

Judicialização das telecomunicações no Brasil: disputas sobre direitos dos consumidores e regulação*

Telecommunications services and judicialization in Brazil: between legal disputes over consumer rights and regulation

Alexandre Veronese

Professor Adjunto de Teoria Social e do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Sociologia pelo IESP/UERJ. Endereço profissional: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, campus Darcy Ribeiro, sala CT-14, CEP 70919-970, Asa Norte, Brasília, DF. Endereço residencial: SHTN Trecho 1, Lote 2, Projeto 3, Condomínio Lakeside, apto. 212, bloco D, CEP 70800-200, Asa Norte, Brasília, DF. E-mails: veronese@matrix.com.br e veronese@unb.br.

Artigo recebido em 3 de agosto de 2015 e aceito em setembro de 2015.

* O presente artigo sumaria dados relacionados à tese de doutorado, defendida junto ao Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Agradeço ao meu orientador, Luiz Werneck Vianna, sem o qual não teria sido possível realizar este trabalho. Sou grato, também, aos membros da banca, pelas críticas, algumas das quais incorporadas no presente texto; os erros e problemas remanescentes, contudo, são somente reputáveis ao autor. O presente artigo foi apresentado, em 24 out. 2012, no 36º Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Agradeço, também, aos comentários de Marcus Faro de Castro durante o painel no qual o trabalho foi apresentado.

Resumo

O artigo focaliza a judicialização das relações sociais nas telecomunicações no Brasil. A hipótese central é que a luta judicial acabou por colocar os tribunais no papel de atores do processo regulatório. Na primeira parte, é realizada uma resenha da teoria sobre o fenômeno da judicialização, para que se demonstre a possibilidade do uso de conceitos alternativos. Depois, são descritos quatro casos: as disputas sobre assinatura básica; as ações sobre o detalhamento das contas de consumo; as lutas acerca da busca de um novo índice de reajuste dos serviços; e as ações judiciais contra a definição regulatória de áreas para chamadas de longa distância. Em todos os casos analisados, o Poder Judiciário manteve as decisões da Agência Reguladora e das empresas que, não obstante tais vitórias, iniciaram processos de modificação das normas regulamentares. A conclusão do artigo é que o Judiciário foi relevante no processo de revisão da regulação em telecomunicações, pois a Agência Reguladora considerou que a insurgência precisava ser considerada e incluída nos regulamentos administrativos que sucederam as ondas judiciais. Assim, os dados coletados demonstram que a tensão abstrata entre os conceitos de deferência judicial e de ativismo moderado, quando observada empiricamente, pode se mostrar de forma bem mais complexa.

Palavras-chave: Judicialização; telecomunicações; regulação; agência reguladora.

Abstract

The paper focuses on the judicialization of the telecommunications consumer policies in Brazil. The hypothesis is that the judicial demands of the consumers had the effect to adjudicate a regulatory role to the courts in the regulatory process. In the first part, it is produced a literature review of the theory of judicialization in order to show the possible use of alternative concepts to understand such phenomenon. The second part describes four judicial cases: the disputes against minimal fees of the fixed lines; the demands for the detailing of the charges and phone bills; the fight against the price increases and its rates; and, finally, the struggles against the long-distance system of

charging. In all the cases, the courts had judicial deference to the regulatory system decisions. Otherwise, the judicial enactments had the effect to start administrative actions to change the regulation. The conclusion of the paper is that the judicial branch was important to advance the modification of the regulation since after the judicial mass-conflict in-fights the Regulatory Agency agreed to start the changes in the administrative regulation. Nevertheless, the data shows that the conceptual tension between judicial deference and moderate judicial activism, when empirically assessed, can show a higher degree of complexity.

Keywords: Judicialization; telecommunications; regulation; regulatory agency.

1. Introdução

O artigo focaliza a temática da judicialização das relações sociais, com atenção específica ao aumento no contencioso relacionado com a prestação de serviços em telecomunicações. O período enfocado obviamente é posterior à privatização das empresas do setor e a atração de novas prestadoras. O estudo do qual deriva a presente comunicação utilizou como fontes a documentação produzida pela agência reguladora, processos judiciais e suas decisões, bem como entrevistas realizadas com diversos atores relevantes no setor, desde dirigentes da agência, até advogados de empresas prestadoras de serviços. O artigo é dividido em três partes. Na primeira parte, é realizada a resenha da teoria referente à judicialização da política e das relações sociais. O conhecido paradigma teórico é criticado para demonstrar que o conceito de judicialização deve ser entendido como parte de um diagnóstico amplíssimo que deve ser refinado em prol de “teorias de médio alcance”, na expressão de Robert K. Merton¹. Assim, por um lado, o uso do conceito permitiu o florescimento de uma gama de estudos que identificaram o Poder Judiciário como uma das engrenagens do sistema político; porém, por outro prisma, ele possui limitações analíticas. A principal delas é a sua ausência de foco que pode induzir análises amplas, nublando a cognição específica dos processos em prol de uma explicação tão geral e abstrata, quanto desgarrada da realidade empírica. A utilização do Poder Judiciário como arena de lutas em prol dos direitos dos consumidores está imbricada com o fortalecimento das associações, do Ministério Público e de um amplo contingente anônimo de advogados que utilizaram este espaço como parte de uma estratégia de luta. Logo, conceitos como a mobilização social pelo direito, na definição de Michael McCann, podem e devem ser usados, paulatinamente, para substituir o marco geral e permitir a interpretação dos dados coletados, como é demonstrado na presente comunicação. A parte posterior descreve os quatro casos observados, com atenção às decisões judiciais e diversas entrevistas de campo. O primeiro caso diz respeito à tentativa de decretação da ilegalidade da assinatura básica

¹ MERTON, Robert K. On sociological theories of the middle range. In: _____. *On theoretical sociology: five essays – old and new*. New York: Free Press, 1967. p. 39-72.

na telefonia fixa. Após milhares de ações, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) acabou dirimindo a controvérsia com a edição de uma súmula, na qual se expressa que a cobrança de tal tarifa seria lícita. O segundo caso judicial é a luta pelo detalhamento das contas de consumo na telefonia fixa, acompanhada do estorno dos valores cobrados e não demonstrados. Novamente, o STJ acabou aprovando súmulas sobre o assunto, indicando prazos para que o detalhamento fosse realizado. A própria agência reguladora redefiniu a sua regulamentação e exigiu o detalhamento das contas, em sintonia com o que estava sendo deliberado nos tribunais. O terceiro caso é a disputa por um novo índice de reajuste na telefonia fixa. Este conflito se iniciou nos canais políticos e, dada sua resolução, acabou desaguando no Poder Judiciário. Por mais que a definição judicial da controvérsia tenha admitido a legalidade da regulação pela agência, a mesma empreendeu modificações nas normas e determinou a criação de um índice específico para o reajuste das tarifas em telecomunicações. Por fim, o quarto caso é composto por diversas ações contra a estipulação de áreas locais e de registro para o sistema de telefonia de longa distância. O Superior Tribunal de Justiça sistematicamente definiu que os parâmetros da agência seriam legais e não deveriam ser alterados pelo Poder Judiciário. Todavia, novamente, após a massa de ações, a agência reguladora empreendeu a revisão das áreas definidas inicialmente. Na última parte do trabalho é realizada uma apreciação dos casos relatados, demonstrando que a atuação do Poder Judiciário, em especial nos tribunais superiores, é marcada por uma tensão entre a atuação em prol dos consumidores e a manutenção das regras fixadas pela Administração Pública para regulação dos serviços. Assim, a tensão pode ser expressa pela dicotomia entre a deferência do Poder Judiciário à agência reguladora – e aos seus parâmetros administrativos – e o ativismo moderado, expresso na revisão judicial dos padrões fixados pela entidade da Administração Pública. A conclusão do trabalho é que a atuação e função do Poder Judiciário ultrapassa a mera arena neutra de lutas. Assim, é concluído que – após a finalização das demandas – o Poder Judiciário se mostra como um ator relevante no processo de revisão – em termos amplos – da regulação em telecomunicações. Todavia, a sua interveniência é indireta e gradual, já que não há – usualmente – a

definição de novas regras, como a decretação da ilegalidade daquelas antes fixadas pela agência reguladora. A interveniência se dá pelo fato dos processos judiciais induzirem ações administrativas da agência, em prol da fixação de novas regras, sem desconstituir as regras vigentes. O artigo critica um eventual diagnóstico otimista, que localizaria os tribunais como instâncias de ampla proteção aos direitos dos consumidores com base em dados empíricos. Afinal, as cortes superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, possuem sua atuação marcada por casos evidentes de deferência judicial à ação administrativa, ainda que – na menor parte dos casos – tenha induzido o veto de determinados regulamentos e ações da Agência Nacional de Telecomunicações. Os casos da assinatura básica, da luta por um novo índice de reajuste, das definições de áreas locais e de registro justificam a identificação de uma atuação deferente. Somente o caso da discriminação das faturas em telefonia fixa evidencia uma ação ativa, em prol da revisão da regulação. Não obstante isso, a atuação do Poder Judiciário como instância re-reguladora fica patente, já que a agência notadamente considerou a insurgência judicial como parte de uma racionalidade que precisava ser incluída nos regulamentos que acabaram por suceder às ondas judiciais. Em síntese, a mobilização social dos consumidores pelo direito não gera a ação judicial de mudança da regulação; mas, permite a reação administrativa em prol do alinhamento em parte ao que era pleiteado judicialmente.

2. Judicialização das relações sociais: a teoria social e luta judiciária

O marco teórico da judicialização já está bastante assentado na literatura derivada das pesquisas acerca do fenômeno, realizadas no campo da sociologia e da ciência política². Em síntese, pode ser indicado que o conceito de judicialização foi a razoável derivação da constatação refinada de que o Poder

² Não serão realizadas exaustivas referências aos diversos autores do longo debate. Para uma análise detalhada da literatura em questão, cf.: VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. Escritos (Fundação Casa de Rui Barbosa), v. 3, p. 215-265, 2009.

Judiciário, ao longo da década de 90 do século XX e depois, começava a ganhar maior importância relativa no contexto das instituições políticas. O motivo para tal incremento certamente varia de acordo com cada contexto nacional e local. Alguns analistas indicavam, por um lado, a solidificação de uma cultura de direitos. Outros pesquisadores frisavam os impasses da democracia representativa. Neste sentido, é possível indicar que o consenso residia muito mais na identificação da externalidade – o fenômeno em si – do que na causa.

Um dos pontos centrais é a estranheza de verificar que o sistema judiciário figurava como um campo apartado dos estudos da teoria política e mesmo da sociologia. No que concerne à ciência política, tal estranheza ganha contornos mais relevantes, pois é óbvio que o processo político funciona com atenção às “regras do jogo”. Mesmo que tais regras sejam alteradas constantemente, o papel dos juristas em sua definição, ou re-definição é relevante. Desta forma, o fortalecimento do diagnóstico, acompanhado da tentativa de construção de conceitos para sua compreensão, foi crucial naquele período dos anos 90 do século passado. Ele deu azo à produção de uma extensa quantidade de estudos, que repercutiu as diversas análises de quadros nacionais, permitindo fortalecer um campo de pesquisa. Para além de listar a variada gama de trabalhos produzidos, cabe identificar a emergência de uma área acadêmica, relacionada ao presente estudo: o uso do direito – e do sistema jurídico – para o avanço de demandas sociais. No Brasil, tal campo ficou adstrito ao conceito de judicialização das relações sociais, em um paralelo com a área de estudos de judicialização da política³. Se existem críticas severas ao conceito⁴, na chave da política, pode-se frisar que o quadrante da interação e uso do direito nas relações sociais, tem sido pouco refinado, do ponto de vista teórico. É possível indicar dois motivos para tanto. O primeiro motivo é o evidente interesse no estudo do Poder Judiciário como ator político, que demandou atenção recente dos pesquisadores. A própria

³ O estudo principal de sistematização da área: WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manuel Palácios da Cunha; BURGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁴ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 57, p. 113-133, 2002; PROGREGINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier / Fundação Konrad-Adenauer, 2012.

reconstrução institucional dos sistemas políticos ocidentais, com o reforço dos sistemas de controle judicial de constitucionalidade, em reinterpretações do modelo norte-americano e do tipo alemão, despertou ampla curiosidade acerca do eventual comportamento – presente e futuro – dos corpos julgadores ao enfrentar questões políticas. É inegável que a alocação do poder de declarar inconstitucional uma lei (ou, alguns dispositivos dela) por meio de um tribunal de magistrados – oficiais não eleitos – indica uma mudança que merece reflexões. Afinal, é o caso de juízes poderem vetar uma norma jurídica aprovada pelo parlamento e sancionada por um presidente, todos oficiais eleitos e representativos. Nos países da América Latina, bem como no caso de países europeus que passavam pela re-democratização, como Portugal e Espanha, resta evidente que o tema estava colocado na agenda política e, por derivação acadêmica. Em consequência do problema institucional e fático, pesquisadores debruçaram-se sobre o assunto.

O segundo motivo está ligado à dificuldade da temática do uso do direito como um elemento crucial ao avanço das relações sociais. Ele é de difícil diagnóstico. Por um lado, ele requer a mensuração de um determinado estado de um conjunto de direitos. Por exemplo, próximo ao tema do presente artigo, tal diagnóstico exigiria precisar o estado dos direitos dos consumidores em relação a um padrão. Ora, tais padrões variam muito, do ponto de vista local. Assim, em determinado país, os direitos dos consumidores podem ser considerados maiores do que em outros, sendo que – nos primeiros – pode haver menos satisfação social em relação ao tema. Mais ainda, para que haja tal diagnóstico, é necessária a existência de um estudo relacionado com alguns anos de lutas sociais e judiciais. Em suma, é necessária uma série histórica. Dificilmente, o incremento de direitos poderá ser visualizado em um estudo de curto prazo. Ele exigirá uma análise longa. Até porque as lutas judiciais e de modificação nas políticas públicas não são céleres. A mudança de um marco normativo em direção a outro marco também demanda tempo. O outro complicador é que tais estudos demandam uma compreensão técnica, que é rara de ser encontrada em pesquisadores da área de ciências sociais. É necessária uma base acerca do subcampo de direitos (as questões relacionadas aos direitos das pessoas com deficiência, por exemplo), bem

como uma atenção ao tema do sistema judiciário em operação. No caso do presente estudo, além do marco da teoria social, foi necessário compreender os regulamentos técnicos da área de telecomunicações, do marco geral dos direitos dos consumidores, bem como detalhes do processo civil e da prática judiciária. É impossível empreender um estudo como o realizado por Bruno Latour e Steve Woolgar em um laboratório universitário⁵, sem que se aprenda um pouco da prática de produzir ciência junto à bancada e à vidraria, além de outros conceitos básicos. É inevitável.

A parcimônia de estudos acerca da judicialização das relações sociais e do uso do direito nas lutas sociais gerou um problema teórico básico. Não havia teorias adaptáveis à compreensão destes fenômenos. Desta forma, foi utilizado um acervo teórico que estava mais identificado com o fortalecimento do Poder Judiciário como ator político do que como uma arena para o avanço de demandas sociais. O tema do ativismo judicial e da judicialização da política foi vertido para as lutas políticas. Porém, é evidente certo desencaixe. Isto é perceptível da leitura da obra “mater” sobre o tema da judicialização no Brasil, de Luiz Werneck Vianna e outros⁶. A parte teórica, localizada no primeiro capítulo, busca sistematizar as concepções teóricas internacionais em dois grandes eixos do debate. Com tal categorização, é produzido um quadro geral que localiza o caminho do Poder Judiciário de um espaço periférico no debate político para o seu centro. Porém, um elemento relevante está notadamente ausente do debate: as forças sociais, não estatais, mesmo que difusas ou desorganizadas. A resposta da teoria da obra para tal problema é a identificação de uma representação funcional dos interesses sociais por meio de corporações estatais. Naquele primeiro momento, notadamente, a magistratura organizada e o ministério público. O diagnóstico, de forma geral, é correto e serve à compreensão do fenômeno da “cidadania desorganizada” que marca boa parte dos estudos sobre movimentos sociais; ou, ainda, ao problema da “cidadania regulada” que marcaria a dependência das

⁵ LATOUR, Bruno; WOOLGAR, Steve. *Laboratory life: the construction of scientific facts*. New Jersey: Princeton, 1986.

⁶ WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manuel Palácios da Cunha; BURGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

organizações da sociedade civil ao aparato estatal para o avanço das suas pautas⁷. Todavia, o presente estudo focaliza interesses que, apesar de desorganizados, têm encontrado resposta no aparelho judiciário. Logo, o quadro teórico preparado para a judicialização da política não se mostrou equivocado; afinal, ele não possuía a necessária focalização para permitir a apreensão de lutas maciças e difusas como os direitos dos consumidores.

Neste aspecto, a conjugação da teoria da judicialização com outra, produzida por Michel McCann para analisar os movimentos reivindicativos dos Estados Unidos, pode ter valia e ser agregada com outro acervo teórico relevante, representado pelo conceito de direito responsivo de Phillippe Nonet e Philip Selznick⁸. O conceito de mobilização legal está relacionado ao estudo de caso, produzido por McCann, acerca da luta por igualdade remuneratória entre trabalhadores nos Estados Unidos. O contexto era organização das feministas pelo fim da discriminação salarial. No seu trabalho, McCann demonstra como os movimentos iniciais começam a evoluir para lutas judiciais que, apesar das derrotas iniciais, permitem a formação de um discurso coerente em prol da equiparação remuneratória. A interação entre a organização de associações e de advogados defensores do interesse público permitiu a formação de ações políticas que avançaram a luta. O quadro teórico de McCann está forjado em meio a um conflito claro e evidente. Por um lado, existe uma literatura sobre movimentos sociais que identifica o campo jurídico como conservador e pouco útil ao avanço das lutas sociais. De outro, há a necessidade de avaliar com atenção o campo jurídico, em interação com a vida social e política, para identificar o uso do direito na agenda em prol de direitos, conforme expõe o autor:

A história proveu bons motivos para haver ceticismo acerca da contribuição de táticas e práticas jurídicas em prol de reformas sociais igualitárias. Todavia, estudos recentíssimos que declaram a inutilidade das táticas jurídicas para reformadores exageram o diagnóstico, bem como aduzem pouca iluminação sobre os variados papéis das ações jurídicas nos reais embates políticos. O

⁷ GUILHERME DOS SANTOS, Wanderley. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

⁸ NONET, Phillippe; SELZNICK, Phillip. *Law and Society: toward responsive law*. 2 ed. New York: Transaction Books, 2001. (Tradução: NONET, Phillippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010).

quadro teórico da mobilização legal busca uma perspectiva mais refinada em diversos sentidos. Primeiro, o quadro teórico realça o caráter ambíguo e contraditório do direito na sociedade liberal. Normas e instituições jurídicas não garantem justiça, tampouco são simples obstáculos ou desvios à busca de uma sociedade mais justa. (...). Isto sugere um segundo ponto. Dadas as enormes carências e soberbas sistemáticas em relação às necessidades básicas desigualdades, que oprimem os grupos em desvantagem social, mesmo alguns recursos políticos limitados, contingentes e incertos como nossa tradição jurídica devem ser considerados. Nesta chave, parece razoável que, nos regimes políticos liberais, o “status quo” hegemônico seja mais aberto aos desafios e mudanças do que em outros regimes. Ainda, que as contribuições das convenções jurídicas uma parte diminuta desta situação. (...). Por fim, o estudo destas reivindicações somente enfatiza a necessidade de mais pesquisas para a política de advocacia em prol de direitos nas sociedades modernas. Isto requer o estudo das múltiplas variações nas práticas e estratégias jurídicas dentre conjuntos distintos de pessoas, situadas em diferentes posições sociais, bem como sua complexa relação com as ações judiciais e outras atuações estatais. Também, analisar as ações em direção ao Estado em relação tanto como recursos de luta, quanto constrangimentos às disputas em diversos contextos. (...). A pesquisa empírica deve contribuir à teoria ao construir miradas detalhadas acerca do complexo e elusivo mundo da prática⁹.

O conceito de direito responsivo emerge de um contexto específico do debate da teoria do direito, na década de 70 do século XX, nas democracias ocidentais. O final da década de 60 foi marcado por uma ampla mobilização social e política, seja em prol de direitos, seja em contrariedade aos mecanismos tradicionais de organização da vida social e política. É fácil indicar que o direito-objeto, no sentido de Nonet & Selznick está imerso no sentido de um direito estatal¹⁰. Logo, o objetivo dos autores não foi diagnosticar, como parte da teoria do direito da época, um direito extra-estatal ou amplificar a idéia de pluralismo jurídico. O objetivo dos autores foi criar um conceito de direito que ajudasse a explicar as transformações no mundo estatal e na sua relação com a vida social. Assim, são produzidos três tipos ideais de direito. O primeiro é o direito repressivo, que seria típico de um modo de organização estatal e sua relação com a sociedade. Ele é marcado pela rigidez de limites

⁹ MCCANN, Michael, *Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1994, p. 309-310.

¹⁰ NONET, Phillip; SELZNICK, Phillip. *Law and Society: toward responsive law*. 2 ed. New York: Transaction Books, 2001. (Tradução: NONET, Phillip; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010).

entre o estatal e o social, todavia legitimado com prevalência base na força e no poder estatal. O segundo conceito é o de direito autônomo, pelo qual é possível identificar a construção de uma legitimidade jurídica apartada do poder estatal, em sentido simples. Emerge a tentativa de que o direito seja uma “ciência da organização social” separada funcionalmente do poder político. A ênfase do discurso da técnica é evidente. Por fim, o terceiro tipo ideal de direito – responsivo – identifica a vida social como essencial ao seu funcionamento. A permeabilidade das demandas é a marca de tal modelo. São colocados em marcha diversos procedimentos para permitir a coleta de informações, bem como ampliado o leque de possibilidade para postulação. A abertura para tutelas difusas e coletivas por associações seria um bom exemplo. É claro que este modelo repercute no âmbito do Estado. Meios de intervenção social como consultas e audiências, além da ampliação dos sistemas de conciliação são elementos identificáveis em tal tipo ideal. A idéia mais evidente de passagem do segundo tipo ideal para o terceiro é a emergência dos princípios – expressão de valores sociais – como normas jurídicas utilizáveis. Assim, princípios como a proteção máxima ao consumidor ou, ainda, o princípio da precaução na tutela do meio ambiente e da saúde coletiva, ganham espaço no debate judiciário e na atuação do Estado.

Se a leitura de McCann focaliza um caso de luta social, com atenção aos meios de uso do discurso em prol de direitos e da luta judiciária, o modelo de Nonet & Selznick traduz um conceito de sistema jurídico permeável a tais demandas. Em determinadas análises, como a presente, resta evidente que há uma insurgência difusa e, portanto, o conceito de judicialização – migrado da chave política –, precisa ser refinado para melhor descrever os dados que foram coletados. Em síntese, não se trata da luta organizada por entes estatais ou partidos políticos. O que se tem como evidente é um movimento longo de demandas pulverizadas – visualizáveis em ondas de luta judicial, motivadas por interesses dispersos de consumidores – que acabam por indicar um caminho de alteração de regras administrativas. O curioso é que, nos casos levantados, os consumidores tendem a perder as disputas. Porém, os seus argumentos jurídicos são vitoriosos no médio e longo prazo e servem à agência reguladora, como uma base abstrata para um processo administrativo de re-regulação.

3. Emergência dos direitos dos consumidores e os canais de insurgência

No viés que interessa ao presente trabalho, o processo político de liberalização das empresas de telefonia relacionou-se diretamente com a formação de um subsistema administrativo específico para lidar com a denominada “nova regulação econômica e social”. Este processo ocorreu em diversos países da América Latina, tendo sido estruturado no Brasil, a partir de 1995¹¹. Contudo, é importante identificar que houve a convergência da liberalização com o incremento institucional dos direitos dos consumidores em dois eixos. No primeiro, tais direitos passaram a ser postulados e defendidos pelo Ministério Público, por associações específicas e por uma ampla gama de advogados que identificaram um novo mercado de serviços jurídicos. No segundo eixo, o fortalecimento dos sistemas estaduais de juizados especiais cíveis, bem como a atenção dada ao tema pela cultura jurídica de expansão dos direitos, possibilitou uma atuação protetiva do Poder Judiciário¹². Em suma, de um lado, surgiram demandantes e interessados em litigar; do outro, houve uma melhoria nas condições da arena judicial para receber tais postulações. A comparação da justiça formal com outros canais de insurgência dos consumidores como, por exemplo, os serviços de atendimento das empresas e mesmo da Agência Reguladora, demonstra que a seara judiciária – especialmente, os juizados especiais – é bem mais vantajosa aos consumidores. Este conjunto de fenômenos – interesses e possibilidades de ação – se aglutinou em uma evidente e diagnosticada luta judicial, contínua e maciça que acabou por colocar os tribunais no papel de agentes re-reguladores, por meio da revisão judicial das políticas públicas de telecomunicações.

¹¹ TAVARES DE ALMEIDA, Maria Hermínia. La política de privatización de las telecomunicaciones em Brasil. *Revista de Economía Política*, v. 21, n. 2, p. 43-61, 2001.

¹² VERONESE, Alexandre. As disputas de massa, o impasse e a tentativa de desformalização dos litígios de consumo em telecomunicações. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 3, p. 51-95, 2011.

Quadro 1: Canais para solução de problemas de telecomunicações.

Canal para demanda do consumidor		Tipo	Acesso ao canal			Oferta do canal	Efetividade do canal
			Pessoal	Telef.	Internet		
01	Representação ao Ministério Público	A/J	X			Difícil	Baixa
02	Reclamação junto ao sistema da Anatel	A	X	X	X	Fácil	Baixa
03	Reclamação ou queixa ao PROCON	A	X			Difícil	Média
04	Reclamação à imprensa (jornais, sites, etc)	C			X	Fácil	Baixa
05	Reclamação junto à operadora	C		X	X	Fácil	Baixa
06	Reclamação em posto de serviços da operadora	C	X			Difícil	Baixa
07	Acordo pré-judicial (expressinho)	C/J	X			Difícil	Alta
08	Acordo judicial em juizado especial cível	J	X			Fácil	Alta
09	Acordo judicial	J	X			Fácil	Alta

no rito ordinário (justiça comum)							
-----------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

Nota: (A) sistemas administrativos de resolução (estatais), (C) sistemas corporativos ou empresariais (comerciais) e (J) sistemas judiciais de resolução (estatais e jurisdicionais).

O quadro acima sintetiza uma formulação intuitiva. Dentre as opções listadas, deve ser notado que os canais nos quais há a maior possibilidade de obtenção de um resultado positivo são marcados como sistemas resolutivos judiciais, ou seja, os três últimos. Isso ocorre porque nessas três últimas opções, as operadoras de telecomunicações são legalmente obrigadas a responder diretamente a demanda do consumidor, o que notadamente não é o caso nos sistemas anteriores. Após a realização de um acordo no judiciário, por exemplo, é formado um título executivo judicial, cujo descumprimento pode ensejar diversas sanções fortes. Do outro lado, nos sistemas de defesa dos consumidores, mantidos pelas agências reguladoras, é usual que as reclamações, uma vez feitas pelos consumidores, sejam manejadas pelos servidores, sem que haja uma obrigação de indicar o resultado obtido ao reclamante original. Em síntese, os sistemas judiciais de resolução são mais vantajosos porque, independentemente de eventual ganho, as prerrogativas institucionais do Judiciário garantem que haja um retorno de informações ao consumidor.

4. Casos judiciais e telecomunicações

Em continuidade ao que foi exposto anteriormente, é importante demonstrar alguns casos exemplares da dinâmica relacionada ao movimento da insurgência dos consumidores e de sua absorção na agenda judiciária, com as consequentes mudanças em termos de políticas públicas de telecomunicações. Os quatro casos trazidos demonstram, em síntese, um movimento de

demanda judicial difusa e traduzida em derrotas de curto prazo, no cerne do processo judiciário, acompanhada de estudos em prol de alterações dos regulamentos da agência, ou seja, das normas que organizam o setor.

4.1. Assinatura básica

Uma das lutas centrais dos consumidores de telecomunicações estava relacionada com o modo de cobrança pela prestação dos serviços de telefonia fixa comutada. Para entender todos os problemas relacionados com a telefonia fixa, são imprescindíveis algumas linhas sobre suas tarifas e o sistema de remuneração das redes. A estrutura tarifária na telefonia fixa comutada era – e ainda é – composta por dois tipos de valores, cobrados dos usuários. O primeiro é a assinatura básica, com uma franquia de pulsos, depois modificada por meio de Resolução da Agência Reguladora para uma contagem por minutos. Os “pulsos” eram parte de um sistema antigo de medida das ligações telefônicas. Ele era referido a sua duração, combinada com o horário e com a destinação da mesma. Logo, uma ligação no horário de pico consumiria mais pulsos do que uma ligação de madrugada. Caso o assinante consumisse toda a sua franquia mensal, ele começaria a ser tarifado pelos pulsos excedentes. Logo após as privatizações, os pulsos somente ficaram referidos às ligações locais, não sendo utilizáveis para chamadas de telefones celulares ou para chamadas de longa distância. Além desses dois valores primários, o consumidor era tarifado de forma distinta para as ligações de longa distância nacionais e internacionais. Como a cobrança se dava pelos pulsos, os consumidores se insurgiram contra o pagamento da assinatura básica. O argumento era que a mesma não correspondia à prestação direta de um serviço, violando normas do código de defesa do consumidor (Lei n. 8.078/90), da lei de concessões e permissões (Lei n. 8.987/95) e da lei geral de telecomunicações (Lei n. 9.472/98). O caso da assinatura básica teve enorme importância no setor, como pode ser atestado por entrevista havida com dirigente da ANATEL:

O Judiciário hoje está trazendo para si um tipo de debate, que já existia fora da jurisdição propriamente dita, sobre diversos temas. Já houve discussões no Banco Central, com outros órgãos, sobre questões parecidas. Mesmo na Agência Nacional de Telecomunicações. Eu já participei de discussões patrocinadas pela Escola Nacional de Magistratura, procurando mostrar como é que isso funciona. Além disso, o Judiciário também tem se valido da figura do “amicus curiae” todas as vezes que ele tem algumas questões, convoca especialistas do setor. No setor de telecomunicações, acho a questão de assinatura básica foi bem decidida, os processos estavam muito bem instruídos. O mesmo se diz do cartão pré-pago. Quer dizer, a gente leva técnicos para conversar com o relator. A gente faz um memorial didático, mostrando, e a relação tem sido muito boa com o Poder Judiciário como de hábito. Uma relação de alto nível, de transparência. Não há animosidade, não há nada¹³.

Da leitura das diversas ações que tráfegaram no Poder Judiciário, pode ser feita uma síntese dos argumentos jurídicos. O argumento central das entidades de proteção aos direitos dos consumidores se baseou no art. 39, I, da Lei n. 8.078, de 11 set. 1990 (Código de Defesa do Consumidor), ou seja, no abuso de tal cobrança. Pela leitura do dispositivo, as entidades, o Ministério Público e os consumidores individuais (que ajuizaram milhares de ações) indicavam: (1) que não poderia haver cobrança por um serviço que não fosse efetivamente prestado, como no caso das franquias não utilizadas; (2) que a ANATEL não poderia fixar o sistema tarifária, já que não possuiria competência legal para tanto, que seria do Congresso Nacional (problema do poder normativo); (3) que a cobrança da manutenção do sistema não poderia ser feita por tarifa, somente por taxa. E, por fim, (4) que a assinatura básica não apresentava uma contraprestação específica, como seria o caso da cobrança por pulso¹⁴. Indicava-se que, além da cobrança da assinatura básica, os consumidores poderiam ser obrigados ao pagamento de uma tarifa para habilitação de um terminal telefônico.

As empresas concessionárias, bem como a ANATEL, replicavam que a assinatura básica possuía duas funções regulamentares, com amparo legal, em

¹³ Dirigente da ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006.

¹⁴ Os pontos 01 e 03 são bem desenvolvidos no texto que segue: SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico. In: SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 605 e seg. O texto não é meramente doutrinário e trata-se de parecer encomendado pelas empresas do setor.

termos de contraprestação: (1) a manutenção do sistema, bem como sua ampliação, já que consistiria numa facilidade necessária do país, que se comprovaria pela disponibilidade para o recebimento de ligações telefônicas por parte do assinante, mesmo que ele não efetuasse ligações para outrem e não fosse tarifado; (2) existência de legalidade da sua cobrança, já que prevista na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472, de 1997) e nos regulamentos da Agência. Ainda, se indicava que, no caso da sua cobrança pelas concessionárias, apesar de se tratar de serviço público delegado, a relação entre os consumidores e estas seria de natureza contratual, pactuado entre estes.

Uma ação civil pública com decisão favorável em limitar pode demonstrar o raciocínio de alguns magistrados, que se posicionaram a favor dos pleitos dos consumidores. A Seccional do Estado do Mato Grosso da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou uma ação civil pública contra a assinatura básica nos mesmos termos das diversas ações que estavam sendo ajuizadas pelo país. O dado curioso é que foi concedida uma liminar. Apesar da OAB-MT ter perdido a liminar na primeira instância, ela interpôs recurso (agravo de instrumento) ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que o proveu. A decisão foi emitida no agravo de instrumento n. 2005.01.00.021915-2/DF, no âmbito da lide entre OAB-MT contra BRASIL TELECOM S/A, GVT Ltda. e ANATEL.

A questão não é simples, como se poderia deduzir da leitura da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que, em princípio, teria encerrado a questão: “É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”¹⁵. Existem filigranas sobre a referida cobrança. A decisão do agravo, conseqüentemente, não poderia ser outra. Ela foi contrária à pretensão da ANATEL e das empresas:

Em sendo assim, afigurando-se manifestamente ilegal e abusiva a cobrança questionada nos autos de origem, a sua

¹⁵ BRASIL: STJ. Súmula 356, Primeira Seção, julgado em 25 jun. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 08 set. 2008. A questão ainda não terminou porque subsiste um problema de organização judiciária que repercutiu no caso. Não cabe recurso especial – o dirigido ao STJ – contra os acórdãos proferidos nas turmas recursais dos juizados especiais cíveis. Logo, a súmula vem experimentando problemas para ser seguida.

suspensão é medida cautelar que se impõe, na espécie dos autos, sob pena de sacrificar-se o consumidor dos serviços de telefonia, em visível prejuízo de difícil reparação. A ordem econômica e financeira, neste país, que visa a construção de um Estado Democrático de Direito, através da ação de governo voltada para a realização de uma sociedade solidária, justa e livre, não deve desgarrar-se do princípio fundamental da tutela do consumidor (CF, art. 3º, I; e 5º, XXXII, e 170, V, [combinado com] o art. 2º, I, da Lei n. 9.472, de 16 jul. 1997), afigurando-se nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (Lei n. 8.078, de 11 set. 1990, art. 51, inciso IV). [...] Com estas considerações e tendo em vista que a pretensão recursal deduzida na inicial enquadra-se nas comportas revisoras do art. 558 do CPC, defiro, liminarmente, a antecipação da tutela recursal, com eficácia cautelar, postulada nestes autos, para determinar a suspensão, no Estado de Mato Grosso, da cobrança da chamada “assinatura básica e mensal”, prevista em Resoluções e demais atos normativos editados pela ANATEL, para os usuários do serviço de telefonia prestado na referida Unidade da Federação, até ulterior deliberação judicial¹⁶.

Todavia, em pouco tempo, o julgado seria reformado.

Além das poucas vitórias obtidas, pode-se indicar que a ação civil pública do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) é exemplar sobre o tema. Ela foi ajuizada em julho de 2004, na Seção Judiciária Federal da Capital do Estado de São Paulo. Ela foi direcionada contra a ANATEL e as empresas concessionárias (BRASIL TELECOM S/A, TELESP – TELEFÓNICA S/A, CTBC TELECOM S/A, SERCOMTEL S/A, TELEMAR S/A e EMBRATEL S/A). Logo, o foro para o recebimento da ação teve que ocorrer na Justiça Federal. Ela foi distribuída para a 9ª Vara Federal, da Capital. O Juiz Federal negou a liminar. O Instituto interpôs agravo ao Tribunal Regional da 3ª Região, que manteve a negativa.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) é uma entidade líder da área de defesa dos direitos dos consumidores. Ele capitaneou uma luta

¹⁶ BRASIL: TRF-1. Agravo de Instrumento 2005.01.00.021915-2/DF, Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do MT vs. BRASIL TELECOM S/A, GVT Ltda. & ANATEL, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, Decisão monocrática de 09 jun. 2005. Disponível: <http://www.trf1.jus.br>.

pela exclusão judicial da assinatura básica, com o ajuizamento de diversas ações civis públicas, que foram paradigmáticas no período entre 2002 e 2004. Outras entidades replicaram estas ações judiciais e o tema efetivamente teve grande repercussão no período. As ações eram, normalmente, ganhas na primeira instância, por vezes reformadas em sede de apelação e, na esmagadora maioria das vezes, derrotadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O caso paradigma foi o Recurso Especial n. 911.802, oriundo do Rio Grande do Sul, decidido pela Primeira Seção do STJ em 24 out. 2007. Era um processo movido contra a empresa BRASIL TELECOM S/A, com a assistência da Associação Nacional dos Usuários do Sistema Telefônico Fixo Comutado e Móvel Celular (ANUSTEL). O processo foi relatado pelo Ministro José Delgado. O colegiado recursal decidiu, por maioria, ser legítima a cobrança de tarifa de assinatura mensal sobre serviços de telefonia.

Vale desdobrar o acórdão, para entender a decisão e a estratégia do IDEC, que iniciava seu pleito pela crítica às privatizações. O acórdão – de outro lado – indicou a necessidade de observar as regras das privatizações, com a estrutura tarifária lá definida. Depois, o acórdão segue para um conjunto de argumentos no sentido de que as empresas concessionárias podem cobrar a assinatura básica porque isto estava definido no contrato de concessão como um direito outorgado pelo leilão das privatizações. Posteriormente, o acórdão descreve a regulamentação vigente à época, que permitiria a assinatura básica, seria amparada pelo sistema jurídico, bem como pelo contrato de concessão avençado com o Poder Executivo. Além disso, o acórdão trata de considerações de ordem econômica, acerca da necessidade de que tal pagamento seja feito, de modo a manter o sistema telefônico como um todo. Além de definir que há amparo na legislação federal ordinária, o voto considerou também que o manejo do Código de Defesa do Consumidor não seria o bastante para se traduzir como ilegal a cobrança da assinatura básica. Para finalizar os seus argumentos, o Ministro José Delgado produziu uma analogia com as ações que permitiam a cobrança de uma tarifa mínima no sistema de distribuição de água e esgoto. No raciocínio do julgador, se era possível cobrar tal tarifa na água – sem uso efetivo –, também seria possível a cobrança da assinatura básica.

Ocorreram diversas decisões no mesmo sentido por parte do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, o movimento recursal sobre essa matéria foi tão pronunciado que induziu a edição da já mencionada súmula para buscar o encerramento da questão. Após tal decisão, uma grande quantidade de processos vem sendo liquidada de forma célere, por conta do mecanismo previsto na Lei nº 11.672, de 2008, que trata dos recursos repetitivos, que introduziu o art. 543-C, do Código de Processo Civil (Lei n 5.869, de 1973). O STJ fixou em Resolução a dinâmica procedimental para o trato com tais recursos (Resolução STJ n 08, de 2008).

Com a derrota judiciária, combinada com o beco sem saída na solução parlamentar, o IDEC mudou a sua palavra de ordem. As reivindicações não seriam mais baseadas na assinatura básica. Elas seriam redirecionadas para o reajuste das tarifas de telefonia fixa comutada.

Em síntese, a tendência é que a assinatura básica seja mantida, independentemente da forma pela qual se venha a ter tal tarifação. Assim, mesmo com o sistema de cobrança por meio de minutos, continuará sendo possível a tarifação de uma franquia mínima de ligações locais, que faça o exato papel que a assinatura básica produz hoje. A única ressalva é que o setor de telecomunicações apresenta um enorme dinamismo e mesmo o mercado brasileiro está mudando muito. A recente fusão da empresa Oi S/A com a concessionária Brasil Telecom S/A demonstra isto. A nova empresa perseguiu – e conseguiu – a abertura do mercado de TV por assinatura, mesmo antes que qualquer alteração regulamentar ou legislativa tivesse ocorrido¹⁷. Na repercussão, alguns parlamentares indicaram que a entrada das empresas de telefonia fixa no segmento de TV por assinatura iria trazer sinergias, já que seria usada a mesma rede para nova função. Uma ponderação irônica foi feita: a necessidade de se rever a cobrança da assinatura básica para aprovar a lei que potencialmente permitiria a entrada das concessionárias no setor de TV a cabo.

¹⁷ ANATEL APROVA. O Globo. Caderno Economia, p. 4, 24 nov. 2011.

4.2. Detalhamento das contas de consumo na telefonia fixa.

Como já mencionado, a prestação do serviço telefônico era mensurada por “pulsos”, uma medida abstrata. As contas não efetuavam o cálculo, nem detalhavam o número de ligações. Somente indicavam quantos “pulsos” haviam sido consumidos no mês. O relato de uma agente do PROCON do Distrito Federal ilustra o problema:

O nó da conversão de “pulso” para “minuto” não foi desatado porque ia ser prejudicial ao consumidor. Diz-se correntemente que o pulso não revela o consumo real do consumidor. O pulso é algo aleatório. Como é que você vai mensurar a questão do pulso? Porém, quando eles fizeram essa conversão, houve uma análise demonstrando que ela era prejudicial ao consumidor. Que tipo de atitude é essa? Eu vou tomar a questão mais clara, todavia de uma forma que seja prejudicial ao consumidor? Ou seja, o minuto ficou mais caro! Com a conversão o minuto ia ficar muito mais caro do que o aleatório pulso, que ninguém sabe mensurar. Você “ganha” o direito constitucional à informação e perde dinheiro! O que eu sempre reclamava é que não conseguia mensurar meus pulsos. Logo, eu nunca sabia quantos pulsos consumia realmente. Lembro que isso era uma grande discussão. Geralmente, o que se via no PROCON era a reclamação de que numa determinada residência se consumia tantos pulsos por mês e, de repente, eles aumentavam para não se sabia quanto. Como isso aumentou? Quer dizer, não é possível mensurar essa questão do consumo pelo cálculo de pulsos. Mas aí veio uma mudança que é prejudicial ao consumidor. Olha só a postura da ANATEL! Ao invés de mudar para trazer aquela clareza para o consumidor, ela prejudica¹⁸.

Parte importante do problema está relacionada com a revogação, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula 357. Ela continha a seguinte disposição: “A pedido do assinante, que responderá pelos custos, é obrigatória, a partir de 1º de janeiro de 2006, a discriminação de pulsos excedentes e ligações de telefone fixo para celular”¹⁹. A revogação foi feita em 2009. O motivo da mudança foi a edição de um fundamento legal da decisão, dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472, de 1997), assim como o art. 7º do Decreto n. 4.733, de 2003. A modificação ocorreu porque o

¹⁸ Advogada e servidora do PROCON-DF, entrevista, Brasília.

¹⁹ BRASIL: STJ. Súmula 357, Primeira Seção, aprovada em 25 jun. 2008, publicado no Diário da Justiça, Eletrônico em 08 set. 2008.

STJ reviu o seu entendimento e anuiu no sentido de que o detalhamento deveria ser gratuito, obrigatório e geral, em conformidade com a modificação no regulamento administrativo da ANATEL. Este caso é uma evidência de que a insurgência judicial dos consumidores possui o condão de forçar o sistema regulatório a adaptar-se. Um servidor da Agência evidenciou a questão:

Como você vai defender que, num setor de alta tecnologia, no qual a integração tecnológica é bastante forte, não seja possível discriminar uma conta telefônica? Não dá para defender uma posição como essa! Se você consegue cobrar, como é que não consegue discriminar?²⁰

De fato, como as operadoras de telefonia fixa não teriam condições técnicas de discriminar as chamadas e, conseqüentemente, as contas de consumo, quando este procedimento já era corrente na área de telefonia móvel. Ainda, como coloca o entrevistado: se é possível mensurar, é imperativo que seja isso seja demonstrado ao consumidor. Se a empresa alega que sua tarifação está sendo realizada de forma correta, ou seja, de acordo com a política tarifária aprovada pela Agência, deve demonstrar isso ao consumidor. Uma rápida cronologia demonstra a modificação regulamentar:

Quadro 2: Ação e reação no caso da discriminação das faturas.

Fato inicial – Ação	Fato derivado – Reação	Consolidação normativa
Ações individuais e coletivas que perseguem o detalhamento.	Pressão do Poder Executivo para a Agência adaptar-se.	Edição, no âmbito do Decreto Presidencial nº 4.733/2003, da determinação de possível discriminação.
Intensificação da pressão judiciária.	Intensificação da pressão política.	Aquiescência da Agência por meio da Resolução 423 e 426/2005, na qual se fixou o prazo de conversão para 01 de

²⁰ Servidor da ANATEL, entrevista, Brasília, 17 nov. 2006.

		agosto de 2005.
--	--	-----------------

Quadro 2: Ação e reação no caso da discriminação das faturas.

Fato inicial – Ação	Fato derivado – Reação	Consolidação normativa
Pressão das operadoras para ampliação do prazo de adaptação; pressão das associações de consumidores sobre a tarifação da Internet discada no STFC.	Negociação na Agência, que unificou as demandas.	Prazo ampliado pela Resolução 432/2006, para 01 de agosto de 2007.
		Sistema de tarifação diferenciado para a Internet discado pela Resolução 450/2006, implantado de 31 de julho de 2007.
Continuidade da pressão nos tribunais por inércia ou continuada discordância com a solução.		Edição da Súmula 357, do STJ, juntamente com o verbete sumular da assinatura básica. Adaptação paulatina do Tribunal à mudança regulamentar, com a revogação da Súmula em Recurso Especial Repetitivo (1.074.799/MG).

O Decreto nº 4.733/2003 substituiu o decreto presidencial anterior e modificou o marco das políticas públicas de telecomunicações. No que concerne à discriminação, o novo decreto determinava às operadoras discriminar as faturas, sem ônus, de acordo com o seu art. 7º, incisos X e XI. Pouco tempo depois, a própria ANATEL aprovou uma Resolução que fazia eco

ao que fora definido pelo Poder Executivo. Os itens 8.3 e 8.4 da Resolução nº 423/2005 já indicavam que as concessionárias teriam até o dia 1º de agosto para adaptar seu sistema de tarifação. Esta determinação vigorava apenas para as concessionárias não para as outras operadoras, como a VÉSPER e a GVT Ltda., que não possuem concessões e, sim, autorizações. A Resolução nº 426/2005 expandiu a obrigação e fixou a necessidade de detalhamento das faturas para todas as operadoras do STFC, no seu art. 83. Ainda na mesma norma regulamentar, o art. 127 está adstrito ao título das disposições transitórias e firma o prazo de implantação do novo sistema de tarifação, estabelecendo prazos para a migração. Assim, a Resolução nº 423/2005 fixou que as concessionárias teriam o prazo de 1º de agosto de 2006 para modificar seus sistemas. As demais operadoras ficaram com o dia 2 de janeiro de 2007. Mas a data inicialmente definida para as concessionárias não seria cumprida. Havia uma questão candente: como tarifar – no sistema de minutos – as ligações de terminais de Internet discada? O sistema de pulso permitia que os consumidores fossem cobrados somente com um pulso, em horários pouco usados, como de madrugada, por exemplo. Instalou-se um debate sobre o assunto. Logo, a Agência não pôde garantir a cobrança por minuto de forma tão célere, pois iria prejudicar os usuários de Internet discada. Depois, foi editada a Resolução nº 432/2006, cujo art. 1º tratava somente de postergar o prazo das concessionárias. O imbróglio relacionado a um modo de tarifação que não inviabilizasse o uso da Internet discada com tarifa reduzida na madrugada e nos finais de semana só foi resolvida com o estabelecimento do Plano Alternativo de Serviço de Oferta Obrigatória (PASOO). Com ele e a Resolução nº 450/2006 havia sido definida a questão ao manter o horário reduzido que viabilizava a conexão à Internet discada como custo minorado.

Em síntese, a definição da possibilidade de discriminação das contas atingiu todos os serviços de telefonia fixa comutada. Isso criou o reconhecimento a um direito subjetivo, que incentivou o ajuizamento de milhares de ações, seja nos sistemas dos juizados especiais, seja no judiciário comum estadual. Como relatou uma entrevistada, sobre o seu trabalho como magistrada:

Eu tenho decisões padrão em demandas industriais, como aquelas contra a TELEMAR. No caso dos pulsos excedentes, por exemplo. São casos, também, em que já se tem um pensamento acertado no Tribunal. Os magistrados dos juizados já têm até um pensamento definido para seguir, considerada a turma recursal. Faz sentido, depois de já ter havido tantos julgamentos. Eu comecei a receber esse tipo de demandas, mais ou menos, em 2003. Esse assunto já foi julgado muitas vezes. Os recursos já voltaram com as decisões da turma recursal. O colegiado já tem um pensamento uniforme e eu tento me adequar. É fácil porque nesse caso, o entendimento da turma coincide com o meu. Na minha opinião, nesses casos, é que se cada juiz julgar de um jeito será péssimo para o Judiciário. Para tanto, eu monto uma decisão mais ou menos padronizada. Ela pode ser padronizada: “Abster-se de efetuar cobrança de pulso sob pena de multa por fatura, bem como devolver os pulsos que pagou nos últimos 90 dias antes do ajuizamento da ação”. Então, o juizado já consegue fazer bem isso. Por exemplo, se eu vejo que é um processo de pulso, eu junto uns cinco na minha sala: “Pode entrar! Sentença de pulso é assim, assim, assim. Pode assinar, por favor. Não tem como ser diferente! É tudo massificado!”²¹

Deve ser frisado que o movimento foi iniciado em paralelo à edição do Decreto pelo Presidente da República, que fixou a obrigação de discriminação, como política pública. É importante ressaltar que as ações judiciais em prol da discriminação dos pulsos se baseavam numa lógica dura para as empresas, em princípio. Afinal, os consumidores demandavam a discriminação, bem como o pagamento em dobro do que foi cobrado, porém não demonstrado como efetivamente prestado.

O pedido de impugnação na cobrança dos pulsos excedentes ocorre porque as ligações não são discriminadas. Logo, o consumidor não sabe para onde o telefone ligou. Aliás, não sabe nem se foi no mês daquela fatura, ou se está sendo cobrado de acordo com a fatura anterior. O ponto central é que não vem um detalhamento. Esse é o questionamento de pulsos. As empresas estão criando planos de sessenta minutos. Mas, toda hora as empresas prorrogam o início da vigência disso. Inicialmente seria para agosto. Agora não se sabe se as empresas vão manter. Então eles falam que quem quisesse o detalhamento, deveria pagar um real pelas despesas de correio. Quem não quisesse detalhamento não pagaria e não o teria²².

²¹ Magistrada no juizado especial cível, entrevista, Rio de Janeiro.

²² Magistrada no juizado especial cível, entrevista, Rio de Janeiro.

Poderia ser considerado que tal comportamento fosse gerar um peso na conta das empresas. Porém, tal não ocorre porque – considerada a base de clientes – são poucos os consumidores que vão ao Judiciário para exigir que sejam estornados os valores excedentes e não discriminados:

Para as empresas, tudo depende de quanto eles estão perdendo e de quanto eles estão ganhando. Se eles estão cobrando pulsos excedentes, na conta de todo mundo, está tudo muito bem. Claro que isso ocorre apesar de parecer existir um número expressivo de variações. Mas para as empresas vale mais a pena fazer essa variação dos pulsos e continuar cobrando os 99%, do que adequar o seu sistema de cobrança. Muitas vezes, eu perguntei para o pessoal do Expressinho TELEMAR: “porque vocês não mudaram isso; a gente vive condenando vocês”. A resposta para os juízes é que a quantidade de condenações não representa um número grande. Dentro do faturamento da empresa, isso não é nada. Aliás, é o que vale à pena. Afinal, a empresa vive para isso. É um cálculo que se faz sobre a questão daquilo que ele vai ganhar, ou vai perder²³.

O volume maciço de ações judiciais fez com que o Superior Tribunal de Justiça editasse a Súmula 357, como foi mencionado acima. No entanto, vale realizar um recuo até o período posterior ao Decreto n. 4.733/2003, que também já foi descrito. O Decreto firmou que a Agência deveria aprovar alguma política pública para efetivar a discriminação. No entanto, a inércia da ANATEL só foi rompida no final de 2005, com a edição da primeira resolução sobre o assunto. Neste interregno, outros portadores de competência legislativa se movimentaram, tal como as Assembléias Legislativas. É evidente que havia uma movimentação de associações e militantes da área de defesa do consumidor. Em consequência, é razoável que as Assembléias Legislativas editassem leis sobre o assunto. O tema é sensível ao sistema político, já que encontra bastante interesse na população como um todo. O Poder Legislativo do Distrito Federal foi especialmente ativo no assunto. Foi aprovada e sancionada uma lei sobre o tema da discriminação das contas telefônicas. No entanto, é evidente que a Câmara Distrital, assim como os poderes legislativos dos Estados e dos municípios, não tem competência constitucional para legislar sobre o tema. Pouco tempo depois, após o ajuizamento de uma ação

²³ Magistrada no juizado especial cível, entrevista, Rio de Janeiro.

direta no Supremo Tribunal Federal, foi suspensa a lei do Distrito Federal que, provavelmente será decretada inconstitucional. Aliás, como é comum, não houve julgamento de mérito na ação, tendo somente possível a sua suspensão por meio de uma medida cautelar, que equivale a uma liminar:

Discriminação de Faturas. Inconstitucionalidade. Ação Direta. Lei Distrital nº 3.426/2004. Serviço público. Telecomunicações. Telefonia fixa. Concessão. Concessionárias. Obrigação de discriminar informações na fatura de cobrança. Definição de ligação local. Disposições sobre ônus da prova, termo de adequação e multa. Inadmissibilidade. Aparência de invasão de competência legislativa exclusiva da União. Ofensa aos artigos 21, XI, 22, IV, e 175, § único, incisos I, II e III, da CF. Liminar concedida. Precedentes. Votos vencidos. Aparenta inconstitucionalidade a lei distrital que, regulando a prestação do serviço correspondente, imponha as concessionárias de telefonia fixa obrigações na confecção das faturas e disponha sobre unidade de tarifação, ônus da prova, termo de adequação às suas normas e aplicação de multas²⁴.

No entanto, como ficou evidente a solução acabou sendo integrada no sistema normativo da Agência. A Súmula 357/STF teve que ser revogada porque a ANATEL expediu uma resolução mais favorável ao consumidor, dispensando-o de ter que arcar com os custos da discriminação. Deste caso é possível extrair a evidência de que a modificação da regulamentação dos serviços públicos, no caso brasileiro, inexoravelmente passou pelo Poder Judiciário. Como já mencionado, isso não significa que os magistrados brasileiros modifiquem os regulamentos administrativos. Porém, indica que receber guarida no Poder Judiciário auxilia aos demais campos da disputa social. Logo, se os consumidores tiverem diversas decisões favoráveis, torna-se menos complicado pressionar a Agência por mudanças efetivas.

²⁴ BRASIL: STF; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.322/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 02 ago. 2006, publicado no Diário da Justiça em 19 dez. 2006, p. 35, publicado no Ementário, v. 2.261-4, p. 749, publicado na íntegra na Rev. Interesse Público, v. 9, n. 41, 2007, p. 159-191.

4.3. Novo índice de reajuste na telefonia fixa

Existem dois estudos sobre este caso. O primeiro estudo é uma monografia, premiada em concurso da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda²⁵. Este estudo de caso traz quatro conclusões relevantes, já que focalizou a análise do tema da relação entre regulação e judiciário, em termos positivos. A primeira é que os mecanismos institucionais permitem uma tensa coexistência entre um poder judicial difuso (representado pela primeira instância) e um poder concentrado (representado pela cúpula do Judiciário, ou seja, o STJ e o STF). No caso do regime tarifário da telefonia fixa comutada, a possibilidade de que o Superior Tribunal de Justiça use o poder de suspensão de segurança para cassar liminares demonstra de que, no poder difuso, há mais espaço para uma ação ativista dos magistrados, com potencial de interferência nas políticas públicas, do que nas cortes superiores. Vale anotar que o instituto da suspensão de segurança é muito criticado por autores do direito administrativo que vêem nele a ausência de considerações jurídicas e o mero exercício do poder político²⁶. A segunda conclusão do autor da monografia caminha próxima com a primeira. Ela indica que o sistema existente permite que as preferências – esposadas pelos magistrados da primeira instância – cedam em relação à visão institucional, quando revistas pela cúpula do Poder Judiciário. A terceira conclusão é que as alterações que fortaleceram o sistema de suspensão de segurança – relacionada politicamente com o caso da privatização do BANESPA – aumentaram sensivelmente a força do Poder Executivo em sua atuação judiciária, exigindo estudos futuros sobre tal tema. Por fim, a quarta conclusão é que a judicialização da política não pode ser entendida somente como uma modificação das políticas públicas empreendidas pelo sistema político. Mesmo a aquiescência judicial permite o uso do conceito para diagnosticar a existência da judicialização.

²⁵ COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. *Judiciário e Regulação Econômica: a judicialização da política tarifária do setor de telecomunicações em 2003 (Prêmio SEAE 2006 de monografias)*. Brasília: MF-SEAE (Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico).

²⁶ FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 359 e seg.

O segundo estudo é uma derivação do primeiro e foi realizado por Costa Jr. e por Silveira e Silva, para ser apresentado no Congresso da ABCP. Ele utilizou o caso do reajuste para comprovar que o desenho institucional brasileiro permite que o Poder Judiciário se imiscua de maneira efetiva na produção ou na reformatação das políticas públicas²⁷. Desta maneira, o referido estudo considera que comprovaria a tese sobre a existência de judicialização das políticas públicas no país. Ele o faz por meio de uma teoria neo-institucionalista que mapeia e qualifica os pontos de veto das políticas públicas. Todavia, o estudo não avança para demonstrar como uma decisão judicial obrigaria aos formuladores do Poder Executivo a reorganizar as políticas em novas bases. Ele nem demonstra, também, que existe a absorção de uma retórica jurídica por parte dos formuladores, que são instados a abandonar sua posição pretensamente neutra – porque técnica, como indicado antes – em favor do reconhecimento de direitos. Ou seja, o mencionado estudo não consegue – porque não era sua intenção, também – diagnosticar a emergência de uma responsividade no âmbito do direito administrativo brasileiro.

Em linhas gerais, o caso da formulação do novo índice de reajuste das tarifas de telefonia fixa comutada dizia respeito ao patamar que seria aplicado pela Agência Nacional de Telecomunicações. A discordância das entidades de defesa do consumidor estava centrada no índice que seria aplicado. Ela era pautada pelo fato de que o índice geral de preços (IGP), na referência “disponibilidade interna” (DI), que era o previsto nos contratos de concessão, tinha apresentado maior variação naquele período recente do que outros índices de inflação. Logo, o aumento dos fornecedores seria maior do que se fossem usadas outras bases de cálculo. Se fosse utilizado o IGP, por exemplo, na rubrica “mercado” (IGP-M), ou outro índice (IPCA ou INPC), o aumento seria menor. A conclusão de tais entidades e do Ministério Público era que deveria ser usado outro índice para beneficiar os consumidores. Tal pretensão gerou uma enormidade de ações civis públicas, bem como diversas ações ordinárias.

²⁷ COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio; SILVEIRA E SILVA, Rafael. Judicialização das políticas públicas: o caso da regulação do setor de telecomunicações. 6º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 29 jul./01 ago. 2008.

O centro da problemática só começou a ser equacionado no momento em que o STJ cassou as liminares concedidas e indicou a competência para decisão da lide em uma única jurisdição (2ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Distrito Federal). O argumento central decisão do órgão especial do STJ, que cassou a liminar, foi “o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que pode se instalar com a manutenção da liminar”, como pode ser visualizado em trecho da ementa daquele acórdão: “Caracterizado o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que pode se instalar com a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos firmados com o Poder Público, lesando a ordem pública administrativa e econômica e agravando o risco Brasil, defere-se o pedido de suspensão”. A decisão foi acordada na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em 01 jul. 2004, pela maioria dos Ministros votantes, no Agravo Regimental para Suspensão da Liminar nº 57 (DF), Proc. nº 2004/0004599-1, cujo relator foi o Min. Edson Vidigal, que ocupava a Presidência do STJ. Foi publicada no Diário da Justiça (DJ), em 06 set. 2004. A liminar havia sido conferida pela 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e, também, não havia sido suspensão pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, situado na capital.

Após esta decisão, foi fixado um precedente judiciário que teve observância por parte dos demais tribunais. Assim, o índice previsto (IGP-DI) foi adjudicado ao reajuste das tarifas em benefício das empresas concessionárias, por força dos dispositivos legais vigentes e da previsão contratual.

Todavia, para o que mais interessa o argumento do presente artigo, a ANATEL se inseriu em um debate com o Ministério das Comunicações para a construção de um índice setorial específico, denominado “Fator de Transferência X”. Ele serviria como um redutor para o reajuste do IGP-DI, tendo em conta os ganhos de produtividade operacional por parte das empresas seria abatido do reajuste. Assim, foi construída uma resposta por parte do órgão regulador para a insatisfação demonstrada judicialmente. Segundo um dos entrevistados:

Esse [índice setorial para reajuste das tarifas, derivado da disputa do IGP-DI, que envolveu o então Ministro Miro Teixeira] é um dos poucos itens que talvez você possa dizer: “não, isso é política de serviço”. Quer dizer, o Executivo pode e deve estabelecer uma política pública que a ANATEL tem que seguir. É diferente de dizer: “dia tal mudou o índice de reajuste”. Isso não é definir política geral, entendeu? Isso é um dos disfarces da intervenção do governo sobre o Estado, ou seja, do Poder Executivo sobre uma agência reguladora. O governo está querendo dizer: “isso daqui é política de telecomunicações; agora vai e faz conforme isso”. Só que a ANATEL agora disse: “não; isso não é política geral, não; você [Governo e Ministério] está escrevendo o regulamento para mim, sou eu que tenho que escrever”. Agora, o correto seria o Governo dizer: “olha, a minha política é que o índice deva ser um índice atrelado aos insumos ligados aos serviços”. Eu acho que isso é definir política geral. Aí seria fácil. Outras vezes são disfarces para a pura e simples intervenção. [...]. Está acabando, na ANATEL e em outras agências. Elas estão se politizando! Você tem diretores e conselheiros que são politizados. Eles não estão preocupados com o bem do geral, do país. Eles estão olhando em primeiro lugar a conveniência política partidária²⁸.

Há que contextualizar a fala do entrevistado naquele ano de 2006. Afinal, a Agência Reguladora houve por alterar o índice de reajuste após a interveniência do Ministério das Comunicações, o que o entrevistado considerava uma ingerência indevida. Como a Agência acatou as discussões com o Ministério das Comunicações e criou uma solução técnica, o entrevistado divergiu frontalmente e considerou que haveria manipulação política. Evidentemente, o entrevistado advogava para as empresas do setor de telecomunicações. Outro viés, relacionado com o debate havido na Agência sobre índices foi trazido por outro entrevistado:

Tomemos o exemplo dos problemas relacionados com a criação do índice setorial, que foi debatido em 98, na ANATEL. Vamos criar um índice setorial, perguntou-se? Não havia sentido criar um índice setorial. Porque o que iria modular esse índice seria a ação das concessionárias que, obviamente, tem um interesse direto na flutuação desse índice. Então, iria ficar um negócio estranho. A fonte de informação seria dada pelas concessionárias. Elas são grandes empresas. Como se poderia definir um índice – que é um interesse delas – para reajustar as tarifas? Então,

²⁸ Advogado atuante na ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006.

não tinha sentido deixar esse negócio. [...] Mas o que aconteceu recentemente? A ANATEL criou um índice setorial! Ela instituiu o tal do IST! Foi um erro e uma falta de visão. [...]. Em 2002, quando eu ainda estava na Agência, havia sido demandado que o pessoal da área de serviços públicos estudasse como é que seria feita a liberdade tarifária dos serviços [...]. Era esse o plano para exercitar o art. 104 da Lei Geral de Telecomunicações. [...]. O que a ANATEL fez foi exatamente o contrário. Não só criou um índice para indexar o serviço de telefonia fixa, como estão criando regras de reajuste das tarifas de outros serviços que não tem nada a ver com um controle estrito, como os serviços móveis. Foi criada uma regra em 2001, quando da licitação dos serviços móveis para colocá-los em liberdade tarifária. Inteiramente livres! O que se fazia porque são serviços explorados no regime privado. Hoje o caminho que a ANATEL faz é o contrário²⁹.

A falta deste entrevistado também merece contextualização. Ele havia sido diretor da Agência e, quando da entrevista, estava prestando serviços como consultor às empresas de telecomunicações. O seu ponto de vista era de que não deveria haver um índice de reajuste, pois cada empresa deveria reajustar como quisesse, em um regime de liberdade tarifária. Afinal, se houvesse competição por preços entre as empresas, os preços iriam cair. Evidentemente, o raciocínio é criticável, pois poderia haver o contrário, ou seja, a cartelização de reajustes e valores em benefício das empresas, que fariam uma ficta concorrência. No entanto, as duas entrevistas mostram como as ações judiciais ajudaram a que a Agência pudesse alterar um ponto muito sensível das políticas de telecomunicações: o modo de reajuste nos valores de cobrança dos serviços pelas empresas. Após a análise deste caso, vale indicar que a reformulação do índice de reajuste ocorreu. É claro que a polêmica judiciária obteve grande parte da sua força com o apoio que foi franqueado pelo Ministro das Comunicações da época, o deputado Miro Teixeira, no primeiro governo do Presidente Lula (2003-2006). Porém, o ponto central é que, apesar de ter havido derrota judicial, o movimento deu ensejo a que as pretensões dos consumidores tenham colaborado com a reformulação da regulação.

²⁹ Ex-dirigente da ANATEL, entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006.

4.4. Áreas locais e de registro na telefonia de longa distância

Uma questão tipicamente regulatória diz respeito ao modo de definir as áreas locais nos serviços de telefonia fixa comutada, bem como as áreas de registro nos serviços móveis pessoais (celulares). São aqueles dois dígitos que identificam regiões. Há um paralelo deste sistema com a longa distância internacional. Esse debate tem origem na insurgência de municípios e do Ministério Público contra a reformulação desses parâmetros quando da privatização e da liberalização do setor de telecomunicações. Como evidenciado na fala do entrevistado anterior, a lógica da competição foi abraçada no momento da privatização com a ideologia de que ela objetivaria a melhoria dos serviços, na pressuposição de que sempre emerge qualidade da concorrência, mesmo que imperfeita. Logo, seria necessário que as várias empresas competissem entre si para haver uma melhoria na prestação dos vários serviços de telecomunicações. A literatura internacional indica que o serviço que seria mais propenso à absorção da competição era aquele de longa distância (nacional e internacional)³⁰. O modelo brasileiro abraçou esse conceito e redefiniu as áreas de prestação para fomentar a concorrência nesse segmento de forma mais intensiva. Já é sabido que uma das inovações foi a introdução de um código de acesso da prestadora de longa distância a ser inserido antes da área de destino e do número do terminal buscado. Uma ligação que, antes, era assim (de 21-5878-2458 para 0 + 24 + 4558-7485) ficou assim (para 0 + [código da operadora] + 24 + 4558-7485).

De fato, a alteração não foi complicada. Para além das dificuldades de identificar qual tarifa seria mais acessível para o caso de cada consumidor, a concorrência na operação de longa distância não trazia potencial ofensivo ao uso cotidiano do sistema telefônico. Logo, os consumidores não precisariam se preocupar com o tema. No entanto, quando da reorganização do setor para implantação do novo sistema de competição na longa distância, um conjunto de municípios que, antes, eram adstritos à mesma área local ou de registro, foram partidos em outras áreas. Em síntese, antes, para ligar de um município

³⁰ LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *Competition in telecommunications*. Cambridge, MA: MIT Press, 2000, cap. 3, p. 97 e seg.

para o outro, não havia código e a ligação era local. Depois, ela se tornou uma ligação de longa distância. Vale lembrar que, na história recente do setor, os serviços de longa distância eram os mais caros. E isto era bem identificado pelos consumidores. Até porque as tarifas majoradas serviam como subsídio para expansão e desenvolvimento das redes e dos serviços locais.

Várias ações civis públicas foram ajuizadas na Justiça Estadual e na Justiça Federal. Por vezes, a ação civil pública tinha origem no Ministério Público Estadual. Outras vezes, era patrocinada pelo próprio município. Ou, ainda, era intentada por uma associação de defesa dos direitos dos consumidores. O pedido, de forma geral, era sempre o mesmo: redefinir determinada área local e de registro para juntar dois municípios que possuíssem dependência mútua ou uma forte relação. Os argumentos variavam desde a perspectiva econômica (o município “A” depende economicamente de “B”), até elementos culturais (o município “A” era distrito do município “B” e possui com ele afinidades históricas e familiares entre seus concidadãos).

Mesmo que os tribunais inferiores concedessem liminares ou mesmo definissem o mérito das questões por acórdãos, a tendência foi que o Superior Tribunal de Justiça garantisse a decisão da Agência na divisão das áreas locais e de registro. O julgado de referência, no caso, foi o acórdão proferido pela 2ª turma, em 16 mar. 2004, com relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, no Recurso Especial 572.070 (PR). Deste modo, o STJ manteve a decisão da Agência Reguladora. Outro acórdão, relatado pelo mesmo Ministro João Otávio de Noronha, teve teor idêntico: o Recurso Especial 652.286/RS. A decisão colegiada que gerou o acórdão foi revisitada posteriormente, em outros casos, cuja pretensão era semelhante. Em diversos acórdãos, relatados pelo Ministro Luiz Fux, então no STJ, este primeiro julgado do Ministro João Otávio de Noronha serviu como parâmetro para reiterar que a delimitação das áreas locais encontrava amparo nas funções administrativas da ANATEL³¹. Pode ser considerado que o tema foi pacificado no STJ, a partir da prática

³¹ BRASIL: STJ. Recurso Especial n. 757.971/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25 nov. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 19 dez. 2008. Existem vários idênticos do mesmo relator.

julgadora de reiterar precedentes nas ementas dos acórdãos³². O relato deste caso poderia induzir a compreensão de que a insurgência dos municípios, associações e do Ministério Público não obteve eco. Todavia, não foi o que ocorreu. A própria Agência reconheceu que deveria reorganizar as áreas locais e de registro para atender o pleito fundamentado dos municípios e dos consumidores. Em matéria de jornal, o Presidente da ANATEL informou que estava em curso a alteração das áreas, que dará efetividade às pretensões das ações:

Não se pode deixar de mencionar a recente revisão do Regulamento sobre Áreas Locais para o Serviço Telefônico Fixo Comutado, que permitirá a realização de chamadas telefônicas a custo de ligação local entre todos os municípios de uma mesma região metropolitana ou de região integrada de desenvolvimento que possuam continuidade geográfica e o mesmo código nacional de área. As novas regras deverão beneficiar quase 70 milhões de pessoas em todo o Brasil³³

É fácil visualizar o argumento que era utilizado pelos municípios, em especial aqueles relacionados ao mútuo desenvolvimento econômico. Novamente, fica evidente que a reação judicial não é despida de resultados, mesmo quando eles são indiretos. É nítido que o problema precisa ser solucionado de forma regulatória, já que não é uma questão relativa à definição de um direito subjetivo, somente. Para que ele seja bem equacionado, é necessário haver uma mudança nos regulamentos da Agência. A própria cognição judicial da insurgência dos consumidores é prejudicada. Afinal, as questões envolvidas em direito do consumidor são evidentemente complexas e estão relacionadas com questões econômicas de difícil apreensão pelo Poder Judiciário. O senso comum dos juristas apontaria que o dilema está muito próximo à formação de políticas públicas, nas quais a intervenção judicial é dificultada pela complexidade substantiva. Porém, da exposição dos quatro casos, resta límpido que as ações judiciais serviram para forçar a Agência a se posicionar e abrir um diálogo em prol da modificação de entendimentos de políticas públicas de telecomunicações.

³² BRASIL: STJ. Recurso Especial n. 1.164.700/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04 maio 2010, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 17 maio 2010.

³³ SARDENBERG, Ronaldo Motta. Defesa de um modelo. O Globo. 31 jan. 2011, p. 8.

5. Conclusão: a re-regulação após a intervenção judicial.

Os movimentos em defesa dos consumidores estão cada vez mais firmados no Brasil. O advento de uma legislação específica ofereceu a oportunidade para que grupos se organizassem com tal objetivo, bem como trouxe princípios e cláusulas abertas que poderiam ser consolidados em discursos coerentes de defesa em prol do ajuizamento de ações judiciais. A luta em prol dos direitos dos consumidores, desde o seu início, possui contornos e estratégias jurídicas, ao passo em que envolve ações de mídia e de atuação políticas. Todavia, um ponto relevante tem sido a insurgência individualizada dos consumidores em prol de direitos, firmados a partir dos discursos do Ministério Público e das associações de defesa dos consumidores. Isto é bastante perceptível nos casos da assinatura básica e da discriminação das faturas, ou seja, da conversão de pulsos para minutos. Após o ajuizamento de ações civis públicas e da obtenção de algumas vitórias na primeira instância, é iniciado um movimento pulverizado de ações individuais em grande volume. A questão central para definir a derrota nas instâncias superiores é que as objeções apresentadas pelos consumidores contrapunham normas jurídicas amplas às regras específicas do setor. Por mais que as normas amplas fossem embasadas na lei e na Constituição, o Poder Judiciário teve a tendência de manter o “status quo” do setor de telecomunicações, ao invés de afastar os regulamentos em prol de uma interpretação livre da necessária organização dos serviços de telecomunicações, cotejada com o paradigma legal. Em termos simples, nunca era foi declarada a ilegalidade dos regulamentos da agência, pois o Poder Judiciário não teria como oferecer uma alternativa, em termos de política pública. Ele não poderia criar um novo regulamento. Todavia, a regulamentação colocada em xeque foi sendo objeto de um desconforto. E, assim, os movimentos e as suas associações aproveitaram as ondas de litígios para aumentar a sua interação em relação ao sistema político representativo e em relação à Agência. Também, as ações serviram para buscar aliados em outras esferas do Estado, como nos órgãos de acompanhamento de defesa do consumidor e mesmo no Ministério das Comunicações, como no caso do índice de reajuste. Resta claro que a postura de deferência do Poder Judiciário aos

parâmetros administrativos fixados pela Agência nas políticas públicas não pode ser entendida como uma derrota da atuação dos movimentos de consumidores que achava eco na primeira instância, a qual tinha uma postura ativista. Isto porque o entendimento de tais processos precisa ser entendido de forma alongada, ou seja, com uma perspectiva de anos e anos de litígios, refazendo traçado de grandes temáticas, com a observação de fluxos processuais que perpassam todo o sistema judiciário. Não será somente com a observação de um acórdão do Supremo Tribunal Federal que será compreendida uma questão complexa como a litigância de massa em defesa dos consumidores. Ao contrário, para que um problema complexo do gênero seja entendido, é necessário observar toda a tramitação de um amplo conjunto de ações, bem como estar atento à atuação dos demais poderes republicanos (legislativo e executivo), além de compreender a dinâmica que envolve os vários atores privados (empresas e consumidores). Para compreender um conflito de tal porte – as mudanças em políticas públicas de telecomunicações –, é necessário realizar um mapa dos processos judiciais e das atuações políticas, com base nos fatos, em suma. A mera descrição de julgados de tribunais superiores não faculta tal apreensão.

O quadro fático permite um paralelo com a teoria de Michael McCann, ao lado do modelo de direito responsivo, tal como traçado por Nonet & Selznick, enunciadas antes no artigo. As estratégias jurídicas e as ações judiciais não necessariamente desembocam em resultados imediatos, como seria possível antever a partir do discurso da judicialização. Há críticas ao conceito de judicialização que consideram ser o mesmo somente aplicável se houver interveniência direta do Poder Judiciário nas políticas públicas. Para tanto, seria necessária a decisão judicial modificadora – de forma direta – das políticas. Tal leitura poderia ser inferida de uma apropriação direta do conceito de judicialização, a partir do trabalho de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder³⁴. Contudo, o conceito de judicialização precisa de uma leitura mais refinada, empiricamente fundada, que demonstre como os processos judiciais podem ser elementos de modificação das políticas, no momento em que o Poder

³⁴ TATE, C. Neal (Ed.); VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of the judicial power*. New York: New York University Press, 1995

Judiciário é entendido como uma parte do sistema político. Assim, a sua atuação não se colocaria somente como uma instância de veto, mas como uma parte importante dos influxos intervenientes na formação de regras administrativas e de políticas pública. Isto ocorre porque as ações judiciais possuem serventia não somente para postular a adjudicação de bens, como seria evidente de se supor. Elas também têm serventia para aglutinar os processos reivindicativos e, principalmente, consolidar um discurso racional e coerente em prol de mudanças. Logo, com base nos dados coletados se demonstrou que, mesmo que as decisões judiciais não tenham modificado as regras administrativas, o debate judiciário auxiliou à consolidação de um discurso e, assim, facilitou a pressão junto ao aparato políticos e administrativo que sempre possuiu o poder de modificar estas regras. Em síntese, dos quatro casos analisados, o único que não gerou um resultado de potencial reavaliação de regulamentos foi a disputa sobre a cobrança da assinatura básica. Todos os demais casos comprovam que, definido o resultado dos julgamentos paradigmáticos, houve um início de estudos em prol das mudanças que acabaram por se concretizar, a despeito das derrotas judiciais.

6. Referências.

6.1. Bibliografia.

COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. *Judiciário e Regulação Econômica: a judicialização da política tarifária do setor de telecomunicações em 2003 (Prêmio SEAE 2006 de monografias)*. Brasília: MF-SEAE (Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico).

COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio; SILVEIRA E SILVA, Rafael. Judicialização das políticas públicas: o caso da regulação do setor de telecomunicações. 6º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 29 jul./01 ago. 2008.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 359 e seg.

GUILHERME DOS SANTOS, Wanderley. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *Competition in telecommunications*. Cambridge, MA: MIT Press, 2000.

LATOUR, Bruno; WOOLGAR, Steve. *Laboratory life: the construction of scientific facts*. New Jersey: Princeton, 1986.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 57, p. 113-133, 2002.

MCCANN, Michael. *Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1994.

MERTON, Robert K. On sociological theories of the middle range. In: _____. *On theoretical sociology: five essays – old and new*. New York: Free Press, 1967. p. 39-72.

NONET, Phillipe; SELZNICK, Phillip. *Law and Society: toward responsive law*. 2 ed. New York: Transaction Books, 2001. (Tradução: *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010).

PROGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier / Fundação Konrad-Adenauer, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço

telefônico. In: SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TATE, C. Neal (Ed.); VALLINDER, Törbjorn (Ed.). *The global expansion of the judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES DE ALMEIDA, Maria Hermínia. La política de privatización de las telecomunicaciones em Brasil. *Revista de Economía Política*, v. 21, n. 2, p. 43-61, 2001.

VERONESE, Alexandre. A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Sociologia do Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011.

VERONESE, Alexandre. As disputas de massa, o impasse e a tentativa de desformalização dos litígios de consumo em telecomunicações. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 3, p. 51-95, 2011

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. *Escritos*, Fundação Casa de Rui Barbosa, v. 3, p. 215-265, 2009.

WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manuel Palácios da Cunha; BURGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

6.2. Entrevistas.

Advogado atuante na ANATEL, entrevista, Brasília, 20 out. 2006.

Advogada e servidora do PROCON-DF, entrevista, Brasília.

Dirigente da ANATEL, entrevista, Rio de Janeiro, 20 out. 2006.

Magistrada no juizado especial cível, entrevista, Rio de Janeiro.

Servidor da ANATEL, entrevista, Brasília, 17 nov. 2006.

6.3 Processos e documentos judiciais

BRASIL: STJ. Súmula 356, Primeira Seção, julgado em 25 jun. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 08 set. 2008.

BRASIL: STJ. Súmula 357, Primeira Seção, aprovada em 25 jun. 2008, publicado no Diário da Justiça, Eletrônico em 08 set. 2008.

BRASIL: TRF-1. Agravo de Instrumento 2005.01.00.021915-2/DF, Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do MT vs. BRASIL TELECOM S/A, GVT Ltda. & ANATEL, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, Decisão monocrática de 09 jun. 2005. Disponível: <http://www.trf1.jus.br>.

BRASIL: STF; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.322/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 02 ago. 2006, publicado no Diário da Justiça em 19 dez. 2006, p. 35, publicado no Ementário, v. 2.261-4, p. 749, publicado na íntegra na Rev. Interesse Público, v. 9, n. 41, 2007, p. 159-191.

BRASIL: STJ. Recurso Especial n. 757.971/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25 nov. 2008, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 19 dez. 2008. Existem vários idênticos do mesmo relator.

BRASIL: STJ. Recurso Especial n. 1.164.700/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04 maio 2010, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 17 maio 2010.

6.4. Textos jornalísticos.

ANATEL APROVA. O Globo. Caderno Economia, p. 4, 24 nov. 2011.

SARDENBERG, Ronaldo Motta. Defesa de um modelo. O Globo. 31 jan. 2011, p. 8.