

A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil^{1*}

The judicialization of telecommunications regulatory policies in Brazil

*Alexandre D. Faraco***

*Caio Mario da Silva Pereira Neto****

*Diogo R. Coutinho*****

¹ Este artigo foi elaborado no âmbito do projeto “Courts And the Regulatory State of the South: the Case of Brazil” e será publicado em língua inglesa com o título “Judicial Review of Telecommunications Policies in Brazil”. À coordenadora do mencionado projeto, professora Mariana Mota Prado (University of Toronto, Canadá), agradecemos o convite para dele participar, bem como a gentileza de nos autorizar a publicar esta versão no Brasil. Os autores agradecem, ainda, a Fillipi Marques Borges e Ricardo Soley Foster Filho pelo auxílio com a pesquisa de jurisprudência e com a tabulação dos dados.

* Artigo recebido em 23 de setembro de 2013 e aprovado em 29 de outubro de 2013.

** Doutor e livre-docente em direito pela Universidade de São Paulo. Pós-doutorado na Yale University EUA. Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Universidade Federal do Paraná, Paraná, Brasil. E-mail: afaraco@levysalomao.com.br.

*** Possui graduação em direito pela Universidade de São Paulo (1998), mestrado (Master of Laws — LL.M.) em direito pela Yale Law School (2002) e doutorado (Doctor of the Science of Law — J.S.D.) em direito pela Yale Law School (2005). Atualmente, é professor colaborador da Fundação Getulio Vargas — SP. Tem atuado principalmente na área de direito econômico, com ênfase em: direito da concorrência, regulação dos setores de infraestrutura, análise econômica do direito. Escola de Direito de São Paulo — Direito GV, São Paulo, Brasil. E-mail: caiomario@pnm.adv.br.

**** Professor associado de direito econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), onde se graduou em 1997. Obteve o título de MSc Regulation pela London School of Economics and Political Science (LSE), Londres (2002), e doutorou-se em direito pela USP (2003). É livre-docente em direito econômico (USP, 2010) e pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap). Suas linhas de pesquisa são direito, desenvolvimento e políticas públicas, regulação econômica, inovação tecnológica e defesa da concorrência. Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: diogocoutinho@uol.com.br.

RESUMO

O artigo apresenta os resultados da pesquisa de decisões judiciais a respeito das políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. O trabalho começa por descrever, em linhas gerais, os principais aspectos institucionais pertinentes à organização do setor de telecomunicações e ao papel nele exercido pela Anatel, além dos aspectos metodológicos da pesquisa. Dentre os resultados, observa-se a existência de 48 ações judiciais, sendo a grande maioria proposta por entidades de proteção e defesa do consumidor. Além disso, a maior parte das ações identificadas tratou de temas pontuais e de impacto lateral na política de telecomunicações.

PALAVRAS-CHAVE

Telecomunicações — judicialização — políticas regulatórias — litigação

ABSTRACT

The article presents the results of a research about the judicialization of telecommunications regulatory policies in Brazil. It begins by describing, in general terms, the main relevant aspects of the organization of the telecommunications sector and the role played by Anatel, besides the methodological aspects of the research. Among the results, it observed the existence of 48 lawsuits, the vast majority being proposed by consumer protection organizations. Furthermore, most of the actions identified dealt with specific issues of lateral impact on the telecommunications policies.

KEY-WORDS

Telecommunications — judicialization — regulatory policies — litigation

1. Introdução

No século XXI, a busca pela implementação de mecanismos eficientes de regulação tornou-se parte da agenda central de governos dos mais diversos países. No entanto, essa agenda apresenta peculiaridades conforme o estágio de desenvolvimento de cada país. Se em países industrializados desenvolvidos a construção e a implementação de um arcabouço regulador são

empreitadas de grande fôlego e de longo prazo, em países em desenvolvimento os obstáculos enfrentados são ainda mais complexos e desafiadores em vista das conhecidas limitações e gargalos que obstam a efetividade da ação reguladora.

Em termos concretos, a empreitada regulatória se traduz em esforços de construção e aperfeiçoamento jurídico-institucional das agências e órgãos reguladores, mas também de suas relações com outros órgãos e instâncias direta ou indiretamente ligados à regulação. Parte dessas relações se dá de forma cooperativa e parte ocorre como resultado de tensões e antagonismos envolvendo a definição de tarefas, competências e atribuições. Nesse contexto, no caso brasileiro, consultas públicas, audiências públicas, reuniões técnicas, procedimentos e rotinas de comunicação, processos administrativos e ações judiciais são instâncias ou pontos de veto (*veto points*) pelos quais a regulação é a todo o tempo questionada, reformulada, ajustada ou confirmada por órgãos como ministérios, comissões parlamentares, tribunais de contas e pelo Poder Judiciário. Ou seja, o desenho do arcabouço regulatório vai muito além da análise estática de legislações setoriais e da regulamentação infralegal, exigindo uma compreensão do processo dinâmico de interações institucionais que delimitam o espaço regulatório.²

Como parte de um projeto de investigação mais amplo, a pesquisa que originou este ensaio teve como escopo o mapeamento e a compreensão da dinâmica de relações existentes entre a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) — autoridade reguladora do setor de telecomunicações no Brasil — e o Poder Judiciário, a quem o direito brasileiro atribui competência geral para rever quaisquer atos praticados no âmbito dos órgãos reguladores (cf. art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Em especial, procurou-se identificar que questões ou temas regulatórios têm sido levados à análise da justiça federal brasileira por entidades representativas dos interesses de agentes regulados e de consumidores e em que extensão dizem respeito a medidas de política pública (*policy*) propostas ou adotadas pela Anatel. Por medidas de *policy* entendemos a concepção, edição e aplicação de normas destinadas a fornecer diretrizes e objetivos setoriais ou a criar obrigações de diferentes naturezas para uma pluralidade de atores, incluindo os agentes regulados e o próprio regulador. Medidas de *policy* se distinguem das medidas de

² Para uma análise mais ampla da dinâmica de interação institucional que delimita o espaço das agências reguladoras, ver PEREIRA NETO, C. M. S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Editora Malheiros, no prelo. 2013a.

enforcement cotidiano da regulação, manifestadas, no Poder Judiciário, sob a forma de processos discutindo questões de natureza essencialmente sancionatória e punitiva.

Compreender o modo como os juízes e tribunais brasileiros enfrentam questões de *policy* no campo das telecomunicações pareceu-nos, nesse sentido, uma forma de compreender como a ação reguladora do Estado brasileiro, forjada em seu atual formato institucional a partir das reformas liberalizantes iniciadas na década de 1990, tem se constituído e moldado nos últimos anos. Ademais, entendemos que essa análise microssetorial pode contribuir para uma compreensão mais ampla de como, após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, o país passou a assistir a um crescente influxo de judicialização da política.³

Também nos interessa procurar compreender em que medida a criação de órgãos reguladores independentes à moda das *agencies* norte-americanas e europeias tem redesenhado a noção de separação de poderes no país. Assim, em que medida os papéis atribuídos à tecnocracia e ao Judiciário têm promovido um rearranjo na divisão de tarefas entre os poderes estatais? A pesquisa nos pareceu, por fim, útil por permitir uma discussão sobre o modo como as cortes brasileiras enxergam seu próprio papel na construção dos espaços de atuação da tecnocracia, dos grupos empresariais e dos cidadãos, discussão que pode ser feita (de forma incompleta, é verdade) por meio das lentes pelas quais são vistos os embates que ocorrem entre interesses de grupos empresariais, de um lado, e interesses de associações ou entidades de defesa de interesses de consumidores, de outro.

Após 15 anos de existência, a Anatel paulatinamente se afirma, não sem dificuldades e percalços, como o regulador das telecomunicações brasileiras. Dentre os distintos governos e fases pelos quais a agência passou nesse período — momentos de concepção, estruturação, aprendizado, disputas e avaliação — observamos, na esteira do mencionado processo de judicialização da política, um crescente aumento da discussão judicial de suas medidas de *policy* e de suas decisões regulatórias cotidianas (como regra, exemplificadas por procedimentos administrativos de natureza punitiva).⁴

³ Sobre a judicialização da política ver, entre outros, VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999; MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002; TAYLOR, Matthew. *Judging policy: Courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

⁴ No âmbito da Anatel, os processos sancionadores são geralmente denominados Processos Administrativos por Descumprimento de Obrigação ou simplesmente Pados.

Os litígios observáveis nesse campo, em geral, têm diferentes composições de partes: (i) regulado *versus* regulador; (ii) consumidores *versus* regulador; (iii) consumidor *versus* regulado (e.g., juizados especiais); (iv) regulador *versus* órgãos de supervisão (e.g., TCU). Na pesquisa realizada vamos nos ater aos dois primeiros tipos de litígio (regulado *versus* regulador e consumidores *versus* regulador) quando envolverem entidades representativas — isto é, organizações de classe ou de representação de grupos de interesse — de consumidores e regulados. Tais litígios buscam, como regra, tematizar de forma coletiva questões regulatórias, uma vez que essas entidades galvanizam interesses econômicos e prioridades políticas de seus membros.

A opção pelas demandas judiciais de autoria coletiva — em detrimento das demandas individuais de empresas e consumidores — deve-se à abrangência que, em regra, caracteriza as pretensões das associações organizadas. Em outras palavras, as ações judiciais originárias de entidades organizadas costumam refletir demandas de interesse geral do setor regulado e não desta ou daquela empresa individualmente considerada. Isso, em especial no caso das empresas de telecomunicações, não é trivial na medida em que várias delas competem entre si e, em diversos litígios, estão em situação adversarial. Por isso, quando se mobilizam em torno de suas associações de classe, vocalizam demandas de forma supostamente mais homogênea, de modo a traduzir, de forma privilegiada e com suporte técnico sofisticado, os interesses do “mercado”. Por outro lado, no caso dos consumidores, as associações assumem papel central na discussão de direitos transindividuais cuja demanda individualizada é limitada por motivos de ordem jurídica ou econômica.

O texto que segue apresenta os resultados da pesquisa de decisões judiciais realizada. Para poder adequadamente contextualizá-los, o trabalho começa por descrever, em linhas gerais, os principais aspectos institucionais pertinentes à organização do setor de telecomunicações e ao papel nele exercido pela Anatel (seção 2). Em seguida indica, em uma nota metodológica, como foi feita a pesquisa e formado o banco de ações judiciais analisadas (seção 3). Por fim, descreve e analisa os dados coletados (seção 4).

2. Aspectos institucionais da organização do setor de telecomunicações no Brasil

As atividades de telecomunicações são atribuídas pela Constituição brasileira à União Federal (art. 21, XI). No texto constitucional vigente não

há especificação ou maior detalhamento quanto ao regime jurídico pelo qual devem ser organizadas tais atividades e não há previsão de restrição à atuação de empresas privadas.⁵

Na prática, isso significa que a prestação dos serviços de telecomunicações só pode ocorrer por particulares que receberem autorização ou delegação do governo federal. Atualmente, as principais regras vigentes quanto à outorga dessas autorizações e delegações, assim como os contornos do regime jurídico associado a elas estão previstos na denominada Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997 — a “LGT”). Os serviços de telecomunicações são organizados em ambiente de concorrência e não há, em princípio, restrição ao número de empresas que podem obter outorgas para operar em cada mercado. Também se constitui em um pilar do marco regulatório das telecomunicações brasileiras o objetivo de universalização — acesso físico e fruição econômica — dos serviços ofertados.

Há, nas regras de regulação estipuladas pela LGT, regimes distintos de prestação dos serviços. Em seu art. 63, a lei estabelece que a prestação dos serviços de telecomunicações pode se dar em dois regimes jurídicos: o público e o privado. O regime privado é bastante próximo àquele das atividades econômicas prestadas em regime de mercado. A regra é a liberdade de ação dos agentes econômicos e mínima intervenção do Estado na vida privada, inclusive no tocante à fixação do preço. Entretanto, mesmo no regime privado, a LGT permite o estabelecimento de algumas limitações ou a imposição de encargos que não seriam normais em um regime competitivo de mercado. Mas isso tem caráter excepcional e deve observar a existência de vínculos de necessidade e adequação com certas finalidades devidamente especificadas, assim como gerar um proveito proporcional à privação imposta (cf. art. 128 e incisos, LGT).

O regime público, por seu turno, nos termos do parágrafo único do art. 63, da LGT, tem como característica essencial a “atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”. A noção de continuidade traduz a necessidade de determinadas atividades não sofrerem interrupções em sua prestação e estarem sempre à disposição de seus usuários. Nos termos da LGT, “[o]brigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos

⁵ Originalmente e até 1995, a regra constitucional exigia a prestação por empresas sob controle estatal. O texto vigente é o seguinte: “Art. 21. Compete à União Federal: [...] XI — 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”.

usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso” (art. 79, § 2^o).

A meta de universalização implica tornar certas atividades acessíveis a todos os integrantes da sociedade. Nos termos da LGT,

[o]brigação de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público (art. 79, § 1^o).

A LGT exige que a universalização seja perseguida como política pública pelo menos com relação ao serviço telefônico fixo comutado (“STFC” ou, na terminologia cotidiana, a telefonia fixa), destinado ao uso do público em geral (parágrafo único do art. 64). Concomitantemente, a lei estabelece a possibilidade de a qualquer tempo o Poder Executivo, por meio de decreto, vir a submeter outros serviços ao regime público e, portanto, ao objetivo de universalização (art. 18, I). A Lei nº 9.998/2000 ampliou a referência legal aos serviços a serem objetos da política de universalização por meio do uso de recursos do Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicações (Fust).

Mesmo em relação aos serviços prestados em regime público a LGT almejou criar um ambiente de concorrência. A distinção entre regimes jurídicos não insula ou protege aqueles que têm obrigações de continuidade e universalização da concorrência de empresas que atuam no regime privado, sem o mesmo tipo de obrigação (art. 65). Isso é factível porque, ao contrário do que historicamente se verificava no setor, o cumprimento de metas de universalização não depende (ou pelo menos não deveria depender) de estruturas de subsídios cruzados.

As fontes de financiamento das metas de universalização deverão ser “neutras em relação à competição” (art. 80, § 1^o da LGT). Isso implica que tais fontes não deverão: (i) provocar distorções nos preços (*i.e.*, não deverão dissociá-los completamente dos seus respectivos custos, o que afasta a ampla utilização de subsídios cruzados); e (ii) onerar desproporcionalmente determinados agentes econômicos que atuam no setor, comprometendo sua competitividade em face dos demais.

A LGT faz referência a duas fontes possíveis: (i) os orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios; (ii) um fundo (Fust) constituído para tal finalidade e para o qual contribuirão as prestadoras de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado (art. 81). A criação do Fust foi apenas mencionada na LGT, tendo sido objeto de posterior lei específica (a já citada Lei nº 9.998/2000), a qual estabeleceu uma contribuição que incide à alíquota de um por cento sobre a receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações em geral (cf. art. 6º, inciso IV).

Apesar de previsão bastante sofisticada de mecanismos de financiamento neutros em relação à competição, o fato é que a política de universalização atual está baseada substancialmente em obrigações impostas às concessionárias de STFC, o que tende a ser um mecanismo menos neutro e a gerar distorções no mercado.⁶ Assim, por exemplo, desde sua criação, o Fust arrecadou mais de R\$ 12 bilhões,⁷ mas apenas uma parcela ínfima desses valores foi aplicada em políticas públicas; a maior parte continua sendo acumulada no fundo, sem destinação específica.

Além de definir os regimes jurídicos de prestação dos serviços, a LGT criou a Anatel, órgão independente ao qual se atribuiu ampla competência de regular o setor. A independência da Anatel em relação ao governo é garantida pela previsão na LGT de que sua atuação se dará sem subordinação hierárquica. Os conselheiros que integram seu órgão diretor também possuem mandatos fixos e estabilidade no cargo que ocupam — o que, em termos práticos, limita as possibilidades de sua remoção ou constrangimento por questões políticas.

A Anatel tem competência para conceder as outorgas dos serviços aos particulares e fiscalizar sua prestação. A LGT ainda lhe confere extensos poderes para regular o setor como um todo. O conjunto efetivo de normas ao qual as empresas estão submetidas tem, portanto, origem em atos administrativos — denominados resoluções, quando editados pelo Conselho Diretor — da Anatel.

Embora a LGT reserve ao Poder Executivo algumas decisões sobre políticas setoriais — como a aprovação das metas de universalização —, na prática, é a atuação da agência que define o que será priorizado e a forma de realizar

⁶ Para uma análise do distanciamento entre a política de universalização prevista na LGT e aquela implementada nos últimos anos, ver Pereira Neto, C. M. S.; ADAMI, M. P. O desafio da universalização de telecomunicações: um balanço após 15 anos de LGT. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação estatal no Brasil: enfoques diversos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, no prelo. 2013b.

⁷ Relatório Anual — Anatel 2011, de 31-5-2012.

os objetivos gerais estabelecidos na legislação. Há, como resultado disso, permanente possibilidade de conflitos entre a agência, os agentes regulados e os consumidores. Tais conflitos tendem a ser judicializados quando não solucionados no âmbito da agência, eis que no sistema jurídico brasileiro não é possível impedir que decisões de órgãos reguladores sejam objeto de revisão judicial.

3. Formação do banco de ações judiciais

A pesquisa realizada procurou identificar ações judiciais em que são partes, de um lado, a Anatel e, de outro, três das mais importantes e atuantes entidades de proteção ao consumidor, além de quatro das mais importantes e atuantes associações civis de defesa dos interesses de empresas de telecomunicações no Brasil hoje. Assim, o estudo teve por foco os litígios judiciais em que figuraram como partes antagônicas quaisquer dentre as sete associações selecionadas e a Anatel.

As entidades de defesa do consumidor selecionadas para análise são as seguintes:

- a. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec);
- b. Procons; e
- c. Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (ProTeste).

Foram selecionadas as seguintes associações de defesa dos interesses de empresas de telecomunicações:

- a. Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado (Abrafix);
- b. Associação Nacional das Operadoras Celulares (Acel);
- c. Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (Sinditelebrasil); e
- d. Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (Telcomp).

Em relação ao material de análise, foram adotadas como recorte as ações judiciais já finalizadas ou em trâmite na justiça federal em que se opõem, como partes, a Anatel e uma ou mais das entidades civis selecionadas. Considerando que qualquer ação que tenha a Anatel como parte atrai a competência da Justiça Federal, entendemos que este é o foro adequado para a pesquisa.

O primeiro esforço para levantamento exaustivo das ações de interesse dividiu-se em duas etapas:

- a. Pesquisa, no *Diário Oficial da União*, das ocorrências do termo “Anatel” combinado com o nome de cada uma das associações selecionadas, desde 1997 (ano de criação da agência) até 15 de novembro de 2012. Dentre as ocorrências, foram identificadas ações judiciais de interesse potencial para o projeto de pesquisa, isto é, ações envolvendo possíveis questões de *policy*; e
- b. Pesquisa complementar nos bancos de dados de cada um dos Tribunais Regionais Federais, a partir dos nomes e números de inscrição das associações no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), de eventuais ações entre as partes de interesse que não tenham sido detectadas por meio da pesquisa no *Diário Oficial da União*.

As ações identificadas, juntamente com os respectivos recursos interpostos ao longo da marcha processual, foram organizadas em planilhas específicas, separadas de acordo com a associação litigante. Inicialmente, foram extraídas das ações as seguintes informações básicas: tipo de ação, número, autor (recorrente), réu (recorrido), parte interessada, data de distribuição e *link* de acesso na internet.

Ao todo, foram identificadas e dispostas nas planilhas 48 ações judiciais, assim distribuídas entre as entidades pesquisadas:

- a. Idec: 7 ações;
- b. Procon: 26 ações;
- c. ProTeste: 5 ações;
- d. Abrafix: 5 ações;
- e. Acel: 1 ação;
- f. Telcomp: nenhuma ação;
- g. Sinditelebrasil: 4 ações.

Posteriormente, passou-se à busca por petições e decisões judiciais disponíveis em formato eletrônico relacionadas a cada um dos processos identificados no primeiro passo da pesquisa. Para tanto, foram utilizados os mecanismos disponíveis para busca de decisões nos sítios eletrônicos dos Tribunais Regionais Federais das cinco Regiões em que se organiza a Justiça Federal brasileira.

Existem limitações às pesquisas jurisprudenciais elaboradas com base em bancos de dados eletrônicos. O sucesso da busca por material depende da qualidade e agilidade com que petições e decisões são disponibilizadas em meio eletrônico pelos diferentes juízos. Em relação a esse aspecto, deve-se destacar:

- a. Exceção feita ao Supremo Tribunal Federal (STF), não se encontram disponíveis para consulta eletrônica geral, nos demais juízos, as petições iniciais, respostas e recursos (isto é, as peças processuais e arrazoados produzidos por autores e réus, as partes do processo). Nos casos em que esse material se encontra nos bancos de dados, o acesso costuma ser restrito às partes e aos procuradores, por meio de senhas de acesso das quais não dispomos.
- b. As decisões proferidas nos processos não são disponibilizadas imediatamente nas páginas eletrônicas dos juízos. Isso porque há, com variações, lapsos de tempo por vezes longos atrasando a publicação da decisão em versão eletrônica. Em alguns casos, sobretudo em primeira instância, o inteiro teor das decisões sequer é disponibilizado.

Como consequência, o material que constitui o banco de dados da presente pesquisa é formado exclusivamente por decisões, dada a restrição de acesso às manifestações das partes. Ainda, há processos em que todas as decisões se encontram disponíveis para consulta, ao passo que em outros não foi possível encontrar qualquer decisão disponível. Dentre as decisões, incluem-se provimentos de primeira instância e provimentos recursais, sobretudo em agravos e apelações.

Note-se, diante disso, que o universo de decisões pesquisadas se ressentem das mazelas e fragilidades do Judiciário brasileiro no que diz respeito à publicização em meio eletrônico de suas decisões. Tal limitação, lamentavelmente, acomete todos os setores regulados e tribunais brasileiros, não apenas o setor de telecomunicações.

4. Análise do banco de ações judiciais

4.1 *Temas identificados*

Dentro do período pesquisado foram identificadas 48 ações judiciais de caráter coletivo, 38 envolvendo entidades representativas de consumidores e 10 envolvendo entidades representativas das empresas reguladas. Constatase, em primeiro lugar, que há diversidade significativa quanto aos temas discutidos. O número de assuntos deve ser ainda maior, pois não foi possível identificar com precisão o tema central motivador de 12 ações.

As ações propostas pelas entidades representativas de consumidores discutem questões pontuais cujo impacto é diretamente aferível pelo

consumidor. A maior parte — 23 ações — busca reduzir a cobrança por serviços e questiona itens cobrados pelas empresas ou critérios de cobrança utilizados por elas. Exceto por duas ações da ProTeste, os temas não envolvem discussões mais complexas sobre aspectos estruturais da política pública setorial — *i.e.*, questões que possam ter impacto direto e amplo sobre o modelo de organização setorial e as políticas formuladas pela Anatel.

O amplo uso de ações coletivas de consumidores em temas sobre a cobrança dos serviços pode ser explicado pelo baixo incentivo econômico para ações individuais. Os valores envolvidos são de pequena monta, quando considerado cada consumidor isoladamente, e podem não justificar os custos diretos e indiretos associados à propositura de medidas judiciais. O perfil das ações, as quais estão distantes de discussões mais centrais à regulação do setor, que não são diretamente perceptíveis pelos consumidores dado seu elevado grau de complexidade técnica, sugere também a existência de severa assimetria de informações entre regulador e consumidores.

Do lado das empresas, além do número menor de ações identificadas, também se nota o pouco uso de ações coletivas para discutir a implantação de políticas setoriais. A parcela mais significativa — 3 ações — trata da cobrança de taxas e encargos setoriais. São duas também as ações que abordam temas que podem ser vistos como estruturais para as políticas formuladas pela Anatel.

O número menor de ações promovidas pelas associações de empresas, com poucas tratando de temas de *policy* relevantes, sugere a dificuldade de consenso em temas e propostas regulatórias, os quais muitas vezes envolvem interesses divergentes entre as empresas. Ao mesmo tempo, ao contrário do que se verifica em relação aos consumidores, os incentivos econômicos envolvidos tendem a ser suficientes para justificar os custos de ações individuais.

A tabela abaixo sumariza a temática das ações identificadas ao longo da pesquisa:

Objeto	Consumidores	Empresas
1. Indexador de reajuste tarifário do serviço de telefonia fixa comutada (STFC)	6	
2. Assinatura mensal do STFC	7	
3. Tarifação de ligações interurbanas do STFC	5	
4. Prazo de validade de crédito pré-pago do serviço móvel	1	
5. Repasse de PIS/Cofins na tarifa	3	
6. Cobrança de <i>roaming</i> no serviço móvel	1	
7. Fornecimento de informações na conta telefônica	3	
8. Obrigação de disponibilizar lista telefônica impressa	1	
9. Cláusulas dos contratos de concessão do STFC		1
10. Obrigatoriedade de cliente contratar provedor de acesso à internet	1	
11. Bens reversíveis do STFC (*)	1	
12. Licitação de radiofrequência (*)		1
13. Backhaul (*)	1	1
14. Temas tributários		3

(*) Temas estruturais, *i.e.*, com impacto significativo no próprio desenho da política setorial.

Os seis primeiros itens da tabela acima descrevem ações voltadas a questionar critérios de cobrança dos serviços. Embora em um sentido amplo ou em tese possam ser vistas como questões de *policy*, na prática, as ações não abrangem propriamente aspectos centrais das políticas implantadas pela Anatel. Elas, na realidade, estão voltadas à discussão de questões pontuais, perceptíveis diretamente pelos consumidores a partir de suas contas telefônicas, mas que não envolvem avaliação mais complexa sobre a organização do setor e sua regulação. Observação análoga pode ser feita em relação aos itens 7, 8 e 10, que tratam de questões secundárias à prestação dos serviços.

Em relação às ações das associações empresariais, o item 9 trata de tema de *enforcement* e não propriamente de *policy*. Refere-se a questionamento de cláusula do contrato de concessão que permitia à Anatel realizar fiscalização sigilosa e sem prévia intimação da empresa. As ações de natureza tributária também podem ser enquadradas nessa categoria, pois tratam apenas da cobrança, pela Anatel, de determinados tributos e encargos setoriais fixados em lei — e não por ato da agência. O órgão regulador somente recebe a competência legal para arrecadar esses valores e, por isso, as ações são movidas contra a Anatel.

4.2 Temas estruturais

Há três temas que envolvem aspectos que consideramos efetivamente estruturais de políticas formuladas no âmbito da Anatel: *backhaul*, bens reversíveis e licitação de radiofrequência. Diferentemente dos demais assuntos objeto de judicialização, os temas estruturais traduzem questões, controvérsias e propostas de *policy* em sentido literal. Por essa razão, a seguir descrevemos (de forma resumida) o núcleo das controvérsias instaladas no Judiciário, bem como o entendimento adotado pelos juízes.

4.2.1 *Backhaul*

O tema do *backhaul* envolve tanto ação do lado dos consumidores — ProTeste — como das empresas concessionárias de STFC — Abrafix. *Backhaul* designa a infraestrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, interligando as redes de acesso ao *backbone* das operadoras.

A Anatel pretendeu incluir a expansão do *backhaul* dentre as metas de universalização das concessionárias de STFC. Isso possibilitaria destinar à expansão dessa infraestrutura recursos voltados à universalização dos serviços.⁸ Para tanto, a agência elaborou e encaminhou proposta ao Ministério das Comunicações de substituir a implantação dos chamados Postos de Serviços de Telecomunicações (PST),⁹ prevista como meta no Decreto nº 4.769/2003, pela implantação de *backhaul*. A alteração foi aprovada pelo Decreto nº 6.424/2008.¹⁰

A ProTeste questionou a alteração das metas, pois o *backhaul* não teria relação direta com o STFC, único serviço que deveria ser objeto de universalização.¹¹ O processo foi extinto sem solução de mérito, pois os Decretos nº 4.769/2003 e nº 6.424/2008 foram revogados pelo Decreto nº 7.512/2011, que aprovou novo plano de metas de universalização. Mas no curso do processo foi proferida liminar sobre questão nova trazida pela ProTeste e isso parece ter

⁸ Sobre a universalização, ver item 2 acima.

⁹ Corresponde a conjunto de instalações de telefones e terminais de acesso à internet de uso público.

¹⁰ Nos termos da LGT, as metas de universalização constam de planos elaborados pela Anatel e aprovados pelo Poder Executivo mediante Decreto.

¹¹ Ação Civil Pública nº 2008.34.00.011445-3, 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

influenciado a posterior atuação da Anatel na elaboração do plano aprovado pelo Decreto nº 7.512/2011. Segundo a autora relatou nos autos do processo, a Anatel teria deixado de incluir nos aditivos aos contratos de concessão, que tratariam da inclusão das metas de *backhaul*, o caráter reversível da infraestrutura. Bens reversíveis são aqueles essenciais à prestação do serviço em regime público. Nos termos da LGT, tais bens devem retornar à posse da União quando da extinção da concessão (art. 102).

Afastar o *backhaul* desse regime significaria admitir a possibilidade de esses bens permanecerem com as empresas privadas mesmo após o término da concessão para a prestação de serviços em regime privado. O juiz em análise sumária convenceu-se da plausibilidade do argumento e suspendeu os termos aditivos em questão. Posteriormente, o Decreto nº 7.512/2012 expressamente consignou que o “*backhaul* para atendimento dos compromissos de universalização” se incluiria dentre as infraestruturas sujeitas ao regime de reversibilidade (art. 27).

Já a ação da Abrafix quanto à mesma política questionava a fixação de valores máximos para a comercialização de *backhaul* no mercado de atacado (*i.e.*, para outras operadoras), mas não a inclusão da infraestrutura dentre as metas de universalização.¹² O pedido de antecipação de tutela foi indeferido e posteriormente foi proferida sentença julgando improcedente o pedido. Na implantação do novo plano de metas de universalização a Anatel manteve a previsão de valores máximos para a comercialização de *backhaul* nos mercados de atacado.¹³

4.2.2 Bens reversíveis

O outro tema de ação proposta pela ProTeste diz respeito aos bens reversíveis, discussão que, como visto, também esteve presente na ação do *backhaul*.¹⁴ A qualificação de bens constitui assunto que suscita questões-chave sobre a definição de direitos de propriedade em temas regulatórios no setor de telecomunicações. A entidade questionava proposta de nova regulamentação para os bens reversíveis, objeto da Consulta Pública nº 52/2010, a qual

¹² Ação Ordinária nº 14904-93.2010.4.01.3400, 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

¹³ Resolução nº 598/2012, artigo 38.

¹⁴ Ação Civil Pública nº 29346-30.2011.4.01.3400, 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

flexibilizaria a alienação e substituição desses bens pelas empresas. Além disso, pretendia que fosse determinado à agência a elaboração e apresentação de inventário desses bens reversíveis. Há em relação a esse segundo ponto discussão quanto à deficiência de medidas de fiscalização e *enforcement* da agência em relação a tais bens.

A própria questão da possibilidade de substituição e alienação poderia ser vista também como algo pertinente apenas à forma de fiscalização das concessionárias. Mas optou-se aqui por considerar esse tema também como de *policy*, dadas as divergências que existem no setor quanto ao que estaria no rol de bens reversíveis, o que é exemplificado pela própria ação da ProTeste no caso do *backhaul*. Medidas que alteram os critérios para autorizar a alienação ou a substituição desses bens acabam por envolver essa discussão mais ampla.

Na sentença, o juiz de primeiro grau julgou improcedente a impugnação à Consulta Pública nº 52/2010, mas sem se aprofundar na discussão sobre a temática dos bens reversíveis. Apenas observou que há a necessidade de se permitir às empresas a substituição desses bens. Por outro lado, julgou procedente o pedido de que a agência disponibilizasse os inventários dos bens reversíveis. A Anatel apelou dessa decisão e o recurso ainda não havia sido julgado quando da conclusão da pesquisa.

4.2.3 Licitação de radiofrequência

O terceiro tema de natureza estrutural de relevância refere-se à ação ordinária proposta pela Abrafix com a finalidade de suspender os efeitos da cláusula 4.2.1 do Edital nº 002/2006/SPV-Anatel, lançado com vistas à outorga de autorização de uso de blocos de radiofrequências nas faixas de 3,5 Ghz e 10,5 Ghz, faixas estas destinadas à implementação da tecnologia de transmissão de dados conhecida como Wimax.¹⁵ Referida cláusula estabelecia que as empresas titulares de concessão do STFC não poderiam apresentar propostas na licitação.

O objetivo da Anatel com isso era criar regra de regulação assimétrica para fomentar a concorrência nas redes de acesso local, âmbito no qual as concessionárias são consideradas empresas dominantes. Com a proibição, o

¹⁵ Ação Civil Pública nº 29346-30.2011.4.01.3400, 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

uso das radiofrequências para a oferta de acesso local a partir da tecnologia Wimax seria garantido a novos entrantes ou a concorrentes de menor porte.

A Abrafix obteve decisão liminar que suspendeu a cláusula do edital, a qual foi depois confirmada em três oportunidades pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região. As decisões analisam o tema de forma bastante sumária e não aprofundam a discussão quanto ao impacto concorrencial da restrição sobre o mercado de telecomunicações.

A Anatel acabou por cancelar a licitação antes do término do processo, o qual foi então extinto sem julgamento do mérito por perda de objeto. De qualquer forma, o próprio cancelamento da licitação pode ser visto como o resultado da interação entre agência e Judiciário, na medida em que a liminar inviabilizou a condução da licitação e, com o passar do tempo, os contextos regulatório e mercadológico se alteraram tanto que não faria mais sentido insistir no certame tal qual desenhado originalmente.

*4.3 Liminares, decisões e tempo dos processos*¹⁶

As ações analisadas em regra contemplam pedidos de liminares — *i.e.*, pedidos para que o juiz profira decisões provisórias, suspendendo ou modificando efeitos de ato ou norma da agência, com base nos argumentos e evidências trazidos pelas partes no início do processo.

O juiz brasileiro normalmente analisa esses pedidos em curto espaço de tempo e os defere quando se convence da forte plausibilidade do direito invocado e da existência de provas inequívocas quanto aos fatos alegados, além da existência de riscos de prejuízos irreparáveis se a decisão não for proferida de imediato.

No conjunto de ações analisadas foram identificadas 11 liminares contrárias à Anatel que não foram alteradas em sede de recursos. Todavia, em sete ações nas quais houve a concessão de liminares contrárias à Anatel, o resultado da sentença não confirmou a liminar concedida. Esses dados sugerem certa deferência do Judiciário às decisões do órgão regulador e a dificuldade de se obter liminares em temas que não são corriqueiros para os juízes de formação e prática generalistas que tratam dessas questões.¹⁷

¹⁶ Assim como em relação à identificação dos temas, não foi possível identificar com precisão as decisões e os respectivos conteúdos de todas as ações que formam o banco de dados. É possível que haja número maior de liminares e sentenças, além daquelas aqui relatadas.

¹⁷ Como regra, os tribunais brasileiros não são organizados de acordo com a especialização regulatória setorial ou técnica de seus membros.

No sistema processual brasileiro decisões liminares são, vale dizer, centrais para a estratégia de quem move a ação, pois, por diversas circunstâncias estruturais ao Poder Judiciário e em razão da especificidade da matéria objeto de regulação pela Anatel, os processos demoram muito para terminar. Não deferida a liminar, é significativo o risco de a futura decisão judicial tornar-se inócua ou perder o seu objeto, tendo em vista as mudanças nas circunstâncias do caso.

Das ações consideradas na pesquisa, 39 tinham sentenças já proferidas, ainda que parte delas estivesse sujeita a recurso. Dessas sentenças, pelo menos 10 julgaram o processo sem resolução de mérito, por questões de ordem processual ou em razão da perda do objeto. Houve ainda dois que simplesmente homologaram pedidos de desistência feitos pela parte autora. O tempo médio para o encerramento dos processos foi de quatro anos e seis meses.

A importância das liminares é confirmada pela análise detalhada das ações que envolviam temas estruturais do setor. As duas que produziram impacto na formulação de políticas da Anatel foram posteriormente extintas por perda de objeto. No caso da ação da ProTeste sobre *backhaul*, a questão que motivou a liminar — ausência de previsão expressa do caráter reversível dos bens — foi depois contemplada no novo plano de metas de universalização. Em relação à licitação das radiofrequências, a liminar inviabilizou a sequência do processo e a Anatel acabou por cancelá-lo.

Se as liminares podem ser instrumentos pontualmente relevantes para alterar decisões de *policy* da agência, pois o tempo do processo poderia tornar inócua a futura sentença, ao mesmo tempo geram um padrão de análise bastante superficial das complexas questões setoriais. As decisões são tomadas em prazos curtos e com informações limitadas. A fundamentação delas em geral não aprofunda as discussões subjacentes às políticas setoriais e seu impacto mais geral sobre a organização dos serviços. Dessa perspectiva, o Judiciário consegue influenciar o rumo de certas políticas, mas é limitado o que acrescenta ao debate quanto ao mérito.

5. Conclusões

O presente ensaio procurou sistematizar pesquisa sobre as decisões judiciais em ações coletivas no setor de telecomunicações. Nosso foco foram litígios envolvendo (i) consumidores e regulador e (ii) regulados e regulador, com vistas a identificar como o Poder Judiciário tem reagido diante de questionamentos sobre temas de política pública setorial (*policy*).

Apesar das limitações das ferramentas de pesquisa via *Diário Oficial da União* e sítios eletrônicos da Justiça Federal, conseguimos identificar 48 ações judiciais, sendo a grande maioria proposta por entidades de proteção e defesa do consumidor. Além disso, a maior parte das ações identificadas, seja de consumidores, seja de operadoras, tratou de temas pontuais e de impacto lateral na política de telecomunicações (e.g., consumidores reclamando de cobranças específicas, empresas reclamando de cobranças tributárias).

No que tange às poucas ações sobre questões estruturais, notamos certa dificuldade de atuação do Poder Judiciário em virtude da elevada complexidade técnica dos temas. Ainda assim, especialmente quando houve decisões liminares nestas ações, elas influenciaram os rumos da política setorial. Foi o caso das ações sobre o *backhaul* e sobre a licitação de radiofrequências para Wimax: a primeira parece ter contribuído para uma alteração normativa que esclareceu o regime de reversibilidade do *backhaul*; enquanto a segunda acabou levando a Anatel a cancelar as licitações propostas.

A pesquisa também identificou certa deferência do Poder Judiciário à Anatel, constatável especialmente pelo número de decisões finais que reverteram liminares contrárias à agência. Isso também pode ser fruto da elevada complexidade técnica dos litígios contra a agência. No entanto, tal deferência não é necessariamente positiva, na medida em que pode ampliar demasiadamente o espaço de discricionariedade da agência.

Nesse ponto, talvez fosse auspicioso que o Judiciário desenvolvesse uma análise mais profunda de devido processo legal de natureza material, elevando as exigências de justificativas da Anatel para implementar determinada política regulatória. Em outras palavras, sem se substituir à agência, o Judiciário poderia contribuir de forma efetiva para que a agência buscasse apresentar justificativas mais robustas para suas políticas.

Em todo caso, a presente pesquisa tem claras limitações, considerando o foco exclusivo em ações coletivas e o número limitado de ações identificadas. Uma análise mais abrangente deveria avaliar também ações individuais questionando aspectos de política regulatória (*policy*) e buscar as manifestações das partes, além das decisões judiciais, de forma a construir um banco de dados mais completo e permitir uma análise mais profunda.

Referências

MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002.

PEREIRA NETO, C. M. S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Editora Malheiros, no prelo. 2013a.

____; ADAMI, M. P. O desafio da universalização de telecomunicações: um balanço após 15 anos de LGT. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação estatal no Brasil: enfoques diversos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, no prelo. 2013b.

TAYLOR, Matthew. *Judging policy: Courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.