

CONCLUSÃO

Nesta data, faço este auto concluso ao MM.
Juiz Federal.

MARÍLIA (SP), 21 DE maio DE 2.010.

Analista/Técnico Judiciário RF nº _____

REGISTRO Nº _____/2010

PROCESSO N° 0001381-72.2010.403.6111:

Cuida-se de ação civil pública, com pedido de liminar, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A. e AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL -, objetivando:

- 1º) “a condenação da NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A. na obrigação de não-fazer, consistente em não mais cobrar pelos pontos-extras, pontos-de-extensão e pela locação de decodificadores dos clientes que já pagam pelo ponto principal”; e**
- 2º) “a condenação da ANATEL na obrigação de fazer, consistente em fiscalizar e sancionar as cobranças ilegais (ponto-extra, pontos-de-extensão e locação de decodificadores) por parte das operadoras de TV a Cabo”.**

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL alega que a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A. é operadora de TV a cabo e atua como concessão do poder público e, por isso, deve observar o princípio da legalidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal. No entanto, a ré vem cobrando pelo fornecimento do ponto-extra, ponto-de-extensão e locação de decodificador sem autorização legal, **“pois a legislação que regulamenta o serviço de TV a cabo não prevê tais cobranças”**, ressalvada a cobrança de duas tarifas: A) adesão: no momento de formalização do contrato de prestação de serviços; e B) assinatura: em contrapartida à disponibilidade do serviço de TV a cabo.

Por seu turno, **“não pode a ANATEL ficar inerte e não se manifestar no sentido de reprimir tal ilegalidade que acaba por prejudicar os consumidores”**.



Em sede de tutela antecipada, o autor requereu que seja determinada **“que a NET regularize a situação, deixando de cobrar pelo ponto-extra e ponto-de-extensão, além de não cobrar mais pelo aluguel de aparelho decodificador da própria empresa, da mesma forma que a ANATEL fiscalize as empresas prestadoras do serviço de telecomunicações e não permita que mais empresas cometam a mesma ilegalidade”**.

A petição inicial veio instruída com o Procedimento Preparatório do Ministério Público Federal nº 1.34.007.000184/2009-51 (fls. 10/87).

Regularmente intimada para se manifestar nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437/92, a ANATEL atravessou petição alegando, numa síntese apertada, que há previsão na Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) para cobrança de ponto-extra e, quanto ao fornecimento de decodificadores, não tem competência para fiscalizar, pois **“somente os serviços são de competência regulatória da ANATEL”**.

É a síntese do necessário.

D E C I D O .

No tocante à antecipação da tutela, o Código de Processo Civil disciplina a matéria no artigo 273, cuja redação é a seguinte:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreversível ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

O primeiro requisito é o da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, ou seja, a probabilidade de sucesso do demandante. Para isso, os elementos trazidos pelo autor hão de ser suficientemente fortes para incutirem no magistrado a conclusão de que existe boa probabilidade de sucesso.

Não se trata do “*fumus boni juris*” do processo cautelar, mas da verossimilhança que exige a forte probabilidade de acolhimento do pedido. É que a tutela antecipada diz respeito aos efeitos de mérito cujo objetivo é conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Por outras palavras, sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, propiciando a imediata execução.

Há, ainda, o pressuposto da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Significa dizer, em poucas palavras, que ocorrerá o dano irreparável ou de difícil reparação nas situações em que o provimento jurisdicional pleiteado se tornará ineficaz caso seja concedido somente ao final da ação.

Ensina o mestre Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra *A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, 3^a Edição, pp. 141/142, que:

“Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale ‘mutatis mutandis’, à procedência da demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriação”.

Ressalte-se, por fim, que deve o Magistrado, para a concessão da tutela antecipada, estar convencido do direito do autor, bem como de que a demora na decisão poderá trazer prejuízos irreparáveis.



No presente caso, vislumbro, em sede de cognição sumária, os pressupostos exigidos no artigo 273 do Código de Processo Civil.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL sustenta que a NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A. é uma empresa operadora de TV a cabo e, por isso, uma concessão do poder público e se encontra hoje regulada pela Lei nº 8.977/95, Decreto nº 2.206/97 e Portaria nº 256/97 do Ministério das Comunicações, nesse contexto, se encontra adstrita ao princípio da legalidade.

Com efeito, a definição de operadora de TV a cabo vem expressa nos incisos I e V do artigo 5º da Lei nº 8.977/95, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei são adotadas as seguintes definições:

I - Concessão - é o ato de outorga através do qual o Poder Executivo confere a uma pessoa jurídica de direito privado o direito de executar e explorar o Serviço de TV a Cabo;

V - Operadora de TV a Cabo - é a pessoa jurídica de direito privado que atua mediante concessão, por meio de um conjunto de equipamentos e instalações que possibilitam a recepção, processamento e geração de programação e de sinais próprios ou de terceiros, e sua distribuição através de redes, de sua propriedade ou não, a assinantes localizados dentro de uma área determinada;

Como sabido, os atos e contratos praticados pelo Poder Público, sua validade, extensão e eficácia, somente poderão ser apreciados à luz das regras de direito público, notadamente o princípio da legalidade, hoje insculpido no art. 37 da CF/88, significando, em resumo, que no âmbito do Direito Administrativo vigora o princípio da legalidade, no sentido de que a Administração Pública deve atuar nos limites da lei.

O artigo 26 da Lei nº 8.977/95 prevê que a concessionária de TV a cabo poderá cobrar 2 (duas) tarifas, quais sejam, de adesão e remuneração pela disponibilidade:

Art. 26. O acesso, como assinante, ao serviço de TV a Cabo é assegurado a todos os que tenham suas dependências localizadas na área de prestação do serviço, mediante o pagamento pela adesão, e remuneração pela disponibilidade e utilização do serviço.

§ 1º - O pagamento pela adesão e pela disponibilidade do serviço de TV a Cabo assegurará ao assinante o direito de acesso à totalidade dos canais básicos previstos no inciso I do art. 23.

§ 2º - A infra-estrutura adequada ao transporte e distribuição de sinais de TV, na prestação do serviço de TV a Cabo, deverá permitir, tecnicamente, a individualização do acesso de assinantes a canais determinados.

Portanto, o serviço de TV a cabo prestado pela ré constitui-se em serviços públicos, cuja prestação se efetiva tendo como parâmetro os requisitos previstos no artigo 175 da Constituição Federal, somente podendo ser objeto de tarifa aquilo que possui anterior e expressa previsão legal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Dessa forma, está vedada qualquer cobrança que não esteja contemplada na política tarifária, sob pena de se desvirtuar a concessão outorgada pelo Poder Público e ocorrer o enriquecimento sem causa do concessionário.

Por meio do procedimento preparatório, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL que a ré vem cobrança pelo fornecimento do ponto-extra, ponto-de-extensão e locação de decodificador sem autorização legal, sendo que a própria empresa afirmou enganosamente que “**o serviço de TV a Cabo é prestado no regime privado, assegurando a livre iniciativa e a liberdade empresarial, de forma que as operações são livres para ofertar os serviços que desejarem e cobrar o respectivo preço por tais serviços. E, conforme exposto acima, a legislação federal pertinente à TV a CABO não veda a cobrança de ponto extra**”.

Ora, a Lei nº 8.977/95 não dispõe, em nenhum momento, sobre a possibilidade de se cobrar pelo ponto-extra, ponto-adicional, ponto-de-extensão e locação de decodificador, de onde se depreende a ilegalidade da cobrança.

Nesse contexto, a concessionária afasta-se da definição do princípio da legalidade próprio da noção publicista (“**fazer apenas o que a lei autoriza**”), sujeitando-se no seu simplório entendimento ao direito privado (“**fazer apenas o que a lei autoriza**”).

Como bem observou o combativo Procurador da República signatária da petição inicial, o critério de cobrança adotado pela empresa concessionária é também aparentemente violador das regras do Código de Defesa do Consumidor (artigo 39, inciso V, e artigo 51, incisos IV, parágrafo 1º, inciso III).

Tenho como correta a inclusão da AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL – no pólo passivo da demanda.

É que a Constituição Federal estabelece a competência privativa da União para legislar e exercer o poder de polícia sobre os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (art. 21, XII, "a" e 22, IV, da CR/88).

Como vimos, a exploração do serviço público de telecomunicações, por sua vez, foi regulamentada pela Lei 9.427/97, *in verbis*:

Art. 1º. Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.



Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

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

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

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

As agências reguladoras, tais quais a ANATEL, são autarquias especiais criadas com o fim de administrar atividades privadas de interesse público, como as concessões, permissões e autorizações de serviços públicos ou de atividades econômicas monopolizadas.

Estas agências assumiram, de modo geral, o papel que antes era desempenhado pelo Poder Concedente, consoante afirma Maria Sylvia Zanella de Pietro, gozando de relativa autonomia junto aos três poderes estatais:

- a) em relação ao Poder Legislativo, porque têm função normativa;

- b) em relação ao Poder Executivo, porque suas decisões só podem ser revistas por autoridades próprias do órgão; e
- c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase jurisdicional resolvendo conflitos entre os delegatários e os usuários de serviços públicos.

No caso da ANATEL, a lei é bastante clara ao conceder-lhe amplas atribuições relativamente às concessões dos serviços de telecomunicações, englobando a celebração, a gestão e a fiscalização dos contratos.

Por este motivo, é também da agência reguladora a atribuição de cassar, anular ou extinguir, quando for o caso, a concessão outorgada às concessionárias/permissionárias por violação dos objetivos e aplicar as respectivas sanções administrativas.

Interessante notar que a ANATEL alegou que “**somente os serviços são de competência regulatória**”, mas recentemente, em 19/30/2010, baixou a Súmula nº 9, afirmando que “**não veda que a prestadora e o assinante disponham livremente sobre a forma de contratação do equipamento conversos/decodificaor**”, ou seja, apesar de alegar não ter competência, regulamentou a forma de contratação de equipamentos.

Em razão do exposto, verifico que se encontra o “*fumus boni iuris*” que emana por estar configurado que o serviço colocado à disposição no mercado de consumo pela NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A. está sendo realizado de forma irregular e abusiva em desconformidade com Lei nº 8.977/95, como também à luz dos preceitos constitucionais que conferem ao consumidor o direito a receber especial proteção do Estado, mas também do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor que erige a direito básico do consumidor a proteção contra práticas abusivas. Quanto ao “*periculum in mora*” este se prende à dificuldade de se reparar os danos causados aos consumidores, dada a sua dispersão e, também se mostra impossível proporcionar aos assinantes, de forma retroativa, o acesso em mais de um ponto à programação disponibilizada pela ré. A privação imposta ilicitamente aos consumidores é, portanto, irreparável, razão pela qual, entendo que a imediata prestação da tutela jurisdicional se justifica, tendo em vista a necessidade de se evitar que os consumidores continuem expostos aos atos praticados pela empresa ré, com a consequente multiplicação da lesão.



Deve-se considerar, ainda, que aguardar a citação e contestação da ré retardaria a prestação da tutela jurisdicional, o que justifica a concessão da medida inaudita altera parte. Vale ressaltar, neste ponto, que o Juiz não está vinculado, até o final do processo, à decisão proferida liminarmente.

ISSO POSTO, defiro o pedido de tutela antecipada formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, tal como requerida, considerando ainda o princípio do acesso afetivo e diferenciado à Justiça, bem como o princípio da vulnerabilidade do consumidor, com fulcro no artigo 12 da Lei da Ação Civil Pública, para determinar que a empresa ré, NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A. suspenda imediatamente a cobrança de valores que têm como fato gerador a instalação de ponto-adicional, ponto-de-extensão e locação de decodificador, apenas em relação aos municípios que abrangem esta Subseção Judiciária.

Esclareço que esta 11ª Subseção Judiciária engloba os seguintes municípios: Álvaro de Carvalho, Alvinlândia, Echaporã, Fernão, Gália, Garça, Júlio Mesquita, Lupércio, Marilia, Ocauçu, Oriente, Pompéia, Quintana e Vera Cruz (Provimento nº 225, de 16/08/2001).

Fica cominada aos réus a pena de multa equivalente a R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de descumprimento, sem prejuízo de suas responsabilidades penais pelo crime de desobediência à ordem judicial.

Intime-se pessoalmente o réu NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A. e o Procurador Federal que representa a ANATEL desta decisão.

Citem-se os réus.

Intime-se pessoalmente o representante do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

REGISTRE-SE. INTIMEM-SE. CUMPRA-SE.

MARÍLIA (SP), 21 DE MAIO DE 2.010.

LUIZ ANTONIO RIBEIRO MARINS
- Juiz Federal -