

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por advogados devidamente credenciados, foi protocolada no prazo legal.

A Constituição de 1988 agasalha a chamada economia de mercado. O Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, contém capítulo alusivo aos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”, versando o artigo 170 estar a ordem econômica fundada não só na “valorização do trabalho humano”, como também na livre iniciativa. Observa-se a plena harmonia com o introito da Constituição. O que nele consta decorre, justamente, do fato de a República Federativa do Brasil constituir-se, por definição maior – artigo 1º –, em Estado Democrático de Direito tendo por fundamento, ao lado da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O artigo 174 revela que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, em observância irrestrita do ordenamento jurídico, isso para que não grasse o arbítrio. Consta do preceito a atribuição de incentivar e planejar, sendo determinante para o setor público e indicativo para o privado.

A regulação insere-se nas formas de intervenção indireta do Estado, sob condições, no domínio econômico.

As funções das agências devem ser desempenhadas no campo não da instituição ou da restrição a direitos, mas no técnico. O princípio da legalidade – conforme disposto em lei –, revela a submissão das agências ao arcabouço normativo em vigor, ao ordenamento jurídico, observado o inciso IV do artigo 84 da Lei Maior.

Repito: a atuação dos órgãos reguladores ou dos que deles façam as vezes é vinculada, em primeiro lugar, à Constituição Federal, e, em segundo, às leis de regência da matéria.

O Diploma Básico submete a todos, o Legislativo, o Executivo a sociedade e o próprio Poder Judiciário, como guarda, considerados os controles difuso e concentrado de constitucionalidade. É um grande sistema.

Além de limitar a atuação dos Poderes, sugere atividade coordenada. Cada qual deve, na medida do possível, buscar o diálogo institucional, construindo-se soluções para casos dramáticos.

O vácuo deixado pelo Estado-legislador e pelo Estado-executivo conduz o cidadão a valer-se do que aponto como última trincheira da cidadania – o Judiciário. É o desejável? Não. O ideal seria cada Poder atuar nas áreas reservadas constitucionalmente.

Em cumprimento à Constituição – artigo 21, inciso XI –, foi editada a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. No artigo 19, atribuiu-se à ANATEL a incumbência de proceder à revisão de tarifas e homologar reajustes:

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:

[...]

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

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;

[...]

No artigo 103, cabeça, recebeu a Agência a atribuição de estabelecer a estrutura tarifária. No § 1º está autorizada a utilização da média ponderada dos valores dos itens tarifários:

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

§ 1º A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários.

Então, a ANATEL, mediante os Atos nº 9.444 e 9.445, homologou reajuste tarifário com base em cláusula de contrato de concessão.

O Supremo, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.679, relator o ministro Luiz Fux, assentou que a revisão judicial de marcos regulatórios editados pelo legislador requer postura de autocontenção em

respeito tanto à investidura popular a caracterizar o Poder Legislativo quanto à complexidade técnica inerente aos temas que o Judiciário é chamado a analisar pela óptica estrita da validade jurídica. Proclamou a competência legislativa do Congresso Nacional para dispor sobre telecomunicações.

Está em pleno vigor o § 1º do artigo 103 da Lei nº 9.472/1997, a autorizar a média ponderada dos valores dos itens tarifários como base para reajuste, tendo sido adotado o IGP-DI como índice, considerado o parágrafo único do artigo 34 da então vigente Resolução nº 85, de 30 de dezembro de 1998, do Conselho Diretor da ANATEL.

Vale ressaltar que o Supremo, quando da análise da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.668, ao apreciar o artigo 19, inciso IV, da Lei nº 9.472, a versar caber à ANATEL expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, não declarou a invalidade do dispositivo. Deu interpretação conforme à Constituição Federal, sem redução de texto, com o objetivo de fixar interpretação segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no privado.

No caso, a atuação da ANATEL não excedeu o que previsto pelo legislador. A intervenção do Judiciário no âmbito regulatório dá-se com vistas ao controle de legalidade, respeitadas as capacidades institucionais das entidades de regulação e a discricionariedade técnica dos atos editados.

Ante o exposto, tendo em vista que a majoração das tarifas telefônicas respaldou-se em ato expedido por agência reguladora, nos limites da atuação conferida pelo Legislador, conheço do recurso e o provejo para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente a ação civil pública, mantendo válido o acréscimo de 9% no reajuste individual dos itens tarifários acima do IGP-DI, constante na cláusula 11.1 do contrato de concessão.

Vencedor o enfoque, a tese a ser editada sob o ângulo da repercussão geral há de agasalhá-lo. Sugiro que tenha o seguinte teor: “Afronta o princípio da separação dos poderes a anulação judicial de cláusula de contrato de concessão firmado por Agência Reguladora e prestadora de serviço de telefonia que, em observância aos marcos regulatórios estabelecidos pelo Legislador, autoriza a incidência de reajuste de alguns

itens tarifários em percentual superior ao do índice inflacionário fixado, quando este não é superado pela média ponderada de todos os itens.”

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/2022 00:00