

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, LUÍS ROBERTO BARROSO**

**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 546/DF**

**Requerente: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB**

A **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL**, fundada no Setor de Autarquias Sul - SAUS, Quadra 06, blocos C, E, F, H, Brasília - DF, 70070-940, em atenção ao mandado de intimação expedido por esse Juízo (Ofício nº 19523/2018), apresentar suas

#### **INFORMAÇÕES**

conforme art. 6º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, nos autos do processo em epígrafe, para fins de instrução do referido processo.

#### **1. BREVE RESUMO DA LIDE**

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, com pedido cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, tendo por objeto os §§ 1º e 2º do art. 64-A da Resolução nº 73/1998, com redação dada pelo art. 8º da Resolução nº 693/2018 da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Art. 8º Incluir o art. 64-A ao Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998, nos seguintes termos:

"Art. 64-A É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, em regime de livre pactuação, e de forma isonômica e não discriminatória, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, observados os princípios e fundamentos da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e do Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016.

§ 1º Eventuais conflitos no relacionamento previsto no caput serão dirimidos pela Anatel.

§ 2º A Anatel poderá solicitar a qualquer tempo cópia dos contratos que materializem o relacionamento previsto no caput."

Sustenta o requerente que as normas impugnadas atribuem, "sem qualquer fundamento legal, competência à Anatel para dirimir conflitos entre prestadoras de serviços de telecomunicação e prestadoras de serviço de valor adicionado". Alega, em síntese, que a norma permite a regulação da ANATEL também em face do prestador de serviço adicionado, o que desconfiguraria a regra estabelecida no § 2º do art. 61 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT). Diante disso, as normas impugnadas teriam incorrido em violação aos princípios da separação dos Poderes (art. 2º da CF), da legalidade (CF, arts. 5º, II, e 37), do devido processo legislativo (art. 5º, LIV da CF), da liberdade de iniciativa e da livre concorrência (art. 170, caput e inciso IV da CF).

Em 24/10/2018, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, proferiu Despacho determinando:

"i) solicitem-se informações ao requerido, no prazo de 10 dias; e ii) ouçam-se, em seguida, a Advocacia-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo sucessivo de cinco dias."

Em atenção à solicitação do MM Ministro do Supremo, a Anatel traz aqui suas informações para o deslinde do feito que podem assim serem resumidas: (i) competência da Anatel na regulação e fiscalização do setor de telecomunicações; (ii) da não violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; (iii) explicação técnica sobre os serviços de telecomunicações e dos serviços de valor adicionado; (iv) da condição do provedor de SVA como usuário das redes de telecomunicações; (v) da norma contida no art. 61, §2º, da LGT, (vi) da contextualização do tema com a Lei do Marco Civil da Internet; (vii) do alcance da norma regulamentar da ANATEL, sendo ela apenas uma operacionalização do comando legal, inexistindo assim qualquer violação dos aludidos princípios constitucionais.

## 2. DO MÉRITO

### 2.1. DA COMPETÊNCIA DA ANATEL NA REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Como será melhor explicado adiante, caso seja declarada a inconstitucionalidade pretendida, comprometer-se-á sobremaneira a autonomia e independência atribuídas legalmente à ANATEL, fundamentais para que esta possa exercer adequadamente suas funções de regular o setor de telecomunicações.

Com efeito, o Requerente infundadamente pretende, na presente ação constitucional, descaracterizar o exercício da função reguladora e fiscalizatória desta Agência.

A ANATEL, segundo definição contida no artigo 8º, caput, da Lei Geral de Telecomunicações- LGT (Lei 9.472/1997), constitui pessoa jurídica de direito público, submetida a regime de autarquia especial, autônoma, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações. A sua competência é de regular, controlar e fiscalizar os serviços de telecomunicações. Goza, para tanto, de ampla autonomia, aferível pelas competências legais que lhe foram atribuídas, as quais lhe propiciam o exercício de funções normativas e de medidas necessárias ao exercício adequado desta competência – artigo 9º da Lei 9.472/1997.

Não se pode olvidar que as prerrogativas legais conferidas à Anatel são essenciais para possibilitar o desempenho efetivo do papel de regular o setor, que consiste em intervir no domínio econômico, inclusive para fins de promoção da competição, e fiscalizar a prestação de serviços públicos, ou seja, deveres específicos do Estado.

Por tal motivo que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97) conferiu à Anatel o poder-dever de organizar a exploração dos serviços de telecomunicações e, para que isso ocorra, deverá adotar as medidas necessárias para o desenvolvimento das telecomunicações e atendimento do interesse público, conforme descrito nos artigos abaixo, *in verbis*:

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

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

(...)

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

(...)

XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

XVII - **compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;**

(...)

XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor; (...)

XVII - **reprimir infrações dos direitos dos usuários,**

(...)

XIX - **exercer relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica,** ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (grifamos)

Assim sendo, a ANATEL está legitimada a, quando o interesse público assim exigir adotar medidas que garantam a execução regular dos serviços de telecomunicação pelas prestadoras particulares, afastando, de maneira preventiva, repressiva e corretiva, condutas lesivas aos direitos dos usuários e à livre, ampla e justa competição.

Aliás, a ampla competição é um valor de significativo relevo consagrado na LGT, cabendo à ANATEL não apenas reprimir condutas anticompetitivas, mas principalmente promover, por meio de regulação ativa, a plena competição no setor de telecomunicações, o que inclui justamente viabilizar o acesso às redes de telecomunicações a todos os interessados, dentre eles os provedores de SVA, considerados usuários dos serviços de telecomunicações.

De fato, à luz da LGT, o Poder Público tem o dever de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços (art. 2º), bem como assegurar a livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, atuando para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica (art. 6º). Além disso, tem-se o dever das prestadoras de serviços de telecomunicações de, justamente para desenvolver a competição, disponibilizar suas redes para outras prestadoras de serviços de telecomunicações (art. 155) ou para prestadores de SVA (art. 61, §2º).

Quanto às redes de telecomunicações, são consideradas insumos essenciais à própria prestação dos serviços de telecomunicações (*essential facilities*) e ao desenvolvimento de outras atividades econômicas. Daí que a legislação, por meio da LGT, possui tanta preocupação em democratizar o acesso às redes de telecomunicações, atribuindo à ANATEL os poderes para garantir a disponibilização de tais redes aos interessados, o que pressupõe, à luz dos aspectos concorrenciais e

sob pena de esvaziamento dessa preocupação legal, uma disponibilização isonômica e não discriminatória, especialmente quanto às condições e preços em que ela é feita.

Para tanto, é corolário lógico que o órgão regulador, nos termos legais, regule essa questão, não se podendo imaginar o exercício de suas competência sem acesso às condições ou às relações contratuais que digam respeito à disponibilização das redes. Especificamente sobre a relação contratual envolvendo a disponibilização das redes de telecomunicações aos prestadores de SVA, o §2º do art. 61 LGT é expresso no sentido de que caberá à ANATEL regular os condicionamentos e o relacionamento entre os prestadores de SVA e as prestadoras de serviço de telecomunicações. Logo, considerando sua competência preventiva e repressiva no que toca às questões concorrenciais, sobretudo diante de novos comandos advindos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), a ANATEL possui poder legal para disciplinar os condicionamentos dessa relação, regular o relacionamento em si entre eles, que é por natureza contratual, bem como, por óbvio, determinar, em caso de eventuais conflitos, ajustes à regulação relativa aos condicionamentos e ao relacionamento, o que pressupõe acesso aos contratos que materializem tais relações.

Essas questões serão mais detalhadas adiante, mas desde já consigna-se que os dispositivos impugnados não objetivam a regulação pura, simples ou isolada do SVA, como pretende apontar a petição inicial, mas a regulação dos condicionamentos e relacionamento entre as prestadoras de serviços de telecomunicações e prestadores de SVA, no que diz respeito ao uso de redes, nos termos do citado §2º do art. 61 da LGT. Aliás, os §§ 1º e 2º do art. 64-A da Resolução nº 73/1998 devem vistos, até por serem parágrafos, contextualizados com o teor do seu *caput*, que trata justamente da relação que materializa o uso das redes das prestadoras de serviços de telecomunicações pelos prestadores de SVA. Assim, o "acessar" contratos e o "dirimir" eventuais conflitos diz respeito especificamente a esse aspecto, no sentido de determinar ajustes à regulação atinente aos condicionamentos e ao mencionado relacionamento.

## 2.2. DA NÃO VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA - Legitimidade das obrigações impostas nos artigos impugnados, decorrentes do Poder Regulamentar da ANATEL.

Alega o Partido requerente, que o Serviço de Valor Adicionado-SVA se caracteriza por ser uma atividade econômica exercida "*sob o pálio da iniciativa privada*", e que há expressa orientação normativa e legislativa no sentido de afastar as prestadoras de SVA do âmbito de regulação estatal.

Ocorre que as alegações autorais não merecem prosperar, na medida em que as normas impugnadas visam regular, na verdade, o setor de telecomunicações apenas e não os prestadores de SVA em si, conforme restará demonstrado.

De saída, cumpre repisar o poder regulamentar da Agência, que ensejou a elaboração das normas impugnadas.

Como se sabe, o setor de telecomunicações, a despeito de explorado majoritariamente por particulares, é serviço público de titularidade da União e regulado pela Anatel, nos termos do art. 21, inciso XI, da Constituição Federal. A própria LGT preceitua, no *caput* do seu art. 1º, que:

*"Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações."*

Assim, em razão da atividade desenvolvida, no caso, prestação de serviço de telecomunicação, o agente regulado deve aderir às normas setoriais da Agência, o que eventualmente pode incluir a necessidade de criação de obrigações impostas às prestadoras em benefício do interesse coletivo. Trata-se de ônus regulatório imposto a quem se propõe a atuar no setor em questão.

De fato, algumas atividades econômicas, dada sua natureza, inclusive do ponto de vista jurídico-constitucional, devem se submeter a regras setoriais específicas de modo a que sua prestação cumpra a adequada função social que se espera. É o caso dos serviços de telecomunicações, que, como visto, constituem-se em serviços públicos, de titularidade de União, só prestados por particulares mediante delegação estatal. Não se trata de atividade econômica livre, de titularidade dos particulares, mas de atividade devidamente regulada pelo Estado, a cujas normas os agentes econômicos que atuam no setor devem obediência e aderência.

Tal premissa é corroborada pelos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, (1995, pp. 966-967), quando, reproduzindo doutrina italiana<sup>[1]</sup>, aduz que existem certas relações entre poder público e administrados que são especiais em relação às demais. Nessas relações haveria liberdade administrativa muito mais ampla, em que a supremacia da administração seria a regra. Dessa maneira, existiriam determinados sujeitos que, "por haverem travado com o poder público um vínculo específico, veem-se colhidos por mandamentos, por injunções peculiares, em suma, por uma disciplina de comportamentos só pertinente aos dessarte vinculados e que lhes é imponível pela própria administração".

Dentre as atividades que estariam sujeitas a esse regime especial, Celso Antônio elenca as concessões de serviço público, as delegações de função pública, a disciplina dos servidores públicos. De modo geral, todas as atividades cujo desempenho depende de uma habilitação conferida pelo poder público acarretam a sujeição dos particulares habilitados ao falado regime especial. A única condição de legitimidade para a consecução de tal sujeição especial, suscitada por C. A. MELLO (1995, p. 967), seria a prévia existência de uma lei que atribuisse poderes a um órgão do poder Executivo para habilitar e disciplinar o exercício da atividade em cheque.

Nessa linha é que a adequação é premente. Ademais, interessante fazer menção à norma prevista no art. 130 da Lei nº 9.472/97, que afirma que as prestadoras em regime privado não têm “direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação” (cabeça do art. 130).

Portanto, é plenamente possível que a Anatel, órgão regulador do setor de telecomunicações com previsão constitucional e com competências bem definidas na Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), determine aos agentes regulados obrigações, por meio dos §§ 1º e 2º do Art. 64-A da Resolução nº 73/1998, com redação dada pelo art. 8º da Resolução nº 693, de 17 de julho de 2018.

O ponto é que os dispositivos questionados não ofendem a livre iniciativa ou livre concorrência justamente porque não estão regulando, isoladamente, o serviço de valor adicionado. O requerente dá a entender que a ANATEL estaria se arvorando em regular os próprios serviços de valor adicionado, quando, na verdade, como está bem delimitado da simples leitura do art. 64-A da Resolução nº 73/1998, os dispositivos dizem respeito apenas aos condicionamentos e ao relacionamento entre as prestadoras de serviços de telecomunicações e os prestadores de SVA, no que toca ao uso de redes. Esse é o objeto da regulação assegurada pelo §2º do art. 61 da LGT e é, respeitando adequadamente tal limite, o objeto da Resolução da agência reguladora.

Em relação a todos os demais aspectos sobre os quais a lei não impôs uma regulação pela ANATEL, os prestadores de SVAs estão plenamente livres para atuar, dentro da livre iniciativa e da livre concorrência.

Sobre a concorrência, como já dito, esse é justamente o foco da regulação definida pela ANATEL, como não poderia ser diferente, numa busca por assegurar que a disponibilização das redes pelas prestadoras de serviços de telecomunicações se dê de forma isonômica e não discriminatória, sob pena justamente de se distorcer a plena concorrência, valor assegurado pelo legislador, inclusive constitucional. De fato, se o legislador impõe o dever das prestadoras de telecomunicações de disponibilizar suas redes aos prestadores de SVA, assegurando o direito destes ao uso de tais redes, não se pode admitir situações em que as disponibilizações sejam feitas de forma direcionadas, a preços injustificadamente diferentes ou outra forma de discriminação.

O papel da ANATEL, nesse ponto, é justamente assegurar que todos os prestadores de SVA concorram em igualdade de condições, especificamente no que toca ao acesso às redes de telecomunicações. E como exercer tal mister sem acesso às condições contratuais que tratem do uso das redes? Trata-se de informações essenciais básicas para tomar ciência de eventuais distorções ou situações que estejam em desconformidade com a regulação dos condicionamentos e do relacionamento entre detentores das redes e prestadores de SVAs. E como exercer tal mister - é possível prosseguir - sem a possibilidade de determinar ajustes a essa regulação? Como se imaginar uma regulação sem o correspondente *enforcement*?

Na hipótese de uma prestadora de serviços de telecomunicações estabelecer condições ou preços absurdos para disponibilizar sua rede a um prestador de SVA, bem mais desfavoráveis ou dificultosos do que disponibiliza a outros prestadores de SVA, como resolver essa problemática senão, por exemplo, a ANATEL determinar que sejam praticadas condições isonômicas em relação aos demais? É disso que trata o §1º do art. 64-A ora questionado, nada mais do que explicitar um poder já trazido pela lei de dar efetividade à sua regulação, sobretudo em matéria de concorrência, cuja atuação preventiva e repressiva é bastante clara na LGT.

Em suma, não há que se falar em ofensa à livre iniciativa ou livre concorrência porque os dispositivos questionados não regulam propriamente os serviços de valor adicionado, mas apenas sua relação com as prestadoras de serviços de telecomunicações no que se refere aos uso das redes detidas por estas.

Aliás, vale dizer que, a rigor, os dispositivos questionados nem sequer precisariam constar da Resolução, uma vez que a LGT já assegura à ANATEL, dentro de suas competências fiscalizatórias, poderes para acesso a contratos que tratem do uso de redes de telecomunicações (art. 1º, parágrafo único), mantendo-se obviamente o respectivo sigilo, bem como *enforcement* para reprimir distorções concorrenciais (arts. 2º, 6º e 19).

### 2.3. DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E DOS SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO

É importante, para boa compreensão do caso, destacar as definições legais de serviço de telecomunicações e de valor adicionado.

A Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) define serviço de telecomunicações como:

*“o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, sendo telecomunicação “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.*

A mesma lei também dispõe sobre o Serviço de Valor Adicionado - SVA, o qual é definido como:

*“atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”. Dessa forma, SVA “não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações*

que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição".

Essa divisão, de tão basilar e estruturante, mereceu um direcionamento próprio e muito claro no Documento de Encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações de autoria do Poder Executivo<sup>[2]</sup>:

Não convém que a lei estabeleça definições. Isso cabe à doutrina. Mas, às vezes, a lei deve fazê-lo. É o que ocorre no caso. O Projeto de Lei em pauta inicia o Livro III definindo serviço de telecomunicações, telecomunicação e estação de telecomunicações (art. 57). **Propicia, por um lado, excluir de sua regulação serviços que não estejam tipificados como tal, como ocorre com serviços de valor adicionado (art. 58) - mantendo conceito estabelecido pela Lei nº 9.295/96 - e, por outro, restringe o alcance de suas normas às atividades que não estejam confinadas aos limites de uma mesma edificação, propriedade móvel ou imóvel.** [sem destaques no original]

Diferentes leituras e publicações acadêmicas confirmam essa compreensão da nítida separação conferida pelo Legislador. A começar pela lição de Márcio Iório Aranha (2005)<sup>[3]</sup>:

A Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei 9.472/97), no seu art. 61, caput, firmou posição a respeito e definiu quais serviços distinguem-se dos serviços de telecomunicações apesar de se aproximarem muito deles. A LGT considerou como Serviço de Valor Adicionado - SVA toda atividade que acrescenta novas utilidades a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde. Estas utilidades devem estar relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. Apartados dos serviços de telecomunicações, os serviços de valor adicionado submetem-se apenas aos controles necessários à garantia de integridade das vias de telecomunicação e serviços correspondentes, pois seus provedores classificam-se como usuários (art. 61, §1º da LGT) com os direitos e deveres inerentes a esta condição.

Na mesma direção, atestam Wimmer, Pieranti e Aranha (2009)<sup>[4]</sup>:

No Brasil, o tratamento da internet seguiu, grosso modo, a lógica internacional. Por ocasião da privatização do antigo monopólio estatal de telecomunicações - o Sistema Telebrás -, a lei promulgada para regular o setor explicitamente distinguiu entre serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado, esclarecendo que apenas os primeiros se submeteriam à jurisdição da agência reguladora criada em 1997. Mesmo antes disso, as primeiras normas a tratar da internet no Brasil, em 1995, definiam o Serviço de Conexão à Internet como um serviço de valor adicionado, incluindo no mesmo grupo serviços de informação acessíveis por telefone, como serviços de "disque-piada", "hora-certa" e "disque-horóscopo".

Pretendia-se, assim, separar nitidamente a exploração do serviço telefônico público - o serviço básico - e a prestação de SVA - serviços adicionais -, que agregariam à rede pré-existente de telecomunicações meios ou recursos que criavam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações sem, entretanto, caracterizar-se como serviço de telecomunicações.

Resgatando as condições políticas do governo à época, Carvalho (2006)<sup>[5]</sup> indica:

Fernando Henrique Cardoso tinha acabado de assumir a presidência e montar sua equipe, quando o Ministro das Comunicações, Sérgio Motta (1940-1998), de acordo com a agenda de privatizações que entrava em pauta no novo governo, anunciou, em abril de 1995, que a Internet era um serviço de valor adicionado, sobre o qual não haveria nenhum monopólio. O anúncio se deu através da Norma nº 004/1995 do Ministério das Comunicações a qual definiu a relação entre os "provedores de serviço de conexão à Internet" e os "Serviços de Telecomunicações prestados pelas Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações".

Corroborando a leitura de uma escolha política da ocasião, Fernandes (2018)<sup>[6]</sup> argumenta:

A adoção do conceito de SVA pela Norma nº 004/95 é em geral vista pela doutrina como uma saída política adotada pelo Governo Federal para retirar os serviços de internet do âmbito do monopólio do sistema Telebrás. A Nota Conjunta do Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia de junho de 1995 teve como efeito prático impedir que a Embratel vendesse o acesso à internet aos consumidores finais com base em tarifas diferenciadas. Para autores como Peter Knight, tal decisão foi o que possibilitou que pequenos e médios provedores de acesso à internet se difundissem no Brasil nos anos subsequentes, uma vez que os novos ISP teriam garantia de acesso às redes controladas tanto pela Embratel quanto pela Rede Nacional de Pesquisa (RNP).

Das exposições acima, aduz-se clara e inequívoca a escolha de separação entre os serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado (SVA), os quais, seguindo uma linguagem mais técnica, **somam camadas de funcionalidades acima dos serviços de telecomunicações. Ao passo que os serviços de telecomunicações permitem o tráfego das informações entre a origem e o destino, independentemente do teor e conteúdo dessa informação, os serviços de valor adicionado, como o próprio nome diz, agregam valor à atividade de telecomunicações, entregando a seus usuários mais do que somente a transmissão de dados.**

Em síntese, nessa perspectiva de funcionalidades e comodidades adicionais que se somam às redes e com os quais não se confundem, os SVA são dos mais variados tipos e, mais do que isso, compreendem o mais nítido reflexo do ritmo de inovações da trajetória de desenvolvimento tecnológico da própria indústria. Importante lembrar que os SVAs compreendem uma miríade de serviços desde o disque-horóscopo ou disque-piada, hoje considerados ultrapassados ou até mesmo caricatos, passando por serviços já digitais de acessos a conteúdos de livros música ou filmes (streaming), evoluindo até o paradigma muito debatido na atualidade de aplicações focalizadas na conectividade de dispositivos, com a chamada Internet das Coisas (geladeiras, carros, equipamentos agrícolas, entre outros), que agregam valor à conexão por meio de atividades de sensoriamento, coleta e processamento de dados para a tomada de decisões.

#### 2.4. DA CONDIÇÃO DO PROVEDOR DE SVA COMO USUÁRIO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.

Apartados os conceitos de provedor de SVA de uma prestadora de serviços de

telecomunicações, **forçoso reconhecer ser o provedor de SVA um usuário dos serviços de telecomunicações**, como bem estabelece o §1 do art. 61 da LGT, *in verbis*:

Art. 61, § 1º da LGT - Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

Nesta condição, deve, como qualquer outro usuário, estar atento aos condicionantes que a mesma lei impõe, quais sejam: (i) utilizar adequadamente os serviços, equipamentos e redes de telecomunicações; (ii) respeitar os bens públicos e aqueles voltados à utilização do público em geral; e (iii) comunicar às autoridades irregularidades ocorridas e atos ilícitos cometidos por prestadora de serviço de telecomunicações. De maneira análoga, faz jus aos direitos estabelecidos no artigo 3º da mesma lei aos usuários de serviços de telecomunicações em geral. Tal relação entre prestadora de serviço de telecomunicações e prestadora de SVA que é usuário de serviços de telecomunicações, como quaisquer outras relacionadas a serviços de telecomunicações, também se encontram no escopo da competência legal da Agência.

Quanto à Agência, conforme já citado no tópico anterior, **competete a ela reprimir infrações dos direitos dos usuários**, conforme inciso XVIII do art. 19 da Lei nº 9.472/1997, inclusive na aceção mais ampliada de todo aquele que usufrui de bens e serviços de telecomunicações.

Com essa observação, demonstra-se que não apenas os agentes econômicos detentores dos ativos das redes de telecomunicações ou aos consumidores finais aplicam-se as disposições da LGT, mas fica patente que o referido campo normativo abrange **todos aqueles que fazem parte de uma relação que envolva a utilização dos bens e serviços de telecomunicações**.

Isso não quer dizer que a Anatel possa regular o serviço exercido pelas prestadoras de SVA, tal como a Anatel não pode regular os inúmeros setores da economia. O que a Anatel **deve** regular são as relações travadas entre os usuários das redes de telecomunicações (aqui incluso os provedores de SVA) e as prestadoras de telecomunicações. Esta, portanto, é a premissa básica para a compreensão do presente caso concreto e que será explorada nos próximos itens dessa manifestação.

Em suma, se não bastasse a competência geral da ANATEL para regular, fiscalizar e determinar correções ou ajustes nas relações entre prestadoras de serviços de telecomunicações e usuários de serviços de telecomunicações, o que por si só já seria suficiente para que isso fosse feito em relação aos prestadores de SVA, em relação a estes há dispositivo de lei expresso (§2º do art. 61 da LGT) determinando a regulação da ANATEL a respeito dos condicionamentos e do relacionamento com as prestadoras de serviços de telecomunicações.

Nesse ponto, não custa lembrar que a ANATEL, por sua competência fiscalizatória, já possui acesso a todos os contratos celebrados entre prestadoras de serviços de telecomunicações e seus usuários, bem como faturas correspondentes, mantendo-se o respectivo sigilo, justamente no intuito de averiguar a regularidade das condutas dos envolvidos, como, por exemplo, a respeito de cobranças indevidas e erros de faturamento. Com os prestadores de SVA, especificamente naqueles contratos que digam respeito ao uso das redes das prestadoras de serviços de telecomunicações, não haveria razão para ser diferente. O mesmo pode ser dito em relação à possibilidade de determinações que dirimam algum conflito ou façam cessar alguma conduta irregular ou em desacordo com a legislação. Se há tal possibilidade essa possibilidade para o usuário de telecomunicações, não haveria razão para ser diferente com o prestador de SVA.

## 2.5. DO DISPOSTO NO ART. 61, §2º, DA LGT

Por serem usuários das redes de telecomunicações, os provedores de SVA apresentam a necessidade de uma rede e de um serviço de telecomunicações que lhes dê suporte para o tráfego de informações em si. Justamente em virtude dessa necessidade que o §2º do art. 61 da LGT foi taxativo em estabelecer que *"é assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado"*.

Pois bem, é cediço que a garantia de acesso às redes sempre foi condição vital para o desenvolvimento do ambiente concorrencial do setor. A própria Exposição de Motivos da LGT já previa:

é necessário que o arcabouço regulatório de telecomunicações evolua de modo a colocar o usuário em primeiro lugar; o **usuário deverá ter liberdade de escolha** e receber serviços de alta qualidade, a preços acessíveis. **Isso somente será possível em ambiente que estimule a competição dinâmica**, assegure a separação entre o organismo regulador e os operadores, e **facilite a interconectividade e a interoperabilidade das redes**. [sem destaques no original]

Ainda no tocante ao acesso a redes, o projeto preconizava como regras básicas de justa competição no setor:

- **interconexão obrigatória** das redes que prestam serviços destinados ao público em geral;
- **acesso não discriminatório** dos clientes aos prestadores de serviços que competem entre si;
- possibilidade de **acesso dos concorrentes às redes abertas em condições adequadas**; [sem destaques no original]

Tamanha preocupação de acesso e uso das redes advém de uma característica muito forte do setor telecomunicações, também presente em outras indústrias de redes, e tida pela doutrina econômica-regulatória como uma grande falha de mercado, que é externalidade de rede, atributo que reflete o valor de uma conexão com tamanho da rede que ela alcança. De forma mais detalhada, o fenômeno externalidade de rede se configura quando a decisão de cada indivíduo de se conectar a uma rede afeta o bem-estar dos outros, no entanto, cada um só dispõe de incentivos de levar em

conta seu próprio bem-estar ao tomar essa decisão, o que conduz a uma distorção no mercado (MUELLER, 2010)[7].

Na verdade, essa compreensão retroage ao trabalho seminal de Economides (1996)[8] e sua contribuição à teoria de organização industrial e o conceito de economia das redes:

Em uma rede onde as conexões complementares e também substitutas são pertencentes a empresas diferentes, as questões de interconexão, compatibilidade, interoperabilidade e coordenação da qualidade dos serviços se tornam de suma importância. [tradução nossa]

Em versão atualizada de seu trabalho original, Economides (2007)[9] prossegue:

A seguir discutimos em detalhes as consequências do efeito rede para a estrutura de mercado em indústrias de redes, bem como os incentivos privados de cada firma se desviar de padrões comuns e fazer seus produtos incompatíveis com os de seus competidores. No caso extremo, nas telecomunicações, a incompatibilidade significaria a recusa de interconexão. Na história das telecomunicações, vimos casos significantes em que uma empresa dominante se recusou a se interconectar com as outras. Da expiração de sua patente original antes da virada do século 19 até a sua regulação nos anos 1930, quanto a interconexão se tornou obrigatória, a AT&T, se alavancando na sua posição de gargalo (*bottleneck*) de longa distância, recusou-se a se interconectar com as companhias telefônicas independentes. Isso levou à situação absurda, porém comum, de um cliente ter dois telefones diferentes, cada um conectado a uma rede telefônica separada. [tradução nossa]

Com um relato acadêmico tão contundente, não parece haver dúvidas da importância que assegurar o acesso às redes estabelecidas tem para o bom desenvolvimento de uma indústria tão marcada pelo efeito rede, mediante a simples hipótese de uma conduta de fechamento e os efeitos deletérios potencialmente gerados para toda a indústria.

No caso da interconexão entre as redes, a própria Anatel também acumula uma trajetória já madura de *enforcement* perante seus agentes regulados, assegurando de direito e de fato a interconexão mandatória entre as redes e construção efetiva de vias integradas de livre circulação (art. 146 da LGT).

No entanto, para além da 'espécie' interconexão, definida no parágrafo único do mesmo art. 146 como "a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis", há no 'gênero' acesso a redes outras formas de abertura e efetiva disponibilidade de rede a outrem. E mais do que uma incompreendida taxonomia da lei ou emprego indistinto de verbetes, essas diferenças de tratamento representam na verdade institutos distintos, aderentes e proporcionais a cada situação e objetivo concretos, nos termos inclusive da regulamentação infralegal. Vejamos.

O art. 73 da LGT, por sua vez, fala das prestadoras de interesse coletivo e do **direito à utilização de infraestruturas pertencentes ou controladas por outras** prestadoras, inclusive de outros serviços de interesse público. O art. 156 remete à vedação da **conexão nas redes** de equipamentos não certificados. E possivelmente o mais contundente deles, comparável talvez à interconexão, seja o art. 155, que assim dispõe:

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo **deverão, nos casos e condições fixados pela Agência**, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Com base nesse artigo e na sua regulamentação é que a Agência foi capaz de inaugurar um paradigma, com um instrumento de fomento à concorrência, o Plano Geral de Metas de Competição. Permite-se aqui uma brevíssima digressão apenas para finalizar a ilustração do poder do efeito da rede e da necessidade de dispor de ferramentas técnicas robustas para uma regulação que produza um bom funcionamento de mercado e, em última análise, bem estar social. Foi a partir desse Plano que a Anatel se instrumentalizou para corrigir uma questão que há muito afligia a sociedade brasileira, os altos valores cobrados pelas prestadoras móveis para terminação de tráfego telefônico em suas redes, que criava além de outras ineficiências o chamado 'feito clube' e a tendência de múltiplos chips, fruto do barateamento de chamadas *on net*, para uma mesma prestadora, e do encarecimento das chamadas *off net*, dirigidas a outra prestadora.

Retomando agora à especificidade do caso em análise, ou seja, o acesso às redes dos prestadores de serviços de telecomunicações por prestadores de SVA, é fundamental resgatar o art. 61 da LGT na íntegra para permitir o correto entendimento do contexto:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações. [sem destaques no original]

É importante destacar que mesmo tendo realizado incontestemente distinção entre serviços de telecomunicações e de valor adicionado, o mesmo Legislador se antecipou a possíveis e prováveis questões concorrenciais, e foi taxativo ao reconhecer o direito deste último de utilizar os serviços de telecomunicações. O Legislador foi além e conferiu à Anatel, em suas prerrogativas regulatórias e inclusive normativas, o poder/dever de assegurar esse direito, disciplinando, regulando os condicionamentos do relacionamento. Dessa afirmação não discorda a requerente, pois ela expressamente afirma (fl. 4 da petição inicial): "Como se verifica, a referida

norma [art. 61, §2 da LGT] permite que a Anatel intervenha no relacionamento entre prestadores de serviços de telecomunicação e de valor adicionado tão somente para assegurar o direito destas ao uso de serviços de telecomunicações."

Naturalmente e conforme já reconhecido, o conceito de SVA acomoda uma faixa larga de aplicações e comodidades, o que por si só imprime um desafio à regulação desses condicionantes. Além disso, tem-se o acelerado passo de progresso tecnológico e a dinâmica de transformações que afeta o desenvolvimento dessas ofertas.

No entanto, **há que se aplaudir a sabedoria e a felicidade do Legislador ao criar uma dinâmica que prestigia a livre iniciativa empresarial em uma camada dinâmica, inovativa, livre de regulação direta (SVA), ao mesmo tempo em que preserva a devida tutela do órgão regulador sobre o ponto de contato onde já previam contingências e possíveis problemas concorrenciais (prestadores de serviços de telecomunicações)**. E como é próprio das melhores técnicas legislativas, por sua funcionalidade, o comando legal tem se mostrado perene ao tempo.

O que se pretende demonstrar nesse ponto é o problema da interconexão de redes, problema esse que vem sendo solucionado pela Anatel quando ela obriga as prestadoras de serviços de telecomunicações a se interconectar com as demais. De forma assemelhada, há o dever de assegurar aos interessados prestadores de serviços de valor adicionado o uso das redes de telecomunicações, devendo a Anatel atuar para garantir esse acesso. Não fosse assim, os prestadores de SVA poderiam ter seu acesso aos serviços de telecomunicação limitados por questões eminentemente comerciais, o que os empurraria para uma possível duplicação de redes por esses prestadores de SVA, convolvando-os em prestadores de serviços de telecomunicações. Ao contrário, a norma do art. 61, §2, da LGT impede esse possível efeito deletério de limitação de acesso dos provedores de SVA às redes de telecomunicações, permitindo assim que eles se concentrem em seu foco de negócios.

Um fechamento das redes somente aos serviços e aplicações oferecidos por aquele detentor desta infraestrutura de telecomunicações limitaria o portfólio disponível aos consumidores e prejudicaria em muito a inovação nesta área. **Imaginemos, a título exemplificativo, em uma condição sem garantia ampla de acesso às redes de telecomunicações, que uma prestadora ofertante de banda larga decida constituir seu próprio serviço digital de filmes, impedindo que outras aplicações do mesmo tipo trafeguem em sua rede. Nesta situação, os usuários desta prestadora ficariam restritos a tal serviço digital de filmes, não podendo usufruir de outros que eventualmente possam despertar mais interesse (seja pelo catálogo de filmes, pelo preço ou mesmo por outras condições específicas que julguem mais atrativas)**. Outra possibilidade seria mudar de prestador de serviço de telecomunicações para outro que não imponha tal restrição, cenário nem sempre possível na grande extensão territorial brasileira.

Justamente para assegurar a preservação do direito de acesso aos serviços de telecomunicações pelos provedores de SVA e, em estrito alinhamento com o mandato legal, é que a Anatel, no contexto das inovações do Marco Civil da Internet, promoveu mudanças em sua regulamentação para explicitar a necessidade de que a disponibilização das redes seja feita de forma isonômica e não discriminatória, deixando claras questões operacionais do correspondente *enforcement*, como acesso aos contratos e eventuais dirimuições de conflitos a fim de determinar a regularização ou ajuste à regulação atinente aos condicionamentos e ao relacionamento.

#### 2.5.1. Do regime jurídico regulatório aplicável ao acesso de redes

Para melhor compreensão do caso, vale discorrer sobre a regulação das redes de telecomunicações, trazendo o exemplo contido no art. 155 da LGT. A ideia é demonstrar como a LGT, visando à democratização do acesso às redes, obriga sua disponibilização (contrato obrigatório ou coativo), dando à Anatel poderes para regular condicionamentos desses contratos, que, na prática, giram em torno de assegurar sua oferta isonômica e não discriminatória. Calcado nessa regulação, a ANATEL, dentro do seu *enforcement* inerente à regulação isonômica e não discriminatória, tem acesso a contratos e dirime eventuais conflitos para efetivamente assegurar um acesso igualitário às redes com vistas à livre, ampla e justa competição no mercado.

As redes de telecomunicações são o meio pelo qual as prestadoras prestam o serviço ao consumidor. As redes são, por assim dizer, o insumo utilizado à prestação do serviço. Assim, para prestar o serviço de telecomunicações, a prestadora pode usar uma rede própria ou alugar uma rede de terceiro.

Essa sistemática, em que se permite a prestação do serviço por meio do aluguel de uma rede de terceiro, é extremamente necessária para o setor, principalmente por dois motivos, a saber: (i) impede a construção de inúmeras redes no país que não sejam exploradas em sua capacidade máxima. Ou melhor, impede a utilização de enormes aportes econômicos para construir várias redes para prestar um serviço que poderia ser prestado por meio da utilização da capacidade excedente de uma rede já existente; e (ii) estimula a entrada de novas prestadoras, em geral *players* de menor porte, que não têm condições econômicas de construir suas próprias redes, ou seja, contribui para o aumento do número de competidores e, conseqüentemente, da concorrência no setor, em benefício dos consumidores e da sociedade.

Às redes em si (insumo), sejam elas utilizadas para a prestação do serviço de telecomunicações no regime público ou privado, o regime jurídico de regulação aplicável – próprio, portanto – é o do Título IV (Das Redes de Telecomunicações) da LGT, desde que ele seja de interesse coletivo, como aduz o art. 145 desse diploma legal, que inaugura o referido Título, *in verbis*:



Art. 145. A implantação e o funcionamento de redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo, no regime público ou privado, observarão o disposto neste Título. [grifo nosso]

E nesse Título IV está inserido o art. 155, que trata justamente dos contratos a serem firmados para a exploração dessas redes entre prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo:

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

A partir de um comando legal, coube à ANATEL definir condições de contratação que também giram em torno da oferta isonômica e não discriminatória das redes, resolvendo conflitos a partir de acesso a contratos por meio de, por exemplo, da definição de preços à luz de valores de referência preestabelecidos. Trata-se de tarefa ordinária da ANATEL, por meio de sua Superintendência de Competição.

Em suma, afora outros dispositivos legais, o acesso a contratos e a resolução de conflitos se dá a partir do comando legal contido no referido art. 155 que determina à ANATEL definir as condições de disponibilização das redes, ou seja, as condições de contratação, denotando tratar-se de contrato amplamente regulado (Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada - EILD, aprovado pela Resolução nº 590/2012 e Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução nº 600/2012). Para exemplificar, há regulamentação obrigando que as prestadoras de telecomunicações façam suas ofertas de capacidade de rede com transparência por meio de sistema ao qual todos têm acesso (Sistema de Negociação de Ofertas de Atacado - SNOA). À época da edição do Regulamento de EILD, alguns pontos foram judicializados, tendo o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no bojo do Agravo de Instrumento nº 0024994-53.2012.4.03.0000-SP, corroborado com sua natureza de contrato atípico regulado, negando seguimento ao recurso da Telefônica, pelos motivos a seguir expostos, com grifos e destaques nossos:

A agravante é entidade fornecedora de "linha dedicada", que, segundo Anexo da Resolução nº 590/2012 da Anatel, é a "oferta de capacidade de transmissão de sinais digitais entre dois pontos fixos, em âmbito nacional e

internacional, utilizando quaisquer meios dentro de uma área de prestação de serviço".

A mesma resolução define a Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD) como "modalidade de Exploração

Industrial em que uma Prestadora de Serviços de Telecomunicações fornece a outra Prestadora de Serviços de

Telecomunicações, mediante remuneração preestabelecida, Linha Dedicada com características técnicas definidas

para constituição da rede de serviços desta última".

**A agravante afirma que o setor de EILD é regido pelo regime jurídico de direito privado e pela livre iniciativa, sendo os contratos entre as entidades fornecedoras e as entidades solicitantes livremente pactuados pelas partes.**

Ocorre que tais contratos muito se diferem dos tradicionais contratos de direito privado, caracterizados pela

igualdade entre os contratantes e pelos princípios da obrigatoriedade, relatividade e autonomia da vontade. Este

último princípio, que justifica os primeiros, é observado na liberdade de contratar e na liberdade contratual, ambos

mitigados pelo artigo 155 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei nº 9.472/97):

(...)

**Assim, as entidades fornecedoras de linhas dedicadas não dispõem de liberdade de contratar com quem e quando**

**quiserem, já que são obrigadas a disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de comunicações de**

**interesse coletivo, nem possuem liberdade contratual para pactuar livremente as cláusulas, já que devem se**

**submeter às regulamentações da Anatel.**

(...)

Essa limitação da autonomia da vontade é decorrência da complexidade do objeto do contrato, que demanda

grandes investimentos, sendo economicamente inviável, quando não impossível, que cada empresa de telefonia

construa uma rede de distribuição autônoma.

**Se os contratos de EILD fossem celebrados com a mesma liberdade que um contrato tradicional de direito privado,**

**o qual pressupõe um mínimo de igualdade entre os contratantes, o mercado de telecomunicações seria**

**rapidamente controlado pela empresa detentora das redes de distribuição de cada região, formando um monopólio**

**extremamente prejudicial à concorrência e aos usuários dos serviços.**

**É por isso que, embora seja possível a negociação entre as partes, o regime jurídico aplicado a esses contratos é**

**atípico, com reduzida autonomia da vontade e alto dirigismo contratual.**

Essas considerações são imprescindíveis para diferenciar os efeitos da lei dos efeitos do contrato, já que, enquanto

os primeiros podem ser livremente alterados por lei posterior, visto a inexistência de direito adquirido a regime

jurídico, os últimos são protegidos pela vedação à retroatividade, mesmo que mínima, da lei.

No caso, devido à reduzidíssima liberdade contratual, os efeitos impugnados decorrem de lei ou ato normativo, e,

portanto, podem ser alterados por lei ou ato normativo superveniente.

É o caso, por exemplo, do conceito de EILD Padrão, que antes era delimitado pela Resolução nº

402/2005 e passou a ser disciplinado pela Resolução nº 590/2012. (...)  
Pelo exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento, com fulcro no artigo 557 do CPC. Publique-se, intime-se.

Como se vê, a tentativa de argumentação à época foi no sentido de que o contrato de EILD seria sujeito a um regime privado. Contudo, calcado no art. 155 da LGT, venceu a prevalência da regulação da ANATEL a respeito das condições contratuais em que as redes são disponibilizadas a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, concretizada pela agência reguladora, em caso de conflitos, por meio de determinações no caso concreto que atendam aos critérios de isonomia e não discriminação, a partir do óbvio acesso aos contratos, sob pena de sequer conhecer-se os fatos lhe submetidos à apreciação.

No presente caso, tem-se situação bastante semelhante, só que aqui a relação contratual é entre a prestadora de serviços de telecomunicações detentora da rede e um prestador de SVA. Da mesma forma, há comando legal determinando à ANATEL regular os condicionamentos para acesso à rede de telecomunicações pelo prestador de SVA, bem como regular o relacionamento entre eles. Tem-se, também, um contrato cujos condicionamentos são definidos pela ANATEL, a quem compete regular a relação entre os agentes. Sobre relação, leia-se relação contratual, forma pela qual as pessoas jurídicas se relacionam. Ora, da mesma forma que ocorre nos contratos de EILD, aqui caberá à ANATEL, por óbvio, ter acesso aos contratos para conhecer dos problemas e fiscalizar eventuais distorções, bem como, nos casos concretos que se apresentem, fazer valer os condicionamentos editados para os contratos, sob pena de frustrar-se o comando legal.

## 2.6. DO MARCO CIVIL DA INTERNET, DO DECRETO Nº 8.771 E DA OPERACIONALIZAÇÃO DO COMANDOS LEGAIS

Neste ponto da argumentação é mister contextualizar a edição normativa da Anatel com os demais instrumentos superiores editados anteriormente. O principal deles para o presente debate é o Marco Civil da Internet – MCI, editada em 2014 (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014). Tal legislação estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Vários destes princípios caminham no sentido de garantia de acesso às redes de telecomunicações que suportam a internet, como, por exemplo, “pluraridade”, “diversidade”, “abertura”. De maneira mais específica, traz também como linha mestra a “preservação e garantia da neutralidade de rede” e a “liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet”.

Desta forma, o MCI traz regramentos importantes quanto à “provisão de conexão e de aplicações de internet”. E no que tange à **neutralidade de redes**, dispõe que **“o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”** (art. 9 caput da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014). **Ainda, determina que, “na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados”** (art. 9, §3 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014).

Ato contínuo, tais regras foram posteriormente regulamentadas por meio do Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. O instrumento presidencial estabeleceu que a **discriminação ou a degradação do tráfego são medidas excepcionais**, na medida em que só podem ocorrer para a prestação adequada dos serviços, tratamento de questões de segurança de redes ou de congestionamento das mesmas, além de priorização de serviços de emergência. Neste mesmo Decreto, em linha com o que já dispunha a LGT, foi ratificada a competência da Anatel para dispor sobre parâmetros regulatórios para a adequada prestação dos serviços e funcionamento das redes de telecomunicações, além de fiscalizar e apurar infrações quanto aos requisitos técnicos ali elencados (art. 5, §2, art. 6, art. 8, I e art. 17, todos do Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016).

Nesse sentido, o Marco Civil da Internet – MCI, editado em 2014 (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) exige da Anatel uma postura de cuidar da neutralidade da rede, impedindo a distinção de pacotes de dados por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação, sem que haja um requisito técnico indispensável à prestação adequada dos serviços e aplicações ou a priorização de serviços de emergência. Esse dever legal imposto à Anatel caminha ao lado daquele mencionado no item anterior, ou seja, deve a Anatel garantir ao prestador de SVA o acesso das redes de serviços de telecomunicações e que o seu serviço não sofra discriminação de tráfego sem amparo legal.

Não é demais que o normativo da Anatel ora questionado, traz ainda em seu caput a explícita e nominal aderência aos dispositivos mencionados acima:

**Art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998** É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, em regime de livre pactuação, e de forma isonômica e não discriminatória, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, observados os princípios e fundamentos da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e do Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016.

Como se vê, percebe-se uma aderência do regulamento à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 e ao Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Novamente, como poderia a ANATEL exercer seu mister sem acesso aos respectivos contratos ou sem a possibilidade de determinar ajustes de conduta aos diversos regramentos regentes da matéria? Afinal, se uma prestadora de serviços de telecomunicações se recusar a disponibilizar sua rede a um prestador de SVA, caberá à ANATEL

resolver o conflito determinando que ela disponibilize sua rede em condições isonômicas e não discriminatória.

## 2.7. DO VERDADEIRO ALCANCE DA NORMA REGULAMENTAR DA ANATEL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. REGULAMENTAÇÃO QUE ESPECIFICA OS MEIOS PELOS QUAIS A ANATEL PODERÁ ATINGIR OS OBJETIVOS LEGAIS.

No presente tópico, será demonstrado que a Anatel, em razão da necessidade de assegurar o acesso dos provedores de SVA às redes de telecomunicações, regulamentou o art. 61, §2, da LGT, para explicitar a necessidade de que a disponibilização das redes seja feita de forma isonômica e não discriminatória e para deixar claras as questões operacionais do correspondente *enforcement*, como acesso aos contratos para fins de permanente fiscalização e eventuais dirimções de conflitos a fim de determinar a regularização ou ajuste à regulação atinente aos condicionamentos e ao relacionamento.

Confira-se o teor do enunciado normativo contido na LGT e na regulamentação promovida pela Anatel, respectivamente:

**Art. 61, § 2º da LGT** - É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações. [sem destaques no original]

**Art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998** É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, em regime de livre pactuação, e de forma isonômica e não discriminatória, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, observados os princípios e fundamentos da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e do Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016.

§ 1º Eventuais conflitos no relacionamento previsto no caput serão dirimidos pela Anatel.

§ 2º A Anatel poderá solicitar a qualquer tempo cópia dos contratos que materializem o relacionamento previsto no caput.

Como se percebe, a norma prevista no Art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998, ora impugnada, se trata tão somente da implementação do comando legal previsto na LGT (art. 61, §2º), para prever à Agência condições para que seja garantido o acesso às redes de telecomunicações por todos os interessados em utilizá-las para prover serviços de valor adicionado.

Nesse contexto, é importante que se diga, não reconhecendo a necessidade neste momento de uma regulação *ex ante* mais exaustiva dos condicionamentos previstos em lei, que a Agência tão somente ratificou os termos da LGT, **indicando que tal acesso ocorre em regime de livre pactuação, de forma isonômica e não discriminatória, devendo a Agência atuar em conflitos que porventura surjam no caso concreto**. Para atuar nesses conflitos, a Anatel indicou que poderia ela dirimí-los (§1 do Art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998) e ainda poderia solicitar a qualquer tempo cópia dos contratos que materializem o relacionamento entre prestadora de telecomunicações e provedor de SVA (§2 do Art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998).

Para melhor compreensão do feito, cumpre analisar separadamente cada comando da norma impugnada a começar pelo **caput do art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998** que assim prescreve:

É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, em regime de livre pactuação, e de forma isonômica e não discriminatória, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, observados os princípios e fundamentos da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e do Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016.

Da análise detida do texto normativo supra destacado, verifica-se que há pouca inovação no ordenamento jurídico, quando comparado ao texto legal, pois apenas se criou mecanismo de materialização do que já está previsto e autorizado por meio do art. 61, §2º da LGT.

Nessa esteira, cumpre esclarecer que a Anatel apenas acresceu *nocaput* da norma impugnada: o dever de observância dos princípios e fundamentos do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), e a previsão de que os contratos firmados entre provedores de SVA e prestadoras de serviços de telecomunicações serão travados "*em regime de livre pactuação, e de forma isonômica e não discriminatória*".

Em relação aos contratos serem firmados em "*regime de livre pactuação*", nada há de novo, sendo essa apenas uma menção expressa ao princípio da liberdade contratual como regra amplamente empregada nos contratos civis e empresariais. Entretanto, como todo princípio de nossa ordem jurídica, a liberdade contratual e o princípio da autonomia da vontade não são plenos ou absolutos. Não se pode permitir, por exemplo, que estes justifiquem arbitrariedades e ofensas aos direitos e à dignidade alheia ou que estes prevaleçam sobre os interesses da coletividade. Fala-se, assim, na relativização ou na limitação desses valores, a fim de garantir uma ordem jurídica justa, em atendimento à isonomia e aos direitos constitucionais fundamentais. É nesse sentido que caminha a remissão de que o regime de livre pactuação deverá ser exercido de "*forma isonômica e não discriminatória*". O próprio art. 421 do Código Civil brasileiro dispõe que: "*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*". Verifica-se, assim, que os pactos firmados estão sujeitos às limitações impostas pela ordem jurídica vigente e devem observar a sua

função social, partindo do pressuposto de que interesses individuais não podem violar interesses sociais mais relevantes.

Como se vê, a livre pactuação deverá observar a isonomia e não ser discriminatória, não havendo nada de novo nesse comando jurídico, conforme demonstrado acima, lembrando que, aqui, pelo texto legal, já não há propriamente uma liberdade para contratar ou não, uma vez que há determinação legal que assegura o uso das redes pelos prestadores de SVA. Trata-se, portanto, de contrato obrigatório ou coativo. De qualquer forma, o fato é que, a respeito das bases da contratação, a Anatel aferir se as relações jurídicas travadas entre provedores de SVA e prestadores serviços de telecomunicações cumprem essa regra, assegurando assim que os provedores de SVA tenham acesso aos serviços de telecomunicações (art. 61, § 2º da LGT) e que não haja qualquer violação à neutralidade de rede (art. 9 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014). Interessante notar que, como os provedores de SVA são usuários de serviços de telecomunicações (art. 61, §1 da LGT), a Anatel já poderia atuar para protegê-los, caso identificados como consumidores, conforme o Regulamento de Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC, aprovado pela Resolução Anatel n. 632/2014, *in verbis*:

**Art. 2º do RGC** - Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

I - Consumidor: pessoa natural ou jurídica que utiliza serviço de telecomunicações de interesse coletivo, independentemente de contrato de prestação de serviço ou inscrição junto à Prestadora, na forma do disposto no [art. 2º](#) da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

(...)

**Art. 3º do RGC** - O Consumidor dos serviços abrangidos por este Regulamento tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável e nos regulamentos específicos de cada serviço:

(...)

II - à liberdade de escolha da Prestadora e do Plano de Serviço;

III - ao tratamento não discriminatório quanto às condições de acesso e fruição do serviço, desde que presentes as condições técnicas necessárias, observado o disposto na regulamentação vigente;

(...)

Voltando à análise do art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998, o **parágrafo primeiro** do dispositivo dispõe:

§ 1º Eventuais conflitos no relacionamento previsto no caput serão dirimidos pela Anatel.

Nesse ponto, importa frisar que o poder de arbitrar conflitos nos relacionamentos entre provedores de SVA e prestadores serviços de telecomunicações é indispensável para a adequada regulação do uso das redes. Essa possibilidade de atuação pode ser extraída diretamente do art. 61, § 2º da LGT quando aduz que caberá à "Agência, para assegurar esse direito, **regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.**" Isso quer dizer que a Anatel poderá detalhar o regulamento setorial a ser observado entre os partícipes (regular os condicionamentos), bem como solucionar os eventuais conflitos existentes entre eles (regular os relacionamentos).

Ora, **o termo regular não se exaure na mera regulamentação de uma matéria (regular é diferente de regulamentar), pois se fosse esse o interesse do legislador, as atividades de fiscalização estariam evidentemente vedadas à Anatel, o que já demonstra o equívoco do raciocínio.** Além disso, caso fosse a intenção do legislador restringir a atuação da Anatel para somente regulamentar a matéria, deveria ele ter se utilizado da expressão "*expedir normas*", expressão essa diversas vezes utilizada pela LGT quando definiu as competências da ANATEL no art. 19.

Por outro lado, utilizando-se de uma interpretação consequencialista, tão em voga após a inclusão dos arts. 20 e 21 na LINDB pela Lei n. 13.655/2018, tem-se que a tese defendida pelo Requerente, no sentido a Anatel poder expedir uma regulamentação sobre o tema, mas não poder dirimir eventuais conflitos existentes, limitaria por completo os poderes de *enforcement* da Agência, retirando-lhes os meios de forçar os particulares a cumprir a legislação de regência setorial. Se essa interpretação prevalecer, a Anatel editaria as normas setoriais, mas não poderia defender sua aplicação quando descumpridas. Caberia ao lesado tão somente buscar o Poder Judiciário visando a uma obrigação de fazer em face da prestadora de serviços de telecomunicações renitente. Como se vê, o prejuízo setorial advindo da interpretação da requerente é manifesto, uma vez que esvazia qualquer *enforcement* de tutela da regulação determinada pela lei.

Ainda nesse ponto, vale destacar que dentre as funções administrativas das agências reguladoras, há a função de composição de litígios. Esta atribuição se restringe a compor conflitos entre particulares **relacionados** com a competência regulatória.

Desse modo, as agências, dentro de suas especialidades e competências legais, podem exercer a função de composição ou resolução de conflitos, afetos a sua área de atuação, visando com isso intervir nas relações para garantir a adequação das prestações dos serviços transferidos aos particulares.

Os conflitos passíveis de intermediação ou solução pelas agências são os desencadeados tanto entre as prestadoras dos serviços, **como entre as prestadoras e os usuários**, e relacionados com a aplicação das normas gerais legais, regulamentares e contratuais. Como relatado acima, o provedor de SVA é um usuário do serviço de telecomunicação.

Segundo a lição do mestre Marçal Justen Filho:

*"Isso significa que o conflito de interesse trazido à análise das agências não envolve,*

*necessariamente, uma contraposição imediata entre um particular e o Estado, mas pode externar-se como disputa entre particulares acerca de interesses exclusivamente privados. A disputa envolverá a solução a ser dada pelo Estado a propósito da disciplina de atividades econômicas, quer caracterizadoras de serviço público, quer relativas a atividades de interesse público ou econômicas propriamente ditas. Tratar-se-á de manifestação da intervenção do Estado no domínio econômico, derivando da necessidade de submeter o funcionamento do mercado a uma atuação reguladora externa.*

*Essa disputa tanto poderá derivar da aplicação das normas gerais de nível legislativo como da incidência de normas gerais de cunho regulamentar, adotadas pela própria." (grifamos) JUSTEN FILHO, Marçal, O Direito das Agências Reguladoras Independentes, 1ª. ed. São Paulo, 2002: Dialética, p.544.*

De fato, no caso das agências reguladoras, a função administrativa de composição de conflitos configura exercício regular de suas competências, como uma das formas de manifestação dos seus atos legalmente atribuídos.

É compreensível, nesse caso, que a atuação da Anatel relaciona-se ao dever de controle, prevenção e repressão às infrações da ordem econômica, de modo a cumprir o **princípio da livre, ampla e justa competição** entre todas as prestadoras (artigo 6º c/c artigo 19, XIX, da Lei 9.472/1997). Destarte, não há dúvida de que a solução dos conflitos surgidos nesse âmbito, seja entre as prestadoras, seja entre as operadoras e os usuários, são do interesse e da competência da ANATEL, utilizando, para tanto, as medidas e faculdades que lhe são legalmente disponibilizadas.

De qualquer forma, o art. 61, §2º, da LGT, autoriza a regulação a respeito do relacionamento entre a prestadora de serviço de telecomunicações e a prestadora de SVA, quanto ao uso das redes, o que pressupõe resolver eventuais conflitos para que determinadas condutas sejam ajustadas aos parâmetros regulamentares.

No tocante à análise do **parágrafo segundo**, que dispõe:

§ 2º A Anatel poderá solicitar a qualquer tempo cópia dos contratos que materializem o relacionamento previsto no caput.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que o acesso, a qualquer tempo, dos contratos que materializem tais relações (§2 do art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998) é o meio pelo qual a Anatel pode exercer sua função de regular o acesso às redes de telecomunicações, garantindo aos prestadores de SVAs o seu efetivo uso. Nesse contexto indaga-se: **como seria possível verificar se as relações entre os agentes estão aderentes aos princípios regulatórios previstos, sem que a Agência pudesse ter acesso aos contratos estabelecidos entre as partes? Como avaliar se os parâmetros mínimos estão sendo perseguidos pelas partes? Como responder a questionamentos sobre efetiva isonomia no relacionamento? Por fim, como garantir o efetivo o acesso às redes de telecomunicações pelos prestadores de SVA?**

As indagações acima apontam a necessidade de instrumentos que permitam a atuação do Poder Público no sentido de promover um ambiente estruturalmente pré-estabelecido, onde as regras sejam claras e que haja a real possibilidade de pacificar as relações eventualmente conflituosas que possam surgir.

A teoria econômica reconhece que os contratos não ocorreriam em mercados de livre concorrência, com informações perfeitas e simétricas, e sem incertezas. Olhando pelo aspecto econômico, é o contrato a ferramenta que permite que agentes econômicos transacionem (com maior ou menor liberdade conferida pelo ordenamento jurídico) suas propriedades ou direitos. Nesse contexto analítico, o contrato é visto como mecanismo de coordenação e organização das atividades econômicas, sendo um elemento de incentivos ou desincentivos comportamentais. **Fato é que as relações estabelecidas entre os responsáveis pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e aos provedores de conexão e de aplicações de internet, são desenhadas dentro dos contratos e estes podem estar ao largo dos parâmetros jurídicos, técnicos e econômicos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.** Essa é a razão para a exigência dos contratos.

Importante ressaltar que as informações contidas nos contratos não serão amplamente divulgadas, guardando a Anatel o devido cuidado com o sigilo dos dados ali contidos. Há inclusive a regra geral para todos os procedimentos administrativos da Anatel que possibilita a "*solicitação de tratamento sigiloso de seus dados e informações, cuja divulgação possa violar segredo protegido por lei ou intimidade de alguém*" (art. 45, VI do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução Anatel n. 612/2013), sendo que, nos termos do parágrafo único do art. 39 da LGT, "*a Agência deverá garantir o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações, nos termos do regulamento*".

Fácil perceber, portanto, que ambas as regras estampadas nos parágrafos do Art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998 em nada inovam no ordenamento jurídico, mas apenas concretizam o que já está autorizado no âmbito da legislação setorial.

Nesse sentido, a possibilidade de a ANATEL poder dirimir conflitos entre prestadoras de serviço de telecomunicações e provedoras de SVA e de requisitar os respectivos contratos podem ser compreendidos, em última análise, pela Teoria dos Poderes Implícitos. Essa teoria teve como origem um caso julgado pela Suprema Corte americana, em 1819, conhecido como *McCulloch versus Maryland*. Conforme a teoria dos poderes implícitos, um vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, este está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências. Em outras palavras, não há necessidade de norma explícita estabelecendo os meios que um órgão público pode utilizar para cumprir atribuições explicitamente determinadas pela legislação. Esses meios, por óbvio, não podem extrapolar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Na doutrina, colaciona-se a seguinte

lição: “Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos” (CAETANO, Marcello. Direito Constitucional”, vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense).

Essa compreensão do tema tem sido manifestada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos, colegiados e monocráticos (MS 24.510/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE – MS 26.094/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), nos quais esta Corte, apoiando-se, precisamente, na doutrina dos poderes implícitos, reconhece que o TCU dispõe dos meios necessários à plena concretização de suas atribuições constitucionais, ainda que não referidos, explicitamente, no texto da Lei Fundamental. *In verbis*:

“Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria CR.” (MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.)” (grifo nosso)

Inexiste dúvida, portanto, sobre a competência da ANATEL para dirimir os conflitos entre as prestadoras de telecomunicações e provedoras de SVA, bem como para solicitar a qualquer tempo cópia dos contratos que materializam esse relacionamento.

Frise-se novamente que a resolução aqui vergastada não é a tentativa de afastar a autonomia privada dos agentes econômicos envolvidos, mas tão somente poder avaliar se o exercício desse direito está sendo executado por elas de forma aderente ao ordenamento jurídico, observando os parâmetros técnicos mínimos e preservando a isonomia de tratamento definida pela legislação. Dito de outra forma, **o objetivo da Agência não é regular os provedores de SVA, mas sim monitorar o desenvolvimento do setor e resolver possíveis conflitos quanto a quaisquer atitudes lesivas das partes envolvidas de modo a ajustar as condutas envolvidas ao disposto na LGT, no Marco Civil da Internet e na regulação setorial.** A única forma de extrair a compreensão de que a Anatel pretende regular os provedores de SVA, tal como o fez a requerente, é interpretar os parágrafos 1º e 2º do art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998 sem se atentar para o §2º do art. 61 da LGT e do Marco Civil da Internet. Nas palavras de Eros Roberto Grau (ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 40), não se interpreta o direito em tiras. Ora, o ordenamento jurídico consiste em uma ordem de normas jurídicas, isto é, há uma evidente unidade sistemática de suas normas, não podendo o interprete encontrar uma solução jurídica descasada de todas as outras normas constantes no sistema.

Ocorre que o Requerente foi ainda mais longe, interpretando os parágrafos do art. 64-A da Resolução ANATEL nº 73/1998 de modo descolado *docaput*. O artigo é a menor porção de uma lei que ainda guarda as suas características. Sendo assim, a forma correta de interpretar um artigo é concêntrica e não linear, ou seja, deve-se entender que o centro orbital de um artigo é o seu *caput*, tudo o que circunstancia: os parágrafos, incisos, alíneas e itens que porventura o integram. Assim, a interpretação exige certo grau de abstração do intérprete para que, em uma visão espacial mais acurada, compreenda que os parágrafos, por exemplo, são subdivisões do assunto do *caput*, enquanto os incisos são exemplificações do assunto do parágrafo ou do próprio *caput*; já as alíneas são enumerações do conteúdo dos parágrafos; e, finalmente, os itens são enumerações do assunto que está na alínea. Dito isso, o equívoco resta evidente. Ora, se o *caput* assegura aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, por decorrência lógica, a possibilidade de resolver conflitos e exigir os contratos previstos nos parágrafos somente pode ser entendida no contexto do *caput*, ou seja, para assegurar aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado.

Dito isso, vejamos o que afirma a Netflix – um dos maiores prestadores de SVA do mundo – sobre a proposta de alteração regulamentar na Consulta Pública nº 36/2016:

A NETFLIX ENTRETENIMENTO BRASIL LTDA. (Netflix) gostaria de parabenizar a Anatel pela proposta de revisão do Regulamento Geral de Interconexão e de alterações em outros documentos da Anatel impactados pelas regras do referido Regulamento, para que a regulamentação em vigor esteja em linha com as tendências do setor de telecomunicações, especialmente no que diz respeito aos serviços convergentes e ao crescimento contínuo do uso de dados pelos usuários no Brasil para o acesso à Internet, o que levou à Anatel a buscar os meios necessários para garantir a completa conexão entre as diferentes redes.

[...]

No sistema jurídico brasileiro, portanto, um serviço de valor adicionado não constitui um serviço de telecomunicações, mas, pelo contrário, se trata do uso por terceiros dos serviços e redes de telecomunicações. Ademais, a legislação em vigor garante que as operadoras de telecomunicações disponibilizem suas redes de telecomunicações para a prestação dos serviços de valor adicionado, protegendo assim o direito de acesso desses. Tendo em vista que os provedores de aplicação na Internet caracterizam-se como serviços de valor adicionado, a eles é garantido, por definição, o direito de acesso às redes de telecomunicações. **Nos termos do texto proposto nesta consulta pública, a Anatel deixa claro que a interconexão está relacionada às redes de telecomunicações e suas operadoras, não envolvendo as prestadoras de serviços de valor adicionado, como por exemplo, as empresas Over The Top (OTT).** A Anatel já manifestou esse entendimento em seminários e apresentações realizados por seus representantes, ao esclarecer que a troca de tráfego entre as empresas OTT e as prestadoras de serviços de telecomunicações não é considerada interconexão, tendo em vista que as empresas de OTT prestam um serviço de valor

adicionado. Dessa forma, a Anatel optou por não regulamentar o relacionamento entre as operadoras de serviços de telecomunicações e as OTTs quanto ao seu tráfego de Internet. Esse entendimento manifestado e ratificado pela Anatel em diversas oportunidades é louvável, e não deve ser modificado.

[...]

É importante ressaltar que uma das razões para o excelente desempenho do modelo de mercado da Internet no que diz respeito à troca de tráfego é o ambiente das políticas públicas, no qual os governos dos diversos países do mundo têm evitado a regulamentação do mercado para a troca de tráfego na Internet. **Por conseguinte, a acertada postura da Anatel no texto submetido à consulta pública de não regulamentar a troca de tráfego na Internet entre as empresas de OTT e as operadoras de serviços de telecomunicações é comprovadamente mais benéfica para o ecossistema da Internet e da inovação.**

[...]

Finalmente, acreditamos que a abordagem adotada pela Anatel para a revisão da regulamentação de interconexão está correta e deve ser mantida. Qualquer medida buscando expandir a regulamentação do mercado de troca de tráfego na Internet corre o risco de gerar consequências indesejadas e prejudicar a inovação. [sem destaques no original]

**Observa-se que um dos provedores de SVA mais relevantes do mercado mundial atualmente afirma, explicitamente, que a Agência não traz qualquer pretensão de regular o setor de SVA.** A empresa, reiteradamente, afirma a concordância com a opção de não regulamentação do tema por parte da Agência, ainda que se pudesse tomar medidas mais detalhadas para regular os condicionamentos assim como o relacionamento entre os SVAs e as teles. A opção da Agência veio, justamente, no sentido de garantir o ambiente da Internet o mais livre possível à inovação, concorrência e livre iniciativa. Desse modo, poderá resolver conflitos em que se mostra necessária a atuação da Anatel com vistas à promover o acesso às redes de telecomunicações.

Portanto, o que se observa é que a atuação da Agência nessa temática é garantida por força da LGT que foi observada durante todo o processo de revisão regulamentar.

De tudo o que fora dito, fica fácil perceber inexistir qualquer tipo de regulação dos prestadores de SVA. A Anatel não pode se imiscuir nos modelos de negócios adotados; poderá/deverá, contudo, aferir se a relação entre provedores de SVA e os prestadores de serviços de telecomunicações está aderente à legislação. Dessa feita, inexistente qualquer tipo de violação aos princípios da separação dos Poderes (art. 2º da CF), da legalidade (CF, arts. 5º, II, e 37), do devido processo legislativo (art. 5º, LIV da CF), da liberdade de iniciativa e da livre concorrência (art. 170, caput e inciso IV da CF).

Ora, se o Regulamento da Anatel cuidou tão somente de indicar ferramentas pelas quais a Agência poderia se utilizar para alcançar os objetivos fixados na lei, não há como entender existir violação aos princípios da separação dos Poderes (art. 2º da CF), da legalidade (CF, arts. 5º, II, e 37), do devido processo legislativo (art. 5º, LIV da CF). Não houve na espécie a criação de direitos, deveres ou mesmo de sanções, o regulamento apenas trouxe ferramentas para assegurar aos interessados prestação de serviços de valor adicionado - SVA o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de suas atividades.

Por fim, quanto às aludidas violações aos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência (art. 170, caput e inciso IV da CF) elas também não se verificam, pois sequer houve uma regulação dos provedores de SVA, como equivocadamente entendeu a requerente, mas sim um detalhamento sobre como a Anatel poderá assegurar aos interessados prestação de serviços de valor adicionado - SVA o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de suas atividades. Nada mais.

## **2.8. DOS CASOS EM QUE A ANATEL JÁ REGULA A RELAÇÃO ENTRE SVA E PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.**

Em linha com o disposto até aqui, dentro de sua competência legalmente estabelecida, a Agência não tem se furtado de, sempre que necessário, atuar no relacionamento entre os prestadores de serviços de telecomunicações e os provedores de SVA.

É importante esclarecer que a atuação da Agência não recai sobre a atividade finalística do SVA em si, mas aos prestadores de serviços de telecomunicações por ela regulados, com foco na abertura de suas redes e em sua relação com terceiros, quando tais relações encontram-se sob a guarda de suas competências legais.

Exemplo recente disso foi o trabalho de fiscalização regulatória conduzido por esta Agência, especificamente por sua Superintendência de Relações com os Consumidores (SRC), com o objetivo de se realizar o monitoramento e acompanhamento das obrigações legais relativamente à cobrança de serviços adicionais não solicitados no SMP ("telefonia ou banda larga móvel"). Como resultado, amplamente divulgado pela mídia especializada, as prestadoras de SMP apresentaram medidas e ações para diminuir problemas com serviços de valor adicionado. A implementação de tais medidas, por sua vez, acarretou significativa queda das reclamações relacionadas a estes serviços<sup>[10]</sup>. Ressalta-se que muitas das reclamações que a Agência recebe com relação a determinados serviços de telecomunicações (SMP na modalidade pré-paga, por exemplo), tem origem em problemas relacionados a serviços de valor adicionado, principalmente quanto à contratação e cobrança indevidas.

Há outros exemplos anteriores de atuação da Agência no mesmo sentido, como ações conduzidas pela antiga Superintendência de Serviços Privados da Agência também no que se refere à contratação de SVA pelos usuários de serviços de telecomunicações, das quais resultaram melhorias na forma de contratação, prévia e expressa, pelos consumidores destes serviços (mecanismo de opt



in).

Nesse sentido, cumpre resgatar que, em casos análogos envolvendo o relacionamento SVA e prestadores de serviços de telecomunicações, o Conselho Diretor da Anatel já deliberou sobre a matéria, tendo inclusive lançado mão da prerrogativa de acesso ao contrato para subsidiar a tomada de decisão. Em específico, tem-se a jurisprudência a respeito do Serviço de Valor Adicionado da Legião da Boa Vontade (LBV) cobrado indevidamente em fatura de telecomunicações, além de diversas outras referências processuais (Análise nº 344/2009-GCAB, de 18 de junho de 2009, Processos nº 53548.002033/2008, nº 53548.002400/2008, nº 53520.000743/2008, nº 53572.001155/2008 e nº 53520.002652/2008, Voto do Conselheiro Ronaldo Sardenberg, de 25 de fevereiro de 2010, Processo nº 53548.000830/2008 e Análise nº 168/2012-GCMB, de 29 de março de 2012, Processo nº 53542.003412/2010 (e apensados nº 53542.003993/2010, nº 53542.004619/2010, nº 53542.000280/2011, nº 53542.000281/2011 e nº 53542.000598/2011).

Para a presente situação, o importante é o registro de que há diferentes situações precedentes onde, ao menos desde 2002, a ANATEL vem se valendo do acesso a contratos das prestadoras de serviços de telecomunicações com os prestadores de SVAs em diferentes atividades de gestão regulatória dos prestadores de telecomunicações, inclusive de fiscalização. Por exemplo, na Análise nº 186/2002-GCTC verifica-se a importância do estabelecimento da relação contratual ora debatida:

"Em 5 de novembro de 2001 a SCHAHHIN protocolizou na Anatel um pedido de declaração, para fins de prova em processo judicial, de que o serviço que ela estaria prestando à empresa TRANSEGURO, tratava-se de Serviço de Valor Adicionado (SVA) e que desta forma independia de outorga da União, estando a sua prestação suportada pelo convênio com a EMBRATEL e pelas disposições do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

A SPV analisou a questão por meio do Informe no 248/PVSSA/PVSS/SPV-ANATEL, concluindo que a regulamentação vigente exige o vínculo contratual entre a TRANSEGURO (Cliente) e a EMBRATEL prestadora do Serviço de Telecomunicações, sem o que não existe o serviço que dará suporte ao Serviço de Valor Adicionado.

No seu Informe a SPV destaca que no caso em análise não existia o vínculo contratual entre a Cliente e a Prestadora, não caracterizando, com isso, a prestação de um serviço de telecomunicações que pudesse dar suporte ao SVA prestado pela SCHAHHIN, fazendo com que o serviço prestado pela SCHAHHIN se confundia com o próprio serviço de telecomunicações."

Em outro caso (processo nº 53557.000452/2007), por meio de ações fiscalizatórias, a ANATEL identificou situações de cobranças de serviços de valor adicionado em faturas telefônicas sem a devida autorização expressa do assinante do Serviço Telefônico Fixo Comutado. O processo redundou em aplicação de multa pecuniária à prestadora de serviços de telecomunicações por ofensa aos direitos dos consumidores e violação às diretrizes regulatórias de faturamento e cobrança, além de determinação para cessação da conduta irregular.

Releva-se, portanto, no contexto de suas competências fiscalizatórias e como meio de reprimir abusos e de ajustar condutas irregulares, a absoluta importância do acesso aos contratos firmados entre prestadores de telecomunicações e provedores de serviço de valor adicionado, destacando-se alguns muito populares em outros tempos como, por exemplo, telegrama fonado, ofertas de seguros e doações a entidades assistenciais diversas, tendo a relação destes com as prestadoras de serviços de telecomunicações sido objeto regular de ações por parte da ANATEL. Acaso essa prerrogativa fiscalizatória tivesse sido afastada da agência reguladora à época, não teria sido possível - assim como não será possível hoje - assegurar a adequação dessa relação aos preceitos legais e regulamentares, normalmente com efeitos deletérios à parte mais hipossuficiente dessa cadeia, o usuário de serviços de telecomunicações.

## 2.9. DOS IMPACTOS DA EVENTUAL SUSPENSÃO DOS DISPOSITIVOS

Anuir com a tese do autor da petição é negar a existência de uma relação complexa que envolve diversos recursos e atores, para a qual a legislação, amparada nos preceitos constitucionais, aponta um disciplinamento mínimo de direitos e obrigações para os agentes privados e estabelece deveres e competências ao Poder Público. O encadeamento do arcabouço normativo que abarca o tema busca a constituição de um ambiente de real exercício dos aspectos democráticos, onde as relações possam ser desenvolvidas com segurança e isonomia.

Nesse sentido, a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) estabeleceu uma série de fundamentos e princípios a serem observados, bem como garantiu o direito da neutralidade de rede em seu art. 9º.

O [Decreto nº 8.771, de 11/05/2016](#), ao regulamentar a matéria, previu a atuação fiscalizatória e punitiva da Anatel no que diz respeito à não observância dos parâmetros mínimos a serem observados para garantir a neutralidade da rede, e com isso seja preservado o ambiente de uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

Tal previsão feita no Decreto observa a competência estabelecida no art. 61, § 2º, da LGT, que prevê que o relacionamento entre os interessados no uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de SVA e prestadoras de serviço de telecomunicações (detentoras das redes) deveria ser assegurado pela Anatel.

Isso importa em considerar que na existência de conflitos entre esses atores relacionados ao uso da rede de serviços a Anatel deve atuar de modo a trazer uma solução que pacifique a situação. Ou seja, o conflito não pode ser o empecilho para a utilização da rede, em existindo vontade de utilizar a rede deve-se garantir seu acesso, sendo que sobre as condições sobre



como deve dar esse acesso, tais como preço, qualidade, dentre outros, é que pode recair o dissenso. Sobre tal dissenso, a princípio deve ser solucionado pelas partes, pelos meios negociais, contudo, não existindo um acordo, a Anatel deve estabelecer condições que atendam aos preceitos de isonomia e não discriminação para que seja estabelecido uma certeza sobre os pontos que as partes não convergem. Isso porque o dissenso não pode ser utilizado como empecilho à utilização da rede e a disponibilização dos SVAs. É o que amplamente já acontece nos contratos de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), espécie de aluguel de redes de telecomunicações.

Dado que não existe regulação para os SVA, se a Anatel não puder arbitrar conflitos de acesso às redes, que cingem os relacionamentos com o setor de telecomunicações, será impossível que a Agência cumpra com o mandato trazido pelo inciso XIX do art. 16 do Decreto nº 2.338, de 1997:

XIX - atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses, observado o art. 19;

Ainda considerando o previsto no § 2º do art. 61 da LGT, isto é, o dever da Anatel de assegurar o direito do uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado e regular os condicionamentos deste acesso, considerando o previsto na Lei nº 12.965/2014, em especial, o tratamento de forma isonômica a quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação, verifica-se que a é fundamental que a Anatel possa solicitar os contratos quando entender necessário realizar alguma atividade de monitoramento ou fiscalização.

Assim, a suspensão dos dispositivos questionados na ADPF, por utilizar uma premissa de ausência de previsão legal para tanto e inovação regulamentar em matéria reservada à lei, retira da Agência o instrumental para resolver os conflitos existentes e ou realizar as fiscalizações necessárias ao fiel cumprimento das disposições previstas na Lei nº 12.965/2014 e na Lei nº 9.472/1997.

### 3. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, pugna-se pela denegação do pedido de medida cautelar e, ao final, a total improcedência do pedido.

---

[1] C. A. MELLO (1995) cita a doutrina de Renato Alessi.

[2] BRASIL. Ministério das Comunicações. **Exposição de Motivos nº 231/MC**. Documento de encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a. Brasília: MC, 1996.

[3] ARANHA, M. I. **Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)**. 2005. 223 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Instituto de Ciências Sociais, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

[4] WIMMER, M.; PIERANTI, O. P.; ARANHA, M. I. O paradoxo da internet regulada: a desregulação dos serviços de valor adicionado no Brasil. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, v. XI, n. 3, p. 13, 2009.

[5] CARVALHO, M. S. R. M. **A trajetória da Internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança**. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 2006.

[6] FERNANDES, Victor Oliveira. **Regulação de serviços over-the-top (OTT) e pós-convergência tecnológica: uma análise do regime jurídico setorial de serviços OTT de voz nos EUA e no Brasil**. 2018. xi, 171 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

[7] MUELLER, Bernardo. **Tópicos relevantes para regulação e regulamentação do setor de telecomunicações: aspectos econômicos e financeiros da regulação**. Brasília: Anatel, 2010.

[8] ECONOMIDES, N. The Economics of Networks. **International Journal of Industrial Organization**, vol. 14, no. 6, pp. 673–699, New York, Stern School Business, 1996.

[9] ECONOMIDES, N. **The Internet and network economics**. In: E. Brousseau & N. Curien (Eds.), *Internet and Digital Economics: Principles, Methods and Applications* (pp. 239-267). Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

[10] <http://www.anatel.gov.br/institucional/ultimas-noticiass/1877-reclamacoes-sobre-servicos-de-telecomunicacoes-caem-12-9-em-2017>



Documento assinado eletronicamente por **Leonardo Euler de Moraes, Presidente**, em 19/11/2018, às 11:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 23, inciso II, da [Portaria nº 912/2017](#) da Anatel.



A autenticidade deste documento pode ser conferida em <http://www.anatel.gov.br/autenticidade>, informando o código verificador **3468491** e o código CRC **A4960CD8**.

---

Memorando nº 1353/2018/SEI/GPR

Ao Procurador - Geral da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE-Anatel)

Assunto: **Encaminhamento de documento.**

1. Encaminho o processo eletrônico SEI nº 53500.050248/2018-84 para exame e prestação de informações conforme solicitado o Ofício nº 19523/2018 (SEI 3433584).

Atenciosamente,



Documento assinado eletronicamente por **Ronaldo Neves de Moura Filho, Chefe de Gabinete da Presidência**, em 19/11/2018, às 11:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 23, inciso II, da [Portaria nº 912/2017](#) da Anatel.



A autenticidade deste documento pode ser conferida em <http://www.anatel.gov.br/autenticidade>, informando o código verificador **3491414** e o código CRC **67257E9B**.