

RECURSO ESPECIAL Nº 1.275.859 - DF (2011/0211492-8)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL**
PROCURADOR : **MARCO ANDRÉ BRETA ANANIAS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA - GVT**
ADVOGADO : **EDUARDO MOLAN GABAN E OUTRO(S)**
INTERES. : **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE - "AMICUS CURIAE"**

EMENTA

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

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

2. Os recursos especiais 1.334.843/DF, 1.275.859/DF e 1.171.688/DF, todos submetidos a minha relatoria, são conexos porque resultantes do inconformismo em face da mesma decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal no âmbito da ação ordinária nº 2007.34.00.027093-3. Por essa razão, nos termos do art. 105 do Código de Processo Civil, devem as presentes demandas serem julgadas simultaneamente, a fim de evitar decisões contraditórias entre si.

3. A indústria de telecomunicações é, essencialmente, uma indústria estruturada em rede. Assim, cada empresa que atua neste mercado relevante necessita de uma rede para funcionar, ou seja, de uma infraestrutura necessária à prestação de serviços de telecomunicações. Não obstante seja admissível a hipótese teórica de que cada empresa prestadora de serviços de telecomunicações possa possuir a sua

própria infraestrutura, esta afirmação não se faz crível no mundo concreto, tendo em vista, notadamente, os altíssimos custos em que incorreriam as empresas prestadoras deste serviço público para a duplicação destas infraestruturas, o que, aliado ao fato de o nosso país possuir dimensões continentais, inviabilizaria o alcance da universalização dos serviços de telecomunicações.

4. Embora seja possível que cada *player* possua sua própria rede, por questões de racionalidade econômica e de políticas públicas de universalização do mercado de telecomunicações, para que os usuários das redes possam falar entre si é preciso que tenha sido implementada a interconexão entre todas as redes existentes. Assim, para o usuário de uma rede da operadora "A" poder falar com o usuário de outra rede, por exemplo, a rede da operadora "B", é necessário que estas duas redes estejam interconectadas. Sem esta interconexão, os usuários de uma rede ficam limitados a se comunicar tão somente com os outros consumidores da sua própria rede.

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

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

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

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

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

10. Esta prática, no entanto, pode ter efeitos maléficos para as condições de concorrência no setor, bem como para o consumidor final. Isso porque, salvo a possibilidade expressamente prevista em lei referente à concessão de descontos, este custo é normalmente repassado para a composição da tarifa final que deve ser paga pelo usuário do sistema de telefonia. Neste sentido, na mesma orientação do parecer exarado pela então Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - atualmente incorporada ao CADE por força da Lei 12.529/2011 - na qualidade de *amicus curiae*, este é o posicionamento de recente estudo publicado no sítio eletrônico do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), ação oficial do Poder Executivo que vem sendo implementada por intermédio da Casa Civil.

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

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

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

14. **Da violação do art. 535 do CPC:** A análise do acórdão recorrido, bem como dos embargos de declaração, deixa claro que o Tribunal *a quo* se manifestou de forma suficientemente clara e fundamentada, solucionando todos os pontos necessários a solução da *quaestio*. Assim, tendo sido abordados todos os aspectos essenciais para o deslinde da controvérsia, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente. Precedentes do STJ.

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

Superior Tribunal de Justiça

envolvidos.

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

17. Esta observação tem relevância para o deslinde da presente controvérsia, na medida em que nem a Lei das Agências Reguladoras (Lei 9.986/2000), tampouco a Lei Geral de Telecomunicações excluiu a possibilidade de revisão dos atos administrativos - quanto à legalidade e legitimidade - praticados por estas agências de regulação setorial. Entendimento em sentido contrário implicaria em assumir o ilógico de que os litigantes em contendas administrativas não possam usufruir de seu direito individual fundamental de recorrer a um terceiro imparcial - o Estado Juiz - para ver solucionados seus conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida.

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

19. **Da violação dos arts. 128, 267, VI, e 460, do Código de Processo Civil:** No caso em concreto, exsurge a presença das condições da ação a autorizar o prosseguimento da demanda. Isso porque não há também previsão de que os recursos interpostos tenham efeito suspensivo. Tanto é assim que, apesar dos pedidos de reconsideração formulados, bem como do próprio pedido de anulação do *decisum* de conclusão do processo de arbitragem, a decisão do processo de arbitragem decisão continua válida e cogente, embora com efeitos *inter partes*. Há, portanto, interesse processual no ingresso da presente demanda.

20. Nas estreitas vias do recurso especial, cabe ressaltar que tendo a parte ora recorrida - a GVT - expressamente requerido na peça inicial a antecipação dos efeitos da tutela, consistente na modificação dos valores que lhe são cobrados a título de VU-M, não há que se falar em julgamento *extra petita*, por ter sido tal pedido deferido em via de antecipação dos efeitos da tutela. Assim, não há julgamento *extra petita* quando a decisão se restringe aos limites definidos pelo pedido da petição inicial, razão pela qual não há que se falar na nulidade pretendida. Por fim, conforme muito bem salientado pelo Ministério Público Federal, consta na inicial vários outros pedidos de mérito - que não se resumem tão somente à liminar pleiteada - os quais devem ser analisados pelo Juízo *a quo* após a regular instrução do feito.

21. Há interesse processual no ingresso da presente demanda, a qual se mostra necessária, adequada e conveniente para a tutela dos interesses expostos tanto na

Superior Tribunal de Justiça

petição inicial, quanto nas demais manifestações elaboradas pela GVT. É óbvio, contudo, que sendo o direito de ação instrumental e abstrato, o direito discutido ainda não foi reconhecido na esfera judicial, visto que estamos tratando - tão somente - de decisão que antecipou os efeitos da tutela, dotada, por isso mesmo, dos atributos da transitoriedade e precariedade.

22. Ainda que assim não fosse, de acordo com a teoria da asserção, conforme jurisprudência desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se inserem a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz, essencialmente, das alegações feitas pelo autor na inicial. Precedentes: REsp 1052680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 06/10/2011; AgRg no REsp 668.552/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 10/08/2012; e, AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012.

23. Na estreita via do recurso especial, cabe ressaltar que tendo a parte ora recorrida - a GVT - expressamente requerido na peça inicial a antecipação dos efeitos da tutela consistente na modificação dos valores que lhe são cobrados a título de VU-M, não há que se falar em julgamento *extra petita* por ter sido tal pedido deferido em via de liminar. Assim, não há julgamento *extra petita* quando a decisão se restringe aos limites definidos pelo pedido da petição inicial, razão pela qual não há que se falar na nulidade pretendida.

24. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região), os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.275.859 - DF (2011/0211492-8)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL**
PROCURADOR : **MARCO ANDRÉ BRETA ANANIAS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA - GVT**
ADVOGADO : **EDUARDO MOLAN GABAN E OUTRO(S)**
INTERES. : **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE - "AMICUS CURIAE"**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, pela AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL - em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado (fls. 1.385/1.386):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO QUE SE AFASTA. PRETENDIDA REDUÇÃO DO VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M).

1. No que concerne à preliminar de perda do objeto deste agravo, cumpre repeli-la, por inconsistente, dado que, se é certo que o pedido de liminar formulado pela GVT consiste na fixação pelo órgão judicial de um valor provisório que remunere o uso da rede móvel, até a superveniência de decisão definitiva em instância administrativa, a ser proferida pela Anatel em processo de arbitragem, não há dúvida de que remanesce o interesse da parte autora (GVT) em prosseguir com a demanda enquanto não vier a ocorrer o exaurimento da discussão na seara da Administração, o que, efetivamente, ainda não ocorreu, pois pendem de julgamento recursos interpostos pelas partes envolvidas na arbitragem.

2. O art. 152 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT) elegeu, como critério para remuneração do serviço de interconexão (operação que permite sejam efetuadas ligações entre usuários de operadoras de telefonia-diferentes), um valor isonômico e justo que atenda ao estritamente necessário para remunerar a prestação do serviço. A Anatel, à sua vez, ao dar fiel execução ao citado art. 152, entre outros, da Lei 9.472/97, instituiu o modelo de custos como referência para a resolução de conflitos relacionados à pactuação do VU-M. Daí extrai-se, de forma nítida, a conclusão de que o preço justo do VU-M seria o que refletisse os custos de realização da operação de terminação da chamada sem gerar lucros para as operadoras de telefonia celular.

3. Enfocando o tema sob a ótica da ordem econômica, instituída no ordenamento constitucional, é de se ter presente que ela tem em vista a observância de alguns princípios entre os quais devem ser destacados os concernentes à função social da propriedade privada, à livre concorrência, à livre iniciativa, inclusive à busca do pleno emprego. Esta observação objetiva trazer à baila a questão relativa à possível existência de prejuízo por parte das operadoras de telefonia fixa (Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC), no que tange às ligações realizadas por seus usuários para as operadoras de serviço móvel, (ligações tarifadas como VC-1, cfr. Nota Técnica - Anatel, divulgada pelo Informe 329/2007 - PBCTA/PBCP).

Superior Tribunal de Justiça

4. Acresce observar, nesse contexto, que as operadoras de telefonia móvel possuem margem de negociação que lhes permite realizar promoções nas quais cobram do consumidor final pela ligação entre usuários da mesma operadora (ex.: ligação de TIM para TIM, de Vivo para Vivo, de Claro para Claro etc.) o denominado preço de público (que compreende o valor cobrado pela originação da chamada somado ao valor cobrado pela sua-terminação), bastante inferior ao que é cobrado apenas pela operação de terminação. Isso demonstra que, na realidade, o valor pago a título de VU-M é bem superior ao verdadeiro custo da operação de interconexão, o que refoge à intenção do legislador expressa no art. 152 da LGT.
5. Como se observa pelos documentos que instruem os autos, o lucro obtido com o VU-M constitui um dos principais fatores que permite o oferecimento de vantagens e promoções por parte da telefonia celular, reduzindo o número de consumidores interessados em adquirir telefones fixos, afetando, portanto, o equilíbrio concorrencial entre telefonia fixa e celular.
6. Justifica-se, pelos fundamentos expostos, a outorga de tutela cautelar que assegura à operadora de telefonia fixa, ora Agravada, o direito de pagar às operadoras de telefonia móvel um preço de VU-M inferior ao que lhe é cobrado, depositando, porém, em Juízo, a diferença.
7. Agravo de instrumento da Anatel a que se nega provimento.

Acórdãos dos embargos de declaração (fls. 1.405/1.408).

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente aduz a ocorrência das seguintes violações: (a) **do art. 535 do CPC**, por entender não terem sido sanadas as omissões suscitadas nos embargos de declaração opostos perante o Tribunal *a quo*; (b) **dos arts. 152 e 153, caput, e § 2º da Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97** -, sob o argumento de que não cabe ao Poder Judiciário substituir a regulamentação expedida pela ANATEL no exercício de sua regular competência de regular o processo de arbitragem bem como o respectivo critério de resolução de conflitos, no que concerne à determinação do VU-M. Nesse ponto, aduz que foi aprovada a Resolução nº 438/2006 - integrada pela Resolução nº 480/2007 - por meio das quais entendeu como razoável a implantação, a partir do ano de 2010, do Modelo de Custos Totalmente Alocados - FAC para a determinação do RVU-M. Considera que esta decisão, dada seu alto grau técnico, não pode ser revista pelo Poder Judiciário, em face da ausência de flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade; e, (c) **dos arts. 128, 267, VI, e 460, todos estes do Código de Processo Civil**, tendo em vista a ocorrência de julgamento *extra petita*, bem como a falta de condição da ação em vista da perda superveniente de objeto, tendo em vista que a ANATEL fixou, por arbitragem, o valor almejado.

Contrarrazões (fls. 1.439/1.482).

Decisão de admissibilidade do recurso especial (fl. 1.485).

Manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na qualidade de

Superior Tribunal de Justiça

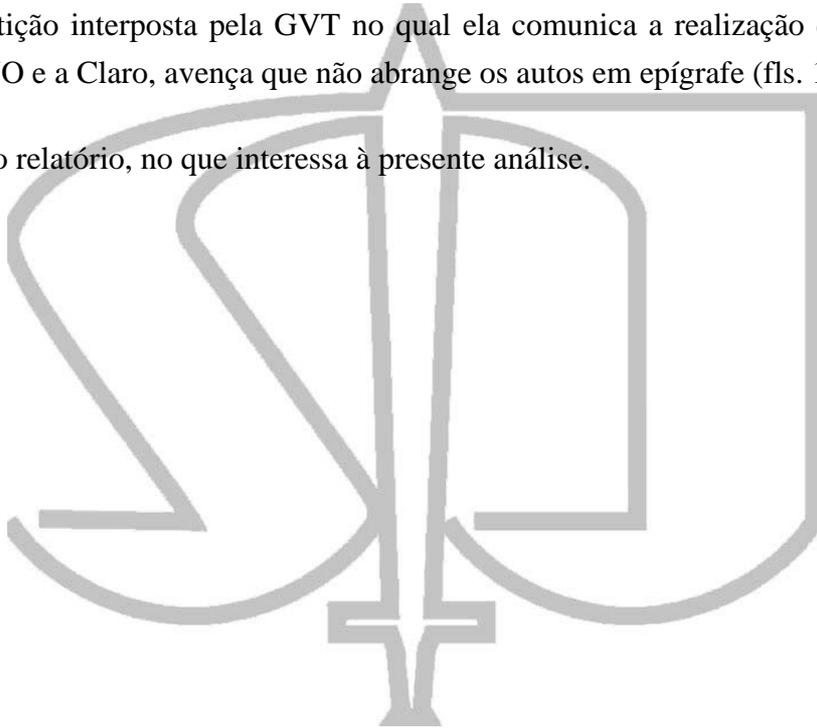
amicus curiae (fls. 1.497/1.567).

Manifestação da parte recorrente informando o teor do Despacho nº 11.882/2010-CD, por meio do qual, no âmbito do processo de arbitragem ali instaurado, conheceu o pedido de reconsideração da GVT e, no mérito, negou-lhe seguimento, bem como também conheceu do pedido de reconsideração parcial apresentado pela VIVO para dar-lhe parcial provimento (fls. 1.572/1.574).

Manifestação do Ministério Público Federal (fls. 1579/1588).

Petição interposta pela GVT no qual ela comunica a realização de possível acordo entre a VIVO e a Claro, avença que não abrange os autos em epígrafe (fls. 1591/1596).

É o relatório, no que interessa à presente análise.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.275.859 - DF (2011/0211492-8)

EMENTA

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

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

2. Os recursos especiais 1.334.843/DF, 1.275.859/DF e 1.171.688/DF, todos submetidos a minha relatoria, são conexos porque resultantes do inconformismo em face da mesma decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal no âmbito da ação ordinária nº 2007.34.00.027093-3. Por essa razão, nos termos do art. 105 do Código de Processo Civil, devem as presentes demandas serem julgadas simultaneamente, a fim de evitar decisões contraditórias entre si.

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

4. Embora seja possível que cada *player* possua sua própria rede, por questões de racionalidade econômica e de políticas públicas de universalização do mercado de

Superior Tribunal de Justiça

telecomunicações, para que os usuários das redes possam falar entre si é preciso que tenha sido implementada a interconexão entre todas as redes existentes. Assim, para o usuário de uma rede da operadora "A" poder falar com o usuário de outra rede, por exemplo, a rede da operadora "B", é necessário que estas duas redes estejam interconectadas. Sem esta interconexão, os usuários de uma rede ficam limitados a se comunicar tão somente com os outros consumidores da sua própria rede.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14. **Da violação do art. 535 do CPC:** A análise do acórdão recorrido, bem como dos embargos de declaração, deixa claro que o Tribunal *a quo* se manifestou de forma suficientemente clara e fundamentada, solucionando todos os pontos necessários a solução da *quaestio*. Assim, tendo sido abordados todos os aspectos essenciais para o deslinde da controvérsia, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente. Precedentes do STJ.

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

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

17. Esta observação tem relevância para o deslinde da presente controvérsia, na

medida em que nem a Lei das Agências Reguladoras (Lei 9.986/2000), tampouco a Lei Geral de Telecomunicações excluiu a possibilidade de revisão dos atos administrativos - quanto à legalidade e legitimidade - praticados por estas agências de regulação setorial. Entendimento em sentido contrário implicaria em assumir o ilógico de que os litigantes em contendas administrativas não possam usufruir de seu direito individual fundamental de recorrer a um terceiro imparcial - o Estado Juiz - para ver solucionados seus conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida.

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

19. **Da violação dos arts. 128, 267, VI, e 460, do Código de Processo Civil:** No caso em concreto, exsurge a presença das condições da ação a autorizar o prosseguimento da demanda. Isso porque não há também previsão de que os recursos interpostos tenham efeito suspensivo. Tanto é assim que, apesar dos pedidos de reconsideração formulados, bem como do próprio pedido de anulação do *decisum* de conclusão do processo de arbitragem, a decisão do processo de arbitragem decisão continua válida e cogente, embora com efeitos *interpartes*. Há, portanto, interesse processual no ingresso da presente demanda.

20. Nas estreitas vias do recurso especial, cabe ressaltar que tendo a parte ora recorrida - a GVT - expressamente requerido na peça inicial a antecipação dos efeitos da tutela, consistente na modificação dos valores que lhe são cobrados a título de VU-M, não há que se falar em julgamento *extra petita*, por ter sido tal pedido deferido em via de antecipação dos efeitos da tutela. Assim, não há julgamento *extra petita* quando a decisão se restringe aos limites definidos pelo pedido da petição inicial, razão pela qual não há que se falar na nulidade pretendida. Por fim, conforme muito bem salientado pelo Ministério Público Federal, consta na inicial vários outros pedidos de mérito - que não se resumem tão somente à liminar pleiteada - os quais devem ser analisados pelo Juízo *a quo* após a regular instrução do feito.

21. Há interesse processual no ingresso da presente demanda, a qual se mostra necessária, adequada e conveniente para a tutela dos interesses expostos tanto na petição inicial, quanto nas demais manifestações elaboradas pela GVT. É óbvio, contudo, que sendo o direito de ação instrumental e abstrato, o direito discutido ainda não foi reconhecido na esfera judicial, visto que estamos tratando - tão somente - de decisão que antecipou os efeitos da tutela, dotada, por isso mesmo, dos atributos da transitoriedade e precariedade.

22. Ainda que assim não fosse, de acordo com a teoria da asserção, conforme jurisprudência desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se inserem a

possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz, essencialmente, das alegações feitas pelo autor na inicial. Precedentes: REsp 1052680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 06/10/2011; AgRg no REsp 668.552/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 10/08/2012; e, AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012.

23. Na estreita via do recurso especial, cabe ressaltar que tendo a parte ora recorrida - a GVT - expressamente requerido na peça inicial a antecipação dos efeitos da tutela consistente na modificação dos valores que lhe são cobrados a título de VU-M, não há que se falar em julgamento *extra petita* por ter sido tal pedido deferido em via de liminar. Assim, não há julgamento *extra petita* quando a decisão se restringe aos limites definidos pelo pedido da petição inicial, razão pela qual não há que se falar na nulidade pretendida.

24. Recurso especial a que se nega provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Conheço do presente recurso especial, porquanto presentes seus requisitos de admissibilidade recursal.

Conforme relatado, o presente recurso especial diz respeito a *querela* instaurada entre a ANATEL e a GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA - GVT - no que pertine ao preço do Valor de Remuneração de Uso de Rede do SMP - doravante "VU-M"-, o qual, conforme será detalhado adiante, em síntese, constitui tarifa de interconexão que deve ser paga por uma concessionária às outras em razão da utilização de suas redes de telecomunicações.

Dada a relevância do tema, que impacta diretamente na vida dos milhões de consumidores usuários dos sistemas de telefonia no Brasil, antes de se adentrar ao mérito da demanda *sub examine*, relevante se faz tecer algumas considerações a respeito dos seguintes tópicos, quais sejam:

(a) da conexão do presente recurso especial com outros que estão em trâmite neste Superior Tribunal de Justiça sob minha relatoria;

(b) das características dos setores econômicos em análise, sobretudo

acerca da presença ou não da livre iniciativa e livre concorrência neste mercado, ante a competência da ANATEL para regular o setor de telecomunicações brasileiro, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97); e,

(c) da regulação desenvolvida pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL - no mercado de interconexão em chamadas de fixo para móvel.

Estes temas integram, essencialmente, a *ratio decidendi* das conclusões que aqui serão obtidas, razão pela qual entendo ser necessária a abordagem dos mesmos, nos termos a seguir delineados. É o que se passa a fazer.

I - Do pedido de adiamento do julgamento do presente processo

Antes de iniciar o julgamento das questões colocadas no recurso especial *sub examine*, gostaria de destacar que, em 23.11.2012, a parte ora recorrida - GVT - protocolizou no âmbito dos autos em epígrafe a petição de fls. 1591/1596, na qual informa que teria sido realizado um acordo entre as partes, o que colocaria fim ao processo, com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC.

Ocorre que, melhor analisando o teor do acordo, verifico que esta petição foi protocolizada de forma inadvertida nos autos, visto que nele consta como acordantes, respectivamente, além da GVT, VIVO S.A., TELEMIG CELULAR S.A (fls. 1594/1596) e CLARO S/A e AMERICEL S/A (fls.1592/1593). É evidente, portanto, que o referido acordo não abrange o recurso especial em epígrafe, razão pela qual não há que se falar na pertinência do pedido *sub examine* com a matéria discutida nos presentes autos.

Observo, ainda, que este comportamento de pedir, de forma injustificada, o adiamento do julgamento, sem que tal pedido seja fundamentado em razões consistentes, já o foi praticado em outras oportunidades pela GVT no âmbito do recurso especial 1.171.688/DF, que é conexo aos presentes autos.

Neste sentido, cabe advertir expressamente às partes que comportamentos como esse, de cunho manifestamente protelatório, pode ensejar a aplicação de sanções previstas no Código de Processo Civil a título de litigância de má fé, bem como outras que estejam previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Feita esta primeira observação, passo à análise do mérito do recurso especial.

II - Da conexão do presente recurso especial com os REsp nº 1.171.688/DF e 1.334.843/DF, todos em trâmite neste Sodalício sob minha relatoria:

Tramita no Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal a ação ordinária nº 2007.34.00.027093-3, cuja autora é a GLOBAL VILLAGE TELECOM em face dos seguintes requeridos:(a) AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES; (b) TIM; (c) CLARO; (d) TELEMIG CELULAR; (e) BRT GSM; (f) CTBC CELULAR; (g) SERCOMTEL CELULAR; (h) VIVO; e, (i) OI. (Informações disponíveis em <<http://processual.trf1.gov.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200734000270933&sec=DF&enviar=Pesquisar>>. Acesso em 12.11.2012).

No âmbito dos autos supramencionados, foi proferida a seguinte decisão, em sede de antecipação de tutela:

Trata-se de pedido formulado pela GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA. - GVT, a fim de que este Juízo reconsidere a decisão proferida às fls. 1333/1339, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Consigno, inicialmente, que embora tenha indeferido o pedido antecipatório, não deixei de reconhecer a plausibilidade do direito alegado pela autora, quando na decisão em tela sustentei, dentre outros fundamentos, que a LGT, ao tratar da remuneração dos serviços de interconexão, o fez de modo a assegurar seu provimento em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Naquele momento, os pedidos cautelares formulados eram no sentido de revisão dos valores utilizados para remuneração da rede móvel (VU-M) pugnano pela fixação por esse Juízo, sem a prévia produção de prova pericial, de valores outros, inferiores aos cobrados pelas operadoras de SMP (atualmente num patamar médio de R\$ 0,393 líquidos de impostos - fl. 14)

Em emenda à inicial, a GVT requereu a fixação cautelar de valor de VU-M em: R\$0,23 para a TIM; R\$0,17 para a CLARO e para a OI; R\$ 0,24 para a VIVO; e, também, de R\$0,24 para as Rés TELEMIG CELULAR, BRT GSM, CTBC CELULAR E SERCOMTEL CELULAR. Remanesçam, também os pedidos alternativos de R\$ 0,1892, conforme estudo feito pela *Price Waterhouse*; de R\$ 0,2899, suficiente para estancar os prejuízos sofridos pela autora.

Vem agora, em pedido de reconsideração, oferecer uma via alternativa, que não resulte necessariamente na revisão do valor do VU-M, mas no "depósito em juízo das diferenças de valores entre a VU-M arbitrada cautelarmente por V.Exa. e a VU-M atual", objetivando, com essa medida, impedir que as rés "continuem usufruindo desse numerário para subsidiar as práticas ilegais que vêm desenvolvendo e que tanto prejudicam a Autora", tendo referida medida "o condão de abreviar a Autora da penosa "via crucis" de pedir sua repetição perante as rés ao cabo dessa demanda, vindo ela ser julgada procedente".

É inegável que, devido à alta complexidade da demanda, a realização da perícia, indispensável para a fixação de um valor de VU-M seguro e isento, é medida que se impõe.

Entretanto, é também incontroverso que as operadoras de SMP, distanciadas do modelo de custos apontado pela LGT, vêm utilizando o VU-M como fonte de

Superior Tribunal de Justiça

receita, fato este reconhecido nos autos, sendo que a própria ANATEL, em documento técnico juntado aos autos pela GVT, reconhece que as operadoras de telefonia fixa estão, no quadro atual, trabalhando com prejuízos no que tange às ligações realizadas por seus usuários para as operadoras de serviço móvel (especificamente as ligações tarifadas como VC-1), QUE PODEM CHEGAR A UM PREJUÍZO DE ATÉ R\$0,10 (dez centavos) POR MINUTO DE LIGAÇÃO.

Ao proferir a decisão de fls. 1.333/1.339, aduzi, em forma de questionamentos, que a postergação da resolução dos inúmeros conflitos já instaurados perante a Agência Reguladora, somente a partir de 2010, poderia colocar em risco a livre concorrência entre os diversos atores do sistema de telecomunicações, na medida em que a perpetuação, do sistema de precificação atual, sem a direta e conclusiva intervenção da Agência Reguladora, poderá causar dano irreparável a um dos lados da relação, qual seja, o deficitário, até mesmo com a possibilidade de sua retirada do mercado.

De outra parte, bem como asseverou a autora em seu pedido de reconsideração, devido à complexidade da matéria, a realização da perícia judicial poderá até mesmo ultrapassar o ano de 2010, o que poderá agravar ainda mais a sua situação, caso a solução a ser adotada pela ANATEL seja simplesmente esperar a solução final desta lide, pois a Resolução nº 480, de 11/08/2007, não definiu data certa para a fixação do Valor de Referência de VU-M (RVU-M), nos termos do art. 14 da Resolução nº 438/2006, mas, tão somente, fixou um marco temporal a partir do qual deverá ser fixado o RVU-M (art. 4º - a partir de 2010).

Assim, é que tenho como razoável o pedido alternativo de reconsideração formulado, na medida em que se mantêm a remuneração indiscutível dos custos de operação das prestadoras de SMP quando realizam a interconexão com as operadoras de telefonia fixa, ficando depositado em Juízo a diferença desse valor cautelar e o preço do VU-M atualmente cobrado pelas rés, operadoras do SMP.

Dessa forma, reconsidero a decisão de fls. 1.333/1.339 a fim de ANTECIPAR OS EFEITOS DA TUTELA, em CARÁTER CAUTELAR, fixando como VALOR CAUTELAR de VU-M a ser cobrado da autora pelas rés, operadoras de SMP, a quantia de R\$ 0,2899 por minuto de ligação VC-1 (líquido de impostos), valo este apontado pela autora como máximo a ser arcado para estancar a situação deficitária atual, devendo a diferença entre o valor suprafixado e o valor atualmente cobrado pelas rés a título de VU-M ser depositado em juízo.

Intimem-se. Citem-se.

(...)

Brasília/DF, 15 de outubro de 2007.

NAIBER PONTES DE ALMEIDA

Juiz Federal Substituto da 4º Vara/DF

Em face desta decisão, foi interposto pela parte ora recorrente o Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.025820-0/DF, que tramitou perante a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal *a quo*, tendo sido, naqueles autos, prolatado o acórdão a seguir ementado (fls. 1.385/1.386):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO QUE SE AFASTA. PRETENDIDA REDUÇÃO DO VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M).

1. No que concerne à preliminar de perda do objeto deste agravo, cumpre repeli-la, por inconsistente, dado que, se é certo que o pedido de liminar formulado pela GVT consiste na fixação pelo órgão judicial de um valor provisório que remunere

Superior Tribunal de Justiça

o uso da rede móvel, até a superveniência de decisão definitiva em instância administrativa, a ser proferida pela Anatel em processo de arbitragem, não há dúvida de que remanesce o interesse da parte autora (GVT) em prosseguir com a demanda enquanto não vier a ocorrer o exaurimento da discussão na seara da Administração, o que, efetivamente, ainda não ocorreu, pois pendem de julgamento recursos interpostos pelas partes envolvidas na arbitragem.

2. O art. 152 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT) elegeu, como critério para remuneração do serviço de interconexão (operação que permite sejam efetuadas ligações entre usuários de operadoras de telefonia-diferentes), um valor isonômico e justo que atenda ao estritamente necessário para remunerar a prestação do serviço. A Anatel, à sua vez, ao dar fiel execução ao citado art. 152, entre outros, da Lei 9.472/97, instituiu o modelo de custos como referência para a resolução de conflitos relacionados à pactuação do VU-M. Daí extrai-se, de forma nítida, a conclusão de que o preço justo do VU-M seria o que refletisse os custos de realização da operação de terminação da chamada sem gerar lucros para as operadoras de telefonia celular.

3. Enfocando o tema sob a ótica da ordem econômica, instituída no ordenamento constitucional, é de se ter presente que ela tem em vista a observância de alguns princípios entre os quais devem ser destacados os concernentes à função social da propriedade privada, à livre concorrência, à livre iniciativa, inclusive à busca do pleno emprego. Esta observação objetiva trazer à baila a questão relativa à possível existência de prejuízo por parte das operadoras de telefonia fixa (Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC), no que tange às ligações realizadas por seus usuários para as operadoras de serviço móvel, (ligações tarifadas como VC-1, cfr. Nota Técnica - Anatel, divulgada pelo Informe 329/2007 - PBCTA/PBCP).

4. Acresce observar, nesse contexto, que as operadoras de telefonia móvel possuem margem de negociação que lhes permite realizar promoções nas quais cobram do consumidor final pela ligação entre usuários da mesma operadora (ex.: ligação de TIM para TIM, de Vivo para Vivo, de Claro para Claro etc.) o denominado preço de público (que compreende o valor cobrado pela originação da chamada somado ao valor cobrado pela sua-terminação), bastante inferior ao que é cobrado apenas pela operação de terminação. Isso demonstra que, na realidade, o valor pago a título de VU-M é bem superior ao verdadeiro custo da operação de interconexão, o que refoge à intenção do legislador expressa no art. 152 da LGT.

5. Como se observa pelos documentos que instruem os autos, o lucro obtido com o VU-M constitui um dos principais fatores que permite o oferecimento de vantagens e promoções por parte da telefonia celular, reduzindo o número de consumidores interessados em adquirir telefones fixos, afetando, portanto, o equilíbrio concorrencial entre telefonia fixa e celular.

6. Justifica-se, pelos fundamentos expostos, a outorga de tutela cautelar que assegura à operadora de telefonia fixa, ora Agravada, o direito de pagar às operadoras de telefonia móvel um preço de VU-M inferior ao que lhe é cobrado, depositando, porém, em Juízo, a diferença.

7. Agravo de instrumento da Anatel a que se nega provimento.

Foram distribuídos a minha relatoria quatro outros recursos especiais, cuja causa de pedir se refere essencialmente à controvérsia quanto a fixação judicial dos valores de VU-M a serem cobrados da GVT pelas outras concessionárias de telefonia que são detentoras dos direitos de exploração da rede de telecomunicações. Destes quatro, observo que em dois houve pedido de desistência já homologado por este Relator (1.278.419 e 1.33.5848), sendo

Superior Tribunal de Justiça

que, por essa razão são conexos ao presente apenas dois recursos especiais, quais sejam:

(A) **Recurso Especial 1.334.843/DF**: distribuído em 20/07/2012, consta como recorrentes a **TIM CELULAR S.A.** e **TIM BRASIL SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S.A.** - e como recorrida a **GVT**, sendo a causa de pedir da demanda, em síntese, a discordância entre estas duas prestadoras de serviços de telefonia quanto aos valores cobrados pelas recorrentes à GVT a título de VU-M, em discussão no âmbito da ação ordinária nº 2007.34.00.027093-3; e,

(B) **Recurso Especial nº 1.171.688/DF**: consta como recorrente a **TIM CELULAR S/A** e como recorrida a **GVT**, sendo a causa de pedir da demanda, em síntese, a discordância entre estas duas prestadoras de serviços de telefonia quanto aos valores cobrados pela TIM à GVT a título de VU-M em discussão no âmbito da ação ordinária nº 2007.34.00.027093-3.

Para melhor visualização, a tabela abaixo:

PROTOCOLADO	RECORRENTE	RECORRIDO	CAUSA DE PEDIR
1.334.843/DF	TIM CELULAR S.A. TIM BRASIL SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S.A.	GVT	Discordância quanto aos valores cobrados à GVT a título de VU-M, em discussão no âmbito da ação ordinária nº 2007.34.00.027093-3.
1.171.688/DF	TIM CELULAR S/A.	GVT.	Discordância quanto aos valores cobrados à GVT a título de VU-M, em discussão no âmbito da ação ordinária nº 2007.34.00.027093-3.

OBS: Exceto os que já tiveram pedido de desistência homologado, nos termos já afirmado no presente voto.

Assim, a descrição acima efetuada, embora sintética, revela que os cinco recursos especiais mencionados, além de serem resultantes do inconformismo em face da mesma decisão acima transcrita, possuem também a mesma causa de pedir, embora cada uma apresente peculiaridades que devam ser devidamente analisadas em cada momento oportuno. Ainda assim, é inegável portanto a presença de conexão entre as demandas identificadas, **razão pela qual nos termos do art. 105 do Código de Processo Civil, devem as presentes demandas serem julgadas simultaneamente, a fim de evitar decisões contraditórias entre**

si.

III - Das características do setor econômico em análise

Ab initio, é de se destacar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - na qualidade de *amicus curiae* - trouxe relevantes contribuições para o deslinde da controvérsia em análise, embora o Processo Administrativo 08012.005801/2007-91 ainda não tenha ainda sido julgado definitivamente pela autarquia. Estes subsídios consubstanciam-se, essencialmente, no conteúdo do parecer exarado pela então Secretaria de Direito Econômico - hoje incorporada à referida autarquia em face da recente Lei 12.529/11 - no âmbito daquele Processo Administrativo, no qual foi realizado importante estudo quanto às características do setor econômico em análise (fls. 1497/1567). É de se ressaltar que o conteúdo do referido parecer que veio aos autos em epígrafe é de caráter público, sendo que as informações que aqui serão utilizadas não dizem respeito a nenhum dado comercialmente sensível das empresas envolvidas.

Nesse ponto, aproveito para fazer uma outra ressalva: as contribuições oferecidas pelo CADE tão somente serão utilizadas neste voto para subsidiar a análise do mercado, sendo que os pontos em questão no presente recurso especial são distintos daquelas que compõem o objeto de investigação do Processo Administrativo no âmbito daquela autarquia, não havendo qualquer relação com as conclusões que aqui serão alcançadas. Assim, vejamos.

A indústria de telecomunicações é, essencialmente, uma indústria estruturada em rede. Assim, cada empresa que atua neste mercado relevante necessita de uma rede para funcionar, ou seja, de uma infra-estrutura necessária à prestação de serviços de telecomunicações. Nesse sentido, vejamos o estudo "*O Modelo Brasileiro de Telecomunicações: Aspectos Concorrenciais e Regulatórios*" elaborado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF):

Transpondo esses conceitos para o setor de telecomunicações, percebe-se que a rede local é claramente um insumo essencial para as empresas prestadoras de serviços de telefonia fixa de longa-distância e operadores de telefonia móvel. Em primeiro lugar, na grande maioria das vezes, a interconexão com as redes locais é indispensável para a prestação de serviços de longa-distância.

Quando o usuário A faz uma ligação de longa-distância para B, uma operadora local transporta a chamada da residência do usuário A até a linha de transmissão da operadora de longa-distância, que por sua vez a entrega a uma outra operadora local, que transporta até a residência de B (ver Figura 1). Embora já existam alternativas tecnológicas para contornar as redes das operadoras locais, a sua aplicação se restringe a algumas regiões (em geral, com maior concentração de

Superior Tribunal de Justiça

clientes corporativos ou com maior densidade populacional). (Disponível em www.seae.fazenda.gov.br/central.../doctrab18.pdf - Acesso em 23.08.12, p. 13 do estudo)

Conforme trecho acima, não obstante seja admissível a hipótese teórica de que cada empresa prestadora de serviços de telecomunicações possa possuir a sua própria infraestrutura de rede, esta afirmação não se faz crível no mundo concreto, tendo em vista, notadamente, os altíssimos custos que incorreriam as empresas prestadoras deste serviço público para a duplicação destas infraestruturas, aliado ao fato de o nosso país possuir dimensões continentais, o que inviabilizaria o alcance da universalização dos serviços de telecomunicações.

Portanto, embora seja crível que cada *player* possua sua própria rede, por questões de racionalidade econômica e de políticas públicas de universalização do mercado de telecomunicações, para que todos os usuários de todas as redes possam falar entre si é preciso que tenha sido implementada a interconexão entre todas as redes existentes. Assim, por exemplo, para o usuário de uma rede da operadora "A" poder falar com o usuário de outra rede, por exemplo, a rede da operadora "B", é necessário que estas duas redes estejam interconectadas. Sem a interconexão entre as redes, os usuários de uma rede ficam limitados a se comunicar com os outros usuários da sua própria rede.

Neste sentido, vejamos as seguintes definições expostas no anexo à Resolução nº 410, de 11 de julho de 2005, emitido pela Agência Nacional de Telecomunicações:

I - Área Local: área de prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado, na modalidade local definida nos termos da regulamentação;

II - Certificação: reconhecimento, por parte da Anatel, da compatibilidade de determinado produto frente aos Regulamentos Técnicos e Normas Técnicas adotados pela Anatel;

III - E1: circuito operando a 2,048 Mbit/s utilizado para a transmissão de 30 (trinta) canais de voz ou dados a 64 kbit/s, de um canal de 64 kbit/s de sinalização e de um canal de 64 kbit/s de alinhamento de quadro e supervisão;

IV - Elemento de Rede: facilidade ou equipamento utilizado no provimento de Serviços de Telecomunicações;

V - Interconexão: ligação de 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;

VI - Ponto de Interconexão: Elemento de Rede empregado como ponto de entrada ou saída para o tráfego a ser cursado na Interconexão com outra rede, constituindo o ponto de referência para definição dos deveres e obrigações de cada uma das partes envolvidas no contrato de interconexão;

VII - Ponto de Presença para Interconexão: Elemento de Rede empregado como acesso remoto de um Ponto de Interconexão, tornando-se o ponto de referência para definição dos deveres e obrigações de cada uma das partes envolvidas no

Superior Tribunal de Justiça

contrato de interconexão;

VIII - Rede de Telecomunicações: conjunto operacional contínuo de circuitos e equipamentos, incluindo funções de transmissão, comutação, multiplexação ou quaisquer outras indispensáveis à operação de Serviço de Telecomunicações;

IX - Serviço de Telecomunicações: conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação;

X - Usuário: pessoa natural ou jurídica que utiliza Serviço de Telecomunicações;

XI - Serviço de Valor Adicionado: 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. (Disponível em <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?codigoDocumento=110527>). Acesso em 12.11.2012 - Grifamos)

Não obstante, por ser um ativo comercial e representar a utilização da infraestrutura alheia, no Brasil é possibilitada a cobrança pelo uso destas redes por parte da terceira concessionária. As taxas de interconexão entre as redes, desde que não discriminatórias ou nocivas ao ambiente de liberdade de iniciativa concorrencial instaurado entre as concessionárias de telefonia, podem variar de acordo com as características da rede envolvida. De acordo com o informado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, duas podem ser estas taxas cobradas, quais sejam:

(a) **Taxa de interconexão em chamadas de móvel para fixo (TU-RL)**: tarifa cobrada pelas concessionárias de telefonia fixa para a utilização de sua rede local para originação ou terminação por outras empresas. ; e,

(b) **Taxa de interconexão em chamadas de fixo para móvel (VU-M)**: que é devido pelas empresas de serviços de telecomunicações quando se conectam às redes de prestadoras móveis.

Tendo em vista os fins a que se destina o presente voto, destaca-se que o VU-M é cobrado por unidade de tempo e seu valor é pactuado entre a companhia que detém a rede e a que precisa utilizá-la, desde que observados impostos pelo órgão de regulação setorial, no caso, a ANATEL. Sobre este ponto, sempre tendo como norte a solução da controvérsia posta em análise nos recursos especiais mencionados, indaga-se: **qual a margem de liberdade dos agentes econômicos na pactuação, entre si, dos valores a título de VU-M para fins de compartilhamento das infraestruturas de rede de interconexão?**

O parecer exarado pela então SDE é assertivo ao afirmar que, desde 2004, "*o preço do VU-M é livremente negociado entre as operadoras e não reflete o custo do uso da rede*, Documento: 1196973 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 05/12/2012 Página 21 de 43

Superior Tribunal de Justiça

conforme manifestação da própria ANATEL (fls. 3191 - verso). Ressalte-se que o único limite à fixação do valor do VU-M é o valor do VC-1. Desde 2004, quando foi adotada a livre pactuação, a tarifa foi aumentada apenas uma vez, em 4,5%, de modo que o VU-M varia entre R\$ 0,3960 e R\$ 0,4713 (parecer Tendências, fls. 4352)" (fl. 1547).

Por integrarem as estruturas de custos das empresas atuantes no mercado de telecomunicações, é racional admitir, por hipótese, que estes valores eventualmente influam - ainda de forma indireta - nos preços praticados por estas empresas junto aos usuários. Além disso, quanto maior a possibilidade de interconexão, melhor será a qualidade dos serviços prestados, bem como o acesso de maior parte da população aos serviços de telecomunicações. Tanto é assim que a própria Lei Geral de Telecomunicações, no inciso III de seu art. 146 a seguir transcrito, condiciona a integração da redes a uma série de requisitos, dentre os quais a necessidade de observância de sua função social. Neste sentido, vejamos:

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

I - é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;

II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Parágrafo único. Interconexão é 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 (Grifamos).

Neste sentido, mais uma vez, o parecer exarado pela então Secretaria de Direito Econômico (fls. 1548/1549):

188. Quanto maior o valor percebido pelo usuário, mais altos podem ser os preços cobrados por uma companhia telefônica, de maneira que as empresas têm incentivos para negociar entre si meios de acessos às suas redes. Quando as companhias têm redes próprias de tamanhos semelhantes, a negociação ocorre de forma equilibrada, mas, quando uma empresa atende um grande conjunto de usuários e suas rivais têm menor participação de mercado, o valor gerado pela interconexão é maior para as empresas pequenas que se conectam à grande.

189. Para melhor entender essa dinâmica, deve-se notar que cada empresa telefônica em mercados não monopolísticos atende a dois segmentos distintos: os usuários que integram sua rede, originando e recebendo as chamadas; as outras companhias telefônicas que adquirem o direito de terminar chamadas originadas por seus clientes para a companhia que atende o usuário para o qual o cliente telefona. **Adicionalmente, o número de usuários de cada um dos grupos (quantidade de usuários da rede e quantidade de redes às quais a rede está interconectada) afeta a valorização do serviço por cada um dos participantes dos grupos.** (Grifamos)

Este cenário - da importância das redes de interconexão para o funcionamento saudável do mercado de telecomunicações é também reconhecido por autoridades internacionais sendo que a tendência mundial verificada, em muitos países, é de reduzir o preço cobrado de uma concessionária a outra, por meio do estímulo à concorrência entre os agentes econômicos.

Neste sentido, podemos observar recentes notícias de que as tarifas cobradas no Brasil a título de interconexão estão entre as mais caras do mundo sendo que, recentemente, a Comissão Europeia publicou uma recomendação orientando as operadoras da região a baixarem as tarifas a patamares entre € 0,03 e € 0,01 até o final de 2012.

Vejamos, a esse respeito, notícia publicada ainda neste mês na Folha de São Paulo:

01/11/2012 - 18h46

ANATEL REDUZ TAXA DE LIGAÇÃO ENTRE OPERADORAS; TARIFA DEVE CAIR EM 2013

Atualizado às **19h50**.

A Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) aprovou nesta quinta-feira (1º) novo regulamento para competição no setor de telefonia. O documento prevê que as taxas de interconexão, cobradas por operadoras em ligações para outras operadoras de telefonia móvel, sigam uma trajetória acentuada de queda.

O texto prevê que a taxa, atualmente em R\$ 0,42, cairá para R\$ 0,33 em 2013, R\$ 0,25 em 2014 e R\$ 0,16 em 2015. A partir de 2016, as empresas deverão seguir um novo modelo de custos que ainda não foi regulamentado pela agência.

Na Europa, a cobrança é de aproximadamente R\$ 0,07. Nos EUA, a taxa não chega a R\$ 0,10.

Embora ainda não seja possível determinar qual será o impacto da medida na conta do consumidor, a agência acredita que o preço das ligações entre empresas diferentes começará a cair e a ficar mais próximo dos cobrados entre usuários da própria rede.

Em fevereiro deste ano a agência também reduziu o valor da taxa cobrada em ligações de aparelhos fixos para móveis. Na época, a Anatel estimava que a redução nos valores estava estimada em 13%.

De acordo com o relator do processo, conselheiro Marcelo Bechara, a medida dá previsibilidade ao setor, o que é positivo para consumidores e para as empresas. "Para que não haja uma queda brusca", disse Bechara, "nós propusemos uma escada [para os preços] até 2015". (Grifamos - Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1179109-anatel-reduz-taxa-de-ligacao-entr-e-operadoras-tarifa-deve-cair-em-2013.shtml>. Acesso em 20.11.2012).

Não obstante, na contramão da tendência mundial, a análise dos elementos

Superior Tribunal de Justiça

constantes dos autos que foram levados em consideração pelo Tribunal *a quo*, o que se percebe no Brasil é uma tendência de aumento destes valores cobrados a título de VU-M, com a chancela da própria ANATEL. Esta prática, no entanto, tem sido considerada maléfica para as condições de concorrência no setor, bem como para o consumidor final. Isso porque, salvo a possibilidade expressamente prevista em lei referente à concessão de descontos, este custo é repassado na tarifa final que deve ser paga pelo usuário do sistema de telefonia.

Neste sentido, na mesma orientação de outros estudos consultados por este Relator, vejamos o posicionamento de recente estudo publicado no próprio sítio eletrônico do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), ação oficial do Poder Executivo que vem sendo implementada por intermédio da Casa Civil. Vejamos.

Desta forma, é pouco provável que alguma operadora possa elevar o seu preço de minuto de forma significativa, sem perder participação no mercado.

Por outro lado, a existência de concorrência no mercado de varejo, não garante a competitividade no mercado de atacado. Ou seja, apesar do mercado de origem de chamadas ser competitivo, nada garante que o mercado de terminação de chamadas também seja.

O resultado de R\$ 0,07 (sete centavos de real), encontrado neste trabalho para a estimativa do custo marginal da terminação da telefonia móvel, para o quarto trimestre de 2009, fornece um bom indício de que, de fato, existe uma tendência das prestadoras de telefonia móvel em cobrar um preço bem acima do custo marginal pela interconexão, tendo em vista que o preço médio da interconexão móvel, no mesmo período, era de R\$ 0,40 (quarenta centavos de real), assim constatamos que as prestadoras de serviço de telefonia móvel têm um *mark-up* elevado, de aproximadamente 494% (quatrocentos e noventa e quatro por cento) no mercado de terminação, enquanto o *mark-up* no mercado de origem de chamadas é de 17% (dezessete por cento).

Assim, a fim de constatar se uma redução no preço da interconexão gera um aumento de bem-estar para a sociedade, aplicamos um modelo que considera chamadas fixo-móvel, móvel-fixo e móvel-móvel, quatro prestadoras de telefonia móvel, uma prestadora de telefonia fixa e externalidades positivas no recebimento de chamadas.

Os resultados do modelo indicam uma redução do preço da interconexão móvel leva a um aumento do bem-estar total, o que justificaria uma regulação mais impositiva sobre o preço da interconexão móvel.

Desta forma, concluímos que o preço da interconexão, em especial no caso brasileiro onde a penetração já alcançou 100%, pode ser igual ao custo marginal da telefonia móvel, pois neste patamar há um acréscimo de bem-estar para a sociedade, apesar da redução dos lucros das prestadoras móveis. (BOTELHO, Thiago Cardoso Henriques. **Poder de mercado e análise de bem-estar no mercado de telefonia móvel no Brasil.** Disponível em: <http://www.regulacao.gov.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=npqwZz10bq&dl>. Acesso em 21.11.2012 - Grifamos)

Além disso - e talvez esse seja o ponto que mereça maior realce - há também que se

Superior Tribunal de Justiça

ressaltar o possível efeito de concentração deste mercado, uma vez que as empresas menores têm, de um lado, seus custos aumentados pela taxa de interconexão e, de outro, sofrem com a intensa competição por preços para os usuários finais. Essa combinação dificulta a entrada de empresas no setor quando já existem redes consolidadas e tende a diminuir o bem-estar total da sociedade.

Nesse sentido, a manifestação da SDE no âmbito do Processo Administrativo 08012.008501/200791. Vejamos.

No mercado de telefonia, a terminação de chamadas em cada rede é um produto singular, sem substitutos próximos, o que implica poder na imposição do preço de interconexão. No mercado de originação de chamadas, a competição é, usualmente, mais intensa e, por isso, muitas empresas usam os recursos advindos da interconexão para subsidiar seus usuários finais. Esse mecanismo, todavia, pode ter um efeito perverso, já que o conjunto dos clientes de quem se cobra o preço mais alto é também concorrente da empresa fornecedora e os preços cobrados refletem diretamente em seus custos.

Tal efeito é potencializado em razão das economias de rede existentes no setor de telecomunicações. Como a atratividade de uma companhia telefônica é positivamente correlacionada com a quantidade de pessoas conectadas direta ou indiretamente a sua rede, para as empresas menores, a oferta de produtos competitivos implica a ligação com as redes maiores. Isso significa que a elasticidade-preço das empresas menores em relação às tarifas de interconexão tende a ser baixa, e as empresas maiores podem cobrar preços bastante altos. Taxas altas de interconexão possibilitam maiores subsídios aos consumidores finais, intensificando a competição por preços no mercado de originação de chamadas. As empresas menores têm, de um lado, seus custos aumentados pela taxa de interconexão e, de outro, sofrem com a intensa competição por preços para os usuários finais. Essa combinação dificulta a entrada de empresas no setor quando já existem redes consolidadas e tende a diminuir o bem-estar total da sociedade.

Tendo em consideração o bem-estar do consumidor, a capacidade de as firmas maiores estabelecerem preços de interconexão tão altos que impossibilitem a entrada no setor e o incentivo que têm para assim proceder, a maior parte dos países nos quais a chamada é cobrada de quem faz a ligação obriga as empresas de telefonia a interconectarem-se, cobrando preços que não impeçam a competição. (Grifos nossos).

Com base nestas considerações, detém, portanto, plausibilidade a alegação da parte recorrida de que os elevados custos estão impossibilitando o regular desenvolvimento de suas atividades no setor, visto que é um agente econômico entrante no mercado. Para afastar qualquer dúvida, essa constatação tem por base um contexto mais amplo - de promoção de bem estar aos consumidores e à sociedade em geral - do que os estreitos limites da autonomia da vontade que assiste as partes.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 12.529 que expressamente afirma ser a coletividade a titular dos bens jurídicos tutelados por aquele instrumento normativo.

Verbis.

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. (Grifamos)

Assim, o delineamento breve do setor econômico acima realizado revela importantes conclusões que vão impactar diretamente sobre a análise a ser empreendida por este Sodalício no âmbito dos recursos especiais supracitados, quais sejam:

(a) A Lei Geral de Telecomunicações, bem como os regulamentos expedidos pela própria Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), preveem a existência de relativo ambiente de competição entre os agentes econômicos na determinação das tarifas de interconexão VU-M;

(b) Não obstante o ambiente de relativa liberdade concorrencial, os valores praticados sofrem influência por meio da atividade regulatória desenvolvida pela ANATEL e demais órgãos eventualmente responsáveis, com vistas ao cumprimento dos requisitos previstos no art. 146 da Lei Geral de Telecomunicações, notadamente a observância da função social da propriedade das infraestruturas de rede;

(c) Há uma tendência mundial no sentido de diminuição dos preços praticados pelas operadoras de telefonia no que tange ao VU-M. Dessa constatação decorrem efeitos benéficos não só para os consumidores mas também para a própria ordem econômica, na medida em que há estímulo para a entrada de novos agentes econômicos, aumentando assim os benefícios para os usuários do sistema de telefonia; e,

(d) Assim, decorrente do próprio ambiente de liberdade de iniciativa concorrencial instalado, é benéfico tanto para a manutenção de uma ordem econômica saudável à liberdade de iniciativa concorrencial e - sobretudo - para os consumidores que, quanto maior o número de agentes econômicos atuantes neste mercado, maior será os ganhos de economia de escala e de escopo, em benefício dos usuários de telefonia, que terão serviços melhores prestados e menores preços. Estes efeitos são reconhecidos tanto pelo parecer

exarado pela então Secretaria de Direito Econômico quanto em estudos especializados realizados, inclusive, no âmbito do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), ação oficial do Poder Executivo que vem sendo implementada por intermédio da Casa Civil.

São essas as diretrizes que devem ser observadas tanto pelos agentes privados quanto pelos órgãos estatais competentes - dentre os quais não se exclui o Poder Judiciário - ao tratar da questão *sub examine*. Vale dizer, a atuação estatal não pode, de forma artificial e desarrazoada, substituir o ambiente da relativa livre concorrência que foi instalado por Lei no setor de interconexão em chamadas de fixo para móvel (VU-M).

Passa-se agora à análise quanto ao importante papel desenvolvido pela ANATEL na regulação do setor econômico acima delineado.

III.1 - Da regulação desenvolvida pela Agência Nacional de Telecomunicações no mercado de interconexão em chamadas de fixo para móvel

Conforme visto acima, os preços a serem praticados pelas empresas detentoras da rede de compartilhamento entre a telefonia fixa e móvel estão parcialmente submetidos às regras de livre mercado, desde que observados os regulamentos editados pelo referido órgão de regulação setorial, bem como os ditames da Constituição Federal e da Lei Geral de Telecomunicações.

Neste ponto, vejamos que este mesmo diploma normativo - a L.G.T. - estabelece em seu art. 152 a necessidade de prática de preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço. No dispositivo adiante - art. 153 - há a previsão de livre negociação entre os interessados, mediante acordo firmado entre si, vedado o compartilhamento entre concorrentes de informações comercialmente sensíveis. Vejamos.

Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

Assim, na qualidade de órgão responsável pela regulação e regulamentação do setor, a ANATEL desenvolve importante papel no sentido de fazer cumprir seus regulamentos, bem como de zelar pela observância das diretrizes impostas pelo Poder Público de universalização dos serviços de telecomunicação, em pró dos consumidores usuários.

Nesse sentido, a própria Lei Geral de Telecomunicações estabelece em seu art. 150 que *"a implantação, o funcionamento e a interconexão das redes obedecerão à regulamentação editada pela Agência, assegurando a compatibilidade das redes das diferentes prestadoras, visando à sua harmonização em âmbito nacional e internacional"*. Além destas atribuições, de forma expressa, o art. 19, XVII, da Lei Geral de Telecomunicações estabelece a possibilidade de a Agência *"compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações"*.

Sobre o importante papel da ANATEL na regulação dos serviços de telecomunicação, embora em outro contexto, esse Sodalício já se manifestou no seguinte precedente abaixo colacionado:

COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA PELA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. ANATEL. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

1. Proposta a ação em face da Agência Reguladora Federal, de natureza autárquica, é competente a Justiça Federal. Acaso a pretensão não seja acolhida em face da mesma, a matéria é meritória. A legitimidade afere-se *in abstracto (vera sint exposita)*.

2. Hipótese em que as ligações telefônicas emanadas de distritos de um mesmo Município eram cobradas a título de ligações locais. Com a implantação da denominada privatização dos serviços de telefonia, sem qualquer comunicação ou aviso prévios aos usuários, as conexões providas ou endereçadas a algumas dessas localidades passaram a ser consideradas ligações interurbanas, com os consequentes reflexos na tarifação.

3. Deveras, a definição sobre se as ligações locais podem ser cobradas como interurbanas prescinde de notório interesse da Agência reguladora em prol dos consumidores.

4. **As Agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário.**

5. A ANATEL deve atuar como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se de serviço de utilidade pública e a contraprestação do serviço se perfaz com o pagamento de tarifa, cuja modificação e fixação é sempre vinculada à autorização do poder concedente. Por isso, a necessidade de a ANATEL integrar a relação jurídica.

6. A CRT – Brasil Telecom, sendo concessionária de serviços públicos de telecomunicações, tem como órgão regulamentador e fiscalizador a Agência Nacional de Telecomunicações. Cabe a esta a delimitação das concessões e o estabelecimento das políticas tarifárias (art. 175 da CF).

7. Recurso especial desprovido. (REsp 572.906/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2004 - Grifamos).

Superior Tribunal de Justiça

De forma específica, conforme já tive a oportunidade de afirmar em meu voto proferido no âmbito do Recurso Especial nº 1.171.688/DF, um dos recursos em examine em face da conexão constatada, "o art. 153, § 2º, da Lei n. 9.742/97 é claro ao afirmar que é a Anatel o ente responsável por resolver eventuais condições para interconexão quando for impossível a solução pelos próprios interessados (v. tb. Resolução Anatel n. 410/05)".

A análise sistemática de tais dispositivos revelam o que é evidente: a atuação da ANATEL é de extrema relevância para o bom desenvolvimento deste setor econômico, sendo o órgão estatal dotado de competência expressa para tanto. Essa competência - já é bom frisar desde já - é privativa, mas não exclusiva, razão pela qual seus regulamentos não são imunes à eventual análise por este Poder Judiciário, conforme se verá adiante.

Neste ponto, é bom que se deixe claro: a análise aqui empreendida, em nenhuma hipótese, quer afastar a regulação que vem sendo promovida pela ANATEL no mercado de interconexão entre telefonia móvel e fixa. Muito pelo contrário, reconhece-se que esta regulação não engloba somente os valores cobrados, os quais estão submetidos à relativa liberdade de iniciativa, mas também aspectos técnicos que têm por vistas melhorar a qualidade do serviço oferecido ao consumidor pelas concessionárias de telefonia. O fato de haver discussão quanto ao preço cobrado não afasta a incidência da regulação da ANATEL, reiterando-se que os valores cobrados pelas empresas podem ser discutidos no Poder Judiciário justamente porque a estes agentes econômicos foi conferida a liberdade para fixar estes valores desde que não firam, com isso, os interesses difusos e coletivos envolvidos.

Feita esta ressalva, frise-se, a instauração de procedimentos de arbitragem - ou de qualquer outros que tenham por vistas solucionar querelas entre os agentes econômicos - não pode descuidar da manutenção da livre concorrência entre os *players*, visando sempre incrementar a eficiência econômica em pró dos consumidores, os principais beneficiados desta atuação do órgão público. Essa conclusão é embasada pela interpretação sistemática dos dispositivos legais presentes na LGT supracitados, os quais asseguraram a instauração de ambiente de relativa liberdade concorrencial entre os *players* atuantes no setor.

Além disso, é evidentemente salutar que sejam observadas as tendências internacionais do dos órgão de regulação setorial de outros países, tendo em vista que o mercado de telecomunicações é um daqueles que estejam mais intimamente integrado ao processo de globalização pelo qual passa toda a sociedade mundial.

Superior Tribunal de Justiça

A esse respeito e já considerando as particularidades dos casos *sub examine*, é incontroverso que não existe consenso entre as empresas concessionárias de telefonia quanto os valores que devem cobrados a título de VU-M. Em específico, a maior divergência situa-se nos preços fixados pelas detentoras de infraestrutura essencial no que tange à utilização de suas redes pela Global Village Telecom, ora recorrida que também é entrante no referido mercado relevante.

No entanto, é sempre bom destacar que **o fato de não haver consenso quanto aos valores a serem praticados a título de VU-M não implica na eliminação da livre concorrência permitida pela regra de competência. Ao contrário, disputas em torno da excessividade de preços e valores eventualmente praticados são decorrentes do próprio sistema de livre mercado, sendo, inclusive, saudável para os consumidores a busca por vantagens competitivas lícitas pelos agentes econômicos.**

Assim, no âmbito da ANATEL, foi iniciado o Processo de Arbitragem nº 53500.028193/2005 entre VIVO e GVT, que teve início no ano de 2005 no âmbito da Comissão de Arbitragem em Interconexão (CAI/ANATEL). Somente em 2010, ou seja, cinco anos após a sua instauração, o procedimento foi enviado ao Conselho Diretor da referida Agência Reguladora, sendo que transitou em julgado administrativamente somente em 09.05.12. Assim, não se nega que se trata de decisão que é válida e eficaz, sem que a ela tenham sido conferidos efeito suspensivo pelo órgão de regulação.

Esse procedimento arbitral instaurado no âmbito do órgão de regulação setorial de telecomunicações, embora possa sinalizar ao mercado as diretrizes em termos de políticas públicas, teve seus efeitos restritos tão somente às partes envolvidas, não tendo, portanto, condão de unificar os preços praticados no setor. Tanto é assim que a conclusão alcançada pela ANATEL tão somente possibilitou um *reajuste dos preços* não tendo fixado um valor fixo a título de VU-M.

Vejamos.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

DESPACHO Nº 03/2008-CAI

Em 18 de fevereiro de 2008.

Processo nº 53500.028193/2005.

A COMISSÃO DE ARBITRAGEM EM INTERCONEXÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso de suas atribuições legais, regulamentares e regimentais, examinando o Processo de Arbitragem em comento, proposto pela TELEBAHIA CELULAR S.A., GLOBAL TELECOM S.A., TELESP CELULAR S.A., CELULAR CRT S.A., TELE CENTRO OESTE CELULAR PARTICIPAÇÕES S.A., TELEACRE CELULAR S.A., TELERGIPE CELULAR S.A., TELERJ CELULAR S.A., TELEST CELULAR S.A.,

Superior Tribunal de Justiça

TELERON CELULAR S.A. E NORTE BRASIL TELECOM S.A. - GRUPO VIVO em face da GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA - GVT decide: a) indeferir a cautelar requerida tendo em vista a perda de seu objeto; b) **restaurar os VU-M das Requerentes na ordem de 4,5% (quatro vírgula cinco por cento)**; c) instaurar Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO 47/CAI, nos termos do Informe nº 03/2008-CAT, de 18 de fevereiro de 2008, elaborado pela Comissão de Assessoramento Técnico à Comissão de Arbitragem em Interconexão.

ARA APKAR MINASSIAN
TAKAYNAGI

GILBERTO ALVES NELSON M.

Árbitro
Árbitro

Relator

Árbitro Suplente (Grifamos)

Em 2007 a GVT ingressou com a demanda judicial distribuída pelo Juízo da 4ª Vara Federal do Distrito Federal (ação ordinária 2007.34.00.027093-3), o qual, em sede de antecipação de tutela, fixou "*como VALOR CAUTELAR de VU-M a ser cobrado da autora pelas rés, operadoras de SMP, a quantia de R\$ 0,2899 por minuto de ligação VC-1 (líquido de impostos), valo este apontado pela autora como máximo a ser arcado para estancar a situação deficitária atual, devendo a diferença entre o valor suprafixado e o valor atualmente cobrado pelas rés a título de VU-M ser depositado em juízo*". Esta decisão a que me refiro já foi transcrita na parte inicial deste voto, razão pela qual entendo ser desnecessária transcrevê-la novamente.

Há, portanto, uma cronologia de datas que deve ser explicitada:

- (a) 26.10.2005 - foi dado início ao processo de arbitragem entre VIVO x GVT perante a Agência Nacional de Telecomunicações;
- (b) 07.08.2007 - o processo nº 2007.34.00.027093-3 foi distribuído perante a Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal;
- (c) 15.10.2007 - decisão que antecipou os efeitos da tutela proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária do DF;
- (d) 18.02.2008 - decisão da ANATEL consubstanciada no Despacho nº 03/2008 - CAI;
- (e) 01.06.2010 - decisão do Recurso Especial 1.171.688/DF e pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que determinou a aplicação dos índices estipulados no Despacho ANATEL nº 03/2008-CAI; e,

Superior Tribunal de Justiça

(f) 15.12.2010 - decisão da ANATEL que conferiu efeitos retroativos ao Despacho nº 03/2008, alcançando a data da propositura do pedido de arbitragem, qual seja, 26.10.05 (Despacho nº 11.882/2010 – CD).

Conforme visto, a decisão prolatada pelo Juízo de primeiro grau, mantida pelo Tribunal Regional Federal *a quo*, utilizou como parâmetro o estudo econômico realizado pela empresa privada de consultoria *Price Waterhouse*. Estes valores, por sua vez, foram confirmados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conforme acórdão juntado às fls. 3268/3297 dos autos, sendo importante transcrever o seguinte excerto (fls. 1365/1366):

Embora encerrem razoabilidade os argumentos da Agravante, é relevante considerar que a fundamentação levada a efeito pela Agravada (GVT) demonstra, basicamente, que:

a) a norma inscrita no art. 152 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) instituiu, com precisão e objetividade, critério para a fixação do preço do Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M), qual seja, valor isonômico e justo que atenda ao estritamente necessário para remunerar a prestação do serviço de interconexão com a rede móvel. Se a própria Anatel elegeu, no art. 14 da Resolução 396/2005, o modelo de custos como referência para a resolução de conflitos relacionados à pactuação do VU-M, parece lógico que o preço justo do VU-M seria o que refletisse os custos de realização da operação de terminação da chamada, sem gerar lucros para as operadoras de telefonia celular;

b)- se é certo que tais empresas devem receber como contraprestação pelo VU-M apenas e tão somente, a quantia que signifique a cobertura de seus custos operacionais, também é verdade, de outro lado, que a realidade do mercado nacional evidencia a concessão pelas empresas de Serviço Móvel Pessoal - SMP de diferentes vantagens/promoções ao consumidor final em termos de redução substancial de preços para os usuários de seus próprios serviços, o que denota o aferimento de lucro, em ordem a justificar a redução no preço do VU-M, que hoje é praticado em R\$ 0,393 (trinta e nove vírgula três centavos), por minuto;

c) embora não se tenha como estabelecer, em decisão judicial, sem amparo em perícia, de forma definida e conclusiva, a relação entre o Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M) e a Tarifa de Uso de Rede Local (TU-RL - preço alusivo à terminação de chamadas para a rede fixa), certo é, porém, que se constata uma elevada disparidade entre as respectivas tarifas, vale dizer, as operadoras de telefonia fixa arcam com a tarifa de R\$ 0,393 (trinta e nove vírgula três centavos) por minuto, nas ligações efetuadas de rede fixa para celular, ao passo que as operadoras de telefonia móvel suportam o preço de apenas R\$ 0,03 (três centavos) nas ligações originadas de usuários de rede de telefonia móvel para as redes de telefonia fixa.

Dessa sorte, constatadas as distorções que se nos apresentam e que defluem do quadro fático reinante nos autos, considero representar, no mínimo, pleito revestido de razoabilidade o quanto deduzido pela Agravada, no que diz respeito ao seu intento de continuar efetuando o depósito da diferença entre a quantia apurada em perícia técnica pela empresa de consultoria *Price Waterhouse Coopers and Spectrume* que serviu de base para o Juízo de 10 grau, em primeiro plano, acolher sua pretensão de pagar o valor, à guisa de tarifa de VU-M de R\$ 0,2899 (vinte e oito vírgula noventa e nove centavos), por minuto de ligação VC-1, procedendo, porém, ao depósito da diferença.

A realização desta análise teve por vistas concluir que, de fato, no Brasil, os valores que vêm sendo cobrados a título de VU-M são superiores àqueles cobrados em outras partes do mundo. **Ainda que se considere que a realidade nacional é distinta destas outras mencionadas, e, por isso, plausível a cobrança de valores diferenciados, é incontroverso que, quanto maior sejam tais valores, menor é o bem estar dos consumidores e, também, maior a possibilidade, em tese, de prática de condutas exclusionárias, o que pode ser nocivo à manutenção da ordem econômica saudável à livre iniciativa e também à livre concorrência.**

Assim, feitos estes delineamentos essenciais para o deslinde da controvérsia, é possível, então, analisar as alegações presentes nos recursos especiais *sub examine*.

IV - Do mérito das alegações contidas no recurso especial em análise

Conforme já relatado, o mérito do presente recurso especial diz respeito às seguintes violações:

(a) **do art. 535 do CPC**, por entender não terem sido sanadas as omissões suscitadas nos embargos de declaração opostos perante o Tribunal *a quo*;

(b) **dos arts. 152 e 153, caput, e § 2º da Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97** -, sob o argumento de que não cabe ao Poder Judiciário substituir a regulamentação expedida pela ANATEL no exercício de sua regular competência de regular o processo de arbitragem bem como o respectivo critério de resolução de conflitos, no que concerne à determinação do VU-M. Nesse ponto, aduz que foi aprovada a Resolução nº 438/2006 - integrada pela Resolução nº 480/2007 - por meio das quais entendeu como razoável a implantação, a partir do ano de 2010, do Modelo de Custos Totalmente Alocados - FAC para a determinação do RVU-M. Considera que esta decisão, dada seu alto grau técnico, não pode ser revista pelo Poder Judiciário, em face da ausência de flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade; e,

(c) **dos arts. 128, 267, VI, e 460, todos estes do Código de Processo Civil**, tendo em vista a ocorrência de julgamento *extra petita* bem como a falta de condição da ação em vista da perda superveniente de objeto, tendo em vista que a ANATEL fixou, por arbitragem, o valor almejado.

É sobre tais alegações que versará a análise a ser empreendida. Vejamos.

IV.1 Da violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil

No que tange à violação do art. 535, II, do CPC, verifico que o acórdão recorrido abordou, de forma fundamentada, todos os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia, conforme se pode verificar às fls. 1358/1386, bem como na decisão dos aclaratórios acostada às fls. 1405/1408 dos autos.

Assim, tendo sido abordados de forma suficientemente fundamentos todos os aspectos essenciais para o deslinde da controvérsia, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente.

Neste sentido, o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ÁGUA E ESGOTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. OFENSA AO 535 DO CPC QUE NÃO SE VERIFICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. INEXISTÊNCIA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E DANOS MORAIS CONFIGURADOS. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDAMENTADO EM FATOS E PROVAS. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

1. Tendo a Corte de origem examinado todas as questões de relevo pertinentes à lide e fundamentado suas conclusões, inexistente violação ao art. 535 do CPC.
2. Conforme asseverou o acórdão recorrido, a legitimidade passiva foi decidida em outros autos, fundamento que não foi impugnado nas razões do Recurso Especial, atraindo a aplicação, por analogia, da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal.
3. A conclusão assumida pelo Tribunal de origem, quando reconheceu a ausência da prestação do serviço e a responsabilidade da recorrente frente ao dano suportado pela parte recorrida, bem como sua legitimidade para figurar na presente demanda, resultou da análise dos fatos e provas anexadas aos autos, e só com o reexame desse conteúdo seria possível alcançar provimento judicial diverso, finalidade a que não se destina o recurso especial. Inteligência da Súmula 7/STJ.
4. Agravo regimental não provido.
(AgRg no AREsp 179.684/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 22/06/2012)

Cito a esse respeito, os seguintes julgados: AgRg no REsp 1048009/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 31/08/2012; EDcl no AgRg no AREsp 166.290/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012; EDcl no AgRg no AREsp 122.925/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 27/08/2012.

Portanto, rejeito a alegação *sub examine*.

IV.2 - Da violação dos arts. 152 e 153, caput, e § 2º da Lei Geral de Telecomunicações

Neste ponto, alega a parte recorrente que não cabe ao Poder Judiciário substituir a regulamentação expedida pela ANATEL no exercício de sua competência de regulamentar o processo de arbitragem e o respectivo critério de resolução de conflitos, no que concerne à determinação do VU-M.

Aduz que foi aprovada a Resolução nº 438/2006 - integrada pela Resolução nº 480/2007 - por meio das quais entendeu como razoável a implantação, a partir do ano de 2010, do Modelo de Custos Totalmente Alocados - FAC para a determinação do RVU-M. Considera que esta decisão, dada seu alto grau técnico, não pode ser revista pelo Poder Judiciário, em face da ausência de flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Para melhor elucidação, transcreve-se a seguir o inteiro teor destes dispositivos:

Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão.

Neste ponto, deve-se ressaltar a impropriedade da alegação de que a *causa pretendi* da presente demanda tenha sido a substituição da regulamentação da ANATEL pelo Poder Judiciário. Isso porque, em primeiro lugar, o pedido restringe-se essencialmente à eventual abusividade dos valores que vêm sendo cobrados pelas concessionárias de telefonia à GVT à título de VU-M.

Em segundo lugar, dada a própria amplitude conferida pela regra de competência a ANATEL, seria um equívoco entender que a regulamentação deste órgão de regulação setorial restringir-se-ia aos valores praticados. Muito pelo contrário, dada a essencialidade do serviço para a ampliação do acesso do consumidor às redes de telecomunicação, o importante papel desenvolvido por esta agência reguladora diz respeito, sobretudo, a aspectos técnicos do

Superior Tribunal de Justiça

serviço, mesmo porque, de acordo com a própria disposição contida na Lei Geral de Telecomunicações, no que tange às questões financeiras, há um relativo espaço de negociação individuais entre os agentes econômicos para a determinação destas grandezas comercialmente sensíveis, desde que os valores fixados não se mostrem desarrazoados ou nocivos ao ambiente de livre concorrência presente no setor.

Feitas estas primeiras observações, é importante salientar também que não se desconhece que o processo de arbitragem entre a GVT e a VIVO esteja provisoriamente encerrado, vez que ainda se encontra pendente de julgamento o pedido de anulação do referido procedimento.

Ocorre, quanto a este ponto, que ainda permanece a *querela* referente aos valores de VU-M que devem ser pagos pela GVT em relação às operadoras de telefonia móvel. Conforme consta dos autos, em primeiro lugar, nota-se que ainda persiste a deficiência da regulamentação setorial; isso porque, paralelamente à arbitragem, embora a ANATEL tenha editado a Resolução nº 438/2006, este instrumento regulatório teve seus efeitos diferidos por própria decisão da agência para somente o ano de 2010, marco adotado será determinado o valor de referência do VU-M.

A existência desta lacuna na regulamentação do serviço, em certo sentido, pode ser tida como admitida pela própria ANATEL, em sua manifestação constante no Recurso Especial nº 1.275.859, em que expressamente afirma a realização de investimentos, na ordem de R\$ 8,22 milhões, para a fixação da telefonia fixa e apuração dos valores de referência do VU-M e da EILD (Exploração Industrial de Linhas Dedicadas) das prestadoras dos serviços de telecomunicações.

Vejamos (fl. 1573 daqueles autos):

Por fim, informamos, ainda, que em 25 de agosto de 2011, a Agência firmou contrato no valor de US\$ 8,22 milhões com o consórcio Advisia, Analysis Mason, Grant Thornton (vencedor da licitação internacional realizada pela União Internacional de Telecomunicações - UIT), o qual terá dois anos para executar o trabalho de apoio à ANATEL, para a fixação das tarifas de uso de rede da telefonia fixa e apuração dos valores de referência do VU-M e da EILD (Exploração Industrial de Linhas Dedicadas) das prestadoras de serviços de telecomunicações.

Destaco que, conforme tive a oportunidade de afirmar em meu voto no âmbito do recurso especial nº 1.275.859/DF, é de se observar que nunca é demais lembrar que vigora no Brasil o sistema da unidade de jurisdição - o qual, ao contrário do sistema contencioso francês - possibilita a parte a ingressar no Poder Judiciário independentemente da solução

Superior Tribunal de Justiça

alcançada nas vias administrativas, salvo algumas exceções previstas tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, o magistério do eminente jurista Prof. José dos Santos Carvalho Filho, nos seguintes termos (p. 999):

A importância do controle judicial, convém que se diga, é mais destacada se levarmos em conta dos direitos e garantias fundamentais, estatuídos na Constituição. O Judiciário, por ser um Poder equidistante do interesse das pessoas públicas e privadas, assegura sempre um julgamento em que o único fator de motivação é a lei ou a Constituição. Assim, quando o Legislativo e o Executivo se desprendem de seus parâmetros e ofendem tais direitos do indivíduo ou da coletividade, é o controle judicial que vai restaurar a situação de legitimidade, sem que o mais humilde indivíduo se veja prejudicado pelo todo-poderoso Estado. O controle judicial incide especificamente sobre a atividade administrativa do Estado, seja qual for o Poder onde esteja sendo desempenhada. Alcança os atos administrativos do Executivo, basicamente, mas também examina os atos do Legislativo e do próprio Poder Judiciário, nos quais, como já vimos, se desempenha a atividade administrativa a larga escala. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012).

Esta observação tem relevância para o deslinde da presente controvérsia, na medida em que nem a Lei das Agências Reguladoras (Lei 9.986/2000), nem a Lei Geral de Telecomunicações excluiu a possibilidade de revisão dos atos administrativos - quanto à legalidade e legitimidade - praticados por estas autarquias de regime no exercício da regulação setorial. Entendimento em sentido contrário implicaria em assumir o ilógico de que os litigantes em contendas administrativas não possam usufruir de seu direito individual fundamental de recorrer a um terceiro imparcial - o Estado Juiz - para ver solucionados seus conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida.

A esse respeito, observo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da liminar formulada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF assim se expressou:

- 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar para:
 - a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a **competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado**, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia. (Grifamos)

Esse entendimento do STF é também endossado pela doutrina. Nesse sentido,

vejamos o posicionamento da eminente jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo, em sua obra *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, que assim afirmou:

Quanto ao exercício de função quase-judicial, o máximo que se pode dizer que se aproxima dessa função é a competência que tem sido concedida às agências reguladoras já constituídas, para dirimir conflitos de interesses entre agentes que prestam serviços controlados pela agência ou entre estes agentes e os usuários. Não há fundamento, no direito brasileiro, para a distinção que se fazia no direito norte-americano (hoje em grande parte superada), entre questões de fato e questões de direito, para deixar as primeiras à competência exclusiva das agências, excluindo-as do âmbito de apreciação judicial. No direito brasileiro, o motivo (pressuposto de fato) integra o ato administrativo como aspecto de legalidade, não podendo ser subtraído à apreciação do Poder Judiciário, até por força do art. 5º, XXXV, da Constituição. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 195)

Em concreto, embora a Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97 - tenha atribuído à ANATEL a competência para *compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações* (art. 19, XVII), em nenhum momento há vedação para que eventuais interessados ingressem no Poder Judiciário visando a discussão de eventual lesão ou a ameaça de lesão a direito tutelado por Lei.

Ainda que assim não fosse, destaca-se que cabe à Agência Nacional de Telecomunicações, no curso da instrução processual que ainda está por vir, demonstrar que os valores determinados na decisão de antecipação de tutela estão em desacordo com a regulamentação técnica pertinente. Não há *periculum in mora* inverso evidente neste ponto, visto que, nos termos da decisão prolatada pelo Juízo de 1º Grau, foi determinado o depósito judicial das eventuais diferenças dos valores praticados, de forma que está presente, portanto, o seguinte requisito da antecipação de tutela, qual seja, a reversibilidade do provimento.

Portanto, rejeito a alegação *sub examine*.

IV.3 - Das alegadas violações dos arts. 128, 267, VI, e 460 todos do Código de Processo Civil

Conforme relatado, a parte recorrente aduz a ocorrência de contrariedade a estes dispositivos, tendo em vista a ocorrência de julgamento *extra petita* bem como a falta de condição da ação em vista da perda superveniente de objeto, tendo em vista que a ANATEL fixou, por arbitragem, o valor almejado.

Superior Tribunal de Justiça

Quanto a este ponto, o acórdão recorrido se manifestou nos seguintes termos (fl. 1.360):

Ocorre que, em sua manifestação de fls. 961-973 (vol. 4), a GVT admite que, exceção feita à VIVO, não existem outros processos de arbitragem tramitando na ANATEL que envolvam as demais operadoras móveis que figuram no polo passivo do feito originário. Com base nisso, afirma: "Esperava-se que as arbitragens seriam resolvidas com uma regulação definitiva do VU-M para o mercado com base em custos (art. 152 da LGT), porém tal definição foi transferida, por Resolução da ANATEL, para 2010" (fls. 1.287 - vol. 6), sendo "a essa regulação que se refere a GVT no pedido formulado na Petição Inicial" (fls. 1.288 - vol. 6).

No caso em concreto, exsurge a presença das condições da ação a autorizar o prosseguimento da demanda. Isso porque não há também previsão de que os recursos interpostos tenham efeito suspensivo. Tanto é assim que, apesar dos pedidos de reconsideração formulados, bem como do próprio pedido de anulação do *decisum* de conclusão do processo de arbitragem, esta decisão continua válida e cogente, embora com efeitos *interpartes*.

Há, portanto, interesse processual no ingresso da presente demanda, a qual se mostra necessária, adequada e conveniente para a tutela dos interesses expostos tanto na petição inicial, quanto nas demais manifestações elaboradas pela GVT. É óbvio, contudo, que sendo o direito de ação instrumental e abstrato, o direito discutido ainda não foi reconhecido na esfera judicial, visto que estamos tratando - tão somente - de decisão que antecipou os efeitos da tutela, dotada, por isso mesmo, pelos atributos da transitoriedade e precariedade.

Por fim, ainda que assim não fosse, conforme jurisprudência interativa desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se insere a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz, essencialmente, das alegações feitas pelo autor na inicial. Trata-se da aplicação da teoria da asserção, sobre a qual colhe-se o relevante entendimento de Luis Guilherme Marinoni, em sua obra *Teoria Geral do Processo* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v.1, p.182/183):

(...) Ou seja, quando se entende que as condições da ação têm sua função ligada ao princípio da economia processual - ou precisamente com a necessidade de impedir o desenvolvimento do processo quando o juiz não pode julgar o mérito por faltar uma das condições da ação (de forma inútil) - não há qualquer lógica em admitir que o Juiz declare a ausência de uma condição da ação ao final do processo, pois nesse caso se estará admitindo sua inutilidade após dois ou três anos do seu início. É por isso que as condições da ação deve ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação,

Superior Tribunal de Justiça

como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas.

O que importa é a *afirmação* do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito. Melhor explicando: a legitimidade para ação de reivindicação deve ser aferida segundo o que é afirmado na petição inicial, mas quando as provas e os argumentos trazidos ao processo demonstram que o autor não é o proprietário, o seu pedido deve ser julgado improcedente.

Vejamos os seguintes precedentes a esse respeito:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA E AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. CONEXÃO. INTERESSE PROCESSUAL E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CARÊNCIA AFASTADA.

1. O instituto da conexão tem a finalidade de evitar discrepância entre os julgamentos, mas isso não implica a obrigatoriedade de que as demandas reunidas devam obrigatoriamente ter seu mérito apreciado.

2. Conforme entendimento desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se insere a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz das alegações feitas pelo autor na inicial. Trata-se da aplicação da teoria da asserção.

3. Pedido juridicamente impossível é somente aquele vedado pelo ordenamento jurídico e, diante da alegação de inadimplemento contratual, verifica-se que há, em abstrato, interesse processual do recorrente em promover ação de cobrança em face do recorrido.

4. O fato de ter sido ajuizada uma ação de revisão contratual, na qual se discutem as cláusulas do contrato celebrado entre as partes, não retira a viabilidade da ação de cobrança, podendo, no entanto, influir no julgamento do seu mérito. Reconhecida a violação do art. 267, VI, do CPC.

5. A análise da existência do dissídio é inviável, porque não foram cumpridos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1052680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 06/10/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. VOTO VENCIDO. INEXISTÊNCIA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO (ART. 267, § 3º, DO CPC). PRECLUI A DEFESA DE MÉRITO INDEVIDAMENTE QUALIFICADA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO.

1. Não é suficiente, para configurar o prequestionamento, a discussão constante do voto vencido. Súmula n. 320/STJ: "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento".

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há preclusão em relação às condições da ação, que devem ser apreciadas ainda que arguidas em sede recursal.

3. Contudo, a indevida qualificação de defesa de mérito como condição da ação não transforma sua natureza jurídica.

4. Ação reivindicatória proposta pelo Estado contra particular, em relação a ilha fluvial, julgada procedente. Na apelação, alega-se a necessidade de prévia demanda desconstitutiva do registro, tese qualificada como condição da ação. Matéria já antes afastada em saneador irrecorrido. Preclusão da defesa de mérito, ainda que a parte afirme ser possibilidade jurídica do pedido.

5. Aplicação da teoria da asserção, que leva em conta, para verificar as condições

Superior Tribunal de Justiça

da ação, o alegado pela parte na inicial.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 668.552/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 10/08/2012)

PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. TEORIA DA ASSERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA.

1. A Defensoria Pública tem autorização legal para atuar como substituto processual dos consumidores, tanto em demandas envolvendo direitos individuais em sentido estrito, como direitos individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis, na forma do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar n.º 80/94. Precedentes.

2. À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012)

No caso em concreto, tendo em vista tudo acima explicitado e, ainda, com base na teoria da asserção aqui destacada, a demanda foi admitida pelo Juízo *a quo*, razão pela qual se considerou a presença das condições da ação bem como dos pressupostos processuais necessários para o válido desenvolvimento da relação processual. Reitera-se que não há que se falar em perda de objeto porque, melhor analisando a realidade não só dos presentes autos, mas dos demais conexos, o procedimento de arbitragem tão somente vinculou a Vivo e GVT, sendo este, inclusive, o motivo para a desistência dos outros recursos especiais (1278419/DF e 1335848/DF).

Assim, não há que se falar na perda do objeto da demanda judicial e tampouco na falta de condição da ação a inviabilizar o conhecimento do seu mérito

Quanto à alegação de a decisão judicial ter sido proferida fora dos limites pleiteados pela GVT, também entendo que a mesma não merece provimento.

Nas estreitas vias do recurso especial, cabe ressaltar que tendo a parte ora recorrida - a GVT - expressamente requerido na peça inicial a antecipação dos efeitos da tutela consistente na modificação dos valores que lhe são cobrados a título de VU-M, não há que se falar em julgamento *extra petita* por ter sido tal pedido deferido em via de antecipação dos efeitos da tutela. Assim, não há julgamento *extra petita* quando a decisão se restringe aos limites definidos pelo pedido da petição inicial, razão pela qual não há que se falar na nulidade pretendida.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. MORTE DE PRESIDIÁRIO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DEPENDÊNCIA FINANCEIRA ENTRE A AUTORA E A VÍTIMA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste julgamento extra petita e, em conseqüência, ofensa aos arts. 128 e 460, do CPC, quando o Tribunal interpreta de forma ampla o pedido formulado na petição inicial.

2. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "não julga fora dos limites do pedido o juiz que adota fundamentação legal não invocada pelas partes, nem profere sentença diversa da pedida, nem, outrossim, condena o réu em objeto diverso do que lhe foi demandado" (REsp 164.935, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, DJU 7/8/00). Outrossim, "é nulo, por ofender o art. 128 do CPC, o acórdão que se formou a partir de fatos e fundamentos jurídicos impertinentes com a lide" (REsp 108.506/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Primeira Turma, DJ 18/8/97).

3. No caso em exame, a condenação à prestação mensal não se deu com base em fatos e fundamentos alheios ao pedido do autor, tampouco decidida fora dos limites da lide. Ao contrário, é uma consequência do pedido inicial, que inclusive opera em benefício do ora agravante.

4. A aferição no sentido de que a autora dependia ou não economicamente do de cujus requer o revolvimento fático-probatório dos autos, encontrando óbice na Súmula 7/STJ, in verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 33.790/ES, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012)

V - CONCLUSÃO

Portanto, ante tudo quanto exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao RECURSO ESPECIAL.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2011/0211492-8 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.275.859 / DF**

Números Origem: 200701000528200 200734000270933 530538120074010000

PAUTA: 27/11/2012

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
PROCURADOR : MARCO ANDRÉ BRETA ANANIAS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA - GVT
ADVOGADO : EDUARDO MOLAN GABAN E OUTRO(S)
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE -
"AMICUS CURIAE"

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços -
Concessão / Permissão / Autorização - Telefonia

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **GUSTAVO CESAR DE SOUZA MOURÃO**, pela parte RECORRIDA: GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA - GVT

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região), os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.