



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0035019-48.2013.4.01.0000/DF
Processo Orig.: 0029796-02.2013.4.01.3400

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES
AGRAVANTE : HOJE SISTEMAS DE INFORMATICA LTDA - HOJE TELECOM
ADVOGADO : VERA CARLA NELSON CRUZ SILVEIRA E OUTROS(AS)
AGRAVADO : AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES - ANATEL
PROCURADOR : ADRIANA MAIA VENTURINI
AGRAVADO : TIM CELULAR S/A
ADVOGADO : ANA BEATRIZ PORTELA BATALHA E OUTROS(AS)
AGRAVADO : CLARO S/A
AGRAVADO : VIVO S/A
AGRAVADO : OI S/A

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto pela HOJE SISTEMAS DE INFORMÁTICA LTDA – HOJE TELECOM, em face de decisão que revogou decisão então proferida em Plantão Judicial.

Alega a agravante, em apertada síntese, que pretende ela em sede liminar na ação cautelar a preservação da sua interconexão, de modo a viabilizar a sua continuidade empresarial e a eficácia de um provimento final que, eventualmente, lhe seja favorável.

Sustenta a Agravante que o objeto da demanda judicial principal é justamente questionar os valores que reputa ilegais, os quais são cobrados pelas Agravadas que dominam o mercado de telecomunicações, baseando sua pretensão nas seguintes premissas: (i) tais valores devem ser justos, isonômicos e não discriminatórios; e (ii) devem estar atrelados aos custos incorridos.

Assevera, ainda, que a decisão agravada se omitiu sobre os efeitos graves da decisão de desligamento da interconexão incidentes sobre a própria Agravante, que, imediatamente, terá seu objeto social comprometido e, ainda, sem perspectivas de restauração da sua confiança no meio empresarial.

Aduz que o desligamento das suas interconexões está em vias de ocorrer (dias 23 e 28 do corrente mês).

Requer a concessão de tutela recursal antecipatória para (i) que seja restaurada a liminar deferida em Plantão Judicial, nos autos da medida Cautelar n 29796-02.2013.4.01.3400, bem como para (ii) que sejam revigoradas as decisões exaradas pela Justiça Estadual do Amazonas que estabeleceram os valores incontroversos e garantiram os depósitos em consignação.

À vista da juntada de documentos protegidos sob segredo na forma cominada no art. 3º, IX, da LGT (Lei nº 9.472/97), requer, também, seja decretado segredo de justiça nestes autos, na forma do art. 155, I, do CPC.

É o relatório. Decido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0035019-48.2013.4.01.0000/DF
Processo Orig.: 0029796-02.2013.4.01.3400

Plausibilidade do direito invocado.

O MM. Juízo da 3ª. Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em 21.6.2013, ratificou a decisão que havia determinado às requeridas que republicassem em jornais de grande circulação os avisos do corte da interconexão, por um prazo ininterrupto de 7 (sete) dias, após o que deveria transcorrer o prazo adicional de 3 (três) dias até a efetivação daquele corte.

Tal provimento transcrito tem o condão de integrar as decisões anteriormente proferidas, o que, ao invés de acarretar a superveniente perda de objeto da ação cautelar, produz o efeito de, por conexão, atrair o julgamento da ação da qual tirado o presente recurso ao mesmo Juízo processante da ação principal.

Dessa forma, não há que se falar em perda superveniente de objeto argüida pelas Agravadas em sede de memoriais. Pensar de forma contrária seria admitir a revogação de todas as decisões proferidas na ação cautelar, inclusive as favoráveis aos agravados.

Ao dispor acerca da organização dos serviços de telecomunicações, da criação e do funcionamento de um órgão regulador e de outros aspectos institucionais, a Lei 9.472/97 foi expressa em estabelecer:

(a) que (art. 2º) o Poder Público tem, entre outros, os deveres de (inciso II) estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira, bem como (inciso III) adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementando a sua oferta;

(b) que (art. 7º, § 3º) praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

(c) que (art. 46, parágrafo único) interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam se comunicar com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis;

(d) que (art. 152) o provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Em que pesem os doutos e seguros fundamentos da decisão agravada – na qual o ilustre magistrado assevera ser impossível se fixar, em sede liminar, qual seria a tarifa justa ou razoável para a demanda em análise –, reputo relevantes as razões recursais, pois aludem a atos, praticados pelas empresas Agravadas, que caracterizariam infrações da ordem econômica, notadamente ao limitarem a concorrência por meio da cobrança de taxas de interconexão excessivamente onerosas. A intenção da Agravante é a preservação do *status quo ante*.

Reconheço que a fixação da VU-M é tarefa árdua a ser atingida. No entanto, constatado na instrução que há prova de que as Agravadas, por alguma razão ainda não esclarecida, têm praticado preços públicos bem abaixo do valor da VU-M, não verifico a impossibilidade de tal tarefa, pois o Poder Judiciário teria como balizadores iniciais do litígio os preços públicos praticados pelas Agravadas. Note-se que uma das Agravadas (TNL PCS S.A. - Oi) – em memoriais entregues em meu Gabinete e que determino a juntada aos presentes autos – admite a existência da aludida substancial diferença de preços públicos praticados e que tal fato decorreria de “legítimas razões comerciais que justificariam as peculiaridades e diferenças que motivam a adoção de promoções e descontos”.

Os primados da livre iniciativa e da livre concorrência, insculpidos no art. 170, caput e IV da CF/1988, respectivamente, formam a base do chamado livre mercado. Todavia, a livre concorrência nem sempre conduz a uma situação de livre mercado. Daí, a necessária presença

fls.2/11

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0035019-48.2013.4.01.0000/DF
Processo Orig.: 0029796-02.2013.4.01.3400

do Estado regulador e fiscalizador, que deve atuar disciplinando esta competitividade, especialmente nos fatores conformadores dos preços, assim como o deve ser no dinamismo de mercado e na economia de escala, obstando que estes elementos se tornem instrumento de restrição à capacidade de iniciativa dos concorrentes. É neste liame, entre a livre concorrência e a livre iniciativa, que o Estado deve exercer suas medidas regulatórias a prevenir ou a evitar abuso do poder econômico. Este é o objetivo do art. 173, § 4º, da CF/88 – o qual, ao falar de mercado, estatui que a lei reprima o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

Neste diapasão, a Constituição declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219) e exige do Estado, como agente fiscalizador, normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), o exercício da função de fiscalização. Não fogem ao alcance desta apreciação os atos usuais das empresas privadas, especialmente quando desempenham atividades delegadas ou autorizadas pelo Estado. Já se foi o tempo em que o braço do Estado só atingia o ato individual, consciente e intencionalmente predisposto a ferir a ordem econômica e a livre concorrência, pois é a repercussão destes atos que merece especial atenção, sendo indistintos para os fins colimados nos autos se foram movidos pela intencionalidade ou pela causalidade.

É justamente neste controle que ainda subsiste a insatisfação do Estado, na sua mais alta expressão, que é a Justiça, quando medidas apáticas e sem cunho modificador do quadro econômico e social são deliberadas por outros agentes do Estado.

Na hipótese dos autos, destacam-se as conclusões do CADE através do entendimento da SDE, em que afirma haver comprovação de que as agravadas, em quase sua inteireza, praticam preços públicos bastantes inferiores aos valores cobrados da VU-M, produzindo efeitos deletérios sobre a livre concorrência (fls. 415/482):

“(…).

209. Portanto, entende-se que está comprovada a prática reiterada de preços de público com valores bastante inferiores aos valores cobrados do VU-M por parte das representantes Vivo, Claro e TIM. Essa conduta eleva artificialmente o custo de operação no mercado das autorizadas de STFC, sem braço móvel, **produzindo efeitos deletérios sobre a livre concorrência no mercado**. Vale ainda dizer que essa prática aumenta os incentivos para que os usuários se conectem às redes com maior número de clientes, já que a realização de chamadas inter-redes é onerosa. As economias de rede, que tornam difícil a contestação do poder de mercado de uma empresa dominante, são ainda mais ressaltadas. **Fica, assim, claro o caráter excludente e de dominação do mercado da prática aqui investigada**.

210. Cabe ressaltar que essa prática de estrangulamento de margens produz efeitos típicos de uma prática predatória no mercado, com a grande diferença de que não implica perdas de curto prazo para as empresas que a praticam. Conforme já discutido neste parecer, as empresas de telefonia atendem a dois grupos distintos de consumidores. Em um lado, estão seus usuários finais. No outro, as empresas que precisam terminar chamadas em sua rede e que não têm alternativa a não ser pagar o preço determinado pela proprietária da rede. Cobrar preço equivalente ao de um monopólio para o segundo grupo distorce a competição no mercado de telefonia, mas não resulta em perdas no curto prazo para quem cobra. Ao contrário, é provável que o preço cobrado seja resultado do exercício de maximização do lucro de cada firma.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0035019-48.2013.4.01.0000/DF
Processo Orig.: 0029796-02.2013.4.01.3400

*211. Dessa forma, essa singularidade do mercado de telefonia torna a prática investigada pouco arriscada para quem a faz. **No curto prazo, os prejuízos são nulos. No longo, sabe-se que a cobrança de taxas altas de interconexão dificulta e prejudica a concorrência e possibilita que a base de assinantes das empresas representadas cresçam mais do que se não houvesse a conduta'.***

Não se podem olvidar as colisões e convergências entre o entendimento emanado da SDE (órgão técnico) e o parecer jurídico do CADE que – em sede de cognição sumária e, ao que interessa aos autos nesta fase processual – indicam, na convergência, a prática de preços públicos bem superiores a VU-M e uma omissão do órgão regulador, além da adoção do modelo de preço para a fixação de um valor justo para a VU-M. Ao meu sentir, é o suficiente para justificar a judicialização.

Luis Roberto Barroso, na sua obra “Temas de Direito Constitucional”, RJ, Renovar, 2005, p.391, entende que quanto às decisões discricionárias envolvendo conteúdo técnico, tomadas pelo órgão especializado, gozam elas de uma presunção reforçada de legitimidade, cabendo ao Judiciário revê-las apenas diante de erro grosseiro. Daí, a relevância de uma conclusão técnica da SDE.

Por outro lado, Eros Roberto Grau, na sua obra “Discricionariedade técnica e parecer técnico,” Revista de Direito Público, nº 93, p.114-121, SP, jan-mar.1990, mesmo admitindo a hipótese de existência de “discricionariedade técnica”, argumenta que as decisões que tenham um alto teor técnico não resultam na possibilidade de a Administração Pública deliberar conforme sua livre apreciação subjetiva. Afirma que essa discricionariedade técnica pode, sim, proporcionar lesão de direito, ensejando correção judicial em cuja correspondente sede poderão ser ouvidos peritos para esclarecimentos técnicos adicionais.

Neste toar, não se trata de rever decisão que promoveu a fixação arbitrária ou aleatória de valores em sede liminar, como faz crer a decisão agravada, mas sim de manutenção de decisão que se utilizou de preços públicos praticados pelas agravadas como padrão remuneratório inicial para o litígio, os quais, frise-se, não se revestem da aparência de fictícios ou aleatórios, mas decorrem de propostas de preços públicos registrados em atas notariais (fls. 1155/1236).

Não se pretende suprimir da ANATEL o seu poder regulatório, mas é lícito ao Judiciário, forte nas peculiaridades do caso em análise, apontar balizas àquela Autarquia reguladora, indicando os limites de razoabilidade e legalidade a serem observados.

Tampouco se pode admitir de forma cartesiana a fixação de preços pela ANATEL – sabidamente superiores ou em extrema desproporção com os preços públicos dessas operadoras –, afastando-se dos critérios adotados na lei de regência, qual seja, a indicação de custos mínimos para que se confira tratamento não-discriminatório, isonômico e justo, visando a atender ao estritamente necessário para a prestação do serviço.

Saliento que a progressiva redução do Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M), anunciada pela Agência Nacional de Telecomunicações, apenas corrobora a idéia de que se encontra mesmo distorcido o preço atualmente praticado e que fora fixado pelo órgão de arbitragem da ANATEL. Referida circunstância – para além de evidenciar a pertinência de se estabelecer um padrão único de preços, à semelhança do que já fora adotado em países desenvolvidos – evidencia a absurda situação a que estão submetidos os clientes brasileiros, obrigados a adquirir linhas das diversas operadoras existentes, como artifício para se esquivarem do alto custo cobrado por ligações entre redes.

De todo esse contexto, ressaí a típica ilegalidade que autoriza e legitima a excepcional intervenção do Poder Judiciário na relação contratual estabelecida entre as operadoras de telecomunicações e a própria Autarquia reguladora da atividade em análise
fls.4/11

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0035019-48.2013.4.01.0000/DF
Processo Orig.: 0029796-02.2013.4.01.3400

(ANATEL). E sequer podem as operadoras se valerem da complexidade da matéria para excluir do Poder Judiciário a apreciação da matéria relativa à violação da livre concorrência.

Ademais, a jurisdição de controle das decisões administrativas segue, em suma, duas subdivisões: o sistema de unidade da jurisdição, pelo qual apenas as decisões do Poder Judiciário fazem coisa julgada; e o sistema de dualidade da jurisdição, pelo qual esta prerrogativa é compartilhada com os tribunais administrativos. A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, XXXV, consagrou o princípio da unidade ou do monopólio da jurisdição, prevendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, ressalvados os casos de jurisdição anômala.

A corroborar a fundamentação acima expedida, acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA. RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA. CONEXÃO ENTRE RECURSOS ESPECIAIS ADVINDOS DA MESMA DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO DA 1ª INSTÂNCIA. REDES DE INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). AMBIENTE DE RELATIVA LIBERDADE DE INICIATIVA EMBORA SUBMETIDO À REGULAÇÃO DA ANATEL. TENDÊNCIA MUNDIAL NA DIMINUIÇÃO DOS PREÇOS DESTAS TARIFAS EM BENEFÍCIO DOS CONSUMIDORES E DA COMPETIÇÃO NO MERCADO RELEVANTE. (...). PROCESSO DE ARBITRAGEM EM TRÂMITE NA ANATEL. DECISÃO QUE SE CONSUBSTANCIA ATO ADMINISTRATIVO PASSÍVEL DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. INTERESSE PROCESSUAL PRESENTE. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA ASSERÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Trata-se de recurso especial interposto pela ANATEL contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, ao confirmar liminar deferida na primeira instância, entendeu pela fixação de um Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M) diferente do originalmente pactuado entre as partes, neste caso com a intervenção da ANATEL por meio do processo de arbitragem nº 53500.028193/2005 em trâmite naquela autarquia.

(...).

3. A indústria de telecomunicações é, essencialmente, uma indústria estruturada em rede. Assim, cada empresa que atua neste mercado relevante necessita de uma rede para funcionar, ou seja, de uma infraestrutura necessária à prestação de serviços de telecomunicações. Não obstante seja admissível a hipótese teórica de que cada empresa prestadora de serviços de telecomunicações possa possuir a sua própria infraestrutura, esta afirmação não se faz crível no mundo concreto, tendo em vista, notadamente, os altíssimos custos em que incorreriam as empresas prestadoras deste serviço público para a duplicação destas infraestruturas, o que, aliado ao fato de o nosso país possuir dimensões continentais, inviabilizaria o alcance da universalização dos serviços de telecomunicações.

4. Embora seja possível que cada player possua sua própria rede, por questões de racionalidade econômica e de políticas públicas de universalização do mercado de telecomunicações, para que os usuários das redes possam falar entre si é preciso que tenha sido implementada a interconexão entre todas as redes existentes. Assim, para o usuário de

fls.5/11

uma rede da operadora "A" poder falar com o usuário de outra rede, por exemplo, a rede da operadora "B", é necessário que estas duas redes estejam interconectadas. Sem esta interconexão, os usuários de uma rede ficam limitados a se comunicar tão somente com os outros consumidores da sua própria rede.

5. Por ser um ativo comercial e representar a utilização da infraestrutura alheia, no Brasil, é possível a cobrança pelo uso destas redes por parte da terceira concessionária.

6. As taxas de interconexão, desde que não discriminatórias ou nocivas ao ambiente de liberdade de iniciativa concorrencial instaurado entre as concessionárias de telefonia, podem variar de acordo com as características da rede envolvida. De acordo com o informado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na qualidade de amicus curiae no presente feito, duas podem ser estas taxas cobradas, quais sejam: (a) Taxa de interconexão em chamadas de móvel para fixo (TU-RL), tarifa cobrada pelas concessionárias de telefonia fixa para a utilização de sua rede local para originação ou terminação por outras empresas; e, (b) Taxa de interconexão em chamadas de fixo para móvel (VU-M), que é devido pelas empresas de serviços de telecomunicações quando se conectam às redes de prestadoras móveis. A presente demanda diz respeito, tão somente, ao VU-M.

7. Por integrarem as estruturas de custos das empresas atuantes no mercado de telecomunicações, é racional admitir, por hipótese, que estes valores influam ainda que de forma indireta - nos preços praticados por estas empresas junto aos usuários. Além disso, quanto maior a possibilidade de interconexão, melhor será a qualidade dos serviços prestados, bem como o acesso de maior parte da população aos serviços de telecomunicações.

8. Este cenário - da importância das redes de interconexão para o funcionamento saudável do mercado de telecomunicações - é também reconhecido por autoridades internacionais, sendo que a tendência mundial verificada é a de reduzir o preço cobrado de uma concessionária a outra, por meio do estímulo à concorrência entre os agentes econômicos. Neste sentido, podemos observar recentes notícias de que as tarifas cobradas no Brasil a título de interconexão estão entre as mais caras do mundo, sendo que, recentemente, a Comissão Européia publicou uma recomendação orientando as operadoras da região a baixarem as tarifas a patamares entre $\sim 0,03$ e $\sim 0,01$ até o final de 2012.

9. Não obstante, na contramão desta tendência mundial, da análise dos elementos constantes dos autos que foram levados em consideração pelo Tribunal Regional Federal a quo, o que se percebe no Brasil é uma tendência de aumento destes valores cobrados a título de VU-M, com a chancela da própria ANATEL.

10. Esta prática, no entanto, pode ter efeitos maléficos para as condições de concorrência no setor, bem como para o consumidor final. Isso porque, salvo a possibilidade expressamente prevista em lei referente à concessão de descontos, este custo é normalmente repassado para a composição da tarifa final que deve ser paga pelo usuário do sistema de telefonia. Neste sentido, na mesma orientação do parecer exarado pela então Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - atualmente incorporada ao CADE por força da Lei 12.529/2011 - na qualidade de amicus curiae, este

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0035019-48.2013.4.01.0000/DF
Processo Orig.: 0029796-02.2013.4.01.3400

é o posicionamento de recente estudo publicado no sítio eletrônico do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), ação oficial do Poder Executivo que vem sendo implementada por intermédio da Casa Civil.

11. Nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, a atuação da ANATEL é de extrema relevância para o bom desenvolvimento deste setor econômico, sendo o órgão de regulação setorial dotado de competência legal expressa para tanto. Essa competência é privativa, mas não exclusiva, razão pela qual seus regulamentos não são imunes à eventual análise por este Poder Judiciário, conforme se verá adiante. Neste sentido, colaciona-se o precedente do Supremo Tribunal Federal, em liminar, exarado no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF.

12. Não obstante, é bom que se deixe claro: a análise aqui empreendida, em nenhuma hipótese, quer afastar a regulação que vem sendo promovida pela ANATEL no mercado de interconexão entre telefonia móvel e fixa. Muito pelo contrário, reconhece-se que esta regulação não engloba somente os valores cobrados, que estão submetidos à relativa liberdade de iniciativa, mas também aspectos técnicos podem melhorar a qualidade do serviço oferecido ao consumidor pelas concessionárias de telefonia móvel.

13. O fato de haver discussão quanto ao preço cobrado não afasta a incidência da regulação da ANATEL, reiterando-se que os valores cobrados pelas empresas podem ser discutidos no Poder Judiciário justamente porque, no que tange às tarifas de interconexão VU-M, por expressa determinação contida na Lei Geral de Telecomunicações, às concessionárias de telefonia foi conferida a liberdade para fixar estes valores desde que não estejam em desacordo, com isso, os interesses difusos e coletivos envolvidos dos consumidores, bem como dos concorrentes consistentes, neste ponto, na manutenção de uma ordem econômica saudável à cláusula geral da liberdade de iniciativa concorrencial.

(...).

15. Da violação dos arts. 152 e 153, caput, e § 2º da Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97: O fato de haver discussão quanto ao preço cobrado não afasta a incidência da regulação da ANATEL, reiterando-se que os valores cobrados pelas empresas podem ser discutidos no Poder Judiciário justamente porque às concessionárias de telefonia foi conferida a liberdade para fixar estes valores desde que não firam, com isso, os interesses difusos e coletivos envolvidos.

16. Nunca é demais lembrar que vigora no Brasil o sistema da unidade de jurisdição, o qual - ao contrário do sistema contencioso francês - possibilita a parte a ingressar no Poder Judiciário independentemente da solução alcançada nas vias administrativas, salvo algumas exceções previstas tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional.

17. Esta observação tem relevância para o deslinde da presente controvérsia, na medida em que nem a Lei das Agências Reguladoras (Lei 9.986/2000), tampouco a Lei Geral de Telecomunicações excluiu a possibilidade de revisão dos atos administrativos - quanto à legalidade e legitimidade - praticados por estas agências de regulação setorial. Entendimento em sentido contrário implicaria em assumir o ilógico de que

fls.7/11

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0035019-48.2013.4.01.0000/DF
Processo Orig.: 0029796-02.2013.4.01.3400

os litigantes em contendas administrativas não possam usufruir de seu direito individual fundamental de recorrer a um terceiro imparcial - o Estado Juiz - para ver solucionados seus conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida.

18. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da liminar formulada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF, se expressou no sentido que a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. Esse entendimento também doutrinariamente aceito. Ademais, no caso em concreto, embora a Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97 - tenha atribuído à ANATEL a competência para compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (art. 19, XVII), em nenhum momento há vedação para que eventuais interessados ingressem no Poder Judiciário visando à discussão de eventual lesão ou a ameaça de lesão a direito tutelado por Lei.

(...).

24. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp-1.275.859/DF, Ministro Mauro Campbell Marques, DJ de 5.12.2012)

Em suma, num juízo próprio de cognição sumária – diga-se, extraído de ação cautelar, cujos requisitos são bem mais flexíveis –, esses são os indicativos, de forma clara e precisa, do meu convencimento preliminar, diante das provas carreadas aos autos, acerca da verossimilhança da alegação, suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela recursal pretendida.

Risco de perecimento do direito invocado em decurso do tempo.

De início, é de se ressaltar que “a finalidade do processo cautelar é assegurar o resultado útil de eventual decisão favorável ao requerente a ser proferida na ação principal” (AC 2004.32.00.000393-2/AM, Relatora Desembargadora Federal Ângela Catão, Primeira Turma, DJe 31.08.2012).

A decisão proferida em Plantão Judicial, da lavra do MM. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto (fls. 706-708), a qual pretende a agravante ver restabelecida, assim dispôs:

Defiro a emenda à inicial para incluir a ANATEL no pólo passivo da demanda.

Por decisão juntada à petição inicial o Em. Juiz RENATO MARTINS PRATES, convocado para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região remeteu a decisão sobre a questão discutida nestes autos ao Primeiro grau de Jurisdição.

Por seu turno, a MM Juíza MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA, da Seção Judiciária do Amazonas, declinou da competência para esta Seção judiciária.

Não me cabe, em plantão, questionar a competência da Justiça Federal, uma vez que o caso vinha sendo tratado, há muito, pelo Tribunal regional Federal da 1ª Região. Tal circunstância, por sinal, afasta esta discussão do conhecimento de qualquer Juiz Federal de Primeiro Grau.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0035019-48.2013.4.01.0000/DF
Processo Orig.: 0029796-02.2013.4.01.3400

Também é inoportuna, data a urgência da situação e o âmbito limitado de atuação do plantonista, qualquer consideração sobre a competência desta Seção Judiciária.

A Jurisdição há de ser prestada e, além disso, no caso, entendo que sou competente dado o interesse e envolvimento da ANATEL, que tem domicílio nesta Capital.

Não há óbice na Resolução nº 71 do CNJ, ou qualquer outra norma sobre Plantão ao conhecimento da matéria, e a mesmo é urgente.

O sinal está para ser interrompido, a qualquer momento, e tal fato, além de danos à imagem empresarial da autora, poderá causar um dano difuso praticamente incomensurável a seus usuários – dano aos consumidores – que pode ser imputado à própria autora, resultando até mesmo em sua ruína.

Passando ao mérito tenho que não há dúvida sobre a complexidade da questão técnica envolvida. Tal complexidade, em princípio, poderia afastar a possibilidade de concessão de liminar ou cautelar. Não é o caso, contudo.

O que ocorre é que as operadoras de telefonia celular “tradicionais”, as gigantes do mercado, bem como próprio Poder Público – União, através da SDE/CADE e ANATEL podem se valer dessa complexidade, e algumas vezes se valem, para tentar excluir da apreciação do Poder Judiciário situações de lesão ao direito de livre concorrência e exercício da atividade empresarial.

Tal prática deve ser repudiada até porque a ameaça ao direito se faz evidente.

*De resto, a questão de mérito já foi decidida no âmbito do Segundo Grau de Jurisdição. O Eminente Desembargador Federal **DANIEL PAES RIBEIRO** proibiu a interrupção da interconexão. Tal medida foi revigorada pelo Juiz **MARCELO DOLZANY** e, posteriormente perdeu sua eficácia por questão meramente formal. O Juiz **RENATO MARTINS PRATES** entendeu que houvera supressão de Instância remetendo a matéria ao conhecimento do primeiro Grau. Eis aqui a questão.*

*Eis aqui a questão. Estou de pleno acordo, no mérito, como entendimento do Desembargador Federal **DANIEL PAES RIBEIRO** proibiu a interrupção da interconexão bem como do Juiz **MARCELO DOLZANY** às quais me reporto e integro à presente decisão (sem ceder ao vício pós-moderno de “copiar e colar”).*

*Assim, em vista do exposto, DEFIRO A LIMINAR para proibir a interrupção da interconexão pelas requeridas até que a presente demanda seja distribuída e submetida à apreciação do Juízo Natural, nos termos da decisão do Juiz **MARCELO DOLZANY** à qual me reporto e integro à presente decisão.*

Demais providências fogem ao âmbito de decisão do plantão. À livre distribuição.

Da leitura dos provimentos judiciais a que se refere a decisão acima transcrita, é de se observar que, de fato, em um primeiro momento (fls. 935-937), deferiu o eminente Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro a liminar, naqueles autos requerida, nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0035019-48.2013.4.01.0000/DF
Processo Orig.: 0029796-02.2013.4.01.3400

(...)

“Em atenção ao pedido alternativo e considerando a possibilidade de a agravante e a comunidade usuária do sistema sofrerem prejuízos de difícil ou incerta reparação, até que seja julgada a demanda principal, antecipo parcialmente os efeitos da tutela recursal, exclusivamente para reavivar os efeitos das liminares concedidas pela Justiça Estadual, e impedir, assim, o desligamento da interconexão de redes, condicionando-se a eficácia desta decisão à manutenção das garantias ofertadas e o depósito dos valores incontroversos.” (fl. 937)

Em que pese o eminente Desembargador (cf. decisão de fls. 941-944) – ao acolher os embargos de declaração então opostos – tenha revogado, em parte, a decisão embargada para dela decotar o tópico que antecipou parcialmente a tutela recursal, o Juiz Federal Convocado Marcelo Dolzany da Costa, em decisão posteriormente proferida (fls. 946-947), assim consignou:

CONSIDERANDO que a agravante noticia que a causa originária está em fase de saneamento e ali vem depositando os valores incontroversos enquanto discute a fixação de preços que podem caracterizar ameaça à livre concorrência da parte das agravadas;

CONSIDERANDO que a agravante vem mantendo as garantias ofertadas para fins do eventual pagamento dos valores questionados;

CONSIDERANDO que os valores já fixados pelo órgão de arbitragem da ANATEL estão sendo objeto de questionamento junto ao órgão de defesa da atividade concorrencial (SDE/CADE);

CONSIDERANDO a iminência do desligamento dos serviços de interconexão de redes prestados pelas agravadas;

CONSIDERANDO que dentre os usuários dos serviços da agravante estão grandes consumidores que sairão prejudicados pela interrupção dos tais serviços de interconexão de redes; e finalmente

CONSIDERANDO que tais circunstâncias caracterizam risco de demora na prestação jurisdicional que agora adentra na fase instrutória e que as alegações da agravante se revestem da plausibilidade necessária à compreensão e solução da demanda;

DECIDO ripristinar os efeitos da antecipação de tutela concedida pelo relator originário, desembargador DANIEL PAES RIBEIRO, para fins de PROIBIR às agravadas qualquer medida tendente à INTERRUPÇÃO da interconexão da rede da agravante HOJE TELECOM com as redes das agravadas até o julgamento da demanda na instância de origem.

(...)

Portanto, interrompida a interconexão, estará a agravante impedida de realizar suas atividades, restando inócua, ou mesmo bastante prejudicada, a busca pela tutela jurisdicional pretendida, ou mesmo de atingir o resultado que lhe seria útil com o eventual provimento da pretensão deduzida em juízo na ação principal, em face mesmo da paralisação de suas atividades e conseqüentes prejuízos dela decorrentes.

De fato, o dano grave se consubstancia na iminência de ter a agravante encerradas suas atividades empresariais, o que acarretará sérios prejuízos a si e, dada a natureza dos serviços que presta, também poderá atingir terceiros. Vale anotar que, nestes autos, a Agravante constituiu prova de que possui, entre seus clientes, escola e hospital (fls. 121/145).

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0035019-48.2013.4.01.0000/DF
Processo Orig.: 0029796-02.2013.4.01.3400

De outra parte, a alegação mais efusiva das Agravadas tem cerne no recrudescimento do prejuízo. Não se deve perder de vista a circunstância de que os custos das operadoras, bem como a sua atividade lucrativa advém do exercício da sua própria atividade, qual seja, a exploração da telefonia móvel, sendo a VU-M uma atividade acessória, que não deve se revestir dos mesmos padrões lucrativos, uma vez que os custos de manutenção da rede – a mesma utilizada pela Agravante – já estão embutidos nos preços para as transmissões da sua telefonia móvel. Todavia, não pode esse custo adicional substituir o custo principal da rede, a justificar a prática de valores exorbitantes e excludentes do mercado.

No que tange aos depósitos judiciais dos correspondentes valores incontroversos, nada obsta que o magistrado de base intervenha na forma de sua disponibilização imediata e no ajuste das garantias ofertadas ante a eventual insuficiência, não servindo tais argumentos para o impugnado corte da interconexão.

O prejuízo financeiro alegado pelas Agravadas não deve decorrer da diferença entre o preço cobrado e o valor depositado, mas sim da diferença entre o preço que necessariamente deve ser cobrado e aquele depositado. Ocorre que a substancial discrepância entre aqueles preços e os que estão sendo ora praticados com a HOJE Sistemas de Informática Ltda. Telecom depõe em favor da pleiteada manutenção de interconexão até que, ao longo da instrução processual realizada nos autos da ação principal, haja pronunciamento acerca da razoabilidade da correspondente cláusula.

Em face do exposto, defiro o pedido de liminar:

- (I) para restabelecer o *status quo ante*, na forma como anteriormente havia sido decidido por esta Corte, preservando-se os critérios de preços adotados nas decisões de primeiro grau proferidas ainda na Justiça Comum Estadual; bem como
- (II) para restabelecer a decisão proferida em sede de Plantão Judicial e, conseqüentemente, seus efeitos, assegurando à Agravante a manutenção de sua interconexão com as empresas Agravadas.

Tendo em vista o interesse público existente na presente demanda e com fundamento no art. 155, inciso I, do Código de Processo Civil, defiro a tramitação sob sigilo de justiça, conforme requerido. Anote-se e proceda-se com as cautelas de estilo.

Comunique-se, com urgência, o teor desta decisão ao Juízo de origem.

Intimem-se os agravados para o cumprimento imediato da decisão e para que apresentem contraminuta (art. 527, V, CPC).

Juntem-se aos autos os memoriais das Agravadas entregues em gabinete.

Requisitem-se informações (CPC, art. 527, IV).

Cumpridas as diligências acima, ao MPF.

Após, voltem-me os autos conclusos.

Brasília, 25 de junho de 2013.

DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES
Relator