

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA ____ª VARA
CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO**

IDEC – INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, entidade civil sem fins lucrativos, legalmente constituída desde 1987 (DOCS. 01 e 02), inscrito no CNPJ sob nº 58.120.387/0001-08, com sede na Rua Desembargador Guimarães, nº 21, São Paulo/SP, CEP 05002-050, representado por sua Coordenadora Executiva, Lisa Gunn (DOC.03) e por seus procuradores infra-assinados (DOC.04), com fundamento nos artigos 5º, XXI, XXXII, 129, §1º e 170, V, da Constituição Federal; nos artigos 81 e 82 da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor; e artigos 1º e 5º da Lei nº 7.347/85, e demais legislação aplicável, vem respeitosamente, à presença de Vossa Excelência propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
com pedido de tutela antecipada *inaudita altera pars*

em face de

ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, autarquia especial integrante da Administração Pública Federal, criada pela Lei nº 9.472/97, sediada em SAUS Quadra 06 Blocos C, E, F e H, CEP 70.070-940, Brasília, Distrito Federal;

ABR TELECOM – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RECURSOS EM TELECOMUNICAÇÕES, associação sem fins econômicos ou lucrativos, sediada em SEPS/EQ, 702/902, Conjunto “B”, Bloco “B”, 4º andar, Edifício General Alencastro, CEP 70.390-025, Brasília, Distrito Federal;

OI – TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrita no CNPJ nº 33.000.118/0001-79, sediada na Rua Humberto de Campos, 425, Lebon, Cep 22430-190, Rio de Janeiro /RJ;

COMPANHIA DE TELECOMUNICACOES DO BRASIL CENTRAL – Algar Telecom/CTBC Telecom, inscrita no CNPJ nº 71.208.516/0001-74, sediada na Rua José Alves Garcia nº 415, CEP 38400-668, Uberlândia /MG;

TELEFONICA BRASIL S.A. - Telefônica/Vivo, inscrita no CNPJ nº 02.558.157/0001-62, sediada na Avenida Doutor Chucri Zaidan, 860, 6º andar, Vila Cordeiro, CEP 04583- 110, São Paulo /SP;

CLARO S/A, inscrita no CNPJ nº 40.432.544/0001-47, sediada na Rua Flórida, 1970, CEP 04565-001, São Paulo /SP;

TIM CELULAR S.A., inscrita no CNPJ nº 04.206.050/0001-80, sediada na Avenida das Américas, 3.434, bloco 1, 6º andar, CEP 22640-102, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro/RJ;

NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA., inscrita no CNPJ nº 66.970.229/0001-67, sediada na Alameda Santos nº 2356/2364, CEP 01418-200 Cerqueira César, São Paulo/SP;

NET SERVICOS DE COMUNICACAO S/A, inscrita no CNPJ nº 00.108.786/0001-65, sediada na Rua Verbo Divino, 1356, 1º andar, Chácara Santo Antônio, CEP 04719-002, São Paulo/ SP;

GVT – GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA, inscrita no CNPJ nº 03.420.926/0001-24, sediada na Rua João Paulino Vieira Filho, nº 752, 2º andar, Novo Centro – Maringá /PR; (não achei o CEP)

EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. - EMBRATEL, inscrita no CNPJ nº 33.530.486/0001-29, sediada na Av. Presidente Vargas 1012, CEP 20071-002, Rio de Janeiro /RJ;

SERCOMTEL S.A. – TELECOMUNICAÇÕES, inscrita no CNPJ nº 01.371.416/0001-89, sediada na Rua Professor João Cândido, nº 555, CEP 86010-000, Londrina/PR;

CABO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA, inscrita no CNPJ nº 02.952.192/0001-61, sediada na Rua Senador José Ferreira de Souza, nº 1916, CEP 59064-520, Candelária, Natal/RN.

pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

SÍNTESE DO OBJETO DA DEMANDA E SUA RELEVÂNCIA

A presente ação se reporta à aprovação de Regulamentos da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) voltados a estabelecer regras e indicadores de qualidade para a prestação dos serviços de banda larga fixa e móvel.

Ainda que a regulação da prestação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), relativo à banda larga fixa, tenha sido aprovada pela agência em 2001, seus parâmetros de qualidade não tinham sido propriamente desenvolvidos até 2011. Da mesma forma, a banda larga móvel, mais recente, já é prestada há anos, mas não contava com critérios objetivos de qualidade de conexão.

Diante disso, as recorrentes reclamações por variações na velocidade contratada, instabilidade da conexão e interrupções do serviço, entre outros problemas mais difíceis de detectar, não encontravam respostas regulatórias à altura e capazes de proteger o consumidor. Somado a isso, o consumidor enfrenta há anos práticas comerciais abusivas das operadoras, como a garantia, em contrato, de apenas 10% da velocidade anunciada e contratada, quando este percentual é especificado.

A necessidade de parâmetros de qualidade para a banda larga, existente para outros serviços de telecomunicações, levou a agência a programar e aprovar os referidos Regulamentos. Para tanto, realizou consultas e audiências públicas havendo ampla pressão social a favor de indicadores de rede obrigatórios e geradores de sanção em caso de descumprimento, **propostas que foram atacadas** por boa parte das prestadoras do serviço. Também foi discutida e aprovada a disponibilização de um software de medição da qualidade do serviço aos consumidores.

Os Regulamentos, publicados em outubro de 2011, são um avanço na proteção do consumidor especialmente por preverem critérios objetivos de qualidade e relacionarem sua inobservância a punições. Todavia, o avanço real nas práticas comerciais só será possível com a efetiva fiscalização e repressão das infrações de acordo com as regras e procedimentos aprovados.

Em decorrência da aprovação dos Regulamentos, há a expressa exigência da seleção e contratação de Entidade Aferidora da Qualidade, cuja atuação fiscalizatória, atribuição da agência reguladora delegada, deve se pautar em princípios da Administração Pública replicados nos próprios regulamentos. Esse processo de seleção teve início em 18 de janeiro de 2012, sendo que as entidades candidatas foram conhecidas somente em 07 de fevereiro de 2012 e uma delas será escolhida até o dia 29 de fevereiro de 2012.

Todavia, há de se atentar para o fato de que uma das candidatas guarda absoluta relação com as prestadoras objeto da fiscalização por ela empreendida, o que macula o processo seletivo e sua exclusão é necessária antes mesmo do prazo final dado para a escolha e contratação da entidade, a fim de que a efetiva lisura do processo seja preservada.

I – DOS FATOS

I.A) Da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia e da Prestação do Serviço Móvel Pessoal

A Resolução nº 574, datada de 28 de outubro de 2011 e publicada no Diário Oficial da União em 31 de outubro de 2011 (DOC. 05), foi elaborada com o fulcro de regular a Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM) – conhecido como serviço de banda larga fixa – e é resultado das contribuições recebidas de toda a sociedade em decorrência da Consulta Pública nº 46, de 09 de agosto de 2011, da qual o ora autor participou ativamente.

Do mesmo modo, a Resolução nº 575, também datada de 28 de outubro de 2011 e publicada no Diário Oficial da União em 31 de outubro de 2011 (DOC. 06), foi elaborada, por sua vez, com o fulcro de regular a Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (RGQ-SMP) – conhecido como telefonia móvel e banda larga móvel – e também é resultado das contribuições recebidas de toda a sociedade em decorrência da Consulta

Pública nº 27, de 12 de julho de 2010, da qual o ora autor também participou ativamente.

Ambas as resoluções trazem expressa previsão – artigo 33 da Resolução nº 574/2011 e artigo 26 da Resolução nº 575/2011 – sobre a necessidade de seleção e contratação de Entidade Aferidora da Qualidade, a ser providenciada no prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir da publicação dos Regulamentos. O processo de seleção e contratação da referida entidade, em ambos os serviços, faz parte da Fase I da implantação do processo de aferição da qualidade dos indicadores de rede e do software de medição.

Os indicadores de rede do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) – banda larga fixa – referem-se às velocidades mínima (instantânea) e média mensal a serem entregues ao consumidor, à latência bidirecional¹, à variação de latência (jitter)² à perda de pacotes³ durante a conexão e à disponibilidade do serviço⁴. Já no Serviço Móvel Pessoal – telefonia e banda larga móveis –, a entidade acima referida será responsável por aferir as taxas de transmissão mínima (instantânea) e média mensal na conexão de dados da banda larga móvel.

Embora a medição oficial para fins de fiscalização seja a executada pela Entidade Aferidora da Qualidade, os Regulamentos preveem a disponibilização ao consumidor de um software de medição de qualidade da conexão. Este software deverá avaliar os indicadores acima relacionados de acordo com os critérios aprovados na regulação, oferecendo ao consumidor o resultado de cada medição, o histórico e a média dos resultados das medições realizadas. Todavia, cumpre asseverar que é a medição realizada pela Entidade Aferidora da Qualidade que será considerada a oficial para mensurar a qualidade do serviço entregue aos consumidores.

- 1 Latência bidirecional: é o tempo que blocos de informação levam para percorrer a rede, ou seja, é o tempo que leva para o pacote chegar ao servidor central e a resposta voltar para máquina do usuário.
- 2 Variação de latência (*jitter*): variação do atraso na transmissão sequencial de pacotes
- 3 Perda de pacotes: é a perda de parte do volume de dados. A perda de pacotes acima de um determinado patamar causa, principalmente, a degradação de serviços multimídia, como serviços de vídeo na Internet.
- 4 Disponibilidade: período, expresso em porcentagem, em que o serviço ofertado pela Prestadora esteve disponível ao Assinante, durante um mês.

Dando seguimento à implantação da Fase I, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações divulgou os critérios do processo de seleção para a escolha da Entidade Aferidora da Qualidade.

Segundo os Regulamentos, a Entidade Aferidora da Qualidade deverá ser selecionada e contratada pelas prestadoras do Serviço de Comunicação Multimídia e do Serviço Móvel Pessoal. Contudo, considerando as competências da ANATEL e do interesse público envolvido no processo de seleção, todas as fases de implantação devem ser coordenadas pelo GIPAQ (Grupo de Implantação de Processos de Aferição da Qualidade).

O GIPAQ é constituído por representantes das prestadoras, da Entidade Aferidora da Qualidade, depois de contratada, e da ANATEL, sob coordenação desta última. A seu critério, a agência poderá convidar representantes de outras entidades para comporem este Grupo. Assim, o processo de seleção da Entidade Aferidora da Qualidade conta com a escolha das prestadoras e a validação final do GIPAQ.

I.B) Do processo de seleção da Entidade Aferidora de Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia e da Prestação do Serviço Móvel Pessoal

Em 18 de janeiro de 2012, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações iniciou o processo de seleção da melhor proposta técnica e comercial para a contratação de entidade destinada a ser Entidade Aferidora da Qualidade (EAQ) (DOC. 07), conforme determinam o Regulamento de Gestão de Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM), aprovado pela Resolução ANATEL nº 574/2011, e o Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (RGQ-SMP), aprovado pela Resolução ANATEL nº 575/2011.

De acordo com os regulamentos, a referida Entidade terá a atribuição de executar os procedimentos relativos à aferição dos indicadores de rede do RGQ-SCM, previstos no Capítulo II, Título IV (artigos 15 a 21), da

Resolução nº 574/2011, e das taxas de transmissão de conexão de dados, dispostas nos artigos 22 e 23 da Resolução nº 575/2011, bem como a execução dos procedimentos necessários ao desenvolvimento do software de medição disponibilizado ao usuário final e garantido em ambas as Resoluções, cuja definição integram o tópico anterior.

Nesse sentido, estabelece o item 2.2 da RFP – Requisição de Propostas:

“2.2 A EAQ terá responsabilidade pelo dimensionamento, contratação, especificação, planejamento e administração dos equipamentos necessários à aferição dos indicadores de rede, bem como o desenvolvimento, manutenção e atualização do mencionado *software* de medição (...)”

Por sua vez, o item 2.3 do mesmo documento complementa que:

“A EAQ deverá executar a aferição dos indicadores de rede de forma contínua e ininterrupta, cumprindo o calendário anual que vier a ser estabelecido pela Anatel.”

Observa-se, com isso, que a Entidade Aferidora da Qualidade (EAQ) deverá exercer atividade atribuída à ANATEL, definida no artigo 19 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), de acordo com o disposto no artigo 59 da referida lei.

Por tais atribuições, que integram procedimentos relativos à atividade de fiscalização da ANATEL, os dois regulamentos de qualidade apresentam a “neutralidade decisória” como um dos requisitos a serem atendidos pela EAQ. Na Resolução nº 574/2011, dita o artigo 34:

“Art. 34. As Prestadoras do SCM, suas coligadas, controladas ou controladoras não devem exercer domínio sobre a Entidade Aferidora da Qualidade, de forma a garantir a integridade, neutralidade e continuidade do processo de aferição dos indicadores de rede.” (sem grifos no original)

No mesmo diapasão, prescreve o artigo 27 da Resolução nº 575/2011:

“Art. 27. As Prestadoras do SMP, suas coligadas, controladas ou controladoras não devem exercer domínio sobre a Entidade Aferidora da Qualidade, de forma a garantir a integridade, neutralidade e continuidade do processo de aferição dos indicadores SMP10 e SMP11.” (sem grifos no original)

Além disso, referidos regulamentos deixam absolutamente claros os requisitos para a participação no processo de seleção da entidade aferidora de qualidade dos serviços mencionados. Ambos – artigo 35, I da Resolução nº 574/2011 e artigo 28, I, da Resolução nº 575/2011 – repetem a mesma previsão a seguir transcrita:

“ser pessoa jurídica dotada de independência administrativa e autonomia financeira, patrimonial e neutralidade decisória.”

Em consonância com tal regulação, o item 6.2.1 da RFP – Requisição de Propostas estabelece requisito idêntico como condição para a habilitação jurídica da candidata no processo de seleção.

I.C) Da identificação de entidade inadequada a se candidatar ao processo de seleção de Entidade Aferidora de Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia e da Prestação do Serviço Móvel Pessoal

Como determinou o edital RFP – Requisição de Propostas no item 4.1, as propostas deveriam ser entregues até o dia 01/02/2012, às 12h, que excepcionalmente foram aceitas até 03/02/2012.

Todavia, até o dia 03/02/2011, ainda não era de conhecimento público qual era a composição da Comissão de Seleção, visto que não se agiu com transparência nessa informação. Essa situação levou o autor a enviar a Carta Idec nº 32/2012/COEX (DOC. 08) à corré ANATEL requerendo que a informação sobre a composição da Comissão de Seleção, assim como

quais eram as entidades participantes e que estes dados fossem publicados no site da agência até 07/02/2012, o que efetivamente ocorreu na referida data⁵.

Com isso, foi possível verificar que as entidades participantes são, na ordem apresentada no site (DOC. 09):

- 1) ISPM – Serviços de Informática Ltda.
- 2) Nic.br – Núcleo de Informação e Coordenação.br
- 3) ABR Telecom – Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações
- 4) PwC – PricewaterhouseCoopers Corporate Finance Recovery Ltda.

Cumpra-se asseverar que, dentre todas as entidades participantes, chama a atenção a participação da corre ABR Telecom – Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações.

Isto porque se trata de associação constituída por prestadoras de serviços de telecomunicações, em especial as prestadoras do Serviço Móvel Pessoal (SMP) e do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

Segundo o seu Estatuto⁶ (DOC. 10), na sua estrutura organizacional, a Assembleia Geral, formada pelas prestadoras dos referidos serviços de telecomunicações, associadas da ABR Telecom, é a instância superior da entidade.

Abaixo desta, mas acima da Presidência Executiva, figuram ainda o Conselho de Portabilidade e o Conselho de Serviços. O primeiro, apresenta competências relacionadas às políticas de portabilidade, considerando ser a corre ABR Telecom a Entidade Administradora da Portabilidade no país. O segundo é responsável por determinar as demais políticas da associação.

⁵ <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>

⁶ Disponível em http://www.abrtelecom.com.br/documentacao/Estatuto_-_25.09.2008.pdf

Conforme pode se verificar da página da associação, ambos os Conselhos são Diretivos e formados exclusivamente por representantes de prestadoras de serviços de telecomunicações. Assim, nas duas instâncias figuram Conselheiros das seguintes empresas: Algar Telecom, Claro, Embratel, GVT, Oi, Sercomtel, Telefônica, Tim e Vivo. Da mesma forma, são estas as operadoras que constam como associadas da ABR Telecom em seu sítio eletrônico (DOC. 11).

Com exceção de três empresas, todas as operadoras citadas acima estão na relação de empresas contratantes da Entidade Aferidora da Qualidade, de acordo com o Anexo VI da Requisição de Propostas (DOC. 07). Se não dizem respeito exatamente à mesma pessoa jurídica que a empresa associada à ABR Telecom, são coligadas, controladas ou controladoras. A relação constante do Anexo VI apresenta justamente as empresas que terão a prestação de serviço de banda larga (fixa ou móvel) fiscalizada por meio dos processos de aferição executados pela EAQ.

As exceções apontadas no item anterior dizem respeito às operadoras Cabo Telecom, Net e Nextel. No entanto, estas também serão passíveis de associação à ABR Telecom, caso selecionada como EAQ, tendo em vista o modelo adotado pela associação no caso da portabilidade numérica.

Diante disso, fica evidente a inadequação de uma das candidatas participantes do processo de seleção em curso, qual seja, a ora corrê ABR Telecom – Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações.

Feita essa avaliação, o autor, no intuito de cumprir a sua missão institucional de defesa dos consumidores, zelando pela adequada e efetiva implantação das regras garantidoras de qualidade dos serviços destacados na presente demanda, enviou a Carta Idec 39/2012/COEX ao Grupo de Implantação de Processos de Aferição de Qualidade (GIPAQ), sob coordenação da ANATEL, e à Comissão de Seleção da Entidade Aferidora da Qualidade em 08/02/2012 (DOC. 12), pedindo a declaração de inadmissibilidade da candidata e ora corrê ABR Telecom à Entidade Aferidora de Qualidade face ao descumprimento dos requisitos exigidos para a seleção.

A resposta de uma das coordenações do GIPAQ, recebida em 14/02/2012 (DOC. 13), informou que as ponderações encaminhadas pelo ora autor seriam "*analisadas quando de momento de análise da aderência à regulamentação a ser feita pela Anatel dentro do processo de seleção da EAQ, em andamento*" (sic).

Vale ressaltar que, na referida resposta, como é possível averiguar da documentação que instrui a exordial, não houve nenhuma manifestação relativa especificamente ao pedido de inadmissibilidade de candidata, mas apenas que as considerações feitas pelo autor Idec seriam ponderadas no momento da análise da aderência à regulamentação. Explica-se: até o dia 29/02/2012, uma das candidatas será escolhida pela Comissão de Seleção, aprovada pelo GIPAQ e, se aderente à regulamentação da ANATEL, aprovada pela agência a sua contratação. **Porém, é certo que, sobre o vício no processo seletivo passível de imediato saneamento com o fim de garantir a sua lisura, a ANATEL silenciou.**

Considerando que, conforme a RFP – Requisição de Propostas, o prazo para a contratação da entidade é 29 de fevereiro de 2012 e que, **até o momento, não houve nenhuma manifestação clara sobre a permanência ou não da ABR Telecom no processo de seleção da entidade aferidora de qualidade**, não resta ao autor, no cumprimento de sua missão constitucional, legal e estatutária, requerer, pela via judicial, a retirada da corrê ABR Telecom do processo de seleção da Entidade Aferidora da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia e da Prestação do Serviço Móvel Pessoal.

A necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário não só encontra respaldo no princípio da inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito, previsto no artigo 5º, XXXV, da Carta Constitucional, mas também o faz, para o caso concreto, no próprio edital RFP – Requisição de Propostas que, no item 10.7 determina que "*das decisões da COMISSÃO DE SELEÇÃO não caberão recursos ou contestações quanto ao resultado final*" (DOC. 07).

II – DO DIREITO

II.A) Preliminares

i) Da legitimidade ativa *ad causam* do Idec

A Lei nº 7.347/85 diz expressamente em seu artigo 5º, inciso V, que as associações possuem legitimidade para propor a ação civil pública, desde que estejam constituídas há pelo menos um ano e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção de interesses tuteláveis por meio deste instrumento processual, como é o caso dos direitos do consumidor.

Esta mesma regra consta do inciso IV do artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor.

O Idec é uma associação civil sem fins lucrativos, fundada em julho de 1987, cuja finalidade precípua é a defesa do consumidor, desenvolvendo, para tanto, várias atividades, entre elas a propositura de ações judiciais, nos termos da lei. Com relação aos fins institucionais do Instituto-Autor, vale transcrever os artigos 1º e 3º, alínea “f” do seu Estatuto (DOC. 01), *in verbis*:

Artigo 1º - O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC - é uma associação civil de finalidade social, sem fins lucrativos, apartidária, regida pela legislação vigente e por este Estatuto, e constituída por prazo indeterminado, situado na Rua Desembargador Guimarães, 21, São Paulo, SP.

[...]

Artigo 3º - Para cumprir seus objetivos, poderão ser desenvolvidas atividades:

[...]

f- atuar judicial ou extrajudicialmente em defesa do consumidor, associados ou não, nas relações de consumo e qualquer outra espécie de ação correlata, coletiva ou individualmente, também perante os poderes públicos, inclusive nos casos em que o consumidor seja prejudicado com a exigência de tributos.

Evidente, portanto, estarem preenchidos os requisitos legais autorizadores da interposição da presente ação civil pública pelo Idec,

tendo em vista sua existência de quase 25 anos, bem como seus fins institucionais e a pertinência de sua atuação com o objeto desta demanda.

Oportuno acrescentar que a legitimidade do Idec para a promoção de ações judiciais em defesa dos interesses do consumidor já é assunto pacificado na jurisprudência. Colaciona-se a seguir alguns dos diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

Ação civil pública. Entidades de saúde. Aumento das prestações. Legitimidade ativa.

1. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores de planos de saúde.

2. Antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, o país sempre buscou instrumentos de defesa coletiva dos direitos, ganhando força seja com a Lei nº 7.347/87 seja alcançando dimensão especial com a disciplina constitucional de 1988. Sedimentados os conceitos centrais, não há razão que afaste o presente feito do caminho da ação civil pública. O instituto autor é entidade regularmente constituída e tem legitimidade ativa para ajuizar a ação civil pública de responsabilidade por danos patrimoniais causados ao consumidor.

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 72.994/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2001, DJ 17/09/2001 p. 159)

AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA. PLANO DE SAÚDE.

– O “Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC” tem legitimidade para propor ação coletiva em defesa dos consumidores de planos de saúde (art. 81, parágrafo único, III, c/c o art. 82, IC, do CDC. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 171.373/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 02/08/2004 p. 395)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDEC. LEGITIMIDADE. CADERNETA DE POUPANÇA. RELAÇÃO DE CONSUMO. ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

I. O entendimento desta Corte é pacífico no sentido de que o IDEC tem legitimidade ativa ad causam para a ação civil pública onde se pleiteia diferenças nos créditos de rendimentos dos poupadores, em razão da edição de planos econômicos (2ª Seção, REsp n. 106.888/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 05.09.2002).

II. Agravo desprovido. (AgRg no REsp 138.030/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 04/09/2006 p. 272)

No caso vertente, é evidente o interesse dos consumidores e, assevere-se, o interesse difuso, pela impossibilidade de identificação e especificação dos sujeitos a serem prejudicados com medida que macula a escolha de uma entidade que trabalhará em prol da garantia de qualidade do serviço entregue ao consumidor.

Nesse sentido, na contestação de ato da Administração Pública (indireta, no caso) pela ação civil pública em defesa de interesse difuso, o Superior Tribunal de Justiça também se pronuncia reconhecendo a legitimidade *ad causam* dos legitimados à ação civil pública:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. CONCURSO PÚBLICO.

1. A legitimação do Ministério Público para propositura da ação civil pública está na dependência de que haja interesses transindividuais a serem defendidos, sejam eles coletivos, difusos ou, ainda, os tidos por direitos ou interesses individuais homogêneos tratados coletivamente.

2. Em se tratando de concurso público cuja realização, em tese, fugiu aos princípios da legalidade, impessoalidade (acessibilidade) e moralidade, ocorre o interesse do Ministério Público na propositura de ação civil pública tendente a decretar a nulidade do certame.

3. Propugnando-se, na ação civil pública, a anulação de concurso público ante a inobservância de princípios atinentes à administração pública, o interesse em tutela é metaindividual difuso. Em sentido inverso, houvesse a intenção de assegurar eventuais direitos dos candidatos inscritos no certame, presente estariam interesses individuais homogêneos.

4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – 2ª Turma – REsp 191.751/MG – rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 05.04.2005) (sem destaques no original)

A legitimação, segundo modelo legislativo vigente para a tutela dos supracitados interesses ou direitos é concorrente e disjuntiva de alguns entes: Ministério Público; União Federal; Estados-membros; Municípios; associações legalmente constituídas há, pelo menos, um ano e que tenham em seus fins estatutários a defesa dos interesses e direitos defendidos pelo Código de Defesa do Consumidor; entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, mesmo que sem personalidade jurídica, destinados à defesa dos interesses do referido Codex.

Há que se notar que foi adotada uma solução mista de defesa de tais interesses e direitos, atribuída a vários órgãos públicos ou privados. O fato de haver legitimação às associações não governamentais para propositura de ações coletivas ou civis públicas configura uma contribuição para melhor tutela de interesses difusos e coletivos e, ainda, diminui do Estado um grande ônus, fazendo com que haja valorização da democracia participativa e melhor funcionamento da máquina pública, sem contar no enorme benefício àqueles efetivamente tutelados por tais instituições.

O caso em tela indubitavelmente afeta relação de consumo de grande relevância nacional, visto que diz respeito à aferição de qualidade dos indicadores de rede no fornecimento do serviço de banda larga fixa, telefonia e banda larga móveis, de modo que é inegável a legitimidade do Idec para propor a presente demanda, consoante seu estatuto, a lei e o entendimento jurisprudencial para a matéria.

ii) Da legitimidade passiva *ad causam* da ANATEL

A legitimidade passiva da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações é evidente. A fim de que não restem dúvidas, passa-se a tratar dela detalhadamente.

A Agência Nacional de Telecomunicações, dotada de personalidade jurídica, com independência administrativa, financeira, patrimonial e na gestão de recursos humanos, tem autonomia nas decisões técnicas e mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, tendo sido criada pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), com dispositivos indicadores expressos de suas atribuições e competências:

Artigo 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:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

[...]

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

[...]

Artigo 38 - A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

Não bastasse a evidente interação da ANATEL na consecução do processo seletivo em comento, devendo agir em compatibilidade com a lisura do processo com o fim último de garantir o direito dos consumidores à efetiva qualidade dos serviços por ela regulados e, conseqüentemente, a justificação de sua legitimidade passiva *ad causam*, este aspecto encontra guarida, ainda, no Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 6º – São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

Artigo 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único - Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

E:

Artigo 7º – Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único – Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

No caso concreto, figura a ANATEL com a atribuição de fiscalização do serviço prestado por empresas privadas sob o regime de concessão, permissão ou autorização. Em qualquer um dos casos, cumpre à ANATEL a atividade de fiscalização, podendo delegá-la quando se tratar de atividade de apoio, de acordo com o artigo 59 da Lei Geral de Telecomunicações.

Essa delegação, como determinam a Lei Geral de Telecomunicações e os próprios regulamentos, deve estar acompanhada de rigoroso procedimento que garanta transparência, integridade e neutralidade na escolha de terceiros a exercerem atividades de sua competência (Anexo IV da RFP – Requisição de Propostas).

Inclusive, o Anexo IV da RFP – Requisição de Propostas esclarece pormenorizadamente toda a responsabilidade da ANATEL, bem como a subordinação de todos os entes envolvidos no processo de seleção e

contratação da Entidade Aferidora da Qualidade, assim como de todo o processo de implantação das regras de aferição da qualidade do serviço à supervisão última da ANATEL.

Desse modo, em face de toda a documentação que instrui a presente demanda, resta clara a legitimidade da ANATEL para figurar no polo passivo desta.

iii) Da legitimidade passiva *ad causam* da ABR Telecom

Como sobredito, a corr e ABR Telecom integra o processo seletivo para a contrata o de Entidade Aferidora da Qualidade na condi o de candidata   fun o.

Todavia, como também já mencionado, a sua participa o no processo de sele o está absolutamente comprometida e viciada, dado que a necessária "neutralidade decisória", definida como requisito no RFP – Requisi o de Propostas, item 6.2.1, não pode ser cumprido, em vista da composi o de ambos os seus Conselhos Diretivos – de Portabilidade e de Serviços –, que conta exclusivamente com a participa o das empresas prestadoras de Serviço Telef nico Fixo Comutado (STFC), de Serviço Móvel Especializado (SME) e de Serviços Móvel Pessoal (SMP), este último objeto de um dos regulamentos de qualidade que preveem a escolha de entidade aferidora de indicadores de rede e software de medi o.

Desse modo, resta evidente o seu comprometimento e, diante do silêncio do ente regulador quanto   sua retirada do processo seletivo em testilha, a sua legitimidade passiva fica justificada.

iv) Da legitimidade passiva *ad causam* das demais empresas prestadoras de serviços de banda larga fixa e telefonia e banda larga móveis

As empresas relacionadas no polo passivo são as responsáveis diretas pela seleção e contratação da entidade aferidora da qualidade. Isto é o que dispõem os artigos 33 da Resolução nº 574/2011 e 26 da Resolução nº 575/2011 (DOCS. 05 e 06), ambos tratando de atribuir às prestadoras dos respectivos serviços a obrigação de seleção e contratação da entidade aferidora da qualidade.

Nesse diapasão, as prestadoras de SCM (banda larga fixa) e SMP (telefonia e banda larga móvel) iniciaram a RFP – Requisição de Propostas colocando-se na condição de contratantes e, segundo o Anexo VI da referida requisição (DOC. 07), figuram como contratantes as empresas Algar, Cabo Telecom, Claro, Embratel, GVT, NET, Nextel, Oi, Sercomtel, Telefônica, TIM e Vivo.

Do mesmo modo, a Comissão de Seleção, divulgada bem posteriormente à abertura do processo seletivo (DOC. 15), é formada pelas empresas GVT, TIM, Telefonica/Vivo, Algar Telecom, Nextel, Embratel, Claro e Net Serviços e Oi.

Tal envolvimento resta claro nas disposições relativas à seleção contidas na RFP - Requisição de Propostas. Conforme preveem os itens 10.5 e 10.6, a **Comissão de Seleção** apresentará relatório fundamentado com as razões e motivos que justifiquem a escolha da entidade vencedora (10.5). A decisão presente no relatório deverá ser deliberada pela **ANATEL** e pelas **contratantes** no âmbito do GIPAQ (Grupo de Implantação de Processos de Aferição da Qualidade) (10.6).

Diante do envolvimento com o processo seletivo ora questionado, justifica-se a sua inclusão no polo passivo da presente demanda.

II.B) MÉRITO

i) Da subordinação da ANATEL aos princípios da Administração Pública

O artigo 37, *caput*, da Constituição Federal prescreve que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)**". (sem destaques no original)

O Regulamento de Gestão de Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM) e o Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (RGQ-SMP) foram objeto de deliberação da sociedade e aprovação de seu texto pela ANATEL, agência reguladora constituída na forma de autarquia especial e, portanto, subordinada ao regime previsto para os entes integrantes da Administração Pública indireta.

A despeito das previsões dos artigos 54 a 59 e 210, da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que dispensa a referida agência da realização do procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/1993, ela não está dispensada de proceder a outros mecanismos de concorrência para a contratação de bens e serviços, tais como pregão e consulta.

A previsão contida na Lei Geral de Telecomunicações está em plena consonância com a disposição constitucional acerca dos princípios regentes dos atos da Administração Pública que, desse modo, merecem ser observados em todos os processos seletivos adotados pela ANATEL ou pelas empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Nesse sentido, vêm as previsões de ambos os regulamentos mencionadas para a seleção e contratação de Entidade Aferidora da Qualidade, que exercerá atividade fiscalizatória atribuída à ANATEL, situação que obrigatoriamente exige a realização de processo seletivo, face à exceção tratada no artigo 59 da Lei nº 9.472/1997.

ii) Das exigências da RFP – Requisição de Propostas para a candidatura à Entidade Aferidora da Qualidade e da inadequação da ABR Telecom

Nesse diapasão vieram as disposições contidas na RFP – Requisição de Propostas, em atendimento aos artigos 33 e seguintes da Resolução nº 574/2011 e 26 e seguintes da Resolução nº 575/2011, em relação aos requisitos para a participação do processo seletivo. O item 6.2 define os requisitos para a habilitação jurídica:

“6.2.1. Ser pessoa jurídica dotada de independência administrativa e autonomia financeira, patrimonial e neutralidade decisória;

6.2.2. Ser constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no país;

6.2.3. Ter prazo de duração indeterminado;

6.2.4. Apresentar ato constitutivo, estatuto, contrato social ou documento equivalente conforme a natureza da entidade, bem como suas alterações, devidamente registradas, acompanhado, conforme aplicável, de documentos de eleição de seus administradores;

6.2.5. Apresentar certidão simplificada da Junta Comercial da sede da participante.

6.2.6. Apresentar certidões dos cartórios distribuidores expedidas pela Justiça do Trabalho, Justiça Federal e Justiça Comum da sede da participante.

6.2.7. Apresentar qualificação do seu representante legal, bem como dos bastante procuradores;

(...)” (sem destaques no original)

A relevância da neutralidade em relação ao processo de aferição da qualidade de indicadores de rede e do software de medição que ficará disponível ao consumidor é tão destacada que se compõe no primeiro item para definir a condição da empresa candidata a operar a aferição.

Todavia, após a efetiva divulgação das empresas participantes, verificou-se que o convite também foi dirigido à entidade/ associação cuja neutralidade decisória é seriamente comprometida e viciada, dada exatamente à sua composição social.

A ABR Telecom – Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações constitui-se como associação civil sem fins lucrativos. Cumpre destacar algumas de suas disposições estatutárias:

“Art. 1º (...)

parágrafo único A ABR Telecom é a Entidade Administradora da Portabilidade Numérica e irá desempenhar tal função nos termos do Regulamento Geral de Portabilidade, aprovado pela Resolução n.º 460 da Agência Nacional de Telecomunicações (“Anatel”), de 19 de março de 2007 (o “RGP”).” (sem grifos no original)

“**Art. 5º.** A **ABR Telecom** é constituída por ilimitado número de associadas, na forma estabelecida por este estatuto.

Parágrafo 1º As associadas da **ABR Telecom** dividem-se em dois tipos de associadas: associadas de portabilidade e associadas de serviços, devendo para tal ser prestadoras de Serviço Móvel Pessoal (“SMP”) ou Serviço Telefônico Fixo Comutado (“STFC”) ou, ainda, Serviço Móvel Especializado (“SME”), sendo este último somente para o caso de associadas de serviços.” (sem grifos no original)

“**Art. 16** O patrimônio da **ABR Telecom** poderá ser constituído de bens imóveis, móveis, títulos e valores que venha a ter domínio ou posse, a qualquer título, bem como de receitas decorrentes da prestação de serviços a outras Empresas de Telecomunicações ou não, que prestem serviços direta ou indiretamente ao mercado de Telecom todo e qualquer resultado positivo (superávit) existente na **ABR Telecom** deverá ser automática e integralmente reinvestido em prol dos objetivos sociais da **ABR Telecom**.” (sem grifos no original)

“**Art. 39** O Conselho Deliberativo de Serviços não terá número fixo de membros e será composto de acordo com as seguintes regras:

I. Cada associada de serviços, observado o item II abaixo, terá o direito de apontar um membro para o Conselho Deliberativo, sendo que tais membros a serem apontados pelas associadas devem (i) possuir cargo dentro das associadas que representam que lhe garanta poder decisório sobre as matérias que são discutidas no âmbito da **ABR Telecom**; e (ii) possuir procuração com poderes para representar a associada na **ABR Telecom**, discriminando os poderes que possui;” (sem grifos no original)

Os artigos transcritos denotam algumas conclusões sobre o comprometimento de sua condição para se tornar candidata à Entidade Aferidora da Qualidade e, como consequência, o vício do procedimento seletivo adotado:

i) o artigo 5º indica quem pode se associar à ABR Telecom; merece destaque, em razão da pertinência com a presente demanda, as prestadoras do Serviço Móvel Pessoal (SMP) e do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC);

ii) parcela de suas receitas, como definido no artigo 16, advém da prestação de serviços a empresas de telecomunicações;

iii) conforme o artigo 39, o seu Conselho Deliberativo de Serviços, órgão diretivo que, na organização institucional, está abaixo da Assembleia Geral e acima da Presidência Executiva, é composto por representantes das associadas (DOC. 14); conforme pode se verificar da página da associação, ambos os Conselhos são formados exclusivamente por representantes de prestadoras de serviços de telecomunicações: Algar Telecom, Claro, Embratel, GVT, Oi, Sercomtel, Telefônica, Tim e Vivo.

Não restam dúvidas sobre o vício ao processo seletivo que configura a sua permanência entre as entidades candidatas ao certame, sendo que, sua eventual contratação, reveste o ato de total improbidade, colocando em xeque a moralidade e impessoalidade de que o processo deve se revestir, levando em consideração que a Entidade Aferidora da Qualidade exercerá atividade fiscalizatória atribuída à autarquia federal integrante da Administração Pública indireta.

Em que pesem os critérios de Governança para a Entidade Aferidora da Qualidade expostos no Anexo IV da RFP – Requisição de Propostas (DOC. 07), que dispõem sobre os deveres da entidade junto à ANATEL, tais como o fornecimento de relatórios periódicos; a realização de auditorias, a pedido da agência, a respeito do procedimento de aferição; e a prerrogativa da ANATEL de solicitar às contratantes a rescisão contratual com a entidade aferidora em caso de violação aos Regulamentos ou às decisões do GIPAQ, o fato é que os mesmos não se prestam a este momento do processo de seleção da Entidade Aferidora da Qualidade, mas devem ser aplicados após a contratação da entidade, quando da sua estruturação para a execução das atividades e do processo de medição em si.

A neutralidade e a inexistência de domínio das prestadoras dos serviços fiscalizados sobre a entidade aferidora são pressupostos para a sua contratação e não requisitos passíveis de flexibilização em decorrência da previsão de parâmetros de Governança. Tais parâmetros apenas esmiúçam os compromissos da EAQ e as prerrogativas da ANATEL envolvidos na garantia do que já é requisito previsto nos Regulamentos.

O que se pretende aqui é contestar, efetivamente, o vício no processo antes mesmo à contratação, momento este que deve ser pautado por transparência, integridade e neutralidade.

iii) Da violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa

A permanência de empresa cuja neutralidade e equidistância das empresas fiscalizadas está totalmente comprometida, viciando todo o processo seletivo. Esta permanência pode ser compreendida diante do silêncio da ANATEL – enquanto coordenadora do GIPAQ – e das demais coordenações acerca da retirada da ABR Telecom, é uma afronta ao disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, especificamente em relação aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

No que concerne ao princípio da impessoalidade, ensina José Afonso da Silva⁷:

*“O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa, em primeiro lugar, a **neutralidade da atividade administrativa, que só se orienta no sentido da realização do interesse público.**”* (sem destaques no original)

Não bastasse o total comprometimento do processo seletivo diante da confusão que se vê entre candidata à Entidade Aferidora da Qualidade, Comissão de Seleção, prestadoras contratantes da entidade e

⁷ *in*: Comentário Contextual à Constituição, 3ª ed. De acordo com EC 53, Malheiros, 2007, p. 335

associadas à candidata, o vício só ganha reforço quando se constata que o atual presidente dos Conselhos Diretivos da ABR Telecom também integra o Grupo de Implantação de Processos de Aferição da Qualidade – GIPAQ, como representante da operadora TIM, que coordena a seleção e a contratação da Entidade Aferidora da Qualidade (DOC. 16).

Tamanha obscuridade nas relações mantidas entre todos os entes envolvidos no processo seletivo, turva, desvirtua e macula a lisura e a integridade do referido processo, refletindo diretamente na moralidade do ato administrativo, princípio intrinsecamente ligado à finalidade do ato que, como já dito anteriormente, no caso vertente, é a proteção e a garantia de qualidade do serviço entregue ao consumidor.

Nesse sentido, precioso é o ensinamento de José Afonso da Silva⁸ sobre o conteúdo do conceito de moralidade administrativa:

“A ideia subjacente ao princípio é a de que a moralidade administrativa não é a moralidade comum, mas a moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa, como disse Maurice Hauriou, que a moralidade administrativa consiste no conjunto de 'regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração'. Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de moralidade. Mas isso é possível, porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico, a partir de regras e princípios da Administração. **A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar ou de favorecer alguém deliberadamente, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente ofensivo à moralidade administrativa.**” (sem destaques no original)

Preciso, por sua vez, também é o professor Celso Antonio Bandeira de Mello⁹:

8 *in*: Comentário Contextual à Constituição, 3ª ed. De acordo com EC 53, Malheiros, 2007, p. 336

9 *in*: Curso de Direito Administrativo, 22ª ed., rev. E atu até a EC 53, Malheiros, 2007, p. 514

“O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.

Especificamente para a Administração, tal princípio está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame (...). (sem destaques no original)

O conceito de neutralidade decisória deve ser estabelecido objetivamente: cerca-se ele da ideia de independência e da indispensável necessidade do efetivo distanciamento das partes que serão fiscalizadas. À evidência, a continuidade de empresa comprometida em relação ao requisito de neutralidade decisória do processo seletivo e sua eventual e absolutamente possível aprovação e consequente contratação viciará o processo e não trará o benefício que da sua contratação se espera, qual seja, a garantia da oferta e entrega de serviço de qualidade ao consumidor.

A reforçar essa inadequação, cumpre ressaltar que a ABR Telecom, como definido no artigo 1º do seu Estatuto, é a empresa responsável pela portabilidade numérica.

Quanto aos modelos de Entidade Administradora da Portabilidade e Entidade Aferidora da Qualidade, há uma diferença substancial que deve ser ressaltada desde já. No caso da portabilidade numérica, a presença das prestadoras de STFC e SMP como associadas da ABR Telecom pode levar a um equilíbrio na execução dos procedimentos envolvidos na migração de uma operadora à outra, visto que é interesse comum às associadas o aprimoramento no procedimento de portabilidade numérica, o que, conseqüentemente, beneficiará o consumidor.

Contudo, quando se trata da execução de procedimentos ligados à fiscalização da qualidade dos serviços de banda larga, cria-se um grande desequilíbrio em desfavor do consumidor.

Cumpra salientar que foi público o descontentamento de diversas operadoras com os regulamentos de qualidade aprovados, chegando, inclusive, a serem apresentados na ANATEL pedidos de anulação dos indicadores de rede, entre outros critérios. Ressalte-se que tais pedidos foram protocolados pela Oi¹⁰, associada da ABR Telecom.

Em níveis diversos, todas as empresas deverão empreender esforços no sentido de alcançar os índices dispostos nos regulamentos de qualidade. Não é razoável que parte do processo de fiscalização do cumprimento destas regras tenha como responsável pessoa jurídica constituída pela reunião das prestadoras fiscalizadas.

Além disso, cumpre notar que as associadas da ABR Telecom, ou operadoras do mesmo grupo empresarial, coincidem com as prestadoras representadas na Comissão de Seleção (DOC. 15), o que tornaria tal Comissão impedida de analisar as propostas e cumprir a função a ela designada pela RFP.

Segundo a RFP – Requisição de Propostas, a Comissão de Seleção é a responsável por apreciar os documentos encaminhados pelas candidatas à EAQ, verificando a conformidade das propostas à RFP, devendo elaborar relatório fundamentado com as razões e motivos que justifiquem a escolha da entidade vencedora.

Com base nas razões aqui apresentadas verifica-se a inadequação da candidata ABR Telecom aos termos previstos nos referidos regulamentos de qualidade, tanto no que se refere à sua neutralidade na condução dos procedimentos, quanto às exigências previstas no art. 34 do RGQ-SCM e no art. 27 do RGQ-SMP.

10 A razão social da Oi é TNL PCS SA

Em complemento, a sua permanência no processo seletivo compromete a própria capacidade decisória da Comissão de Seleção, composta praticamente pelas mesmas empresas que constituem a associação candidata.

III – DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA INAUDITA ALTERA PARS

O artigo 273 do Código de Processo Civil indica que *"o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e (I) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"*.

O referido dispositivo legal exige a presença de dois requisitos para a concessão de tutela antecipada, ou seja, daquela tutela que busca antecipar os efeitos do pedido da ação. E, portanto, a forte presença de ambos os requisitos, combinados, é indispensável à sua concessão, quais sejam, a verossimilhança do direito alegado e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Reconhecidamente na doutrina, a verossimilhança das alegações significa o elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo ora autor.

A despeito da força que tem o artigo 273, que exige, mais do que a relevância do fundamento, a alta probabilidade dos fatos alegados, é exatamente este que tem aplicação no caso vertente. E, demonstra-se:

No que concerne à verossimilhança da alegação, com existência de prova inequívoca, cumpre ressaltar que a questão é puramente de direito e toda a documentação necessária ao conhecimento pleno da demanda está presente.

Em primeiro lugar, é inequívoco, pois é exigência legal, a necessidade de concretização dos princípios da Administração Pública no processo seletivo em testilha, com destaque para a impessoalidade e moralidade administrativa. Trata-se de ente integrante da Administração Pública indireta que delega à entidade privada atividade de apoio na fiscalização da qualidade do serviço prestado em banda larga fixa, telefonia e banda larga móveis.

Não bastasse a exigência, mais do que legal, constitucional de observância de princípios da Administração, a própria RFP – Requisição de Propostas, em seu Anexo IV, indica nos critérios de Governança como deve se dar o exercício das funções da EAQ: com integridade, neutralidade e transparência (item 2.1.1). E, antes mesmo da contratação, ainda na fase da seleção, o texto da RFP – Requisição de Propostas já exige que a candidata à função de Entidade Aferidora da Qualidade esteja imbuída de neutralidade decisória (item 6.2.1).

Diante do fato de uma das candidatas, conforme divulgação (DOC. 09) e pesquisa de seus Estatuto e *site*, ter em seu Conselho Diretivo, empresas que, ao mesmo tempo serão fiscalizadas e integram a Comissão de Seleção, é inequívoco que o certame, mantida a presença da ABR Telecom, está viciado.

Por outro lado, a demonstração do receio de dano irreparável ou de difícil reparação não é menos evidente.

Como ditam os Regulamentos previstos nas Resoluções nº 574/2011 e nº 575/2011, a seleção e a contratação da Entidade Aferidora da Qualidade deve ocorrer em 120 dias após a publicação das referidas normativas. Considerando que esse prazo encerra-se em 29/02/2012, o risco de dano está a um passo de se concretizar.

Cumpra esclarecer que o processo de seleção teve início somente em 18/01/2012, vindo a conhecimento público o nome das empresas candidatas e a composição da Comissão de Seleção somente em 07/02/2012 após pedido de informação do ora autor e, esgotadas as tentativas

extrajudiciais para tornar inadmissível a candidatura da ABR Telecom, com resposta evasiva da corre ANATEL somente em 14/02/2012, nada restou ao autor senão o ingresso com a presente demanda, pleiteando a necessária concessão da tutela antecipada.

Demonstrada está, portanto, a presença cumulativa da verossimilhança do alegado, com documentação pertinente e suficientemente tida como prova inequívoca, e do dano prestes a se concretizar se não concedida imediatamente a medida, que, de modo algum, acarretará a violação do contraditório.

Desta feita, requer-se a concessão de tutela antecipada para excluir do processo de seleção e contratação de Entidade Aferidora da Qualidade, na forma das Resoluções nº 574/2011 e nº 575/2011, a associação ABR Telecom – Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações a fim de garantir a lisura do procedimento.

IV – DO PEDIDO

Ante todo o exposto, o autor, vem respeitosamente, à presença de Vossa Excelência requerer:

i) a citação das Rés por carta, conforme artigo 221, inciso I, combinado com artigo 222 e 230, do Código de Processo Civil, com a urgência que o caso exige, para responder aos termos da presente ação, sob pena de revelia, bem como a aplicação dos benefícios previstos no artigo 172, § 2º, do Código de Processo Civil;

ii) a concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars*, na forma requerida, para excluir do processo de seleção e contratação de Entidade Aferidora da Qualidade, na forma das Resoluções nº 574/2011 e nº 575/2011, a associação ABR Telecom – Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações a fim de garantir a lisura do procedimento; e,

iii) ao final, seja a presente ação julgada procedente, com a consequente confirmação da tutela antecipada, para considerar a corr  ABR Telecom definitivamente retirada do processo de sele o da Entidade Aferidora da Qualidade, na forma das Resolu es n  574/2011 e n  575/2011, dando-se regular prosseguimento ao processo seletivo.

Requer-se, outrossim, que o processamento da presente a o se d  independentemente do recolhimento de quaisquer custas pelo autor, por gozar da ampla isen o conferida pelo artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor e pelo artigo 18 da Lei da A o Civil Pública.

Por fim, requer-se que as publica es relativas ao presente feito, para que válidas e vinculativas, sejam feitas apenas em nome dos advogados **ANDREA LAZZARINI SALAZAR, OAB/SP 142.206**.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, pugnando-se pela inversão do  nus da prova nos moldes do artigo 6 , VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Termos em que
pede deferimento.
São Paulo, 27 de fevereiro de 2012.

MARIA ELISA CESAR NOVAIS
OAB/SP 209.533

MARIANA FERREIRA ALVES
OAB/SP 237.128