



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Autos n.º 2002.61.08.004680-9

Autor: Ministério Público Federal

Rés: Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações de Rede Internet/São Paulo - ABRANET.SP

Sentença Tipo “A”

Vistos, etc.

O **Ministério Público Federal** propôs ação civil pública, em face de **Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP** e da **Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL**, a fim de que fosse a primeira ré compelida a *“não exigir, condicionar ou impor a contratação e pagamento de um provedor adicional (Provedor de Serviço de Acesso/Conexão à Internet – PCSI) aos usuários do serviço de transporte de dados em alta velocidade (Speedy – Tecnologia ADSL – Banda Larga);... se abster de suspender a prestação do serviço do Speedy em*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Justiça Federal

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

razão da não contratação ou pagamento de um provedor adicional pelos usuários;... voltar a fornecer o serviço àqueles que eventualmente tenham sido privados dele, por tal motivo (não contratação e pagamento de um provedor adicional – Provedor de Serviço de Acesso/Conexão à Internet – PCSI” (fls. 37 e 38), e a segunda ré condenada a “não exigir que a TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A – TELESP (DENOMINADA TELEFÔNICA), submeta o usuário à contratação de Provedor (adicional) de Serviço de Acesso/Conexão à Internet – PCSI, para ter acesso ao serviço de transporte de dados em alta velocidade (Speedy – Tecnologia ADSL – Banda Larga) (fls. 37 e 38). Requereu o autor, ainda, fossem as rés condenadas a “indenizar os usuários e ex-usuários do SPEEDY pelos danos patrimoniais e morais sofridos em razão da prática abusiva combatida nesta ação, inclusive com a repetição do indébito por valor igual ao dobro do que tenha sido pago em excesso” (fl. 38).

Em sustentação à tutela judicial pleiteada, o MPF asseverou sua legitimação para a defesa dos consumidores, a competência desta Subseção Judiciária federal, a adequação da ação civil pública e, em relação à questão de fundo, a incidência das normas consumeristas (notadamente, a proibição de venda casada), a viabilidade do acesso à Internet sem a necessidade de provedor e a qualificação do serviço de acesso à Internet como serviço de telecomunicação, e não serviço de valor adicionado, com o que, tornar-se-ia indevida a exigência de provedor adicional de acesso, para efeito de contratação do serviço de transporte de dados em alta



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL**

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

velocidade, por meio de tecnologia ADSL, comercializado pela ré TELESP sob a marca “Speedy”.

Antes de se pronunciar sobre o pedido liminar, oportunizou-se (fls. 42-43) às rés prazo para manifestação, tendo a TELESP aduzido considerações às fls. 59-85, e a ANATEL às fls. 304-312. O autor rebateu as considerações das rés às fls. 348-353.

Às fls. 416-452, a Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações de Rede Internet – São Paulo (ABRANET.SP) solicitou sua admissão na lide processual, como assistente litisconsorcial da ré TELESP, e respondeu ao pedido deduzido pelo MPF, levantando a inexistência de direitos difusos ou coletivos, a serem defendidos pelo MPF e, no mérito, a proibição de a ré TELESP prestar serviço de valor adicionado, do qual o “Speedy” configuraria espécie.

Ouvido o *Parquet* (fls. 507 e 507-verso), manifestou-se pelo indeferimento do pedido de assistência litisconsorcial.

O Juízo acolheu o pedido da ABRANET.SP, incluindo-a na lide, como assistente litisconsorcial das demandadas (fl. 530).

O pedido de antecipação da tutela foi deferido, pelo Juízo, às fls. 531-539, nos termos em que requerido pelo MPF.

Informada a interposição de recursos de agravo de instrumento (fls. 562-615 e 665-698).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Contestação da TELESP às fls. 723-772, argüindo, em preliminar, a carência do direito de ação, por impossibilidade jurídica do pedido - ante a vedação legal de a concessionária de serviço de telecomunicação explorar serviço de valor adicionado -, e a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal - por se tratar de defesa de direitos individuais disponíveis dos contratantes do serviço “Speedy”. No mérito, a TELESP afirma que *“à ré é permitida, única e exclusivamente a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado, no qual se insere o transporte de dados em alta velocidade (Speedy), sem, entretanto, compreender o acesso à rede Internet, serviço este prestado exclusivamente pelos Provedores de Serviço de Acesso/Conexão à Internet (PSCI)”* (fl. 741). Aduz, ainda, que a *infra-estrutura necessária* para o acesso à Internet é incumbência dos contratantes do serviço, além de não estar configurada venda casada, haja vista não se estar diante de serviço de telecomunicação, mas, como dito, perante serviço de valor adicionado. Finalmente, assevera não poder ser imposto à ré TELESP que preste serviço de acesso à Internet, pois ausente norma legal neste sentido, e inexistir prova de dano material, não podendo a TELESP ser condenada a restituir em dobro aquilo que não recebeu.

A TELESP, ainda em sua resposta, assevera não ser o serviço “Speedy” serviço de conexão à Internet, mas sim serviço de transporte de dados em alta velocidade, bem como, que os provedores contratariam da TELEFÔNICA EMPRESAS S/A *uma*



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL**

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

parte da infra-estrutura necessária para a efetiva conexão dos usuários do Speedy à Internet.

Às fls. 796 *usque* 807, o E. TRF da 3ª Região comunica o indeferimento de efeito suspensivo aos agravos interpostos em face da decisão que concedeu a liminar.

Às fls. 1007-1008, o E. TRF da 3ª Região comunica os termos de decisão, tomada em sede de recurso de agravo regimental.

Nomeado perito judicial às fls. 1114-1115.

Contestação da ANATEL às fls. 1118-1136, pela qual argúi a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e, no mérito, reafirma a diferenciação entre serviço de telecomunicação e serviço de valor adicionado - do qual o acesso à Internet seria espécie -, e cuja prestação seria vedada às empresas concessionárias de telecomunicação.

Audiência de inspeção judicial às fls. 1148-1151.

Quesitos da ABRANET.SP às fls. 1193-1196.

Quesitos da ANATEL às fls. 1197-1198.

Quesitos da TELESP às fls. 1212-1213.

Réplica da parte autora às fls. 1398-1431, com a qual se fez juntar os quesitos, às fls. 1432-1433.

Laudo técnico pericial, da lavra do Prof. Dr. Wilson Massashiro Yonezawa, às fls. 1625-1664.



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL**

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Pedido de esclarecimentos, ao Sr. Perito, formulado pelo MPF, às fls. 1693-1695.

Parecer dos assistentes técnicos da ré TELESP às fls. 1712-1724.

A demandada TELESP aduziu suas considerações em relação ao laudo pericial às fls. 1725-1740.

A litisconsorte ABRANET.SP manifestou-se sobre o laudo pericial às fls. 1741-1749.

Esclarecimentos do Sr. Perito Judicial às fls. 1766-1774.

Manifestação da ABRANET.SP, às fls. 1780-1783, na qual requer, após a apresentação dos quesitos, a prolação de sentença.

Memoriais finais do MPF às fls. 1792-1813.

Novo parecer, dos assistentes técnicos da ré TELESP, às fls. 1829-1835.

Às fls. 1865-1866, a ré TELESP requer seja proferido julgamento da lide.

Memoriais finais da ré TELESP às fls. 1885-1900, da ré ABRANET.SP às fls. 1902-1930 e da ANATEL às fls. 1931-1948.

Audiência de tentativa de conciliação às fls. 2075.



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL**

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauri

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauri – SP

Ficha Cadastral da TELEFÔNICA EMPRESAS S/A às fls. 2105-2115, sobre a qual se manifestaram as partes às fls. 2116, 2120-2123 e 2124-2126. A ANATEL silenciou sobre o documento acostado (fl. 2135).

Convertido o julgamento em diligência, às fls. 2136-2137, para que as partes se manifestassem sobre o teor dos documentos juntados às fls. 2138-2142.

A TELESP aduziu suas considerações às fls. 2147-2153, a ABRANET.SP às fls. 2155-2158, a ANATEL às fls. 2159-2161 e o MPF às fls. 2167-2173.

Requeridos novos esclarecimentos às partes às fls. 2174-2175, o MPF manifestou-se às fls. 2182-2185, a TELESP às fls. 2195-2202, e a ANATEL às fls. 2264-2276, 2298-2305 e 2310-2314.

Por fim, as rés TELESP e ABRANET.SP teceram considerações (fls. 2318-2322 e 2324-2327) sobre a última intervenção da ANATEL.

É o Relatório.

II - Fundamentação

Preliminarmente, cabe afastar os óbices de natureza processual levantados pelas rés.

A suspeição deste Magistrado, mencionada, de ofício, à fl. 2013, e reconsiderada à fl. 2062, em face de ser usuário



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

do serviço objeto da lide, não deve prosperar, em virtude do caráter coletivo da demanda, ao qual não se aplicam os regramentos de natureza estritamente individual, constantes do CPC, de 1973. Todavia, e por exigências de ordem ética, desde já merece afastamento qualquer efeito deste *decisum*, em favor do patrimônio jurídico deste Magistrado, que é o que fica **determinado**.

Restaram superadas quaisquer irregularidades, arguidas pela ré TELESP (fl. 1726) em face do laudo pericial, em virtude das informações complementares apresentadas pelo perito judicial às fls. 1766-1774.

Não há que se tomar como juridicamente impossível o pedido estampado na inicial, haja vista inexistir, no ordenamento nacional, norma que impeça o autor de pugnar pelo afastamento da necessidade de contratação do servidor de acesso à Internet, no bojo da prestação de serviço retratada sob a marca “Speedy”. Na verdade, a juridicidade, ou não, da referida exigência constitui o próprio mérito da presente demanda, possuindo natureza eminentemente substancial, e não processual - esta sim, própria das regras que restringem o direito de ação. Saber se tal ou qual interesse **é direito**, merecendo proteção jurisdicional, tem a ver com norma de substância, e não com regra adjetiva, disciplinadora do acesso dos cidadãos ao juízo.

O Ministério Público tem legitimidade para defender os interesses dos consumidores do serviço “Speedy”,



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

oferecido ao mercado pela ré TELESP. Dispõe o artigo 127, da Constituição da República de 1.988:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Da letra da norma constitucional, extrai-se a missão institucional do Ministério Público de atuar na defesa dos **interesses sociais** e individuais, estes quando **indisponíveis**. Ou seja: havendo **interesse social, ou individual indisponível**, estará evidenciada a legitimidade de iniciativa, por parte do *parquet*.

Mais à frente, a Constituição de 1.988 aborda, às expensas, a legitimidade para a propositura da ação civil pública:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

No inciso em epígrafe, o texto constitucional não deixa espaço para quaisquer dúvidas, ao autorizar a atuação ministerial quando afrontado **direito coletivo**.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Do cotejamento de ambos os artigos, conclui-se estar o órgão do Ministério Público legitimado a defender em juízo os interesses dos **consumidores**, quando tais interesses tenham natureza coletiva (como sói acontecer no caso de direitos individuais homogêneos), pois é do **interesse social** que o *parquet* opere o **acesso à justiça**¹ de tal categoria de pessoas, as quais, em um sem número de oportunidades, e por variadas razões, deixariam de se defender em juízo, e se veriam obrigadas a aceitar a conduta eventualmente injurídica de fornecedores de produtos e de serviços que, abusando de sua posição econômica e jurídica, e sem que ninguém lhe pudesse fazer anteparo, fizessem do desrespeito ao direito consumerista meio para aumento arbitrário dos lucros.

E por tal razão, plasmou-se nos artigos 81 e 82, da Lei n.º 8.078/90, e no artigo 6º, da Lei Complementar n.º 75/93, respectivamente:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

¹ Trata-se da “segunda onda” evolutiva pela qual passou o processo civil no Ocidente. Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “O segundo grande movimento no esforço de se melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos direitos difusos, assim chamados os interesses coletivos e grupais, diversos daqueles dos pobres... A concepção tradicional do processo civil não deixa espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.” (Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. pgs. 49-50).



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL**

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauri

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauri – SP

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

...

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

“Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

...”

“Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

...

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

...

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;”

Nas palavras de Motaui Ciocchetti de Souza:

“Ao admitir a tutela coletiva dos mencionados interesses, o Código de Defesa do Consumidor culminou por democratizar o acesso à justiça, permitindo que pequenas lesões – quando vistas individualmente – pudessem ser reparadas, assim como consentiu a efetiva responsabilização dos fornecedores, que – valendo-se da insignificância de cada uma das lesões – obtinham ganhos



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

ilícitos e vultosos tendo em vista a reiteração da prática espúria.”²

Definidora da questão, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

“Ministério Público: legitimidade para propor ação civil pública quando se trata de direitos individuais homogêneos em que seus titulares se encontram na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. É indiferente a espécie de contrato firmado, bastando que seja uma relação de consumo: precedentes.” (STF. RE-AgR 424.048/SC. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 25/10/2005).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. NULIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO DE COMPRA-E-VENDA DE IMÓVEIS. JUROS. INDENIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES QUE JÁ ADERIRAM AOS REFERIDOS CONTRATOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER DA CONSTRUTORA. PROIBIÇÃO DE FAZER CONSTAR NOS CONTRATOS FUTUROS. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual

² Ação Civil Pública e Inquérito Civil. SP: Saraiva, 2001, pg. 12.



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL**

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

(juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa.

II - Como já assinalado anteriormente (REsp. 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.

V - Embargos acolhidos.” (EREsp 141.491/SC, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Corte Especial, julgado em 17.11.1999, DJ 01.08.2000 p. 182).

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito.

A presente ação coletiva foi proposta pelo Ministério Público Federal sob o argumento de que o acesso à rede mundial de computadores - Internet, por meio do serviço de banda



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Justiça Federal

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

larga com tecnologia ADSL (o Speedy), **prescindiria** da intervenção de um provedor de acesso à Internet, haja vista que, conforme constou na inicial, “*o acesso à rede independe da contratação do provedor*” (fl. 05).

Como a empresa ré e a ANATEL obrigam os usuários a contratar provedores de acesso, concluiu o MPF estar ocorrendo **venda casada**, prática esta vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, requerendo o *Parquet*, em cumulação de pedidos, não mais fosse exigida a contratação de provedor de acesso, bem como, fossem os usuários indenizados em virtude da exigência injurídica.

A ré TELESP argumentou, em síntese, que não poderia prestar o serviço de acesso à Internet, sob pena de violar o contrato que lhe outorgou a concessão do serviço de telecomunicações, já que impedida de prestar *serviços de valor adicionado*. Aduziu, ainda, que o Speedy não se configura como serviço de acesso à Internet, pois este acesso somente seria efetivado pelos provedores, que contratariam da TELEFÔNICA EMPRESAS S/A a infra-estrutura necessária para tanto (fl. 768).

A ANATEL, em sua resposta, reiterou o argumento esposado pela TELESP, de que estaria esta proibida de prestar o serviço de acesso à Internet, dado que *serviço de valor adicionado*.

Em breve recapitulação, este é o quadro que se apresenta para julgamento. Passo ao exame da pretensão ministerial.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauri

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauri – SP

Há que se pronunciar, nesta abordagem inicial, que as alterações ocorridas na forma em que prestado o serviço Speedy – essencialmente, o fato de a TELESP ter adquirido da TELEFÔNICA EMPRESAS S/A a chamada *Rede Multiserviços* (ilustrada no quadro de fl. 1834), e passado a executar, por si própria e sob autorização para prestação de Serviço de Comunicação Multimídia³, o serviço de conexão à Internet -, não só podem como **devem** ser objeto de consideração, pelo juízo, nos termos do artigo 462, do CPC:

“Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

Muito ao contrário do que alegado pelas rés TELESP e ABRANET.SP, não só a forma pela qual o Speedy era comercializado, quando da propositura da ação, é objeto da demanda. O “novo Speedy”, *negócio* iniciado a partir de setembro de 2003, constitui-se em fato **superveniente** e **modificativo** do direito posto sob julgamento, e **deve**, nos termos do artigo em epígrafe, ser objeto de conhecimento judicial.

Cumpré averiguar, antes de se adentrar as questões levantadas pelas partes, em que consiste o pretense ilícito que o MPF afirma estar sendo praticado pela ré TELESP, com a

³ Com base no Ato de fls. 2230-2231 e no Termo de Autorização de fls. 2233-2245.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

convivência da ANATEL, trazendo-se a definição da prática de “venda casada”.

Dispõe o artigo 39, inciso I, da Lei n.º 8.078/90:

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei n.º 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;”

Nas palavras do Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, o inciso I, do artigo em epígrafe, trata da hipótese em que *“o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também um outro produto ou serviço. É a chamada **venda casada**. Só que, agora, a figura não está limitada apenas à compra e venda, valendo também para outros tipos de negócios jurídicos, de vez que o texto fala em ‘fornecimento’, expressão muito mais ampla”⁴.*

A finalidade desta regra proibitiva é enunciada pelo Ministro Luiz Fux, nos termos seguintes:

*“A denominada ‘venda casada’, sob esse enfoque, tem como **ratio essendi** da vedação a proibição imposta ao fornecedor de, utilizando de sua superioridade econômica ou técnica, opor-se à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatório e*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

preços competitivos.” (Voto no REsp. n.º 744.602/RJ).

Calha observar que a conduta proibida é a de condicionar o fornecimento de **um** produto ou serviço à aquisição de **outro** produto ou serviço, ou seja, faz-se mister que os bens ou a atividade prestados pelo fornecedor possam ser adquiridos de forma **independente**, sem que, por razões de fato ou de direito, o consumidor esteja jungido a adquirir ambos os produtos, ou ambos os serviços, ou um produto e outro serviço.

Sendo possível, de fato e de direito, que o fornecimento do serviço se dê sem a necessária aquisição de **outro** produto ou serviço, estar-se-á, sem espaço para dúvidas, diante de hipótese de ilícita venda casada.

Sob este paradigma é que deve ser resolvida a lide, constituindo o núcleo do julgamento verificar se a **contratação do provedor é necessária**, seja por razões de fato, seja por razões de direito, para que os consumidores do serviço Speedy acessem a Internet, em conexão de banda larga.

1. Do acesso à Internet, por meio do Speedy: a não intervenção dos “provedores”.

O laudo pericial e os pareceres dos assistentes técnicos **confirmaram** que, sob o ponto de vista **técnico**, os

⁴ in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8ª ed. RJ:



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

provedores “**não provêm**” o acesso à Internet, aos usuários do serviço Speedy.

A infra-estrutura necessária para o acesso físico dos usuários do Speedy à Internet é fornecida, hodiernamente, **apenas** pela ré TELESP. Quando da propositura da ação, o acesso à rede mundial de computadores era efetivado pela **conjugação** de equipamentos pertencentes à TELESP (do modem ATU-R e do splitter, instalados na casa do usuário, passando-se pela rede de telefonia e, em seguida, até os splitter, modem ATU-C e DSLAM, instalados nas dependências da empresa de telefonia) e à TELEFÔNICA EMPRESAS S/A (roteadores).

Os provedores de acesso – então e hoje - apenas procedem à **autenticação** dos usuários, medida esta absolutamente irrelevante, para efeito de se apurar quem fornece a estrutura física para o acesso à rede mundial de computadores.

O laudo pericial esclareceu que:

*“Em relação ao serviço Speedy, os provedores, tais como Terra e UOL não podem ser considerados provedores de acesso, nem de **backbone**, visto que não oferecem serviços de acesso.”* (fl. 1654).

“O usuário de linha discada efetua uma conexão para um número telefônico associado ao PCSI. Esse por sua vez, efetua a autenticação do mesmo e o libera para a entrada



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Justiça Federal

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

na Internet. O tráfego entre usuário e Internet passa diretamente pelo PCSI, isto é, utiliza o link de dados entre o PCSI e a operadora de telecomunicação. No caso do usuário de acesso via ADSL, o tráfego entre usuário e Internet não passa pelo PCSI. Nesta situação, o PCSI executa apenas um serviço de autenticação de usuário” (fl. 1767).

“Tal serviço [a autenticação] não pode ser considerado essencial, uma vez que mesmo na ausência de um serviço de autenticação é possível navegar na Internet” (fl. 1658).

“... o procedimento de autenticação pode ser dispensado ou substituído por outra forma automática” (fl. 1662).

“... claramente observa-se no serviço Speedy que o PCSI externo, atualmente, executa apenas o procedimento de autenticação dos usuários” (fl. 1774).

Conforme reconheceu a própria ré TELESP:

“... se confirmou que apenas a união entre a infraestrutura disponibilizada pela ré aos usuários do Speedy e aquela explorada pelos provedores de acesso disponibilizado a estes pela empresa Telefônica Empresas



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

S/A é que efetivamente permite o tráfego de dados entre o computador do usuário e a Internet” (fl. 1839).

“... a ré demonstrou que o serviço de acesso à Internet não é atualmente prestado através do Serviço Speedy e que, apenas com a utilização da infra-estrutura chamada REDE MULTISERVIÇOS, de propriedade da Telefônica Empresas S/A e explorada pelos provedores de acesso, é que o usuário obtém a navegação na rede mundial de computadores” (fl. 1842).

Ademais, observe-se que um dos procedimentos essenciais para que o usuário “navegue” na Internet – qual seja, a atribuição de um endereço IP – também é realizado sem a intervenção dos “provedores” de acesso, como constatado pelo laudo pericial:

*“pode (sic) dizer que estar conectado a Internet é possuir um endereço IP (Internet Protocol) válido... o serviço Speedy contratado **requer atribuição de um endereço IP, este fornecido pela empresa fornecedora do serviço.** Sendo assim, é possível concluir que o serviço Speedy não é meramente um serviço de transmissão e recepção de sinais digitais em alta velocidade... mas algo que*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

possibilita ao usuário acesso aos serviços existentes na Internet” (fls. 1630 e 1772).

Dessarte, sob o prisma **técnico**, não se faz necessária a contratação de provedores de acesso (PCSI), para que os usuários do Speedy possam acessar a rede mundial de computadores.

2. Da possibilidade jurídica de acesso à Internet, por meio do Speedy, sem a intervenção do “provedor”.

Ainda que, conforme se demonstrou, sob o ponto de vista **dos fatos** a contratação de provedores de acesso não seja necessária, cabe analisar se, nos termos das **normas** aplicáveis ao presente caso, é dado à TELESP **explorar**, por si mesma, o serviço de acesso à Internet.

Conforme inúmeras vezes repisado pelas rés TELESP, ABRANET.SP e ANATEL, o artigo 86, da Lei n.º 9.472/97, determina às concessionárias do STFC que explorem *exclusivamente os serviços de telecomunicações objeto da concessão*⁵.

Estaria a TELESP impedida, assim, de explorar serviço de valor adicionado e, segundo arguem as rés, o serviço de acesso à Internet, pois modalidade daquele.

⁵ Ainda que, contraditoriamente, possam receber autorizações ou concessões, para prestar outros serviços, nos termos do § 3º, do artigo 207, da LGT.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

A diferenciação entre serviço de telecomunicações e serviço de valor adicionado tem por origem a experiência norte-americana, conforme relata Yi Shin Tang:

*“A diferenciação conceitual tem suas origens no direito norte-americano. Em 1966, a Federal Communications Commission (FCC), órgão responsável pela regulação nacional do setor, já se preocupava com o crescente uso de computadores como tecnologia de telecomunicação, dando ensejo a uma investigação formal acerca do uso de serviços de informática através de linhas telefônicas. Disso resultou a diferenciação legal entre **basic services** e **value-added services** (ou *enhanced services*), na terminologia adotada pela legislação dos EUA, de modo a se fixar a jurisdição da FCC exclusivamente sobre o que se definia como ‘serviço de telecomunicações’”⁶.*

Nos EUA, desde o *Telecommunications Act*, de 1996, os então “serviços de valor adicionado” passaram a ser considerados “serviços de informação”, ou *information services*. Neste país, o acesso à Internet, via *banda larga*, prestado por meio de cabo (TV a cabo), ou por meio de linhas de telefonia, utilizando-se tecnologia ADSL, é considerado, pela *Federal Communications Commission*, **serviço de informação**, e não serviço de telecomunicação, nos termos de duas *Declaratory Rulings*, expedidas nos anos de 2002 (TV a cabo) e 2005



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

(ADSL). A própria Suprema Corte americana, com base na doutrina *Chevron*, reconheceu como válida a qualificação de “serviço de informação”, atribuída pela FCC ao serviço de acesso banda larga à Internet, prestado pelas empresas de TV a cabo – Caso *National Cable vs. Brand X Internet Services* (2005)⁷.

Sendo os EUA o país em que as telecomunicações encontravam-se em estágio mais avançado, naturalmente influenciaram a regulação deste setor nas economias de outros países e, dentre estes, o Brasil, que, na letra dos artigos 60 e 61, da Lei n.º 9.472/97, apartou serviço de telecomunicação do serviço de valor adicionado.

Feita esta brevíssima digressão histórica, observe-se que não há espaço para divergência, ante a expressão da interpretação da legislação federal efetivada pela mais alta Corte nacional, para a matéria: o serviço de acesso à Internet é espécie de serviço de valor adicionado, quando executado com base no serviço telefônico fixo comutado.

A qualificação do serviço de acesso à Internet como serviço de valor adicionado, e não como serviço de telecomunicação, é dada pela legislação federal ordinária, não sendo suscetível de conhecimento pelos termos da Constituição da República de 1.988.

⁶ Cf. OXMAN, J. The FCC and the Unregulation of the Internet. *apud* Telecomunicações: Condições do Brasil em Doha. in CELLI JÚNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC**. Curitiba, Juruá, pg. 108.

⁷ *apud* RICH, J. Steven. Brand X and the Wireline Broadband Report and Order: The Beginning of the End of the Distinction between Title I and Title II Services. in **Federal Communications Law Journal**, Volume 58, Abr/2006, n.º 2, pp. 221-244. Disponível no endereço: <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v58/no2/Rich.pdf>



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Assim, impera, *in casu*, a interpretação dada a tais regras pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, pela sua Corte Especial, manifestou-se no sentido de que, quando tal modalidade de acesso à Internet se der com suporte em linhas telefônicas, estar-se-á diante de serviço de valor adicionado, e não, serviço de telecomunicação. Este o entendimento vazado no julgamento do EREsp. n.º 456.650/PR, da Relatoria do Ministro Franciulli Netto, cujo acórdão já foi acostado aos autos pelas rés, cabendo apenas transcrever a conclusão estampada no voto do Ministro Castro Meira, que clarifica a questão:

“Assim, o simples acesso à Internet é serviço de valor adicionado (art. 61, § 1º, da Lei n.º 9.472/97), não podendo ser tributado pelo ICMS por não constituir serviço de telecomunicação. O provedor, entretanto, poderá ser tributado se, além de permitir o acesso, for o responsável pelo serviço de telecomunicação que lhe dá suporte. Nesse caso, será tributado não pelo simples acesso, mas pelo serviço de telecomunicação, em si mesmo considerado, que serve de meio ao acesso.

Inobstante as considerações aqui formuladas, não vejo como afastar a conclusão esposada pelo Ministro Franciulli Netto, já que o simples acesso à Internet constitui serviço de valor adicionado, nos exatos termos do art. 61, § 1º, da LGT.”



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Como o acesso à Internet, por meio do Speedy, é levado a efeito por meio das linhas de telefonia fixa, conclui-se configurar espécie de serviço de valor adicionado.

Observe-se que o fato de a infra-estrutura envolvida na consecução do serviço ter pertencido, e sido explorada, por subsidiária integral da ré TELESP, em nada altera este quadro, pois, de qualquer forma, o usuário do Speedy estaria obrigado a contratar, separadamente, a tecnologia ADSL (da TELESP) e o serviço de acesso à Internet (da TELEFÔNICA EMPRESAS, ou de terceiros)⁸.

Assim sendo, não poderia a TELESP prestar, aos usuários do Speedy, o serviço de acesso à Internet, pois juridicamente impedida de fazê-lo e, por consequência, não haveria que se falar em venda casada.

Todavia, as considerações acima somente se aplicam à situação vivenciada até o momento em que a TELESP adquiriu a *Rede Multiserviços*, da TELEFÔNICA EMPRESAS S/A, e passou, com autorização da ANATEL, a explorar o serviço de acesso à Internet.

⁸ Válido mencionar, ainda que desborde da matéria sob julgamento, que a exploração da transmissão de dados em alta velocidade, propiciada pela tecnologia ADSL, aproxima-se muito mais do conceito de serviço de valor adicionado - pois configura *nova utilidade, relativa à movimentação de informação, desenvolvida sobre o STFC, e que com este não se confunde* - do que, propriamente, modalidade de serviço de telecomunicação, como o Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações – SRTT, ou ainda o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM. Se, na dicção do E. STJ, o acesso à Internet, realizado por meio das linhas de telefonia, é serviço de valor adicionado, então o transporte de dados em alta velocidade, realizado por meio de linhas de telefonia, também possuiria a mesma qualificação jurídica. No Speedy, mais do que **prestar serviço** de telecomunicação, a TELESP **usa** sistema de telecomunicação (o STFC), para explorar a tecnologia ADSL.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

2.1 A situação jurídica do “novo” Speedy.

A partir de setembro de 2003 (fl. 2149), a ré TELESP passou a **explorar comercialmente**, e **sem a interveniência** de terceiros, todos os equipamentos que possibilitam o acesso dos usuários do Speedy à Internet (fl. 2139).

No entanto, ao invés de contratar tanto o serviço ADSL quanto o acesso à Internet diretamente com os usuários do Speedy, **manteve** a imposição de contratação de um terceiro “provedor”, por parte dos consumidores.

A total desnecessidade jurídica de contratação do provedor infere-se do fato de a TELESP, com autorização da ANATEL, **vender** aos “provedores” o serviço de **acesso à Internet**.

Deveras: conforme reconhecem as rés TELESP e ABRANET.SP, os “provedores” de acesso **não são proprietários dos roteadores**, equipamentos estes que permitem o acesso dos usuários à rede mundial de computadores.

Tais equipamentos, desde 2003, **pertencem** e, mais importante, são **explorados comercialmente** pela TELESP, por meio dos contratos de “Speedy Provider” (fls. 2140-2142), aos quais aderem os “provedores” que, assim, conseguem conectar-se à Internet.

Como consta do “Instrumento Particular de Contrato de Venda e Compra de Bens, Promessa de Cessão de Direitos e Outras Avenças”, autuado em apenso, a ré TELESP



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Justiça Federal

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

adquiriu da TELEFÔNICA EMPRESAS S/A os *ativos, contratos com clientes e contratos com terceiros* relativos ao serviço “Speedy Link – Serviço voltado a provedores de acesso à Internet (ISP), que lhes permite fornecer aos seus clientes o acesso à Internet banda larga Speedy”.

A referida aquisição ficou condicionada à “*obtenção da autorização SCM (Serviço de Comunicação Multimídia) pela COMPRADORA*” (item 1.2 do mencionado contrato), autorização esta que foi concedida pela ANATEL aos 14 de fevereiro de 2003 (fl. 2230).

Em outras palavras: a TELESP **explora serviço de acesso à Internet**, ao vender aos “provedores”, por meio de contratos denominados “Speedy Provider”, a conexão à Internet.

Conforme consta do “Comunicado” (fl. 2140), divulgado pela ré TELESP⁹:

“Para atender os clientes do ‘Novo Speedy’ os Provedores deverão se adequar **contratando** o produto ‘Speedy Provider’ **da TELESP**.

Os atuais contratos de ‘Speedy Link’ celebrados **entre Telefônica Empresas e Provedor**, continuarão vigentes até sua rescisão ou denúncia, para atendimento do atual portfólio Speedy.”

Repita-se: os “provedores”, a partir de setembro de 2003, **contratam da própria ré TELESP o serviço de acesso à Internet**.

⁹ Conforme: http://www.telefonica.com.br/sp/download/comunicado_speedy_provider.pdf



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

E tal contratação possui a anuência da ré ANATEL.

A agência reguladora, pelo seu Conselho Diretor, **autorizou**, aos 08 de maio de 2007, o “*Ato de Concentração referente à operação de alienação de ativos pela qual a TELEFÔNICA EMPRESAS S.A. transfere para a TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S.A. – TELESP o conjunto de negócios compostos por ativos, contratos com clientes, empregados e contratos com terceiros relativos aos serviços de conexão Banda Larga à Internet IP Comutado e Speedy Link nos setores 31, 32 e 34 da Região III do Plano Geral de Outorgas*”, haja vista ter se restringido a encaminhar o mencionado Ato ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, “sugerindo sua aprovação sem restrições”^{10 11}.

Frise-se, ainda, que a titularidade da propriedade dos equipamentos que formam a *Rede IP*, ou o *Speedy Link*, ou a *Rede*

¹⁰ Ata da 433ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL, disponível no endereço: http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/biblioteca/atas/conselhodiretor/atacd_433_2007.pdf?numeroPublicacao=141527&assuntoPublicacao=Ata%20da%20433ª%20reunião%20do%20Conselho%20Diretor&caminhoRel=Cidadao

¹¹ O único *porém*, constante da decisão do Conselho Diretor da ANATEL, está descrito na Análise GCJL n.º 185/2007, do Conselheiro José Leite Pereira Filho, a qual, na parte relevante, menciona, *in verbis*: “Ressalto, contudo, que, mesmo considerando as análises realizadas pelas Superintendências da Anatel, considero que tal operação tem o potencial de reduzir a transparência no relacionamento entre a TELESP e as demais prestadoras de SCM na oferta de Banda Larga no varejo. Quando o SCM era prestado pela T-EMPRESAS, o relacionamento contratual entre as empresas TELESP e a T-EMPRESAS era suficientemente transparente para garantir as mesmas condições contratuais a qualquer outro prestador de SCM que desejasse utilizar-se dos meios da TELESP (*unbundling*) para a prestação de conexões em Banda Larga. Reconheço que as sinergias buscadas pelas Requerentes podem contribuir para o fortalecimento da oferta das conexões de banda larga, mas claramente a operação de integração na própria TELESP da prestação do SCM vinculado à disponibilidade dos meios do STFC da própria TELESP pode vir a prejudicar a oferta desses meios a terceiros, o que demandará uma maior atenção por parte da Agência e do CADE ao comportamento da TELESP. Desta forma, entendo que é razoável o encaminhamento ao CADE deste Ato de Concentração, sugerindo a sua aprovação, sem restrições, consideradas as observações mencionadas acima.” (em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/203349.pdf?numeroPublicacao=203349&assuntoPublicacao=nu1l&caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental>).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Multiserviços – se da TELESP ou de terceiros – seria, até mesmo, **irrelevante**. O que interessa é saber quem **explora** o serviço de acesso à Internet, levado a efeito por mencionados equipamentos, o que, *in casu*, restou mais do que comprovado ser **diretamente efetivado pela ré TELESP**.

Nos termos do artigo 60, do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, trazido a lume pela Resolução n.º 73/98, da ANATEL:

“Art. 60. Na exploração de serviço de telecomunicações é assegurado à prestadora:

I - empregar equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam, sem prejuízo da reversibilidade dos bens, conforme previsto no instrumento de concessão ou permissão;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço.”

Como no sistema do “velho Speedy”, aos “provedores” cabe, única e exclusivamente, proceder à **autenticação** dos seus clientes que sejam usuários do “novo Speedy”. Todavia, agora a contratação de acesso à Internet é feita em face da ré TELESP. Como consta do contrato padrão do “Speedy Provider”, em sua Cláusula Primeira:

“CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

O presente contrato tem por objeto o fornecimento pela
TELESP ao PROVEDOR de serviço de



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

telecomunicações com nome comercial de Speedy Provider para suporte do serviço de valor adicionado (SVA) prestado pelo PROVEDOR, que compreende o transporte na **Rede IP e conectividade, através da utilização de infra-estrutura da TELESP para acesso a serviços de banda larga.**

Parágrafo Primeiro: Entende-se por conectividade a conexão bidirecional entre o PROVEDOR e a Rede IP, **permitindo ao PROVEDOR, através de troca de informação na rede, reconhecer e autorizar seus usuários para acesso a internet, através da autenticação,** dividida em módulos de velocidade de 64 Kbps comportando no máximo 2.000 acessos para cada módulo. A velocidade da conectividade contratada pelo PROVEDOR será definida na Solicitação de Serviço e suas ampliações e reduções serão definidas através de Solicitação de Serviço.”¹²

A própria ABRANET, por seu Conselho Jurídico, reconhece que a única obrigação dos provedores, no que pertine ao contrato “Speedy Provider”, é a de proceder à autenticação:

“O provedor, de acordo com o Contrato, presta aos seus usuários os serviços típicos de Internet, **sendo o único reconhecido contratualmente, como obrigação do Provedor, para fins do contrato, o de autenticação para a navegação,** caso o provedor preste outros serviços como conta de e-mail, assistência técnica etc. tais serviços são de exclusiva responsabilidade do provedor para com os seus usuários.”¹³

¹² Disponível em: http://www.telefonica.com.br/sp/download/contrato_speedy_nprovider.pdf

¹³ Conforme “Opinião do Conselho Jurídico sobre o Aditivo II ao Contrato Telefônica e Provedores - Speedy Provider”, veiculado no endereço <http://www.abranet.org.br/doc/opinioao-cj-aditivo2-speedy.asp>



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Sob a roupagem jurídica do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, a TELESP passou a explorar comercialmente o serviço de acesso à Internet, adquirindo equipamentos e contratos – o “negócio”, no jargão corporativo da TELESP - de sua subsidiária integral TELEFÔNICA EMPRESAS S/A.

Esta aquisição de equipamentos e de contratos, e a sua exploração comercial, **foi autorizada** pela ANATEL.

Ainda que se possa perquirir da juridicidade da autorização concedida pela agência reguladora, notadamente, em virtude da possível sobreposição entre os conceitos de serviço de comunicação multimídia, serviço de telecomunicação e serviço de valor adicionado¹⁴ - o que, todavia, refoge ao objeto da presente ação -, fato é que a TELESP, a partir de 2003, e contando com a **expressa** concordância da ANATEL, **explora** serviço de acesso à Internet.

Não poderia vir ao auxílio das rés TELESP e ANATEL eventual ilegitimidade da exploração da atividade ou da autorização concedida pela agência à concessionária de telefonia,

¹⁴ Serviço de Comunicação Multimídia, de acordo com o artigo 3º, do Regulamento aprovado pela Resolução n.º 272/01, da ANATEL, é aquele “que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.”

Nos termos do artigo 61, da Lei Geral de Telecomunicação, o serviço de valor adicionado consiste na “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.”

Ao não distinguir o **meio** pelo qual as informações são transmitidas, recebidas ou recepcionadas, o SCM pode confundir-se com outros serviços de telecomunicação, ou com serviço de valor adicionado.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

para efeito de afastar a proibição consumerista, plasmada no artigo 39, inciso I, do CDC.

De fato, o eventual cometimento de um ilícito, pelas rés, não poderia servir de fundamento para beneficiá-las: é princípio geral do direito, reconhecido internacionalmente¹⁵, que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ou, na pena do Supremo Tribunal Federal, “ninguém pode pretender beneficiar-se com a própria torpeza” (RE n.º 102.049/GO).

Se a ANATEL e a TELESP agiram ao arrepio da lei, com a exploração, por esta última, de acesso à Internet por meio do Serviço de Comunicação Multimídia, tal não pode servir de justificativa para prejudicar os consumidores, sujeitando-os à prática de venda casada.

2.2 O “novo Speedy” e a venda casada.

Como exaustivamente demonstrado, tanto pelo aspecto **técnico**, quanto pelo paradigma **jurídico**, os consumidores do “novo Speedy” prescindem da contratação de um “provedor de acesso” à Internet, com o que, a contar de setembro do ano de 2003, desenhou-se, insofismavelmente, a prática de **venda casada**, expressamente proibida pela Lei n.º 8.078/90.

¹⁵ No Caso *Ratti* (Caso n.º 148/78), a Corte Européia de Justiça acolheu, em toda a sua plenitude, o princípio de direito romano *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, nos termos seguintes: “... a Member State which has not adopted the implementing measures required by the directive in the prescribed periods may not rely, as against individuals, on its own failure to perform the obligations which the directive entails” – acórdão retirado do endereço:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0148:EN:HTML>



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Fundamental, para se evidenciar a prática abusiva do artigo 39, inciso I, do CDC, é o fato de a TELESP exigir a contratação **de provedor de acesso**, quando seria plenamente possível, aos usuários do serviço Speedy, acessar a Internet sem a intervenção deste “provedor”.

Identificada a prática abusiva, tem-se por imperativa a **cessação** da exigência da contratação do provedor e, também, o pagamento de **indenização**, aos consumidores afetados pelo ilícito.

3. Da indenização

Nos termos do artigo 6º, inciso VII, da Lei n.º 8.078/90:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

...

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;”

Como ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “as práticas abusivas detonam o dever de reparar. Sempre cabe indenização pelos danos causados, inclusive os morais, tudo na forma do artigo 6º, VII”¹⁶.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 8ª ed. RJ: Forense Universitária, 2005, pg. 364.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

A responsabilidade civil pelos danos causados aos consumidores tem por pressuposto a verificação do **ato ilícito**, do **dano** e do **nexo de causalidade** entre este e aquele. *In casu*, a exigência da contratação de provedor de acesso, por parte das rés TELESP e ANATEL, evidencia venda casada, ato ilícito cuja prática é vedada pelo CDC. Deste ato ilícito, gerou-se a obrigação dos usuários do serviço Speedy de contratarem provedores de acesso, despendendo recursos para poder fazer frente à exigência indevida das rés.

Indisputável, portanto, que a venda casada está diretamente vinculada ao dano patrimonial sofrido pelos consumidores, que se viram coagidos a remunerar provedores de acesso, indevidamente. Imperativa, portanto, a obrigação das rés TELESP e ANATEL de ressarcir, integralmente, a todos os usuários do serviço Speedy, dos valores que estes despenderam com a contratação dos provedores.

Não interfere com a obrigação de indenizar o fato de os recursos pagos aos “provedores” serem, em parte (já que a TELESP cobrava destes entes pelo uso da infra-estrutura de acesso à Internet), apropriados pelos próprios “provedores” de acesso, ou, ainda, o não recebimento de quaisquer quantias, pela ANATEL. A obrigação de indenizar não se confunde com o instituto que veda o enriquecimento sem causa: se neste há dever de devolver o que veio indevidamente se assomar ao patrimônio do agente, na indenização



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL**

- Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

por ato ilícito há o dever de ressarcir os prejuízos causados, ainda que o ato injurídico não tenha causado enriquecimento do infrator.

As rés TELESP e ANATEL devem, destarte, devolver a todos os usuários do serviço Speedy o montante integral, corrigido monetariamente, equivalente ao que estes usuários gastaram com a contratação dos provedores de acesso, a partir de setembro de 2003.

Inaplicável a obrigação de devolver em dobro, de que trata o artigo 42, parágrafo único, do CDC, pois não se está diante de cobrança indevida de dívida, única hipótese em que incide a mencionada sanção.

Seria cabível, também, a indenização dos danos morais. Contudo, e como é da natureza das lides coletivas, a aferição da existência do dano moral, em cada caso, e do nexo de causalidade com o ato ilícito pronunciado neste feito, deverá se efetivar por meio de ação individual dos consumidores eventualmente lesados.

4. Dos efeitos do julgado.

O pedido formulado pelo Ministério Público Federal abrange, a um só tempo, todos os usuários do serviço Speedy, bem como, a relação jurídica existente entre a ré TELESP e a ré ANATEL. Logo, nos termos do artigo 103, inciso III, do CDC, a presente sentença espalhará efeitos em todo o Estado de São



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Paulo, local em que o serviço Speedy é comercializado pela ré TELESP.

Não há como se cindir, territorialmente, a imposição feita pela ANATEL à TELESP, no que pertine à contratação de “provedor” para a prestação do serviço de acesso à Internet via banda larga. Ou esta imposição é válida, ou não é. Ou a TELESP exige a contratação de terceiro “provedor”, ou não exige. Ou se observa, ou se afasta a diretiva da ANATEL. Os efeitos do julgamento da causa, portanto, não podem sofrer **mutilação**.

Note-se, ainda, que, nos termos do artigo 93, da Lei n.º 8.078/90, **não se restringe a competência das varas interiorizadas da Justiça Federal**, mesmo quando se está diante de dano de natureza nacional, ou regional:

“Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

De se trazer à colação, ademais, a lição de Ada Pellegrini Grinover, para quem *“o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos”*¹⁷,

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli. op cit*, pg. 923.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

pois o que identifica o limite dos efeitos de decisão judicial é o **pedido** formulado pela parte, *“o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência. Esta nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (erga omnes), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo”*¹⁸.

Frise-se, também, que o mencionado dispositivo da Lei n.º 7.347/85 fere, às expressas, o princípio da razoabilidade.

As decisões proferidas pelo Poder Judiciário devem, sob pena de **denegação de justiça**, possuir efeito em todo o território em que tal eficácia se faça necessária para garantir a preservação do direito tutelado pelo órgão judicial. Respeitados os limites da soberania de cada país – e, mesmo assim, observe-se que é regra de direito internacional privado o respeito ao direito adquirido no estrangeiro -, não se pode pretender limitar a eficácia da decisão judicial que resguarda o direito do cidadão, sob pena de frustrar a proteção deste direito.

Ao resolver impedir a atuação jurisdicional, em sua feição coletiva, o legislador, além de “contribuir” com o aumento do número de feitos em trâmite, dando azo ao agravamento da morosidade judicial, restringe o acesso do consumidor à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1.988), em flagrante atentado ao artigo 170, inciso V, também da CF/88.

¹⁸ *Idem, ibidem*, pg. 923.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Vai de encontro, inclusive, à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Tanto quanto possível, considerado o direito posto, deve ser estimulado o surgimento de macroprocesso, evitando-se a proliferação de causas decorrentes da atuação individual.”

(RE 441.318/DF. Relator Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 25/10/2005. Órgão Julgador: Primeira Turma).

Ao se escolher fim constitucionalmente proibido, feriu-se o princípio da razoabilidade (artigo 5º, inciso LIV, da CF/88), dado que não está à livre discrição do legislador trilhar caminhos que inibam o atingimento dos fins e valores encampados pela Constituição Federal de 1.988.

Em síntese - e considerando-se a competência de quaisquer órgãos da Justiça Federal para o julgamento de ações coletivas, ainda que relativas a dano de natureza regional ou nacional -, devem os efeitos desta sentença abranger todo o Estado de São Paulo, pois:

- é incindível o objeto da ação – notadamente em face da relação jurídica existente entre as rés ANATEL e TELESP; e
- é inconstitucional a limitação territorial da eficácia de sentença judicial, por ferir o princípio da razoabilidade.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Justiça Federal -
Fls.
Sec. 3ª Vara em Bauru

III - Dispositivo

Posto isso, **julgo procedente, em parte**, o pedido, **com efeitos erga omnes** sobre todos os contratos relativos ao serviço Speedy, pretéritos, presentes e futuros (artigo 103, inciso III, do CDC), e **proíbo** a ré Telecomunicações de São Paulo S/A - TELESP de exigir, dos usuários do serviço Speedy no Estado de São Paulo, a contratação de terceiro como provedor de acesso à Internet, **a contar** do mês de setembro de 2003. Da mesma forma, **determino** à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL que **permita** à ré TELESP, a partir de setembro de 2003, prestar o serviço de acesso à Internet, por meio do serviço Speedy, sem a necessidade de contratação, por parte dos consumidores do Speedy, de terceiro “provedor” de acesso.

Condeno as rés TELESP e ANATEL a **indenizar** todos os usuários do serviço Speedy do Estado de São Paulo, no montante equivalente ao quanto cada usuário tenha gastado com a contratação de provedor de acesso à Internet, **a partir de setembro de 2003**, valores estes corrigidos monetariamente desde a data de cada pagamento, de acordo com os índices do Provimento n.º 64/05, da E. COGE da 3ª Região, e acrescidos de juros de mora, na taxa de 1% ao mês, capitalizados anualmente, nos termos do artigo 406, do CC de 2002. O pagamento destes valores deverá se dar após o trânsito em julgado e, acaso necessária excussão judicial, será esta precedida de **liquidação por arbitramento** (artigo 475-C, do CPC).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

Condeno a ré TELESP a informar a todos os usuários do serviço Speedy, antigos e atuais, do direito de receberem a indenização, bem como, da possibilidade de contratar o serviço sem a necessidade de provedor de acesso.

Arbitro os honorários do perito judicial em R\$ 1.056,00, dada a complexidade do trabalho, e o nível de especialização do jus perito. Requisite-se o pagamento em favor de Wilson Massashiro Yonezawa. Comunique-se à E. COGE da 3ª Região.

Comunique-se ao E. TRF da 3ª Região, ante os agravos noticiados.

Honorários de sucumbência pelas partes vencidas, inclusive a ABRANET.SP, os quais fixo em R\$ 30.000,00, na forma do artigo 20, § 4º, do CPC.

Custas como de lei.

Da eficácia imediata da sentença

Tendo a presente sentença – exclusivamente no que toca à suspensão da exigência da contratação de “provedor” de acesso - confirmado a antecipação dos efeitos da tutela, eventual recurso de apelação não possuirá efeito suspensivo (artigo 520, inciso VII, do CPC), depreendendo-se possuir as rés TELESP e ANATEL o **dever** de não mais exigir, dos consumidores do serviço Speedy, a contratação de terceiro “provedor” de acesso, **sem a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado.**



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

De outro lado, de se considerar que o comando judicial atingirá todo o Estado de São Paulo. Consigne-se, ainda, haver sérias dúvidas sobre o cumprimento da antecipação da tutela, anteriormente, por parte da TELESP.

Assim sendo, **determino** à ré TELESP que, em trinta dias a contar da intimação da presente sentença, pela imprensa oficial, **não mais exija** a contratação de provedor de acesso, dos consumidores **atuais** e **futuros** do serviço Speedy, bem como, **comunique**, por meio eletrônico, a todos os consumidores do serviço, sobre a inexistência da obrigação da contratação.

A fim de evitar que, novamente, a ré TELESP se esquive de atender comando judicial, e considerando que a multa prevista pelo artigo 461, § 4º, do CPC, deve ser de monta suficiente a **inibir** o devedor recalcitrante de descumprir a ordem judicial, e tendo-se também em mente que, hoje em dia, ultrapassa o 1,8 milhão o número de consumidores do Speedy¹⁹, ficará a ré TELESP sujeita ao pagamento de multa, que arbitro em R\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), acaso não dê **efetivo** cumprimento à presente decisão, no mencionado prazo de 30 dias.

Ultrapassado este prazo, sem cumprimento, ficará a ré TELESP, cumulativamente, sujeita ao pagamento de multa diária de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), sem

¹⁹ Como divulgado pela própria TELESP, no endereço:
http://br.imprensa.telefonica.es/documentos/070720_Balanco_1Semestre.pdf



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

3ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

- Justiça Federal -

Fls.

Sec. 3ª Vara em Bauru

prejuízo de outras penalidades, de natureza cível, administrativa e penal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.
Bauru, 22 de agosto de 2007.

Marcelo Freiberger Zandavali
Juiz Federal Substituto