

EXCELENTÍSSIMO **MINISTRO DIAS TOFFOLI**, DD. PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO**, partido político devidamente registrado perante o Tribunal Superior Eleitoral e com representação no Congresso Nacional (Doc. 1), inscrito no CNPJ sob o n. 01.421.697/0001-37, com sede nacional na SCLN 304, Bloco A, Sobreloja 01, Entrada 63, Asa Norte, Brasília/DF, CEP n. 70.736-510, endereço eletrônico [psb@psbnacional.org.br](mailto:psb@psbnacional.org.br), vem, por intermédio de seus advogados devidamente constituídos (Doc. 2), respeitosamente, à douta presença de Vossa Excelência, com fulcro nos arts. 102, § 1º, e 103, inciso VIII, da Constituição Federal, e na Lei n. 9.882/1999, ajuizar a presente

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL  
com pedido de medida cautelar**

com objetivo que seja reconhecida a lesão aos princípios da separação dos poderes (art. 2º da CF), legalidade (art. 5º, II, da CF) e devido processo legislativo (art. 5º, LIV, da CF), além de ofensa à liberdade de iniciativa e da livre concorrência (art. 170, *caput* e IV, da CF) em face dos **§§ 1º e 2º do art. 64-A da Resolução n. 73/1998**, com redação dada pelo **art. 8º da Resolução n. 693, de 17 de julho de 2018, da Agência Nacional de Telecomunicações** (Doc. 3), pelos fundamentos jurídicos a seguir expostos.

## I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS NORMAS IMPUGNADAS

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental em face dos §§ 1º e 2º do art. 64-A da Resolução n. 73/1998 da Agência Nacional de Telecomunicações, com a redação dada pelo art. 8º da Resolução Anatel n. 693, de 17 de julho de 2018.

A recente Resolução da Anatel n. 693/2018 acrescentou os dispositivos impugnados ao texto do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações – Resolução Anatel n. 73/1998, *verbis*:

“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.”**

As normas impugnadas atribuem, de forma inédita e sem qualquer fundamento legal, competência à Anatel para dirimir conflitos entre prestadoras de serviços de telecomunicação e prestadoras de serviços de valor adicionado, permitindo, inclusive, que a agência reguladora, **discricionariamente e a qualquer tempo**, requisiute contratos relacionados a essas relações jurídicas.

Os serviços de valor adicionado são atividades que acrescentam novas utilidades a um serviço de telecomunicação, relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

A título de exemplo, têm-se as aplicações de internet de **mensagens instantâneas, redes sociais, streaming** de música e vídeo, além de **armazenamento** em nuvem, todas elas de **enorme relevância** para a sociedade moderna.

Sucede que os serviços de valor adicionado não são serviços de telecomunicação, pois não transmitem, emitem ou recebem informações. Logo, não estão submetidos à regulação da Anatel, cujas competências estão expressamente definidas em lei.

Os serviços de valor adicionado apenas se valem do canal físico de comunicação — prestado por uma empresa de telecomunicação — para adicionar funcionalidades, mas não se confundem com os serviços de telecomunicação, conforme estabelecido expressamente pelo art. 61 da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações, LGT):

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.

Longe de ser uma diferenciação meramente técnica, a distinção entre serviços de telecomunicação e de valor adicionado justifica-se exatamente para evitar que a regulação estatal atinja o tráfego de internet, prestigiando-se a livre iniciativa, liberdade e inovação dos serviços on-line.

A doutrina balizada de Victor Oliveira Fernandes ensina que, desde a concepção da categoria de serviços de valor adicionado, há expressa orientação normativa no sentido de afastar tais serviços do âmbito de regulação estatal, nos seguintes termos:

“A ideia de excluir os serviços baseados na internet do âmbito de atuação regulatória setorial não foi propriamente

um resultado da publicação da LGT. Tal decisão foi iniciada, na realidade, com a edição da Norma nº 004/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31/05/1995 do Ministério das Comunicações (MC), que consubstanciou o primeiro ato normativo federal a dispor sobre o “Uso da Rede Pública de Telecomunicações para Acesso à Internet”.

[...] 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.**

[...] Desse contexto histórico, **é possível depreender que a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, corroborou a livre iniciativa como regra no campo da prestação de serviços on-line, estabelecendo a dicotomia teles vs. SVA.**<sup>1</sup>

Não obstante, passados mais de vinte anos da Lei Geral de Telecomunicações, a Anatel decidiu, por ato interno próprio e sem qualquer autorização legal, **agigantar** as suas competências para nelas incluir a solução de conflitos entre prestadores de serviços de telecomunicação e de valor adicionado, concedendo-lhe jurisdição administrativa que a lei definitivamente não lhe concedeu.

Para tanto, a Agência buscou aproveitar-se do § 2º do art. 61 da Lei n. 9.472/97, que assim dispõe:

Art. 61. [...]

§ 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.

Como se verifica, a referida norma 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.

Portanto, a regulação da Agência, nos termos da Lei Geral

---

<sup>1</sup> FERNANDES, Victor Oliveira. *Regulação de serviços de internet: desafios da regulação de aplicações over-the-top (OTT)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 154/157.

de Telecomunicações, somente é possível em face do serviço de telecomunicação para proteger o serviço de valor adicionado.

Ocorre que a nova Resolução n. 693/2018 altera absolutamente essa lógica, ainda que de forma sutil, para autorizar que a agência **dirima** os conflitos entre as partes.

Como é cediço, a solução de conflitos pode ocorrer de várias formas, seja por ato das próprias partes (ex: autocomposição), seja por terceiros (ex: arbitragem e jurisdição). No que interessa, a jurisdição constitui no poder estatal de dizer o direito a partir de procedimentos próprios, o que inclui a possibilidade de estabelecer obrigações, aplicar condenações, fixar prazos.

Assim, a regulação da Anatel passa a ser possível também em face do prestador de serviço adicionado. Ou seja, **tanto o prestador de telecomunicação como o de serviço de valor adicionado passam a ser regulados**, o que desconfigura a regra estabelecida pelo § 2º do art. 61 da Lei n. 9.472/1997 e o próprio histórico de regulação da telecomunicação no Brasil.

Nesse sentido, durante a Consulta Pública n. 36/2016 da Anatel, que discutia exatamente a possibilidade de regulamentação no tráfego da internet pela agência, a **Netflix** mostrou-se enormemente preocupada com os possíveis prejuízos à inovação e diversidade dos serviços de internet, *verbis* (Doc. 04):

Usar a regulamentação para interferir na troca de tráfego na Internet poderá **distorcer o resultado do mercado**, atualmente formado por grandes provedores e diversidade de redes.

Mais uma vez, recordamos à Anatel que o mercado na Internet para a troca de tráfego **tem produzido resultados favoráveis**, contando com quase nenhuma regulamentação. Em especial, tendo em vista que os acordos para a troca de tráfego na Internet foram **celebrados voluntariamente**. [...] 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**.

Em recente entrevista sobre o assunto, o Gerente de

Planejamento e Regulamentação da Anatel reconheceu que a Agência **jamais teve poder** para atuar nessa seara: “A Anatel **nunca atuou** sobre os Serviços de Valor Adicionado, ou OTTs, e a proposta do regulamento é tornar claro como ela pretende atuar nessas relações”<sup>2</sup>.

Por todo o exposto, a novidade normativa trazida pela Anatel, consagrada no art. 8º da Resolução n. 693/2018, incorreu em clara violação aos princípios da **separação dos poderes**, art. 2º, *caput*; da **legalidade**, art. 5, II, e 37, *caput*; e do **devido processo legislativo**, art. 5º, LIV; todos da Constituição Federal.

Os dispositivos impugnados também revelam frontal ofensa aos princípios da **liberdade de iniciativa** e da **livre concorrência**, insculpidos no art. 170, *caput* e IV, da Constituição Federal, na medida em que permitem impor entraves regulatórios aptos a causar desequilíbrios econômicos e prejuízo à inovação e competitividade.

Eis as razões pelas quais o Partido Socialista Brasileiro comparece a esta excelsa Corte Constitucional para impugnar o referido ato do Poder Público na busca de proteger os referidos preceitos fundamentais, nos termos a seguir expostos.

## II. DA LEGITIMIDADE ATIVA UNIVERSAL DE PARTIDO POLÍTICO

O art. 103, VIII, da Constituição Federal<sup>3</sup> e o art. 2º, I, da Lei n. 9.882/1999<sup>4</sup>, combinado com o art. 2º, VIII, da Lei n. 9.868/1999<sup>5</sup>, dispõem que os partidos políticos que possuem representação no Congresso Nacional podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>2</sup> Disponível em <<http://www.telesintese.com.br/anatel-quer-abrir-contrato-de-google-e-netflix-e-enquadrar-nas-regras-de-telecom/>>. Acessado em 04.09.2018.

<sup>3</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

<sup>4</sup> “Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;”

<sup>5</sup> “Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: [...] VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;”

Segundo a orientação jurisprudencial deste e. Supremo Tribunal Federal, a legitimidade ativa de agremiação partidária com representação no Congresso Nacional “*não sofre as restrições decorrentes da exigência jurisprudencial relativa ao vínculo de pertinência temática nas ações diretas*” (ADI n. 1.407-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ 24.11.2000), razão pela qual os partidos políticos possuem a denominada legitimidade ativa universal para provocar o controle abstrato de constitucionalidade.

Dessa forma, nos termos da documentação anexa (Doc. 1), está solidamente demonstrada a legitimidade do Partido Socialista Brasileiro para o ajuizamento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

### **III. CABIMENTO DA ADPF. OBJETO E PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS. REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE.**

Nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.882/1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de **ato do Poder Público**”.

Na presente hipótese, tem-se **ato normativo regulamentar** emitido pela Anatel — Poder Público — que ofende diversos preceitos fundamentais, conforme será demonstrado abaixo.

Ademais, a presente ADPF atende plenamente ao requisito **subsidiariedade**, pois não há *qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado*<sup>6</sup>.

Como se sabe, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido do não cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para a impugnação de atos regulamentares de natureza formalmente secundária. Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente do Plenário:

---

<sup>6</sup> ADPF 237-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014.



AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, 2º E 3º DA RESOLUÇÃO Nº 102/2007 DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO DO ESTADO DO PARANÁ. FUNDAMENTO EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. NATUREZA REGULAMENTAR. ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. INVIABILIDADE. [...]

2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos expõem-se ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedido o conteúdo do ato normativo atacado por legislação infraconstitucional que lhe dá amparo material, a evidenciar sua natureza de ato regulamentar secundário, inviável a sua impugnação pela via da ação direta. Precedentes.

(ADI 4095-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 06.11.2014)

Diante de tal cenário, a ADPF se mostra como único meio apto a sanar de forma eficaz e definitiva a lesividade aos preceitos fundamentais elencados, frontalmente atacados pelos dispositivos impugnados.

Além disso, cabe ressaltar que a eventual judicialização da questão por cada uma das partes diretamente atingidas criaria quadro de enorme insegurança jurídica, ante a possibilidade de decisões conflitantes, bem como em razão do potencial desequilíbrio econômico que decisões individuais gerariam no mercado.

Corroborando o cabimento da presente ADPF, cabe destacar que esta Corte já admitiu arguições com contornos jurídicos semelhantes, como é o caso da ADPF n. 179, rel. Min. Cármen Lúcia, proposta contra dispositivos da Resolução n. 3.056, de 13.3.2009, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), na qual se aponta a extrapolação da lei de regência no regulamento impugnado.

Cite-se, também, a recente ADPF n. 532, rel. Min. Celso de Mello, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil contra a Resolução Normativa n. 433, de 28 de junho de 2018, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), suscitando a usurpação “*da competência do Poder Executivo (e também do Poder Legislativo) por parte da Agência*



*Nacional de Saúde Suplementar, que arvorou-se a regulamentar matéria [...] sem a devida competência para tanto e, ainda, sem o devido processo legislativo”.*

Nessa última ADPF mencionada, ao deferir a medida cautelar para suspender a validade da Resolução Normativa da ANS, a Presidência desta Corte assentou<sup>7</sup>:

Este Supremo Tribunal Federal admite a apreciação excepcional, em controle abstrato de constitucionalidade, da validade de atos de entidades públicas que importam em regulamentação de matéria cuja competência se pretende tenha sido exercida em exorbitância aos limites constitucionais.

Na espécie examinada, embora o objeto imediato da ação seja uma Resolução da Agência Nacional de Saúde, demonstra-se que o seu conteúdo produz aparente inovação normativa primária, sem respaldo constitucional ou legal, do que decorreria ou autorizaria a alteração substancial de planos de saúde pela nova norma posta pela autarquia, a justificar a presente medida de urgência.

Diante do preenchimento de todos os requisitos legais e constitucionais, revela-se plenamente **cabível** a presente ADPF. Passa-se, então, à delimitação da norma impugnada.

#### **IV. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO E IMPACTOS DA NOVIDADE NORMATIVA DA ANATEL**

A fim de esclarecer os impactos que os dispositivos impugnados podem gerar sobre a sociedade, cabe traçar breve definição sobre o regime jurídico dos serviços de valor adicionado e os atores possivelmente atingidos pela medida.

Após as reformas na Administração Pública ocorridas na década de noventa, a Constituição Federal passou a estabelecer a

---

<sup>7</sup> Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF532\\_liminar.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF532_liminar.pdf). Acessado em 04.09.2018.

competência da União para explorar, direta ou indiretamente, os serviços de telecomunicações e, como consequência, para legislar sobre a matéria via Congresso Nacional, conforme se depreende da leitura dos arts. 21, XI; 22, IV; e 48, XII, da CF/1988. Veja-se:

Art. 21. Compete à União:

[...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...] IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...] XII - telecomunicações e radiodifusão;

Nesse diapasão, foi editada a Lei n. 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Atenta às crescentes transformações tecnológicas observadas no período, o diploma estabeleceu uma nova categoria de serviços vinculada às telecomunicações, chamados Serviços de Valor Adicionado (SVA).

Esses serviços se caracterizam por **adicionar funcionalidades** à rede de telecomunicações preexistente, sem, contudo, se confundir com os serviços de comunicação sobre os quais se estrutura.

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.

Observada a qualificação jurídica conferida à matéria, conclui-se que os SVA não se constituem como serviços de telecomunicações a que alude o art. 21, XI, da Constituição. Tratam-se, em verdade, de **atividades econômicas** propriamente ditas, exercidas sob o pálio da **iniciativa privada**.

Cabe destacar que, desde a concepção da categoria de serviços de valor adicionado, há **expressa** orientação normativa e legislativa no sentido de **afastar** tais prestadores do âmbito de regulação estatal.

Diante de tal contexto normativo, os serviços de valor adicionado adquiriram maior proeminência com o desenvolvimento e expansão da internet. As inúmeras funcionalidades oferecidas no ambiente aberto da rede são definidas como serviços **over the top** (OTT).

Como o nome já adianta, são prestadores que oferecem as mais diversas modalidades de serviço aos usuários de internet, apresentando-se de maneira difusa e descentralizada, **“acima”** da própria rede de telecomunicações. Sobre tal cenário, esclarece a doutrina de Victor Oliveira Fernandes:

Em exclusão expressa ao conceito de serviços de telecomunicações, o art. 61 da LGT previu o conceito de Serviço de Valor Adicionado (SVA) como “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”. A conceituação de SVA, portanto, remete a serviços que empregam, de forma genérica, funcionalidades de processamento de informações executadas sobre as redes de comunicação, tal como ocorre com os serviços OTT. Os prestadores desses serviços se caracterizam como simples usuários dos serviços de telecomunicações que lhes dá suporte (art. 61, § 1º).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> FERNANDES, Op. cit. P. 154.

Essa categoria de prestadores de serviço caracteriza-se, portanto, como **serviços de valor adicionado**, uma vez que exercem suas atividades sobre a rede de telecomunicações que lhe dá suporte. Dentro dessa classificação se inserem todas as aplicações de internet que, atualmente, são de destacada relevância para a sociedade, oferecendo serviços de **mensagens instantâneas**, serviços de **streaming** de música e vídeo, **redes sociais**, **armazenamento** em nuvem e diversas outras modalidades.

Revela-se, portanto, absolutamente relevante a matéria discutida na presente arguição, sobretudo diante dos potenciais impactos na sociedade gerados pela inconstitucional tentativa de interferência da Anatel sobre tais relações comerciais, o que se demonstra a seguir.

## **V. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO**

### ***a. Inexistência de fundamento legal para as inovações regulamentares trazidas no art. 8º da Resolução n. 693/2018***

A já citada Lei n. 9.472/1997 (LGT), além de disciplinar a organização dos serviços de telecomunicações no país, instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) como órgão regulador das **telecomunicações**, conforme previsto no art. 1º do Decreto n. 2.338/1997, que aprova o regulamento da Anatel.

Vale dizer que o *caput* do art. 19 da LGT estabelece que, no âmbito de suas competências, a Anatel deve adotar medidas necessárias ao interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, sempre entendidas como o **serviço público de telecomunicações** a que alude o **inciso XI do art. 21** da Constituição Federal.

No entanto, observado o extenso rol de competências insculpido nos incisos do referido art. 19, **não há** qualquer atribuição que permita à Agência interferir nos **contratos privados** celebrados entre provedores de internet e prestadores de Serviço de Valor

Adicionado, onde se incluem os serviços OTT.

No que se refere à previsão de composição dos conflitos entre os entes privados pela Agência, nota-se, mais uma vez, que as alterações concebidas pelo art. 8º da Resolução Anatel n. 693/2018 **transbordam as competências** previstas para Agência na legislação de regência. Veja-se novamente a redação do § 1º do art. 64-A da Resolução Anatel n. 73/1997:

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. (Incluído pela Resolução n. 693, de 17 de julho de 2018)

**§ 1º Eventuais conflitos no relacionamento previsto no caput serão dirimidos pela Anatel.** (Incluído pela Resolução n. 693, de 17 de julho de 2018)

Nos termos dos arts. 19, XVII, da LGT, e 16, XVIII e XIX, do Decreto n. 2.338/1997, as competências conferidas pela legislação à Anatel limitam-se a prever a composição de conflitos de interesses (i) **entre prestadoras** de serviços de telecomunicações e (ii) **entre usuários consumidores e as prestadoras** dos serviços de telecomunicações.

Está claro que a competência da Anatel para o arbitramento de conflitos restringe-se às hipóteses **taxativamente** previstas em lei. Portanto, não cabe à Agência dirimir conflitos entre prestadoras de serviços de telecomunicação e prestadoras de serviços de valor adicionado, haja vista que, conforme demonstrado, estes não se confundem com entes prestadores de serviços de telecomunicação.

Ocorre que o § 1º do art. 49 da Resolução altera essa lógica ao prever que a Agência poderá “dirimir conflitos” entre as prestadoras de serviços de telecomunicações e os SVA. “Dirimir conflitos” significa que a Anatel poderia, no âmbito de um contencioso administrativo, **dizer o direito aplicável e impor determinações** tanto às empresas de telecomunicações quanto às próprias empresas SVA/OTT.

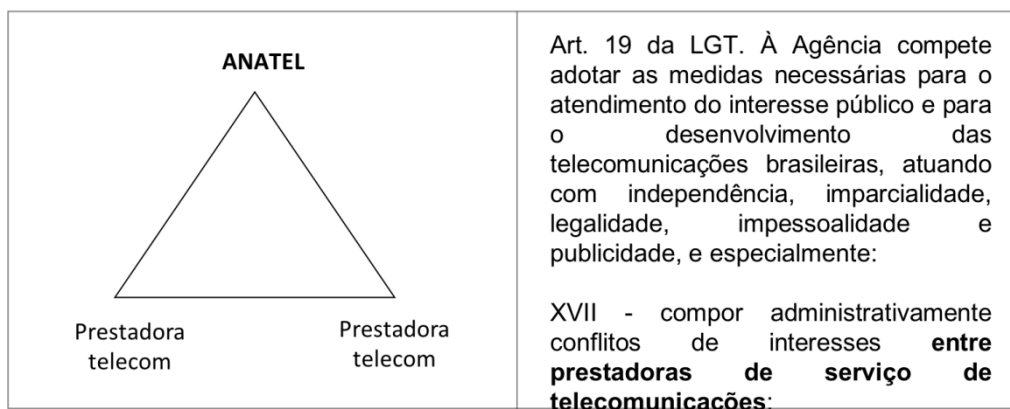
Essa última hipótese configura clara contrariedade à LGT, na medida em que, como visto, a Anatel não tem competência legal para impor quaisquer determinações aos SVA — nem por meio de **ato normativo**, nem por meio de **decisão administrativa**.

Nota-se, portanto, que o § 1º do art. 49 da Resolução extrapola a LGT, uma vez que ele atribui à Anatel inovadora **competência jurisdicional administrativa** que **não está prevista em lei**.

Para ilustrar esse argumento, tomem-se três modelos de jurisdição administrativa da Agência.

No *Modelo 1*, a Anatel arbitra conflitos **entre prestadores** de serviços de telecomunicações, modalidade de jurisdição administrativa que ocorre **diuturnamente** no âmbito da Agência. Sua fundamentação legal é o art. 19, inciso XII, da LGT. Do ponto de vista prático, a Anatel realiza essa jurisdição por meio de um sistema de arbitragem administrativa, previsto nos arts. 95 a 101 de seu Regimento Interno (Resolução n. 612/2013).

### Modelo 1

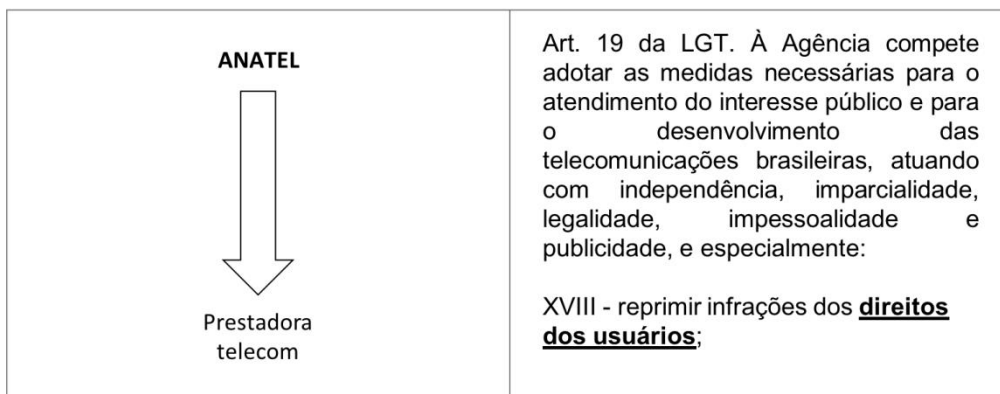


No *Modelo 2*, a Anatel verifica se as prestadoras descumpriram direitos dos usuários que em geral estão previstos em atos normativos (resoluções, portarias, etc.). Trata-se de uma jurisdição

**sancionadora ou punitiva**, que se instrumentaliza por meio dos chamados procedimentos administrativos de descumprimento de obrigações (PADO), previstos nos arts. 80 a 91 do Regimento Interno da Anatel.

Nessas hipóteses, verificado o descumprimento de um **direito** do usuário, é imposta uma sanção. É nesse cenário que a Agência pode atuar para assegurar o uso adequado das redes pelos SVA/OTT, já que esses atores são **usuários dos serviços** de telecomunicações, cumprindo satisfatoriamente com sua destinação legal de proteção do uso livre das redes de telecomunicações.

### Modelo 2

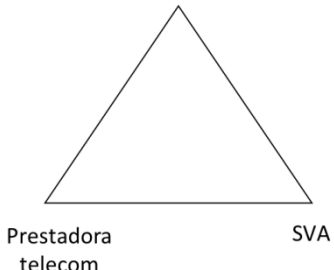


Os dispositivos ora impugnados buscam criar um *Modelo 3* de contencioso administrativo — em que Anatel dirime conflitos entre prestadores de serviços de telecomunicações e SVA — processo do qual resultaria a possibilidade de que a Anatel **imponha obrigações de fazer** a **agentes econômicos** (SVA/OTT) que sequer estão no âmbito da sua competência regulatória.

Cabe ressaltar que, diferente dos dois modelos anteriores, esse modelo **não possui qualquer fundamento na legislação** de regência.



### Modelo 3

<p><b>ANATEL</b></p>  <p>Prestadora telecom</p> <p>SVA</p>	<p>Art. 49 da Resolução. 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 artigo 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.</p> <p>§ 1º Eventuais conflitos no relacionamento previsto no caput serão dirimidos pela ANATEL.</p>
---	---

Torna-se claro, portanto, que os dispositivos impugnados da Resolução **extrapolam** a disciplina normativa da LGT. Isso porque conferem à Anatel a faculdade de impor, no âmbito de um contencioso administrativo, obrigações não apenas aos prestadores de telecomunicações, mas **também aos SVA/OTT**, grupo sobre o qual a Anatel não detém — e **nunca deteve** — competência legal para exercer seu poder extroverso na qualidade de agente regulador.

#### ***b. Interpretação ao art. 61, § 2º, da LGT***

De outra parte, poder-se-ia argumentar que a previsão contida no § 2º do art. 61 da LGT autorizaria à Anatel adentrar nas relações privadas estabelecidas entre prestadores de serviços de telecomunicação e prestadores de SVA. Veja-se a redação do dispositivo:

§ 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.

Partindo de uma interpretação histórica e sistemática da LGT, fica claro que a correta leitura do § 2º do art. 61 traduz a ideia de que a Anatel deve impor regras aos prestadores de serviços de

telecomunicações com o objetivo de **garantir o uso das redes** de para os SVA, já que os SVA são importantes usuários desses serviços.

Ou seja, o sujeito sobre o qual recai o exercício do Poder de Polícia da Agência é **exclusivamente** o prestador dos serviços de telecomunicações.

Por decorrência lógica, as regras impostas aos prestadores de telecomunicações geram **direitos** aos SVA. Essa é, precisamente, a intenção da LGT: a Agência exerce regulação sobre as *telecoms* para impedir esses atores neguem acesso ou mesmo estabeleçam condições de contratação discriminatórias em relação aos SVA.

Nos termos do que disciplina a LGT, **o prestador do serviço de telecomunicações é o regulado, enquanto que o SVA é o protegido pela regulação.**

Fácil notar que, no que tange ao uso das redes de telecomunicação para prestação de serviços de valor adicionado/OTT, o escopo de atuação da Agência restringe-se ao aspecto **normativo setorial**, voltado tão somente a estabelecer normas e balizas gerais que assegurem o uso livre das redes de telecomunicações a todos os atores envolvidos, o que não conduz à faculdade de obter contratos e aspectos negociais formalizados entre as partes.

Em outras palavras, a previsão contida no § 2º do art. 61 da LGT **não autoriza** à Anatel imiscuir-se nas relações contratuais estritamente privadas estabelecidas entre prestadores de serviços de telecomunicação e provedores de SVA, pois estes, repita-se, não são serviços de telecomunicações, como prevê a própria LGT.

### ***c. Inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados — Inovação que extrapola a competência regulatória prevista em Lei***

Ao buscar interferir nos contratos firmados entre prestadoras de serviços de valor adicionado e empresas de telecomunicação e estabelecer que eventuais conflitos no relacionamento entre as partes serão dirimidos pela Anatel, os §§ 1º e

2º do art. 64-A da Resolução n. 73/2018 atribuíram à Agência **competências não previstas na legislação de regência**, avançando além dos limites de seu poder regulamentar dispostos na Lei n. 9.472/1997 e no Decreto n. 2.338/1997, em clara violação ao **princípio da legalidade**.

Não é só. Ao **extrapolar os limites** dos atos normativos primários que lhe dão sustentação e conceber novas competências à Anatel, os dispositivos regulamentares impugnados subvertem a lógica jurídico constitucional, perpetrando grave ofensa aos princípios da **separação de poderes** e do **devido processo legislativo**, na medida em que impedem o debate público que deveria se dar no Parlamento sobre questões de imensa relevância no atual contexto socioeconômico.

A inexistência na legislação de competência regulatória nesse sentido mostra-se perfeitamente natural considerando-se o **histórico normativo** da matéria, que, como visto anteriormente, sempre desencorajou a imposição de óbices regulatórios aos serviços de internet prestados pelos SVA/OTT.

Daí resulta que os dispositivos impugnados traduzem verdadeira mudança paradigmática nessa política, adotada por via **infralegal** pela Anatel, o que configura evidente **inovação inconstitucional** no rol de competências da Agência.

O recrudescimento regulatório adotado pela Anatel na matéria vai de encontro às experiências pretéritas aplicadas mundialmente, que possibilitaram que os serviços de internet atingissem o presente grau de desenvolvimento.

A proteção dos serviços de internet contra imposições regulatórias encontra-se consolidada, inclusive, pela Recomendação D.50 da **União Internacional de Telecomunicações**, órgão da ONU dedicado ao tema<sup>9</sup>.

A inconstitucionalidade das normas recém-editadas pela Anatel se demonstra até mesmo pela natureza absolutamente **vaga e aberta** do texto dos dispositivos impugnados.

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, veja-se FERNANDES, Op. cit. P. 190/191.

Destaque-se que nem mesmo a Agência é capaz de justificar as prerrogativas inconstitucionalmente conferidas pela Resolução n. 693/2018. Indagado sobre as razões que levaram à edição da norma, o Gerente de Planejamento e Regulamentação da Anatel limitou-se a afirmar genericamente que:

“A Anatel quer assegurar o uso das redes de telecomunicações para esses agentes, mas trazendo para si o saneamento desses conflitos, se houver. [...] A Anatel está propondo abrir esses contratos e entender os conflitos desse mercado.”<sup>10</sup>

Está claro que as novidades regulamentares trazidas pela Anatel sequer apresentam **tipicidade normativa** adequada. Não bastasse a vagueza e amplitude com que o texto impugnado trata a questão, a Agência se mostra incapaz de apresentar justificativas para a edição da norma com fundamentos concretos e/ou técnicos, o que comprova a violação ao princípio da legalidade.

Não se pode confundir amplitude normativa com autonomia legislativa. Isso impõe que o poder regulamentar das agências reguladoras é **limitado**, não podendo atingir matérias reservadas à lei.

Tampouco podem ultrapassar a moldura existente, uma vez que os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, como resultado da atividade normativa secundária, devem observar o **limite material** estabelecido na lei, que é a espécie competente para inovar no ordenamento jurídico.

Diante de tais fundamentos, mostra-se patente a **inconstitucionalidade** dos dispositivos impugnados, na medida em que extrapolam sobremaneira o rol de competências regulatórias da Anatel e versam sobre matéria que sequer poderia ser objeto de disposição regulamentar pela Agência.

---

<sup>10</sup> Disponível em <<http://www.telesintese.com.br/anatel-quer-abrir-contrato-de-google-e-netflix-e-enquadrar-nas-regras-de-telecom/>>. Acessado em 04.09.2018.

## VI. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 64-A, introduzidos no ordenamento pela Resolução Anatel n. 693/2018, não se restringe aos fundamentos expostos no tópico anterior.

Registre-se que a indevida expansão do âmbito da atuação da Anatel promovida pelos dispositivos impugnados configura, também, grave violação aos princípios da **liberdade de iniciativa** e da **livre concorrência**. Senão vejamos.

Como visto, os serviços *over the top* (OTT) — que englobam as mais diversas aplicações de internet — exercem papel de destaque no atual contexto de desenvolvimento da internet e sua crescente interdependência com as redes e serviços de telecomunicações.

O direcionamento dado pela LGT sobre a matéria é no sentido de que tais prestadores OTT estariam enquadrados na categoria de **serviço de valor adicionado**, definida no art. 61, *caput*, da Lei.

Uma vez que não se confundem com as redes e o serviço sobre o qual estruturam suas atividades, os serviços de valor adicionado/OTT caracterizam-se como **típica atividade econômica**.

Não estão, dessa forma, abrangidos pelo poder regulatório da Anatel, que é responsável pela equalização dos serviços públicos de telecomunicações definidos no art. 21, IX, da CF, como já exaustivamente se expôs. É o que confirma o trabalho de Ericson Meister Scorsim, para quem:

“[...] os modernos serviços de comunicação qualificados como over-the-top (OTT), tais como: *WhatsApp, Netflix, Facebook, Google*, encontram-se em **outro nível de regulação** diferente dos serviços de telecomunicações. São classificados como **serviços de valor adicionado** à rede de telecomunicações submetidos ao **regime da livre iniciativa**”<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Livro Victor Oliveira p. 159.

Não fosse suficiente todo o arcabouço constitucional que garante às atividades econômico-empresariais a regra da **liberdade** para empreender e competir no mercado, o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.695/2014) estabelece quadro normativo especialíssimo sobre o tema, que **rechaça a imposição de amarras estatais** aos prestadores de serviços na internet. Prova disso está no art. 3º, VIII, do MCI, segundo o qual:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes **princípios**:  
[...] VIII - **liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet**, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Como é notório, os serviços prestados pelos aplicativos OTT vêm revolucionando as comunicações em escala global. A ausência de regulação do ambiente da internet é vista como um dos fatores fundamentais para a continuidade do caráter **inovador e disruptivo** de tais serviços.

Ao contrário do que ocorre com as ferramentas tradicionais de telecomunicações, essas características de mercado permitiram a **popularização** dos serviços de mensagem e de redes sociais oferecidos à sociedade de forma muito mais **eficiente** e, em sua esmagadora maioria, **isento de custos** ao usuário.

A tentativa da Anatel de trazer para seu âmbito de regulação os serviços de internet resultará na criação de **barreiras tecnológicas** e **entraves econômicos** para o desenvolvimento do setor, aderindo à pressão das prestadoras de serviço de telecomunicação que buscam, há anos, barrar o avanço das novas tecnologias<sup>12</sup>, **contra os interesses da coletividade**.

---

<sup>12</sup> Nesse sentido: < <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2015/12/por-que-operadoras-brasileiras-entraram-em-guerra-contr-o-whatsapp.html> > e < <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/ooops/2016/01/24/operadoras-perdem-quase-1-milhao-de-assinantes-e-estudam-ataque-a-netflix.htm> > Acessados em 04.09.2018.

Diante de tal contexto, as alterações promovidas pelo art. 8º da Resolução Anatel n. 693/2018 configuram **inconstitucional intervenção** do Poder Público sobre as atividades privadas desempenhadas pelos serviços de internet (SVA/OTT).

Não há como conciliar com o regramento constitucional da matéria a possibilidade de que o Poder Público possa devassar, sem qualquer justificativa, os contratos firmados entre prestadores de serviços de telecomunicação e prestadores de serviço de valor adicionado.

Trata-se de clara **relação privada** benéficamente estabelecida entre partes privadas com o intuito de melhor posicionamento de mercado e aumento da competitividade, objetivos privilegiados pelo **princípio da livre concorrência**.

Também nesse sentido, nota-se que o **equilíbrio do mercado** de serviços de internet poderia ser severamente afetado com as prerrogativas que a Anatel concedeu a si própria, uma vez que os atores envolvidos poderiam ter suas estratégias de mercado **expostas indiscriminadamente**, ante uma inconstitucional submissão regulatória.

A atual postura da Anatel vai pela contramão do que aconselham as melhores práticas internacionais quanto ao tratamento dos serviços de internet, no sentido de que os serviços prestados com base na internet estejam livres de regulação estatal, como medida de favorecimento à **competição** e à **inovação** — orientação também incorporada pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.695/2014).

Na linha do que já previam recomendações anteriores, a União Internacional de Telecomunicações/ONU aprovou recentemente nova orientação sobre o tratamento legal dos serviços OTT, cuja redação foi proposta, veja-se, pela **delegação brasileira**.

O texto aprovado consolida o entendimento de que os serviços de internet devem **continuar** protegidos da regulação estatal aplicável aos serviços de telecomunicação, num contexto de limitação



cada vez maior ao espaço destinado à regulação de tais atividades. Veja-se, por oportuno, matéria de veículo especializado no tema:

“É o primeiro documento normativo da UIT que cita explicitamente o conceito de OTT e isso tem um significado grande porque é a primeira definição em caráter global aprovada por estados membros, pelos governos e também pelo setor privado”, ressalta o **superintendente de competição da Anatel**, Abraão Balbino e Silva, que **preside um dos comitês do grupo de estudos da UIT** sobre questões de economia e política regulatória.

[...] Segundo Silva, “essa recomendação diz basicamente como os Estados devem estabelecer um ecossistema colaborativo entre as OTTs e as operadoras do ambiente de telecomunicações tradicional. Ela reconhece o papel dinâmico e inovador das OTTs no estímulo à demanda das redes de telecomunicações”.

Mais do que isso, a tônica da recomendação internacional é no sentido **da redução da carga regulatória** que incide sobre os serviços de telecomunicações tradicionais. “**No lugar de regular OTTs, tem que desregular telecom**”, resume o superintendente de competição da Anatel.<sup>13</sup>

Observa-se que a postura da Agência é completamente **contraditória**, dado que defende junto aos órgãos internacionais a flexibilização da regulação tanto da internet como dos serviços de telecomunicações, enquanto, no plano nacional, busca criar competências regulatórias de forma inconstitucional para atuar sobre os prestadores SVA/OTT.

Dessa forma, não há razões — tampouco fundamentos jurídicos — que justifiquem a imposição de entraves regulatórios aos prestadores de serviços estruturados na internet.

Tal providência que configura, em verdade, indiscutível **violação** aos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, preceitos constitucionais basilares da atividade econômica privada, onde se inserem os serviços de valor adicionado/OTT.

---

<sup>13</sup> Disponível em <  
<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infolid=47953&sid=4>>. Acessado em 04.09.2018.

## VII. DA MEDIDA CAUTELAR

No presente caso, impõe-se o deferimento de medida cautelar para que seja imediatamente suspensa a Resolução Anatel n. 693/2018, uma vez que presentes os requisitos da **plausibilidade do direito** e do **perigo na demora**, já amplamente demonstrados no decorrer da peça.

A plausibilidade do direito está plenamente demonstrada nas razões expostas. Isso porque os dispositivos impugnados conduzem à exacerbação das competências regulamentares da Anatel, uma vez que a **natureza dos agentes prestadores de serviço de valor adicionado** — usuários relevantes das redes de telecomunicações — **não se encontra dentro do âmbito regulatório da Agência**, em patente violação aos princípios da separação dos poderes (art. 2º da CF), da legalidade (art. 5º, II, da CF) e do devido processo legislativo (art. 5º, LIV, da CF).

Sob outro enfoque, nota-se que a pretensão do Poder Público em implementar regulação — devassando contratos e “dirimindo conflitos” — sobre as **relações eminentemente privadas** entre as partes abarcadas pelo art. 64-A do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações configura indiscutível violação aos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência (art. 170, *caput* e IV, da CF).

Como visto, a indevida interferência da Anatel em contratos privados pode resultar não apenas em **distorções no mercado de internet**, ambiente marcadamente excluído da seara regulatória, como também constituir barreiras burocráticas à **inovação e competitividade** de tais atividades.

O perigo da demora, por sua vez, também é evidente. No atual cenário, é **iminente** a possibilidade de que a Anatel venha a exercer as competências que inconstitucionalmente conferiu a si própria, o que configuraria providência extremamente danosa ao mercado dos serviços de internet.

A adoção das práticas previstas nos dispositivos impugnados poderá levar à indevida exposição de informações contratuais sensíveis, causando insegurança jurídica às partes envolvidas e inquestionável desequilíbrio econômico no setor.

Ademais, a imposição de inconstitucional burocracia sobre os serviços OTT pode **excluir o país** de futuras atualizações tecnológicas ou, até mesmo, **afastar atuais prestadores de serviço**, ante o receio de enfrentamento a uma regulação absolutamente contrária aos princípios que regem os serviços e aplicações de internet.

Portanto, necessário que seja concedida medida liminar para suspender imediatamente os efeitos do art. 8º da Resolução Anatel n. 693/2018, que promoveu alterações inconstitucionais no Regulamento dos Serviços de Telecomunicações. Assim, restarão preservados os princípios da legalidade, da separação dos poderes, do devido processo legislativo, bem como os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, até decisão final de mérito pelo Plenário deste eg. Supremo Tribunal Federal.

## VIII. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, em razão das graves violações a preceitos fundamentais da Constituição Federal perpetradas pelos dispositivos ora impugnados, requer-se seja conhecida a presente ADPF para que:

- a) Liminarmente, presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a concessão *initio litis* e com eficácia *erga omnes*, nos termos do art. 5º, *caput* e § 1º da Lei n. 9.882/1999, seja concedida **medida cautelar**, determinando a imediata suspensão da eficácia dos §§ 1º e 2º do art. 64-A do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, incluída na Resolução n. 73/1998 da Agência Nacional de Telecomunicações pelo art. 8º da Resolução Anatel n. 693, de 17 de julho de 2018;

b) quando julgado o mérito definitivo da questão, seja confirmada a medida cautelar e julgada procedente a ação para, reconhecendo a lesão aos preceitos fundamentais da legalidade, da separação dos poderes, do devido processo legislativo, da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, declarar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos.


Requer-se que as intimações referentes ao feito sejam realizadas **exclusivamente** em nome do advogado **Rafael de Alencar Araripe Carneiro**, OAB/DF n. 25.120, sob pena de nulidade.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 100,00 (cem reais), para meros efeitos contábeis.

Nestes termos, pede deferimento.  
Brasília, 16 de outubro de 2018.



Rafael de Alencar Araripe Carneiro  
OAB/DF 25.120



Felipe Santos Correa  
OAB/DF 53.078



Caio Vinícius Araújo de Souza  
OAB/DF 59.109