, Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Iniciamos esse julgamento.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Que fique essa provocação. O que é legislar sobre telecomunicações? O que é legislar sobre águas? O que é legislar sobre energia?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É interessante. Começamos o julgamento dessa matéria na Ação Direta de

ADI 3.343 / DF

Inconstitucionalidade nº 2.615/SC. Não sei se o concluímos, porque houve pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Foi. Porque se dermos, Ministro Peluso, uma dimensão tão lata à legislação sobre essas atividades, não vai sobrar nada para o campo da competência legislativa concorrente. Não vai sobrar absolutamente nada!

Seja como for eu estou julgando improcedente as ações, mesmo sabendo que o pensar da Corte é diferente.

01/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - *Aí é que está Ministro, se a União legislasse sobre cobrança de tarifa, eu não estaria fazendo esse voto; é que ela não legislou.*

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - CANCELADO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - *Se houvesse lei federal, tudo bem; mas não há.*

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas a Constituição é que o diz.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - CANCELADO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

A Constituição diz no art. 175, parágrafo único, inciso II:

"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:

(...)

II - os direitos dos usuários:"

A fonte para a legislação federal, que é a legislação geral de telecomunicações, é o que regra isso: inciso II, parágrafo único, do art. 175, "os usuários". A relação da concessionária com os usuários é regulada

Supremo Tribunal Federal

ADI 3.343 / DF

pela lei federal; não pode uma lei estadual atravessar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - CANCELADO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Quando da apreciação parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.615/SC, chegamos – não votei, não houve oportunidade para votar, por estar na cabeceira – a uma maioria de seis votos. Votaram pela inconstitucionalidade da lei de Santa Catarina o Ministro Eros Grau, relator, os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Dias Toffoli e a Ministra Cármen Lúcia.

O Ministro Ayres Britto está sendo coerente. Ele concluiu pela improcedência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - CANCELADO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E então pediu vista a Ministra Ellen.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A posição dele é permanente nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Está reiterando o ponto de vista.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - CANCELADO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como também o Estado não poderia autorizar a cobrança.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - CANCELADO

01/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, o inciso XI do art. 21 da Constituição deixa claro que 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, as relações das concessionárias com os usuários/consumidores e outros aspectos institucionais.

E diz o art. 22:

"Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;"

Por sua vez, o art. 175, já citado pelo Ministro Luiz Fux - também em aparte eu chamei atenção para o inciso II do parágrafo único -, afirma que a lei vai dispor não apenas sobre a questão tarifária, mas também sobre os direitos dos usuários. Está explícito na Constituição.

E essa lei, com a devida vênia, eminente Ministro Ayres Britto, existe. É a Lei nº 9.472, lei federal, que diz no seu art. 3º:

"Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

(...)

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;"

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Isso, mas não mínimos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

ADI 3.343 / DF

Preços – então, está estabelecido na legislação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não preço virtual, por um serviço virtual.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Está estabelecido na legislação federal que há um órgão regulador próprio federal.

Gostaria aqui de trazer também a teoria jurídica sobre o tema. O direito de telecomunicações destina-se a estabelecer normas a respeito dos meios de comunicação a distância realizada por processo eletromagnético. Nesse âmbito, destaca a doutrina especializada a existência de uma relação que envolve três sujeitos: a União, que tem o dever de prestar o serviço público, diretamente ou por concessão; as prestadoras dos serviços e os usuários, entre os quais surgem relações jurídicas distintas e igualmente abrangidas por esse ramo. E aqui eu gostaria de citar Mariense Escobar:

“Inicialmente, há que considerar o relacionamento entre a União e suas concessionárias, permissionárias e autorizadas. Em seguida, entre estas e as pessoas naturais e jurídicas que se utilizam dos serviços de telecomunicações e, por fim, dessas últimas, entre si, enquanto usuárias da comunicação à distância para se relacionarem no convívio social”. (ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 15.)

Percebe-se, então, que a relação entre usuários e consumidores e as empresas prestadoras de serviço já se encontra na própria conceituação do direito de telecomunicações, integrando o seu objeto, que, como se nota, não está adstrito ao vínculo existente entre a União e as operadoras.

Não é por outra razão que o art. 175, parágrafo único, inciso II, determina que é a lei que estabelecerá a relação com os usuários, e não o Código do Consumidor. Há, no caso, um regramento todo específico e especial e, ainda, uma novidade no nosso ordenamento, que é o órgão regulador do setor. Há quatorze, quinze anos, da criação dos órgãos

ADI 3.343 / DF

reguladores, nós temos que iniciar o seu fortalecimento e a compreensão do que significa esse órgão regulador, gerindo os conflitos existentes entre os concessionários e os consumidores, os usuários do serviço.

Essa especialidade expressada no texto constitucional, a meu ver, já é suficiente para, em matéria de telecomunicações, afastar a incidência do direito consumerista e atribuir à União a competência privativa para disciplinar, privativamente, o setor, nos termos do art. 22, IV, da Constituição da República.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - *Aí, Vossa Excelência só vai me permitir, muito rapidamente, lembrar o seguinte: o Código de Defesa do Consumidor é a Lei nº 8.078/90 - o Ministro Ricardo Lewandowski estava observando aqui comigo. Essa lei fala de racionalização e melhoria dos serviços públicos - o Ministro Luiz Fux também tocou nesse assunto. Ou seja, a lei de defesa e proteção do consumidor se remete para a prestação dos serviços públicos em duas oportunidades, pelo menos.*

Diz:

"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:"

Por isso é que estou falando de consumidor usuário; é com base na lei.

"X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral."

E a Lei de concessão de serviço público se remete ao Código do Consumidor, dizendo o seguinte:

"Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, - que é o Código de Defesa do Consumidor -, são direitos e obrigações dos usuários:"

*Então, na verdade, não existe a figura do usuário contraposta à do consumidor. Consumidor é gênero, usuário é espécie. Essa lei de concessão dos serviços públicos não veio para minimizar a proteção do Código de Defesa do Consumidor, veio para reforçar. Essa lei é um *plus* protecional. Existe a figura geminada do consumidor usuário ou do*

ADI 3.343 / DF

usuário consumidor porque as duas leis se remetem reciprocamente. Uma faz referência à outra.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Lamento não acompanhar o entendimento do, como sempre, brilhante voto trazido pelo Relator, Ministro Ayres Britto, em razão do já alegado e pelo fato, também, de que a agência reguladora federal estaria sujeita a regular o setor por intermédio de leis estaduais, as mais diversas que poderiam surgir nas unidades da Federação, trazendo, portanto, uma insegurança e uma incerteza a essas relações. Instaurar-se-iam regramentos diferenciados, em cada Estado da Federação, em matéria que demanda atuação centralizada em todo o território nacional, dadas as particularidades desse ramo de atividade.

Por isso, de qualquer sorte, pedindo vênias ao Relator e parabenizando a sua linha de raciocínio e o seu voto, que é absolutamente defensável, é um raciocínio todo lógico e fundamentado, acompanho a divergência aberta pelo eminente Ministro Luiz Fux.

01/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também vou pedir vênias ao Ministro Ayres Britto, elogiando, mais uma vez, o brilhante voto de Sua Excelência, que, como sempre, traz argumentos muito dignos de serem pensados, que nos oferecem oportunidade de olhar por outro prisma o assunto, mas vou acompanhar a divergência.

Como já tenho votado, parece-me que a competência legislativa define não apenas a competência para emitir a lei na generalidade do serviço, mas todas as consequências.

Um concessionário de serviço público federal que, num determinado Estado, ficasse sujeito a uma regulação distinta, poderia criar uma diferenciação não só para ele, concessionário - nessa relação para a qual chama a atenção o Ministro Gilmar Mendes, criando diferenças inclusive para o operador de sistema, a agência reguladora do sistema, - mas para o próprio usuário, porque, conforme o que fosse fixado, poderia onerá-lo. E tratarmos diferentemente cidadãos nem no sistema tributário é permitido, quem dirá no sistema de prestação de serviços.

Também tenho uma certa dificuldade, ainda hoje, Ministro Carlos Britto, com relação à ligação muito estreita entre consumidor e usuário. A Constituição fez a distinção para dizer que, de toda sorte, quem tem direito a determinados serviços que entram, hoje, num cabedal daquilo que faz parte da dignidade cidadã, não da dignidade individual, não pode ficar tão diferenciado. E é para isso que esse sistema é posto.

O consumidor é aquele que consome; portanto, quem pode pagar

ADI 3.343 / DF

pelo consumo paga, quem não pode não usa. O usuário é aquele a quem o Estado, por força da Constituição e das leis, atribui uma situação diferenciada. Daí o meu apego ao que o Ministro Toffoli chamou atenção, o Ministro Fux também, ao fato de que estamos a lidar, aqui, com usuário, aquele que é a ponta a que se chega mediante a prestação do serviço, no caso, mediante a concessão.

Então, apesar do brilhantismo dos fundamentos apresentados por Vossa Excelência, ainda me mantenho na linha de considerar que não é possível que essa legislação seja considerada constitucionalmente hígida, razão pela qual eu acompanho a divergência, com as vênias de Vossa Excelência.

#####

01/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, eu também começo por louvar o brilhante voto do Ministro Ayres Britto, sobretudo a sua preocupação com o direito do consumidor. Esse é um direito, mais do que de terceira geração, de quarta geração; hoje, um direito ainda pouco compreendido e, ainda, que precisa ser elaborado, seja do ponto de vista conceitual e doutrinário, seja do ponto de vista jurisprudencial. Estou convicto, de que Sua Excelência deu um passo avante no sentido de compreendermos melhor o tema.

Mas eu tenho já afirmado neste Plenário, em outras vezes, que, quando se trata de um serviço de abrangência nacional, ele deve necessariamente ser regulado nacionalmente, como aliás observou o Ministro Gilmar Mendes. Não me parece possível que os estados, as unidades da Federação possam regulá-lo de forma diferenciada.

Acompanho o raciocínio dos Colegas que me precederam no ponto de vista da base constitucional que dá sustentação à divergência. Nós temos a previsão de uma competência exclusiva da União para legislar sobre telecomunicações, nos artigos 21, XI e 22, IV, como já foi observado. Também o artigo 175 da Constituição, sobretudo nos seus incisos II e III, faz uma menção expressa à competência deferida à Administração Federal para regular os direitos dos usuários e a política tarifária; e a política tarifária, como já foi dito aqui, também, ocorre dentro de uma concepção e um equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Aliás, o Ministro Luiz Fux tocou nesse ponto, a meu ver, com muita pertinência.

Acompanho a divergência, pedindo vênias ao Ministro Ayres Brito, mas sem deixar de, por último, levantar uma questão hoje muito

ADI 3.343 / DF

discutida nos meios acadêmicos e também nos meios políticos, que é a seguinte: quem controla os controladores? Quem controla as agências reguladoras? Essa é uma matéria em aberto, ainda. Como é que a sociedade, ou mesmo o poder político, controla as agências controladoras? Essa é uma matéria que não está definida. Quer dizer, este piso que se estabelece de uma forma um tanto quanto unilateral não está sujeito ao controle de mérito por parte dos poderes políticos e por parte da própria sociedade.

Outro tema importante que a Academia vem discutindo é justamente quanto à constitucionalidade do poder normativo e do poder regulador das agências controladoras ou das agências reguladoras. Ou seja, esses são temas em aberto e que, a meu ver, se compatibilizam com o raciocínio do eminente Ministro Ayres Britto.

Lançado esse repto - digamos assim - aos acadêmicos, aos estudiosos, aos doutrinadores, eu peço vênia para acompanhar a divergência.

01/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, tal como já disse na minha manifestação inicial, louvo a iniciativa constante do voto do Ministro Britto, porque realmente nós temos – como acaba de dizer agora o Ministro Lewandowski – zonas cinzentas, que demandam esclarecimentos. Todavia, no caso, como já foi aqui ressaltado a partir do voto do Ministro Fux, vejo com enorme dificuldade a separação, sob pena de talvez até penalizarmos o consumidor na linha do Evangelho, pois, querendo fazer o bem, acabamos por fazer o mal, gerando, então, uma instabilidade nessa relação.

Sem dúvida alguma, o esforço de Sua Excelência talvez possa ser contemplado naquilo que acaba de ser apontado pelo Ministro Lewandowski, num direito maior de participação na formulação de políticas tarifárias, a questão de uma administração participativa. Algumas agências têm esse tipo de prática: publicam editais chamando as pessoas para audiência pública sobre determinadas definições de política.

Eu tenho realmente grande dificuldade de acompanhar Sua Excelência, tendo em vista essas premissas já assentes em relação à própria competência da União para legislar sobre o tema. Aqui também há uma outra lembrança: legislar sobre determinado tema por parte da União, já de sabença comum, não envolve apenas editar ou promulgar leis, mas também os atos regulamentares compõem esse quadro.

É bem verdade que aqui não está ainda definitivamente consolidado esse modelo das próprias agências, quer dizer, se o ato regulatório da agência é um ato tipicamente regulamentar ou não, se é um regulamento delegado, se é um regulamento autorizado. No entanto, não é essa a questão que está posta.

Então, é importante entender que o ato de agência federal é legislação federal para todos esses fins. Nós poderíamos até discutir

ADI 3.343 / DF

eventual legitimidade ou não desse ato, mas não é isso que está em jogo. E, claro, no caso de telecomunicação, expressamente quis o texto constitucional conceber um órgão regulador.

De modo que, fazendo essas breves considerações – eu tenho até voto sobre a matéria em outros casos, citando precedentes e chamando a atenção para a necessidade de que haja um tratamento unitário –, se nós estivéssemos aqui diante de competência tipicamente concorrente, teríamos que levar em conta esse elemento de unidade jurídica, que há de se ter nesse tipo de prestação de serviço.

Chamando atenção para isso, mas louvando o cuidadoso e brilhante voto proferido por Sua Excelência, eu fico com a divergência inaugurada a partir do voto do Ministro Fux.

01/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a questão não se resolve no campo de se saber se o usuário é consumidor ou não. Mas afirmo que o é, tanto que o Estado está submetido ao título da Constituição Federal referente à ordem econômica, e o princípio básico dessa ordem é a proteção ao consumidor.

Discute-se algo que se faz presente, a meu ver, no âmbito federal, ou seja, o contrato de concessão e a tarifa, sendo certo, como ressaltou o relator, que a política alusiva às tarifas deve estar prevista em lei. Mas prevalece quanto à concessão a equação inicial, primeira, que resultou em ter-se a definição do concessionário do serviço público.

Não creio, Presidente, observada até mesmo a ordem natural das coisas, que a assinatura básica seja um *plus* em relação a esse contrato, voltado, tão somente, ao enriquecimento das concessionárias. É parte em si da contraprestação pelo serviço realizado e é uma parte que atende, inclusive, ao princípio isonômico, ao tratamento igualitário dos usuários.

Não vou raciocinar com o argumento – que seria teratológico – de nem mesmo um único usuário do serviço acioná-lo, quando se poderia questionar como seria mantido para estar ao alcance do grande todo de usuários. Penso não haver campo para que a atividade normativa dos Estados repercuta no ajuste inicialmente entabulado e formalizado.

Trouxe, como disse, ao referendo do Tribunal, no semestre passado, a liminar que implementara em uma ação direta de inconstitucionalidade, a qual foi confirmada. Iniciamos o julgamento, versando a mesma matéria, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.615/SC, e os votos tomados no sentido da pecha de inconstitucionalidade de lei do Estado de Santa Catarina formaram maioria: seis votos nesse sentido contra o do Ministro Ayres Britto – e Sua Excelência está sendo coerente com a posição adotada em novembro de 2010. Distingo essa situação jurídica – para não parecer incoerente – daquela outra em que o Estado atua

ADI 3.343 / DF

objetivando realmente a proteção do consumidor, na exigência de discriminação do serviço prestado.

Assento, de início, que a assinatura básica, o valor cobrado, compõe o grande todo do contrato de concessão. Por isso, julgo procedentes os pedidos formulados nas duas ações diretas de inconstitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade das leis estaduais.

01/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu também vou pedir vênias ao eminente Ministro Carlos Britto, que, entre outros elogios, merece o de ser fiel ao seu pensamento.

A minha dificuldade é que, em primeiro lugar, a competência para legislar sobre telecomunicações, ainda que considerada sua noção *stricto sensu*, na verdade envolve um aspecto relevante, o de que as telecomunicações são objeto de serviço público que é explorado apenas pela União, diretamente ou indiretamente, mediante autorização, permissão ou concessão, de modo que essa legislação só pode ser federal, porque respeita a disciplina de relações da União.

Noutras palavras, como telecomunicações implica serviço público que é exercido pela União, a legislação sobre a matéria só pode ser federal, porque, doutro modo, estariam os estados a legislar sobre a relação jurídica de que é parte a União. Essa é a primeira tese.

Mas, abstraído isso, embora haja entre elas uma ligação - eu diria, essencial desse ponto de vista -, a competência prevista no artigo 21, inciso XI, que não é competência legislativa, é competência de exploração do serviço público, postula o quê? A regulação do contrato de concessão, inclusive, por via de consequência, sobretudo do seu equilíbrio econômico-financeiro. Ora, o recebimento ou não de tarifas, ainda que no âmbito do contrato dependente da concessão, situado entre concessionária e usuário, interessa de perto ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão, porque, quando se conceda mais do que seria devido, a concessionária receberá a mais, e aí a União pode sentir-se prejudicada, ou, quando se dê exatamente o contrário, quando se subtraia a possibilidade de cobrança de tarifa, o desequilíbrio se dará em desfavor do concessionário.

Ora, permitir que lei estadual estabeleça regra que interfere no equilíbrio econômico-financeiro de uma concessão da União é uma

ADI 3.343 / DF

interferência, a meu ver, indevida na economia e na autonomia da União.

E, finalmente, o aspecto que também já foi lembrado sob vários pontos de vista: as normas gerais sobre tarifas têm sempre caráter de generalidade. E a regra aqui teria que ser realmente concebida em termos de generalidade, pois se destina a regulamentar a exigibilidade de tarifa que vale para todo o país, em sendo o serviço de caráter nacional. A concessão é de caráter nacional, a concessão não pode ser fragmentada, do ponto de vista de certos interesses, para ser tratada de um modo num estado e tratada de outro modo noutra estado.

O que isso significa? Que a norma que deve regular a questão das tarifas tem que ser norma de caráter geral; sendo norma de caráter geral, é de exclusiva competência da União. O que os estados têm, de acordo com o art. 24, § 3º, da CF, é competência para ditar normas específicas para atender a suas peculiaridades, isto é, peculiaridades dos estados. Ora, não existe peculiaridade nenhuma na raiz, na origem do problema do pagamento, ou não, da tarifa por assinatura básica. Isso não constitui questão singular de algum estado; é questão que diz respeito à totalidade dos estados, que estão submetidos à mesma prestação de serviço público.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Permite-me, Ministro Peluso?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Por isso que o art. 93 da Lei nº 9.472 diz o seguinte:

"Art. 93. O contrato de concessão indicará:

(...)

VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão;"

Exatamente na linha do que destaca Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Aí tudo certo.

ADI 3.343 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E o inciso IX:

"IX - os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da concessionária;"

E segue por aí.

O art. 19 da mesma Lei nº 9.472 dispõe que:

"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;"

Portanto, a Lei nº 9.472, que disciplina, especificamente, a organização dos serviços de telecomunicações e os direitos dos usuários desse serviço público, atribui ao órgão regulador a competência para adotar as medidas necessárias relativamente à fixação e à revisão de tarifas, as quais, por sua vez, já são indicadas nos contratos de concessão acompanhadas dos critérios para seu reajuste e revisão. Não há, nesse campo, espaço para atuação da legislação estadual.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas não tem tarifa básica, mínima. Tarifa mínima não existe.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Noutras palavras, essa lei, na verdade, atende à lógica do art. 24, § 3º.

Então, mais uma vez pedindo vênua a Vossa Excelência, também vou acompanhar a divergência e julgar procedentes as ações.

01/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Acompanho, de início, o il. Min. Relator no que concerne à superação da preliminar, conhecendo do pedido da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade *in totum*.

No mérito, porém, com a devida vênia do substancioso voto proferido pelo Min. Rel. Ayres Britto, que vem sustentando, de forma coerente e fundamentada, a mesma orientação em sucessivos pronunciamentos neste Plenário, entendo que o pedido deve ser julgado procedente. É que a Lei nº 3.449/04 do Distrito Federal, ao proibir a cobrança da tarifa de assinatura básica "*pelos concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia no Distrito Federal*" (art. 1º, *caput*), incorreu em inconstitucionalidade formal ao se imiscuir em esfera de competência legislativa e administrativa da União.

Com efeito, a Constituição estabelece, em seu art. 22, IV, ser competência privativa da União "*legislar sobre: (...) águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão*". Afirma também, já no âmbito da competência administrativa, que cabe 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*" (CF, art. 21, XI) e "*explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos*" (CF, art. 21, XII, 'b').

Nesse contexto, há uma inexorável relação entre a titularidade da competência legislativa e administrativa para disciplinar e prestar os

ADI 3.343 / DF

serviços públicos de telecomunicações – “TV a cabo e telefonia”, na redação da lei – e de energia elétrica – “luz”, idem – e, de outro lado, a fixação do regime jurídico da composição da tarifa através da qual será remunerada essa mesma atividade. Em última análise, não poderia ficar a cargo da União o *dever* de prestar determinado serviço público, com o necessário planejamento da estrutura global subjacente a essa atividade, caso não lhe fosse reconhecido também o *poder* de estabelecer o modo particular como ocorrerá a remuneração desse serviço, elemento indispensável para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, da manutenção do próprio sistema de prestação da atividade.

Entender de modo contrário, em interpretação de certa forma *alargada* da competência concorrente dos Estados-membros para a edição de normas específicas em matéria de consumidor (CF, art. 24, V e VII), acabaria por manietar a União dos meios indispensáveis para se desincumbir de sua competência constitucional expressa, frustrando a teleologia dos arts. 21, XI e XII, ‘b’, e 22, IV, da Constituição.

Esse vínculo necessário entre a titularidade de determinado serviço público e a prerrogativa de fixação do regime remuneratório da atividade é revelado, ademais, pela redação do art. 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal. Com efeito, no referido dispositivo reside, como não se ignora, a sede material da disciplina constitucional da delegação de serviços públicos através dos contratos de concessão e de permissão. Nesse contexto, assentou o constituinte, no parágrafo único do dispositivo, que “a lei” - de cada *ente federativo titular do serviço*, ressalto, no espaço evidentemente deixado pela competência da União prevista no art. 22, XXVII, da CF, como reconheceu este STF no julgamento cautelar e definitivo da ADIn nº 3.322/DF, Rel. Min. Cezar Peluso – “disporá sobre: (...) III - política tarifária”. Ora, se a fixação da política tarifária fosse verdadeiramente algo diverso do domínio da concessão de serviço público, inserida, por hipótese, na competência legislativa concorrente do

ADI 3.343 / DF

art. 24, V e VII, da Constituição, não haveria motivo para que o constituinte incluísse o referido inciso ao tratar dos serviços públicos na regra geral do art. 175 da Constituição Federal.

Por certo, não parece lícito afirmar que toda e qualquer legislação estadual, pelo só fato de acarretar custos ainda que indiretos na prestação de determinado serviço público federal, sofra de vício de inconstitucionalidade formal; se assim fosse, não caberia ao Estado sequer legislar sobre direito ambiental (CF, art. 24, VI), na medida em que a adaptação ao conteúdo de regras locais pode - como frequentemente ocorre - acarretar custos para que sejam atendidas pelos agentes econômicos que atuem no território, no que se incluem, eventualmente, também as concessionárias de serviço público federal (como aponta, com relação aos serviços de telecomunicações, MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das Telecomunicações*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 37-8). Mas, a rigor, no caso presente o art. 175, parágrafo único, III, da CF já representa desde logo uma opção específica do Constituinte em afastar a leitura ampla da competência concorrente dos Estados para legislarem sobre consumo, situando a “*política tarifária*” exclusivamente sob a competência do ente federativo ao qual cabe a prestação do serviço.

De outro lado, a invocação do art. 24, V e VII, da CF ao presente caso encontra ainda outro óbice. É que a relação entre o usuário e a prestadora do serviço público possui uma natureza específica, informada por princípios próprios, notadamente o da solidariedade social (CF, art. 3º, I), que não pode ser simplesmente aproximada da corriqueira relação consumerista, na qual prepondera a ótica individualista, como bem ressaltado pelo voto proferido pelo Min. Eros Grau no julgamento da medida cautelar na ADIn nº 3.322/DF, Rel. Min. Cezar Peluso. Não é por outra razão, aliás, que a sede material específica, na Constituição Federal, para a instituição das balizas infraconstitucionais nesse tema reside no já referido art. 175, parágrafo único, cujo inc. II expressamente reclama a

ADI 3.343 / DF

atuação do legislador para a disciplina dos "direitos dos usuários". Portanto, descabe a referida ilação de que todo serviço federal que faça nascer uma relação jurídica na qual figure, de um lado, o prestador de serviço e, de outro, o usuário seja necessariamente uma relação de consumo, capaz de ser regulada pela legislação estadual.

O Plenário deste Supremo Tribunal Federal tem reiterado este entendimento em diversas oportunidades, invalidando as tentativas estaduais de interferência em aspectos regulatórios do serviço público federal de telecomunicações, que, por identidade de razões, aplica-se também ao serviço público de energia elétrica. Transcrevo, nesse sentido, as ementas dos seguintes precedentes, *verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA LEI DISTRITAL N. 3.596. IMPOSIÇÃO, ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA QUE OPERAM NO DISTRITO FEDERAL, DE INSTALAÇÃO DE CONTADORES DE PULSO EM CADA PONTO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A Lei distrital n. 3.596 é inconstitucional, visto que dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão do serviço público, a serem cumpridas pelas concessionárias de telefonia fixa --- artigo 22, inciso IV, da Constituição do Brasil. 2. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei distrital n. 3.596/05. (ADI 3533, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2006, DJ 06-10-2006 PP-00032 EMENT VOL-02250-02 PP-00216 RTJ VOL-00200-01 PP-00084)

COMPETÊNCIA NORMATIVA ESTADUAL – SERVIÇO DE TELEFONIA – ASSINATURA MENSAL. Surge, com relevância capaz de respaldar a concessão de medida acauteladora, pedido no sentido de declarar-se a inconstitucionalidade de lei estadual que haja implicado a proibição de cobrança de assinatura mensal (assinatura básica)

ADI 3.343 / DF

nos serviços de telefonia. (ADI 4369 MC-REF, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2010, DJe-082 DIVULG 03-05-2011 PUBLIC 04-05-2011 EMENT VOL-02514-01 PP-00001)

Recentemente, esta mesma orientação restou assentada no julgamento da medida cautelar na ADIn nº 4.603/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, deferida pelo Pleno deste Tribunal, por maioria, em 26 de maio de 2011.

Com relação aos serviços de *água e gás*, que em grande medida se sujeitam também à incidência de competência legislativa federal (CF, art. 22, IV - "*águas e energia*"), há de ser reconhecida a inconstitucionalidade do Diploma impugnado diante da ofensa à denominada *reserva de administração*, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), porquanto ato normativo emanado do Poder Legislativo – fruto de iniciativa parlamentar, ressalte-se – que suprime de forma expressiva a margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público.

Ex positis, e pedindo vênias ao Min. Rel. Ayres Britto, voto pela procedência do pedido, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 3.449/04 do Distrito Federal.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.343

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ABRAFIX - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRESTADORAS DE SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO

ADV.(A/S) : ALEXANDRE DE M. WALD

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falou pelo *amicus curiae* a Dra. Daniela Rodrigues Teixeira. Plenário, 01.09.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário