

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Marcelo Salomão Czelusniak

**A regulação em julgamento: ações coletivas sobre telecomunicações na jurisprudência
do STJ**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2009**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Marcelo Salomão Czelusniak

**A regulação em julgamento: ações coletivas sobre telecomunicações na jurisprudência
do STJ**

MESTRADO EM DIREITO

**Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título de
MESTRE em Direito, área de concentração Direito
do Estado, sob a orientação do Prof. Doutor Carlos
Ari Vieira Sundfeld.**

**São Paulo
2009**

Banca Examinadora:

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmico e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos fotocopiadores ou eletrônicos, desde que citada a fonte.

_____ São Paulo, _____ de _____ de _____

Dedico este trabalho a meus pais, Sergio e Janete, pelo incentivo, pelo apoio e pela paciência que sempre me dedicaram.

Agradecimentos

Pelas contribuições que me prestaram durante a realização da pesquisa, agradeço a José Inácio Ferraz de Almeida Prado, Joaquim Nogueira Porto Moraes, Flávia Lefèvre, Caio Mário da Silva Pereira Neto, Maria Stella de Moraes, Maria Abreu de Moura Guido, Maria Cecília Kuchminski e Paulo José Rocha Júnior. Agradeço, também, a Juliana Bonacorsi de Palma, Daniel Wei Liang Wang e Daniel Gama e Colombo, por terem me permitido conhecer sua pesquisa sobre o controle judicial da regulação antes mesmo que esta fosse publicada.

Agradecimentos especiais quero dedicar, em primeiro lugar, ao Prof. Carlos Ari Sundfeld, pela orientação atenciosa e pelas muitas lições. Além dele, agradeço especialmente, também, aos diletos amigos Mateus Piva Adami, Luis Felipe Valerim Pinheiro e Renata Cristina Navarro Domingos, pelo incentivo, pelos ensinamentos e pelo companheirismo durante o período em que estive em São Paulo.

Resumo

Este trabalho é o resultado de uma pesquisa sobre o controle judicial de normas regulatórias através de ações coletivas. Na medida em que as decisões dessas ações possuem efeitos gerais, a principal preocupação a respeito desse tipo de controle é a possibilidade de que o Judiciário altere normas regulatórias ou suspenda sua vigência. Os dois principais problemas relacionados a isso são: (i) o potencial normativo da tutela coletiva face à regulação; (ii) a possibilidade de que decisões divergentes em ações coletivas que questionem as mesmas normas regulatórias levem a um cenário de vigência territorial fragmentada dessas normas. A pesquisa teve como objeto decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em ações coletivas que questionavam normas regulatórias da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Essas decisões foram analisadas sob o enfoque dos dois problemas descritos acima. Os resultados da pesquisa demonstram que o STJ ainda não tem discussões maduras sobre o tema; poucas são as decisões que tratam de maneira mais aprofundada dos dois problemas mencionados. Apesar disso, algumas decisões abordaram esses problemas e desenvolveram discussões relevantes a respeito deles. A conclusão é de que tais discussões precisam ser intensificadas no STJ, o que poderia ser feito a partir das diretrizes traçadas nas decisões mais complexas analisadas neste trabalho.

Autor: Marcelo Salomão Czelusniak

Título: “A regulação em julgamento: ações coletivas sobre telecomunicações na jurisprudência do STJ”

Palavras-chave: regulação; controle judicial; ações coletivas; telecomunicações.

Abstract

This paper-work is the result of a research about the judicial revision of regulatory rules thru class actions lawsuits. The main concern about this theme relies on the possibility that this kind of judicial review allows judges to modify regulatory policies, due to the collective consequences (effects) of class actions lawsuits decisions. Two major problems can be identified regarding this theme: (i) the rulemaking possibilities of class actions lawsuits on regulatory matters; (ii) the possibility that dissonant decisions in class actions lawsuits regarding the same regulatory matter conducts to a situation where the regulatory policy varies in different parts of the country (some affect by class actions lawsuits, some not). The research was focused on decisions of Brazil's Superior Court of Justice in class actions lawsuits about the telecommunications' regulation. These decisions were analyzed with focus on the two major problems described above. The final results show that the Superior Court of Justice still doesn't argue about these major problems in most of the cases. In spite of that, some few decisions have discussed relevant issues about these problems. The final conclusion is that the discussions about these two major problems need to be intensified in the Superior Court of Justice. A good way to start this discussion intensifying process is to take the issues debated in the most complex decisions herein analyzed as guidelines to futures cases.

Author: Marcelo Salomão Czelusniak

Title: "A regulação em julgamento: ações coletivas sobre telecomunicações na jurisprudência do STJ" (translation: "Regulation in Trial: telecommunications' class actions in Brazil's Superior Court of Justice")

Keywords (palavras-chave): regulation; judicial review; class action; telecommunications.

Lista de abreviaturas e siglas

ACP - Ação Civil Pública
Ag - Agravo de Instrumento
AgRg - Agravo Regimental
ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações
AP - Ação Popular
CC - Conflito de Competência
CDC - Código de Defesa do Consumidor
CPC - Código de Processo Civil
Edcl - Embargos de Declaração
EREsp - Embargos de Divergência em Recurso Especial
IGP-DI - Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna
IPCA - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
LACP - Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985)
LAP - Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965)
LGT - Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997)
MC - Medida Cautelar
MS - Mandado de Segurança
PETREQ - Petição/Requerimento
PGO - Plano Geral de Outorgas dos serviços de telecomunicações
RCDESP - Reconsideração do Despacho
Rcl - Reclamação
REsp - Recurso Especial
SLS - Suspensão de Liminar e Sentença
SMC - Serviço Móvel Celular
SMP - Serviço Móvel Pessoal
STF - Supremo Tribunal Federal
STFC - Serviço Telefônico Fixo Comutado
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TRF1 - Tribunal Regional Federal da 1a. Região
TRF2 - Tribunal Regional Federal da 2a. Região
TRF3 - Tribunal Regional Federal da 3a. Região
TRF4 - Tribunal Regional Federal da 4a. Região
TRF5 - Tribunal Regional Federal da 5a. Região

Sumário

1) Introdução.....	10
2) Estabelecendo parâmetros para discussão.....	13
2.1) Controle judicial de atos regulatórios.....	13
2.2) Eficácia das decisões da tutela coletiva e seu potencial em face da regulação.....	27
3) Metodologia da pesquisa de jurisprudência.....	42
3.1) Mapeamento do universo temático e delimitação da abrangência da pesquisa em função dos assuntos judicializados.....	42
3.2) Delimitação da abrangência da pesquisa em função dos órgãos julgadores (STJ) e metodologia de prospecção de decisões.....	49
4) Análise prévia do universo de decisões.....	52
5) Decisões que analisaram o mérito das ações coletivas.....	55
5.1) Metodologia de análise.....	55
5.2) Análise qualitativa das questões relevantes.....	60
5.2.1) Separação de poderes.....	60
5.2.2) Conseqüências da tutela.....	80
5.2.2.1) Configuração da infra-estrutura de prestação do serviço.....	80
5.2.2.2) Equilíbrio econômico-financeiro.....	82
5.2.2.2.1) Equilíbrio econômico-financeiro – decisões sobre “Área Local”.....	83
5.2.2.2.2) Equilíbrio econômico-financeiro – decisões sobre “Assinatura Básica”.....	84
5.2.2.2.3) Equilíbrio econômico-financeiro – decisões sobre “Reajuste de Tarifas”.....	87
5.2.2.3) Isonomia.....	88
5.2.2.4) Ponderação das possibilidades/custos de reversão da medida.....	89
5.2.2.5) Conseqüências sobre a qualidade da prestação do serviço.....	95
5.2.2.6) Conseqüências sobre aspectos institucionais e de segurança jurídica.....	99
5.3) Análise quantitativa.....	110
5.4) Conclusões parciais.....	115
6) Decisões dos conflitos de competência: a “uniformidade de decisões” e a “uniformidade da regulação”.....	122
6.1) Metodologia de análise.....	122
6.2) Análise das decisões.....	125
6.2.1) Julgados <i>pró-uniformidade de decisões</i>	125
6.2.1.1) Conflitos de Competência 39590 e 39597 – liminares.....	125
6.2.1.2) Conflitos de Competência 39590 e 39597 - acórdãos.....	130

6.2.1.3) Conflito de Competência 45297	132
6.2.1.4) Conflitos de Competência 47731, 57558 e 57559 - liminares.....	137
6.2.1.5) Conflitos de Competência 48106 e 48177 - liminares.....	141
6.2.1.6) Conflito de Competência 57723	142
6.2.1.7) Conflito de Competência 57562	144
6.2.2) Julgados contra a uniformidade de decisões.....	146
6.2.2.1) Conflitos de Competência 47731, 48106 e 48177 – acórdãos.....	146
6.2.2.1.1) Voto do Min. Teori Zavascki.....	147
6.2.2.1.2) Voto do Min. Francisco Falcão:.....	154
6.2.2.1.3) Voto do Min. Luiz Fux:	155
6.2.2.1.4) Voto do Min. Castro Meira:.....	158
6.2.2.2) Conflito de Competência 48177 – embargos de declaração.....	160
6.2.3) Última decisão	161
6.2.3.2) Voto do Min. Luiz Fux	161
6.2.3.2) Voto do Min. Teori Zavascki.....	170
6.3) Conclusões parciais	175
7) Conclusão.....	180

1) Introdução

O presente trabalho pretende investigar uma importante tendência no controle judicial da regulação: o questionamento de legalidade (ou constitucionalidade) de normas regulatórias através de ações coletivas. O interesse pelo tema teve origem prática. Ações como essas têm sido cada vez mais comuns na realidade nacional, causando impactos significativos nos setores regulados.

Esta tendência é especialmente sentida no setor de telecomunicações, onde as discussões entre usuários e prestadoras têm sido intensas há muitos anos. É notório que vários setores da sociedade não aceitaram o processo de reforma de Estado promovido com maior ênfase na gestão do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). Essa insatisfação se manifestou, especialmente, em relação aos processos de privatização de empresas estatais e de criação de agências reguladoras independentes. Também é notório que o maior desses processos de privatização aconteceu no setor de telecomunicações, quando foram passadas ao controle privado as empresas que compunham o grupo Telebrás. Apenas por conta disso, alguns dos segmentos da sociedade alimentam uma animosidade “natural” em relação às companhias privadas que assumiram o setor.

Existe, contudo, outro fator muito importante a exaltar os ânimos. As empresas prestadoras de serviços de telecomunicações têm sistematicamente ocupado os primeiros lugares nas estatísticas de reclamações recebidas pelos órgãos estatais de defesa dos consumidores (os PROCONs). Muitos desses conflitos têm se traduzido em ações coletivas de consumo voltadas à discussão de políticas regulatórias que regem a relação entre prestadoras e usuários dos serviços de telecomunicações. E é evidente que, nesse contexto, a legalidade (ou constitucionalidade) das normas da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL é o principal ponto de discussão.

Mas o controle da regulação por ação coletiva tem uma importante peculiaridade em relação ao controle judicial comum: as decisões da tutela coletiva têm eficácia muitíssimo mais extensa do que as dos processos individuais no que toca aos sujeitos atingidos. Justamente por envolverem “coletividades”, é possível dizer que as decisões da tutela coletiva gozam, muitas vezes, de *eficácia geral*. Isso é especialmente relevante quando o objeto da decisão é também uma norma de efeitos gerais. Uma decisão de ação coletiva que declare a ilegalidade de determinada norma regulatória pode vir a suspender sua vigência para toda a coletividade tutelada. É possível imaginar, ainda, – como, aliás, tem se visto na prática

forense – que a decisão judicial, interpretando normas legais ou constitucionais, defina um conteúdo novo para uma norma regulatória já vigente, e faça com que ela passe a vigorar com seu comando alterado.

O problema é extremamente relevante porque o Judiciário, ao tomar decisões como essas, acaba desempenhando o papel do criador de normas. Alterando uma norma regulatória com efeitos gerais, o juiz toma o lugar do regulador, causando uma alteração sensível na equação que, até então, regia as relações entre os poderes (órgãos) do Estado. É certo, por outro lado, que as leis que regem a tutela coletiva não abordam esses importantes problemas, até porque tais ações não foram pensadas, originalmente, para serem instrumentos de controle de normas regulatórias. A Constituição, da mesma forma, não tem respostas prontas para os questionamentos que essa realidade suscita.

O desafio que se coloca, portanto, é o de compreender como o próprio Judiciário tem se colocado diante desse fenômeno. Os juízes adotaram a criação de normas regulatórias como uma atividade que lhes cabe? Eles têm se questionado sobre o papel que lhes cabe na separação de poderes do Estado ou simplesmente estão julgando essas ações coletivas como se fossem ação individuais comuns?

Movida por essas questões, a presente pesquisa pretendeu investigar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em busca de respostas. Além disso, pelas razões já expostas inicialmente, o foco dessa investigação foi voltado às várias ações coletivas que questionam normas da Anatel.

O desenvolvimento do trabalho contará, inicialmente (capítulo 2), com uma breve exposição teórica sobre os dois temas jurídicos que se relacionam com o objeto da pesquisa: (i) o controle judicial de atos regulatórios e (ii) a eficácia das decisões de tutela coletiva. Esse capítulo servirá ao conhecimento das principais discussões teóricas a respeito de tais temas e à reflexão sobre os problemas relevantes que devem orientar os rumos da pesquisa.

Na seqüência, serão desenvolvidos os quatro capítulos que tratam diretamente da pesquisa de jurisprudência realizada. Serão abordadas, então, as dificuldades encontradas e a metodologia adotada (capítulo 3), uma análise prévia do universo de decisões selecionadas (capítulo 4) e o estudo detalhado das decisões consideradas relevantes para o objeto da pesquisa (capítulos 5 e 6).

Por fim, o capítulo final (capítulo 7) conterà um resumo das constatações mais importantes da pesquisa de jurisprudência e tentará identificar os pontos de contato entre elas e as discussões doutrinárias já existentes. Além disso, por óbvio, serão apresentadas ali as conclusões do autor, com as quais se pretende dar alguma contribuição à evolução do debate.

2) Estabelecendo parâmetros para discussão

Neste capítulo, pretende-se realizar breves exposições sobre os dois temas jurídicos que estão diretamente relacionados com o tema da presente pesquisa: (i) o controle judicial de atos regulatórios e (ii) a tutela coletiva no processo civil, especialmente no que toca à eficácias de duas decisões. Estas exposições devem abordar, sem a pretensão de uma pesquisa doutrinária exaustiva, os problemas mais importantes discutidos pela doutrina acerca desses temas, e devem servir para a identificação de pontos em que a presente pesquisa possa dialogar com essas discussões já existentes.

2.1) Controle judicial de atos regulatórios

O primeiro tema discutido pela doutrina que, sem dúvida, tem relação com a presente pesquisa é o do controle (ou revisão¹) judicial de atos regulatórios. Contudo, as preocupações que orientaram esta pesquisa têm foco em uma hipótese bastante específica de controle judicial de atos regulatórios: o controle feito através de ações coletivas, com potencialidade para alterar, com eficácia geral², normas e atos regulatórios. E a possibilidade de que este tipo de tutela judicial pudesse assumir uma eficácia normativa em face da regulação foi, sem dúvida, o aspecto que mais despertou o interesse do autor e que, por conseqüência, orientou toda a pesquisa.

É certo, então, que esta é também uma pesquisa sobre o controle judicial de atos regulatórios. Mas ela obedece, ao mesmo tempo, a preocupações muito particulares, que poderão acabar por afastá-la das pautas que guiam as discussões mais amplas sobre o controle judicial de atos regulatórios. Essas discussões versam, de uma maneira geral, sobre a medida em que o Judiciário poderia controlar o ato regulatório, isto é, sobre a medida em que o Judiciário poderia rever o que foi dito pela Administração. Tratam disso, em primeiro lugar, as teorias sobre o controle judicial de atos administrativos, que em nosso ordenamento são muito mais antigas que a própria idéia de agência reguladora, mas nem por isso deixam de ser aplicáveis aos atos regulatórios. A razão fundamental para a aplicação dessas teorias mais antigas aos atos regulatórios é a quase automática qualificação deles como atos administrativos. Embora esta qualificação possa até ser questionada em relação a alguns tipos

¹ No presente trabalho, as expressões “controle judicial” e “revisão judicial” (de atos administrativos) serão usadas como sinônimas.

² O problema da eficácia geral das decisões de ações coletivas será abordado na seção seguinte (2.2).

de atos regulatórios³, o que interessa é que as tradicionais teorias sobre o controle judicial do ato administrativo estão sendo aplicadas a eles, e de fato são úteis para analisar sua legalidade em variados aspectos.

Entre essas teorias mais tradicionais se encontram as discussões sobre elementos do ato administrativo, mérito do ato administrativo e discricionariedade. Na realidade, todas elas representam diferentes possibilidades de apreciação da *legalidade* do ato administrativo. Em estudo voltado aos debates da doutrina jurídica brasileira sobre a legitimidade da função reguladora, Paulo Todescan Lessa Mattos identificou um padrão na abordagem dos juristas pátrios: todos desenvolveram suas análises com base em uma noção de *legitimidade formal* (ligada à idéia de democracia liberal), e restringiram suas considerações a *problemas lógico-formais de legalidade*.⁴ Em outras palavras, o que essa pesquisa demonstrou foi a vinculação dos doutrinadores brasileiros à idéia de legalidade formal, o que os leva a analisar a regulação exclusivamente sob o prisma da hierarquia das normas (compatibilidade da regulação com as normas hierarquicamente superiores – lei e constituição) e da distinção entre lei e regulamento (aquela podendo inovar originariamente no ordenamento jurídico, este não).

O padrão de tratamento dispensado pela doutrina ao problema da legitimidade, conforme identificado por Mattos, parece refletir-se também nas teorias sobre controle judicial de atos administrativos. Significa dizer que elas se prendem, basicamente, à idéia de legalidade formal, e que procuram definir os limites do controle judicial dos atos administrativos em função da compatibilidade entre estes e as normas hierarquicamente superiores.⁵ Assim, por exemplo, as teorias sobre a discricionariedade e sobre o mérito do ato

³ Apenas para exemplificar, os atos regulatórios de caráter normativo não se encaixariam nos conceitos de ato administrativo estabelecidos por vários doutrinadores de renome, por não possuírem a característica da executoriedade, nem efeitos imediatos. Assim, para Régis Fernandes de Oliveira, “pode-se definir o ato administrativo como *declaração unilateral do Estado, ou de quem faça suas vezes, no exercício da função administrativa, que produza efeitos jurídicos individuais e imediatos*” (“Ato Administrativo”, 2ª. ed., São Paulo: RT, 1980, p. 44). E o próprio autor esclarece: “Tais efeitos devem ser imediatos e individuais, o que extrema o ato administrativo do regulamento (...)” (p.45). É interessante perceber, ainda, que um dos motivos que levou o autor a distanciar o regulamento do ato administrativo foi a crença de que aquele não poderia, *a priori*, ser submetido a controle judicial (“o regulamento não pode ser atacado diretamente em juízo salvo se tiver efeitos concretos, ou contiver proibições” – p. 39).

⁴ “Autonomia decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro”, in ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.), *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 338-342.

⁵ Deve-se frisar que esta não é uma crítica às teorias tradicionais sobre o controle judicial do ato administrativo. O exame de legalidade com enfoque lógico-formal é imprescindível para a efetividade do Estado de Direito, e a utilidade dessas teorias na operacionalização desse exame é inegável. O que

administrativo dizem basicamente o seguinte: o controle judicial sobre os atos administrativos só pode abranger aqueles aspectos do ato que sejam definidos em Lei; os aspectos sobre os quais a Lei dá liberdade de decisão ao Administrador – aspectos que a Lei relega ao juízo de “conveniência e oportunidade” do Administrador – compõem o mérito ou porção discricionária do ato, o que não pode ser objeto de controle judicial.

É nessa seara – especialmente nas teorizações sobre discricionariedade – que se inserem muitos dos escritos⁶ sobre o papel dos conceitos jurídicos indeterminados (ou conceitos abertos⁷) no Direito Administrativo. A questão que se coloca nesses escritos é a seguinte: os conceitos jurídicos indeterminados são capazes de gerar discricionariedade? Em outras palavras: é possível que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pelo Administrador Público o leve a uma situação em que mais de uma conduta compatível com a lei (que contém o conceito jurídico indeterminado), podendo ele optar entre essas condutas em função de seu juízo de conveniência e oportunidade? Além disso, coloca-se também a questão de saber em que medida o Judiciário pode interpretar e aplicar o conceito jurídico indeterminado ao realizar o controle judicial de certo ato administrativo.

As respostas a essas questões (à última especialmente) podem ter conseqüências importantíssimas na definição dos limites do controle judicial dos atos administrativos e regulatórios. Caso se aceite, por exemplo, que o Judiciário não tem limites na interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, as potencialidades do controle judicial de atos administrativos seriam incrivelmente grandes; especialmente porque tais conceitos abertos são cada vez mais comuns em nosso direito, alguns com grau de abstração (de indeterminação semântica) tão grande que podem levar a considerações que, antes de tal conceito, jamais seriam consideradas *matéria jurídica*.

As posições dos doutrinadores variam a respeito dessas questões, e não cabe no escopo desse trabalho tentar resolvê-las. Basta deixar registrada a existência dessas discussões e sua relevância para o problema do controle judicial de atos administrativos.

se procura fazer é apenas identificar a peculiaridade dessas teorias com o propósito de compará-las a outras, que serão apresentadas mais à frente.

⁶ Fala-se em “muitos dos escritos” porque, como se verá à frente, existem trabalhos mais recentes que abordam o papel dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Público através de um enfoque que transcende a legalidade formal. É o caso do artigo “Princípio é Preguiça?”, de Carlos Ari Sundfeld (no prelo, 2009), que será abordado adiante.

⁷ Para fins desta exposição, serão usadas como sinônimas as expressões “conceito aberto” e “conceito jurídico indeterminado”.

As teorias sobre os elementos do ato administrativo, por sua vez, procuram identificar diferentes aspectos do ato administrativo, como que fragmentando-o, para realizar o exame de legalidade sobre cada um desses aspectos isoladamente. Nas conhecidas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a “decomposição” do ato administrativo em elementos consiste na análise da “anatomia do ato, tendo em vista o exame de sua eventual patologia, isto é, dos vícios que, porventura, possa apresentar”.⁸ Assim, os autores que trabalham com essa teoria costumam definir um rol de aspectos (“elementos”) do ato administrativo sobre os quais pode ser feito o exame de legalidade. Embora este rol de elementos varie de autor para autor, é comum que sejam contemplados, pelo menos, os seguintes aspectos do ato: sujeito (ou competência), forma, objeto (ou conteúdo), motivos e finalidade.⁹ Seja como for, importa destacar que essa análise fracionada, proposta pela teoria dos elementos do ato administrativo, nada mais é do que uma forma de operacionalizar o exame de sua legalidade (do ato) sob

⁸ “Ato Administrativo e Direitos dos Administrados”, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 33.

⁹ Este é o rol de elementos adotado pela Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65): “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando ao fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Como se disse, contudo, o rol de elementos varia para cada autor. Assim, por exemplo, Miguel Seabra FAGUNDES, adota um rol de elementos semelhante ao da Lei da Ação Popular (“O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, 7ª ed. atualizada por Gustavo Binenbomj, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 29). Celso Antônio Bandeira de Mello, por outro lado, faz uma análise ontológica do ato administrativo, e identifica elementos e pressupostos: “É fácil perceber que, dentre estes chamados ‘elementos’, *nem todos realmente o são*. (...) Com efeito, o termo ‘elementos’ sugere a idéia de ‘parte componente de um todo’. (...) Preferimos, pois, sistematizar o assunto de outro modo, levando em conta que, dentre os assim chamados, dois são, realmente, elementos, ou seja, realidades intrínsecas do ato. Em uma palavra, componentes dele, a saber: o conteúdo e a forma. Não, porém, os outros. Daí separarmos os elementos do ato e os *pressupostos* do ato. Estes últimos, de seu turno, distinguem-se em *pressupostos de existência*, ou seja, condicionantes de sua existência, *pressupostos de validade*, ou seja, condicionantes de sua lisura jurídica. São pressupostos de existência o *objeto* e a *pertinência* do ato ao exercício da função administrativa. Os pressupostos de validade são 1) pressuposto *subjetivo* (sujeito); 2) pressupostos *objetivos* (motivo e requisitos procedimentais); 3) pressuposto *teleológico* (finalidade); 4) pressuposto *lógico* (causa); e 5) pressupostos *formalísticos* (formalização)” (“Curso de Direito Administrativo”, 21ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 372-373 – grifos no original).

vários aspectos. Essa abordagem visa facilitar a identificação de eventuais ilegalidades que ensejariam o controle judicial.¹⁰

Por outro lado, existem alguns debates doutrinários mais recentes que trazem considerações novas para o debate sobre o controle judicial de atos regulatórios, levando-o para além da análise lógico-formal de legalidade. Paulo Mattos, como já foi referido, percebeu que os debates da doutrina jurídica brasileira sobre a legitimidade da regulação estavam baseados em uma concepção de democracia liberal e que, assim, se restringiam a considerações sobre problemas lógico-formais de legalidade. Mas esse autor também chama atenção para o fato de que a criação de normas e políticas regulatórias envolve um processo político muito mais complexo do que a mera complementação de normas hierarquicamente superiores. Muito mais do que encontrar o sentido contido nos princípios legais e constitucionais – afirma ele –, o regulador atua em função de um complexo jogo de interesses.¹¹

¹⁰ Tanto é assim que os elementos do ato administrativo nasceram como hipóteses em que poderia ocorrer o controle judicial dos atos administrativos. Da lição de Jean Rivero, extrai-se que esta teoria tem origem na jurisprudência do Conselho de Estado francês. Ali os elementos corresponderiam, segundo ele, aos casos de abertura (*cas d'ouverture*), isto é, às matérias sobre as quais o Conselho aceitava analisar a legalidade do ato administrativo: “Resulta daí que é no quadro do recurso por excesso de poder que foram definidas e classificadas as diversas formas de ilegalidade que podem viciar a decisão. As suas condições de validade deduzem-se a contrário: é legal a decisão que não está maculada por um dos vícios que o juiz do excesso de poder sanciona com a anulação. A teoria da validade da decisão executória confunde-se pois, quanto ao fundo, com a dos casos de anulação em matéria de excesso de poder tal como será exposta (infra, números 252 e segs.); tais casos são a incompetência, o vício de forma, a violação da lei e o desvio de poder. Todavia esta distinção tradicional dos quatro casos de abertura explica-se em parte por razões de desenvolvimento do contencioso; um estudo directo das condições de validade do acto deveria partir da analogia dos seus diversos elementos e procurar as condições a que cada uma deve satisfazer para ser conforme ao direito. Nesta perspectiva distinguem-se os elementos formais do acto e os elementos materiais, os primeiros são, por um lado, a qualidade do autor (competência) por outro, o procedimento a que está submetido (formalidades). Os elementos materiais são o fim do acto, o seu objecto, os seus motivos. (...) Os quatro casos de anulação tradicionais sancionam respectivamente as ilegalidades que sancionam afectam a qualidade do autor (incompetência), o processo de elaboração (vício de forma), o fim (desvio de poder) e (violação da lei) o objecto e os motivos” (“Direito Administrativo”, Trad.: Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Almedina, 1981, pp. 125-126).

¹¹ “Nas análises feitas por cientistas sociais sobre a ação regulatória do Estado na formação de políticas públicas no Brasil, fica claro que, no contexto da lógica de funcionamento da Política, as condições de definição da política econômica distanciam-se profundamente, na prática, da realização de princípios constitucionais ou de normas programáticas previstas no texto constitucional ou em lei. Os resultados, na prática, do conteúdo das políticas públicas definidas pelo Poder Executivo acabam por ser o reflexo do jogo de pressões dos atores afetados. E, em geral, esse jogo de pressões demonstra um descompasso claro entre o que o exemplo de pesquisa analisado chama de a política econômica definida no texto constitucional e em lei (na forma de princípios e normas programáticas) e a dinâmica real dos interesses em jogo que acabam por ser incorporados no conteúdo da regulação. Ou seja, quando a Administração regula e exerce o que é qualificado como capacidade normativa de

Com base nessas observações e expressando preocupação por considerar que muitas questões relevantes estão sendo excluídas do debate jurídico, Mattos propõe uma “*análise institucional da dogmática jurídica*, enquanto avaliação do funcionamento dos processos administrativos e da motivação dos atos administrativos que positivaram o conteúdo da regulação editada por agências reguladoras, considerando os efeitos produzidos sobre os autores afetados”.¹² Ele revela, ainda, os desdobramentos dessa abordagem sobre o controle judicial de atos regulatórios:

O Judiciário poderia – julgando o mérito de decisões administrativas ou do conteúdo da regulação estabelecido por meio de ato administrativo – realizar análise substantiva de adequação de justificativas sobre a motivação do ato administrativo em relação aos efeitos produzidos sobre os atores afetados, considerando os limites constitucionais e legais existentes, mas, também os argumentos de mérito e justificativas apresentados pelos atores para justificar os efeitos almejados.

Em contraposição ao discurso dos juristas brasileiros referidos, essa forma de controle possível não seria um controle de adequação do conteúdo da regulação a princípios ou objetivos constitucionais genéricos mediante [sic] interpretação na qual o juiz ‘descobriria’ qual é o ‘interesse público’ inscrito na Constituição ou na lei setorial. Seria um tipo de controle que permitiria avaliar objetivamente as condições de deliberação sobre o conteúdo da regulação, o que incluiria avaliação da adequação dos procedimentos administrativos existentes à deliberação – em audiências públicas e consultas públicas, por exemplo – e dos efeitos do conteúdo da regulação adotado sobre os atores afetados.¹³

Em outras palavras, Mattos sugere que, para dar conta da complexidade da ação regulatória e funcionar como autêntico controle democrático, o controle judicial de atos regulatórios deveria considerar (além dos tradicionais problemas lógico-formais de legalidade) os interesses que efetivamente determinaram a criação de normas e políticas regulatórias, e analisar a adequação da regulação a tais interesses. Para tanto deveriam ser considerados, inclusive, os efeitos da regulação, comparando-se os efeitos imaginados no

conjuntura, ela não está, na prática, executando uma (no sentido de única) política econômica definida no texto constitucional ou em lei. A Administração está definindo o conteúdo econômico das normas segundo dois fatores, quais sejam, (i) os interesses dos agentes que estão em jogo; e (ii) a dinâmica própria (conjuntural) de cada setor da economia ou relação econômica a serem regulados. Regular no sentido de exercer capacidade normativa de conjuntura, significaria, nessa outra perspectiva, a Administração avaliar as condições econômicas de cada mercado ou relação econômica a serem regulados e, de acordo com a sua dinâmica, definir o conteúdo da regulação considerando os efeitos que tal conteúdo terá sobre os agentes afetados” (Mattos, “Autonomia decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro”, pp. 351-352).

¹² Ibidem, pp. 362-363.

¹³ Ibidem, p. 363.

processo de criação da norma ou política regulatória com os efeitos de fato existentes no momento do controle.

Marcos Paulo Veríssimo, em trabalho voltado especificamente ao controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras, sustenta a inutilidade de critérios como “mérito” e “discrecionabilidade” para definir os limites da matéria cognoscível pelo Judiciário. O principal fator que, segundo este autor, impede o uso daquelas teorias para o controle da regulação é a expansão da legalidade a ponto de regular toda a atividade administrativa. Isso se dá por conta do grande número de normas programáticas e de conteúdo aberto que atualmente têm força normativa sobre a Administração Pública. Essas normas, por sua altíssima abstração, podem ser aplicadas a uma infinidade de situações que, não fosse por elas, seriam indiferentes jurídicos. Em suma:

A legalidade, tornando-se cada vez mais ampla, passa a ser simultaneamente mais complexa e passa a apontar cada vez mais soluções que são, em princípio, justificáveis. (...) não é possível buscar um critério [de definição dos limites do controle judicial de atos administrativos] exclusivamente na definição dos momentos políticos da decisão administrativa, não apenas por ser extremamente fluído o conceito de político, mas também porque o próprio direito já abarcou para si muito do que há de político no Estado.¹⁴

Diante disso, Veríssimo afirma que a definição de limites da atuação judiciária somente pode ser feita com base em uma análise da *configuração institucional* dos órgãos estatais envolvidos, o que permitiria “definir, em princípio, o grau de aptidão de cada um desses órgãos para a tomada, em definitivo, de certas decisões sobre determinadas matérias”.

Além disso, Veríssimo tece considerações sobre a própria atuação judicial no controle dos atos regulatórios a partir de normas legais ou constitucionais de caráter aberto. Sua preocupação principal, neste ponto, é a possibilidade de que o juiz, aplicando tais normas, acabe por *escolher* a solução mais *adequada* ao problema regulatório que lhe é colocado. Essa é, sem dúvida, uma hipótese extremamente relevante porque, mesmo que várias soluções sejam compatíveis com a norma aberta em questão, no momento em que o juiz se permite *escolher a mais adequada*, parece possível dizer que ele está assumindo o papel do

¹⁴ “Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras”, in ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.), *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 408.

regulador.¹⁵ Em atenção a isso, Veríssimo afirma que a atuação judicial deve cumprir alguns requisitos necessários à manutenção de seu caráter democrático, quais sejam, (i) explicitar as razões sociais, econômicas e políticas que a fundamentam e (ii) abrir espaço para os *inputs* que podem ser dados pelos possíveis interessados na decisão.¹⁶

Carlos Ari Sundfeld, em texto ainda não publicado, realiza interessante análise sobre a atuação judicial baseada em *princípios*, especialmente em matéria de direito público. O problema enfrentado nesse trabalho foi especificamente o da *argumentação judicial* na aplicação dos princípios; a preocupação externada pelo autor é a de que tais normas, por sua grande indeterminação (seu conteúdo muito aberto), podem (e costumam) ser aplicadas sem um esforço argumentativo que determine seu conteúdo para os casos concretos, o que, afinal de contas, permite usá-las para justificar decisões diversas sobre um mesmo tema. O texto desde o início coloca-se contra essa tendência de aplicação descomprometida de princípios¹⁷,

¹⁵ Essa inferência (de que o juiz estaria substituindo o regulador) foi feita pelo presente autor e não consta do texto de Marcos Paulo Veríssimo.

¹⁶ “Quando se discutem no processo situações de direito material ligadas a ramos do direito marcados pelo caráter mais aberto de suas normas, a obrigação de motivar apresenta-se com intensidade maior, o que vale tanto para as decisões judiciais proferidas em sede de controle de atos das agências quanto para as próprias decisões das agências. Nesse passo, não basta a menção a fatos provados e ao direito legislado, porque esses elementos, por si sós, pouco dizem à ação regulatória. Nessa área, a decisão judicial precisa explicitar as razões sociais, econômicas e políticas que a fundamentam. Cuidando-se de decisões que possuem muitas vezes conteúdo econômico marcante, é importante que a decisão considere, sempre e de forma declarada, a medida em que uma determinada distribuição de custos e benefícios é, por ela, empreendida entre a sociedade, determinados grupos de interesse e determinados agentes em especial, inclusive para fins de controle. Em resumo, admitir que ao órgão judiciário é dado um acentuado poder de controle sobre a atividade normativa dos órgãos de regulação significa admitir, indiretamente, que ao fim e ao cabo pode lhe competir *escolher*, entre várias soluções teoricamente viáveis, uma que lhe pareça mais adequada, considerados determinados valores que devem prevalecer segundo sua visão. Conseqüentemente, significa dizer que uma especial atenção deverá ser dada não apenas ao modo pelo qual essa escolha é *efetivada*, mas também aos critérios materiais que efetivamente a presidem. Os valores escolhidos pela decisão judicial devem ficar claros. Para que o controle judicial da ação normativa do Estado seja, efetivamente, democrático, as decisões respectivas devem ser fruto de uma apreciação ampla e completa de todas as variáveis técnicas e fáticas envolvidas em cada caso, bem como de todas as teses jurídicas e, finalmente, da exposição verdadeira das razões (inclusive *políticas* e *sociais*) envolvidas na decisão. É preciso que o processo judicial abra espaço também, para os vários *inputs* que podem ser dados pelos inúmeros possíveis interessados na decisão judicial, o que não é tarefa fácil, uma vez que ele foi concebido, basicamente, para solucionar conflitos bipolares, instaurados entre indivíduos e tendo por mote problemas de justiça comutativa, num modelo de direito bastante próximo àquele do Estado Liberal. Os conflitos de que estamos falando neste texto são, substancialmente, policêntricos, e desafiam a capacidade do aparelho judiciário para solucioná-los. Isso ocorre não apenas nesse aspecto (instrumentos de participação bilaterais/policêntricos), mas também em outros, como os da coisa julgada, legitimação para agir, atuação concreta da sentença etc.” (“Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras”, pp. 416-417).

¹⁷ A manifestação é enfática: “Vive-se hoje um ambiente de geléia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. O objetivo deste artigo é opor-se a essa

sendo incisivo ao afirmar que a isso leva à má aplicação do direito por “espertos” ou “preguiçosos”, que, não tendo argumentações consistentes, valem-se da mera menção a princípios para defender seus interesses.¹⁸

Diante desse cenário, o propósito do texto é assumidamente o de fixar diretrizes à atuação judicial baseada em princípios, de modo a evitar sua aplicação arbitrária (por “espertos” e “preguiçosos”) ou, ao menos, trazer à evidência esse tipo de prática. Nesse sentido, Sundfeld aponta dois ônus argumentativos dos quais o Juiz deve se desincumbir no julgamento por princípios: o *ônus da competência* e o *ônus do regulador*. O ônus da competência, segundo ele, decorre da convicção de que não existe fundamento para a presunção absoluta de que cabe sempre ao Judiciário interpretar os princípios e extrair soluções jurídicas específicas deles.¹⁹ Esta crença, afirma o autor, está associada à idéia de que é sempre do Judiciário a palavra final sobre tudo o que envolva direitos, de acordo com uma visão clássica da função judicial. Mas essa visão, adverte Sundfeld, está em descompasso com a realidade contemporânea, em que o domínio da legalidade foi expandido em muito, sendo muitos os direitos positivados em normas do tipo princípio. Além disso, muitos desses princípios estão voltados ao legislador e ao administrador, como normas programáticas para que estes implementem os direitos ali contidos.²⁰ Em suma: Sundfeld chama atenção para que não há nada a autorizar o entendimento de que o Judiciário deve sempre dar a palavra final sobre os princípios; a competência para aplicá-los não é sua *a priori*.

Diante disso, o ônus da competência impõe que o Juiz, quando na aplicação de princípios, trate de demonstrar sua competência em detrimento dos outros órgãos estatais; é

deterioração da qualidade do debate jurídico. O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário, viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito” (Sundfeld, “Princípio é Preguiça?”, no prelo, 2009, p. 1).

¹⁸ “Um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos. O oportunista, cujo interesse é adiar eternamente o pagamento de suas dívidas, invoca em juízo apenas o princípio do ‘acesso à jurisdição’ e pede para não pagar, até o fim do processo principal: ‘negar a liminar’, diz ele, ‘é cassar meu direito à Justiça’. É um esperto, com um argumento cômodo, ocultando a fragilidade de sua pretensão de mérito. O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio e conceder a liminar, ou invocar o ‘princípio da obrigatoriedade dos contratos’ e negá-la. É um preguiçoso, usando fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão. Espertos e preguiçosos sempre existirão: o mal é que sua esperteza fique oculta, por conseguirem iludir os espectadores com truques de mágica – com a simples declaração de princípios” (ibidem, p. 7).

¹⁹ Ibidem, p. 9.

²⁰ Ibidem, pp. 7-8.

necessário um esforço argumentativo nesse sentido. Alguns temas que, segundo o autor, poderiam ser abordados nesse esforço argumentativo são os seguintes: existência de normas complementadoras dos princípios editadas por algum outro Poder²¹; capacidade dos Juízes para resolverem problemas de justiça distributiva; a rigidez das normas que eventualmente sejam criadas na atuação Judicial, e a possibilidade de rever ou alterar essas normas posteriormente.²²

Já o chamado “ônus do regulador” decorre da premissa (adotada pelo autor) de que o julgamento sobre matéria de direito público baseado em princípios geralmente implica o exercício de regulação pelo Judiciário. Sundfeld procura demonstrar isso com exemplos de problemas reais que foram judicializados e nos quais o Judiciário afasta a solução dada pelo legislador ou pelo regulador para fazer valer uma solução sua (do Juiz); para tanto, o Juiz vale-se geralmente de uma argumentação baseada em princípios. O problema é que, na maioria das vezes, essa argumentação com princípios é superficial, sem uma compreensão aprofundada da política (legal ou regulatória) que está sendo afastada. Remetendo-se a um dos exemplos apresentados, o autor afirma: “Não importam o arranjo de competências nem a política concebida pelo legislador ao instituir a regulação de preços de medicamentos, desde que o juiz veja bons princípios no ato praticado pelo regulador”.

²¹ A rigor, o autor fala em existência de *lei* (“Princípio é Preguiça?”, pp. 10 e 12), mas o raciocínio também parece ser aplicável a outros tipos de norma complementadora, como regulamentos administrativos.

²² Aqui Sundfeld chama atenção para uma questão deveras interessante, sobre a relação entre a fundamentação da decisão, de um lado, e a legitimidade e a rigidez da norma que ela venha a criar, de outro: “Um aspecto que os juízes têm de considerar, antes de afirmarem-se competentes para editar regras com base em princípios constitucionais, é o da rigidez das regras que produzirão. Transformar ideias jurídicas vagas em normas precisas é uma operação criadora: pintar quadros, não revelar fotografias. No entanto, as autoridades jurídicas sempre dirão o contrário, por razões mais ou menos óbvias. (...) A polêmica interessante, quando se legisla, é justamente em torno dessas modulações. Há argumentos e demonstrações bastante racionais a considerar, mas no final ninguém duvida que, para editar a norma, o legislador tem de fazer escolhas. Só que o Tribunal, ao fazer normas a partir de princípios, se sente obrigado a dizer que age assim justamente por não ter escolha. Há algo ruim nisso: moralmente, é bem mais difícil mudar uma norma nascida com esse tipo de justificativa do que alterar uma lei ou regulamento. O Supremo Tribunal resolveu criar uma limitação geral à nomeação sem concurso para cargos públicos e editou norma proibindo ‘a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau’. Justificando-se, disse tratar-se de decorrência direta do princípio constitucional da ‘moralidade’. Se, no futuro, os juízes preferirem que a proibição seja abrandada (até o 2.º grau), ampliada (até o 4.º grau) ou mesmo eliminada (reconhecendo que ela não é mais, ou nunca foi, necessária), em tese poderão rever sua jurisprudência, mas o medo do ridículo provavelmente os deterá. Assim, regras inventadas judicialmente a partir de princípios constitucionais tendem a ser mais difíceis de mexer, o que pode gerar confusões nada desprezíveis” (ibidem, pp. 10-11).

Nesse contexto, o *ônus do regulador* significa a necessidade de que o Juiz, quando produzir regulação, assuma todas as responsabilidades que são inerentes a estas atividades, o que vai muito além de desenvolver argumentos superficiais baseados em princípios. As palavras de Sundfeld são precisas:

Nosso sistema pode suportar a delegação da tarefa de regular ao Judiciário. Pode até admitir a substituição de regulações legais ou administrativas por outras, criadas pelos juízes. Mas é preciso que estes cumpram os mesmos ônus que têm os reguladores. Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial.

Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário, teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das intuições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria.²³

Esses três autores, como se vê, sugerem que a definição dos limites do controle judicial de atos regulatórios deve passar por questões que vão muito além daquelas sugeridas pelas teorias que se restringem a problemas lógico-formais de legalidade. De acordo com essas contribuições mais recentes, deveriam fazer parte das considerações do juiz que controla atos regulatórios as seguintes questões: processo de criação de normas regulatórias e interesses ali envolvidos (Mattos); efeitos práticos da regulação (Mattos); questões políticas, sociais e econômicas relacionadas à eventual alteração do marco regulatório pelo Judiciário (Sundfeld e Veríssimo); conseqüências, em geral, das decisões que possam alterar a regulação (Sundfeld); a competência do Judiciário em face de outros órgãos estatais (Sundfeld); a capacidade institucional do Judiciário em face de outros órgãos estatais (Veríssimo); manifestações, durante o processo judicial, de interessados na regulação que o Judiciário possa vir a alterar (Veríssimo); rigidez da norma ou regime que pode vir a ser criado pelo Judiciário e possibilidade de alterá-los posteriormente (Sundfeld).

²³ “Princípio é Preguiça?”, pp. 14-15.

Por fim, merece atenção uma vasta pesquisa de jurisprudência realizada recentemente (ainda pendente de publicação) por Daniel Wei Liang Wang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Gama e Colombo, sobre a revisão judicial dos atos das agências reguladoras.²⁴ Foram analisadas, nesse trabalho, 321 (trezentas e vinte e uma) decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos cinco Tribunais Regionais Federais em processos que questionavam atos das seguintes agências: Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Aviação Civil, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ).

Para analisar as decisões encontradas, Wang, Palma e Colombo partem do pressuposto de que, diante do questionamento de um ato de Agência Reguladora, o Judiciário pode adotar três condutas: (i) não analisar o conteúdo do ato e, desta forma, respeitar a decisão administrativa; (ii) analisar o ato e mantê-lo; ou (iii) analisar o ato e revisá-lo.²⁵ De acordo com este enfoque, são dois os problemas básicos enfrentados pelo magistrado que se encontra diante de um pedido de revisão judicial de ato regulatório: inicialmente, ele deve decidir se *analisará* o ato ou não; em segundo lugar, caso tenha decidido analisá-lo, decidirá por sua *revisão ou manutenção*.

Definida essa linha de análise, a pesquisa procurou identificar quais as justificativas usadas pelo Judiciário quando este decide analisar o ato regulatório que lhe é submetido e quais as justificativas usadas para não analisá-lo. Além disso, o estudo procura também identificar quais os critérios usados nas decisões que analisaram o ato regulatório questionado (seja para revisá-lo, seja para mantê-lo). Os dados também foram analisados sob outros enfoques, mas a linha referida parece ser a principal. A seguir, tenta-se reproduzir, na forma de tópicos, alguns dos resultados dessas análises:

- A pesquisa indica que o questionamento judicial de atos regulatórios se volta, na maioria das vezes, contra atos normativos (ao menos no universo de decisões analisadas): das 321 decisões analisadas, 209 (duzentas e nove – o que equivale a 65%) foram proferidas em processos em que se questionava atos normativos; embora aproximadamente metade dessas decisões dissesse respeito a duas

²⁴ “Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da Jurisprudência brasileira”, no prelo, 2009.

²⁵ Ibidem, p. 14.

portarias da ANP (de números 202/99 e 21/99), há uma grande dispersão dos casos com relação às demais normas;²⁶

- Na grande maioria das ações figuram, de um lado, a Agência Reguladora, e, de outro, a empresa regulada que tenta atacar um ato regulatório específico;²⁷
- Em geral, as decisões revelaram uma tendência de *manutenção* dos atos regulatórios: 244 (duzentas e quarenta e quatro) mantiveram os atos questionados, 61 (sessenta e uma) reviram-nos. Esta tendência mantém-se caso as decisões sejam divididas por agência ou por tipo de ato impugnado. Para a Anatel foram 10 (dez) decisões de revisão e 41 (quarenta e uma) de manutenção;²⁸
- Não há grande preocupação dos Tribunais em justificar a razão pela qual possuiriam legitimidade para analisar um ato regulatório: entre as decisões que analisaram os atos regulatórios (seja para mantê-los, seja para revê-los), apenas 20 (vinte) apresentaram justificativas sobre sua legitimidade para tanto, sendo que 10 (dez) delas usavam a justificativa da função do Judiciário na tutela de direitos;²⁹
- A pesquisa também identificou os critérios utilizados pelos Tribunais na manutenção/revisão do ato regulatório questionado e a frequência com que esses critérios apareceram nas decisões. Nas decisões que optaram pela manutenção do ato regulatório, os critérios foram abordados com a seguinte frequência: Legalidade (69,26%); Competência (68,85%); Princípios (48,77%); Supremacia do interesse público (33,61%); Proporcionalidade e razoabilidade (24,59%); Questões de fato (17,21%); Conseqüências econômicas do ato (12,70%); Aspecto Técnico (11,48%); Desvio de finalidade (4,92%); Processo Administrativo (4,10%); Conceitos jurídicos indeterminados (0,82%); Auto-vinculação (0,41%);³⁰
- Nas decisões que optaram pela revisão do ato regulatório, os critérios foram abordados com a seguinte frequência: Legalidade (63,93%); Princípios (42,62%); Competência (32,79%); Questões de fato (24,59%); Conseqüências econômicas do ato (24,59%); Proporcionalidade e razoabilidade (22,95%); Aspecto Técnico

²⁶ Colombo, Palma e Wang, “Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da Jurisprudência brasileira”, p. 21.

²⁷ Ibidem, p. 21. Sobre esse dado, os autores comentam: “Isto não surpreende, já que é função do órgão regulador colocar restrições às atividades dos agentes no mercado, ou seja, a relação entre regulador e regulado tende a ser conflitiva por ser este o maior interessado na regulação. Outra explicação para este dado poderia ser simplesmente de que as empresas estão melhor equipadas e preparadas para defender seus interesses e negócios no Judiciário” (ibidem, p. 22).

²⁸ Ibidem, pp. 22-25.

²⁹ Ibidem, p. 27.

³⁰ Ibidem, pp. 28 e 29.

(13,11%); Processo Administrativo (8,20%); Supremacia do interesse público (8,20%); Desvio de finalidade (6,56%); Auto-vinculação (3,28%); Conceitos jurídicos indeterminados (0).³¹

- Os autores notaram que não é clara a fronteira entre a análise da legalidade e outros tipos de análise, sendo que em alguns casos os magistrados expressamente entenderam que o papel do Judiciário extrapola a análise da legalidade. Por outro lado, há um número grande de critérios que se confundem com o que comumente se chama de mérito. Exemplo disso são as análises que se valem dos critérios chamados “princípios” e “proporcionalidade e razoabilidade”.³² Confirmando a preocupação de Carlos Ari Sundfeld, os autores afirmam que a aplicação de princípios nem sempre é feita “com melhor desenvolvimento da argumentação”³³;
- Sobre os casos em que os Tribunais se depararam com conceitos técnicos, os autores observaram quatro tipos de comportamentos: (i) deferência à decisão técnica decorrente do exercício da competência regulatória das Agências Reguladoras; (ii) deferência à decisão regulatória por questão de capacidade institucional; (iii) deferência à decisão regulatória por compreender o sentido técnico na noção de mérito administrativo e (iv) análise de questões técnicas por integrarem a legalidade do ato, com revisão ou não. Afirmam ainda que invariavelmente a quarta hipótese prevaleceu;
- Com relação ao critério “conseqüências econômicas”, os autores observam que em alguns casos o Judiciário realmente fundamenta as decisões com base em argumentos conseqüencialistas. Nesses casos, segundo eles, o Judiciário “não analisa apenas os fundamentos legais e os critérios de conveniência e oportunidade utilizados pela Agência, mas faz prognósticos das conseqüências da manutenção ou não de um determinado ato”. Esta, segundo eles ainda, é também uma situação que coloca em dúvida a dicotomia “análise de mérito vs. análise de legalidade”;
- A análise do processo administrativo é bem menos comum do que gostaria a doutrina. Os Tribunais parecem enxergar, na atuação regulatória, apenas o momento do ato.

³¹ Colombo, Palma e Wang, “Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da Jurisprudência brasileira”, p. 29.

³² Ibidem, p. 30.

³³ Ibidem, p. 31.

- Concluindo sua análise a respeito dos critérios e justificativas contidos nas decisões estudadas, os autores afirmam com segurança:

Os dados sugerem, portanto, um cenário muito mais complexo acerca da regulação pelo Judiciário, que predica a presença de critérios outros que vão além daqueles trabalhados em sede doutrinária. Assim, tais teorias mostram-se na prática insuficientes para que o juiz delibere sobre a manutenção ou invalidação da atividade regulatória.³⁴

- Há, ainda, três observações de caráter geral feitas pelos autores, que devem ser mencionadas. A primeira é a de que o debate judicial analisado conteria preocupações muito relacionadas com o contexto brasileiro de reforma de Estado, especialmente discussões sobre o poder normativo das Agências Reguladoras;³⁵
- A segunda observação chama atenção para a preocupação de muitos julgadores com a possibilidade de que a revisão judicial de atos regulatórios pudesse prejudicar a segurança jurídica, aumentando o chamado “Risco Brasil”;³⁶
- A última observação é sobre a inexistência de um *leading case*, entre as decisões analisadas, que sirva de referência à atuação jurisdicional. Afirmam os autores que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos,

no Brasil os critérios para o comportamento do Judiciário em matéria de revisão judicial de atos de Agências regulatórias são construídos caso a caso e sem referência a um precedente amplamente reconhecido e com qual os julgadores devem necessariamente dialogar.³⁷

2.2) Eficácia das decisões da tutela coletiva e seu potencial em face da regulação

Não se pretende aqui realizar uma ampla revisão doutrinária sobre a tutela coletiva, suas origens, todo seu regime jurídico etc. Longe disso, na linha do que já foi dito anteriormente, pretende-se apenas estabelecer alguns parâmetros de discussão entre debates já existentes na doutrina e a presente pesquisa. Como se procurou deixar claro desde o início do trabalho, o aspecto da tutela coletiva que importa aqui é o seu potencial em face da regulação. E o que mais desperta interesse, numa primeira análise, é impressão de que as decisões da tutela coletiva podem gerar efeitos sobre grandes grupos de pessoas, muitas vezes

³⁴ Colombo, Palma e Wang, “Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da Jurisprudência brasileira”, p. 35.

³⁵ Ibidem, p. 40.

³⁶ Ibidem, p. 41.

³⁷ Ibidem, pp. 41 e 42.

indetermináveis, em função do tipo de interesses que elas se prestam a tutelar.³⁸ De maneira incipiente, pode-se imaginar que essas ações chegariam a ter *eficácia geral* em alguns casos, o que teria grande impacto no potencial delas em face da regulação. Essas considerações levam, quase que automaticamente, à seguinte questão: o que poderia acontecer se uma dessas ações com eficácia supostamente geral fosse utilizada para controle de legalidade de normas regulatórias? De maneira bastante vaga, pode-se imaginar que uma decisão com eficácia geral poderia modificar outros atos, também de eficácia geral, que fossem submetidos à sua apreciação.

Definida, de maneira muito simples, a preocupação sobre como as ações coletivas poderiam impactar a regulação, impõe-se agora uma compreensão mais aprofundada sobre a *eficácia geral* das decisões da tutela coletiva. De início, é preciso prestar atenção aos dispositivos legais que definem essa eficácia e, através desse exame, avaliar a própria pertinência da idéia de “eficácia geral”. Considerando-se a variedade de ações que hoje são postas a serviço da tutela coletiva, muitos são os dispositivos que moldam a eficácia das respectivas decisões. O primeiro de todos é, sem dúvida, o art. 18 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965):

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O segundo dispositivo que, no ordenamento jurídico brasileiro, tratou da matéria foi o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), que atualmente vige com a seguinte redação:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

³⁸ Nesse sentido, o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor é muito esclarecedor: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Sobre esse dispositivo, é importante desde logo mencionar a alteração que lhe foi imposta alguns anos após o início de sua vigência. A expressão “nos limites da competência territorial do órgão prolator” foi incluída no artigo pela da Medida Provisória 1.570/97, convertida, após passagem pelo Congresso, na Lei nº 9.494/1997. Como se vê, essa alteração tem conseqüências significativas na determinação concreta da eficácia das decisões de ação civil pública, na medida em que pode torná-las restritas a determinado espaço territorial (o espaço sobre o qual o Juízo prolator tem competência). Isso foi (e tem sido) objeto de intensas discussões entre os processualistas, como será abordado mais à frente.

Em seguida, na ordem cronológica de intervenções legislativas que moldaram a eficácia das decisões de ações coletivas, vêm as normas processuais contidas no Código de Defesa do Consumidor, o qual, segundo os estudiosos do tema, concluiu a criação do microsistema de normas que rege a tutela coletiva no País. Especificamente sobre a eficácia das decisões dessas ações, dispôs o art. 103 do referido código, com a seguinte redação:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Por fim, muito recentemente foi editada a Lei 12.016/2009 para, entre outras questões, regular o Mandado de Segurança Coletivo, que, criado pela constituição de 1988³⁹, passou longo tempo sem regramento legal. Sobre a eficácia das decisões, nessa lei, dispõe o art. 22, com a seguinte redação:

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Com essa breve revisão legislativa, é possível perceber que a eficácia das decisões de tutela coletiva é definida, no ordenamento jurídico brasileiro, através da referência à “coisa julgada”. Sobre essa expressão cabe, inicialmente, um esclarecimento semântico.

³⁹ Art. 5º, LXX.

A doutrina processualística, amparada em conhecido estudo de Liebman, costuma ressaltar a diferença entre a autoridade da coisa julgada, de um lado, e a eficácia da sentença, de outro. Essencialmente, a autoridade da coisa julgada é o que torna imutável a sentença e os seus efeitos, por consequência, mas não se confunde com eles. Nas palavras do próprio Liebman, “a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença (...), mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado”.⁴⁰

Desta forma, quando a legislação fala em “coisa julgada *erga omnes*” (ou “coisa julgada *ultra partes*”), deve-se perceber aí uma referência à eficácia das decisões (ela gera efeitos *erga omnes*). Isso não significa que os dispositivos que tratam da eficácia da sentença estejam simplesmente errados por usarem a expressão “coisa julgada” quando falam de eficácia. Acontece que tais dispositivos também tratam do problema da coisa julgada (além da eficácia), isto é, da imutabilidade da decisão.⁴¹ Isso pode ser percebido na parte final de cada um dos dispositivos transcritos, quando afirmam que a sentença das ações coletivas *não fará coisa julgada* em determinadas circunstâncias (ex.: na ação popular, a sentença não fará coisa julgada “no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova”). Nesse ponto, os dispositivos estão claramente tratando da imutabilidade das decisões, e não de sua eficácia. Tanto é assim que afirmam expressamente a possibilidade de propositura de novas ações por qualquer legitimado, caso se verifiquem as circunstâncias que impedem a formação da coisa julgada.

Sobre as parcelas desses dispositivos que se voltam especificamente para a coisa julgada, os estudiosos do assunto costumam ressaltar duas opções do legislador. Afirma-se que a coisa julgada das ações coletivas ocorre *secundum eventum litis* e *in utilibus*.⁴² Isso

⁴⁰ “Eficácia e autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada” (3ª ed., trad. De Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 39-40) *apud* Elton Venturi, “Processo Civil Coletivo”, São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 377-378.

⁴¹ Na disputa doutrinária sobre o conceito de coisa julgada há autores que não reconhecem a imutabilidade da sentença e de seus efeitos como uma das propriedades da coisa julgada (é o caso, por exemplo, de Ovídio Baptista da Silva, “Curso de Processo Civil”, v. 1. 6ª ed. rev. e atual., São Paulo: RT, p. 491). É evidente, contudo, que não cabe no objeto do presente trabalho tomar partido em relação a isso. Deve ficar claro, portanto, que as menções sobre a imutabilidade servem apenas para fazer referência às propriedades da coisa julgada; essas referências não significam, de maneira nenhuma, a adoção de posição quanto ao conceito de coisa julgada.

⁴² Nesse sentido, Elton Venturi (ob. cit., pp. 399-405). Com entendimento diverso, José Rogério Cruz e Tucci afirma que a técnica adotado no sistema brasileiro foi a da *secundum eventum probationes*, e não da *secundum eventum litis* (“Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas”, *in* “Revista de Processo”, n. 143, São Paulo: RT, jan./2007, pp. 49-52)

significa, basicamente, que a sentença das ações só fará coisa julgada a depender do resultado do processo (*secundum eventum litis*) e, além disso, apenas para favorecer os titulares dos direitos meta-individuais⁴³ postulados na ação coletiva (*in utilibus*). E é isso o que de fato ocorre quando se impede o surgimento da coisa julgada em casos de improcedência por insuficiência de provas.

Não cabe no objeto do presente trabalho aprofundar a exposição sobre esses problemas ligados especificamente à coisa julgada (à imutabilidade da sentença). Mas a referência é útil para chamar a atenção para uma característica importante das ações coletivas existentes em nosso ordenamento jurídico: as peculiaridades de seu regime jurídico, no que diz respeito especificamente à sua dimensão coletiva, voltam-se geralmente para o pólo ativo da ação. Em outras palavras: o regime jurídico das ações coletivas no Brasil pressupõe a existência de uma coletividade sempre no pólo ativo da ação, e não no seu pólo passivo. Tanto é assim que existem estudos voltados especificamente para a chamada “ação coletiva passiva” (em que a coletividade estaria no pólo passivo da demanda), nos quais se afirma a inexistência (ou, quando menos, verifica-se a dúvida sobre a existência) desse tipo de ação no direito brasileiro.⁴⁴ Por conta disso, de uma maneira geral, é possível dizer que as ações coletivas do direito brasileiro são *ações coletivas ativas*.

Essa constatação tem uma repercussão importante para o problema da eficácia das decisões da tutela coletiva. Da maneira como está moldado o seu regime, as disposições legais sobre eficácia das decisões (efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*) dirão respeito apenas ao pólo passivo da ação. E mais, até, do que uma característica do regime jurídico, isso é algo que decorre da própria finalidade para a qual foram criadas essas ações coletivas. Sem exceção, todas elas foram criadas para *tutelar direitos transindividuais* (ou individuais homogêneos); esta finalidade se depreende, inclusive, dos próprios textos legais que as instituem.⁴⁵ De mais

⁴³ No presente trabalho serão usadas como sinônimas as expressões “transindividual” e “meta-individual”.

⁴⁴ Exemplos de trabalhos sobre este tema são os artigos de José Marcelo Menezes Vigliar, “*Defendant class action* brasileira: limites propostos para o ‘Código de Processos Coletivos’” (in Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe – coords. – “Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”, São Paulo: RT, 2007, pp. 309-320) e Diogo Campos Medina Maia, “A ação coletiva passiva: o retrospecto de uma necessidade presente” (in Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe – coords. –, ob. cit., pp. 321-344).

⁴⁵ Assim, por exemplo, o artigo primeiro da LACP afirma: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; (...)”. É, portanto, uma ação voltada a promover a tutela dos interesses da coletividade em determinadas matérias (meio-ambiente e consumo, p. ex.). Por outro

a mais, é isso o que se verifica na prática forense: a propositura dessas ações sempre se dá em *favor* de uma coletividade e *contra* réus bem determinados. Em resumo: a dimensão coletiva dessas ações diz respeito, em regra, a seu pólo ativo, e isso também ocorre no que diz respeito à eficácia das decisões.

Feito esse esclarecimento preliminar, cabe compreender também o sentido das expressões que qualificam a eficácia das decisões das ações coletivas. Como se viu, à exceção do mandado de segurança coletivo, para todos os outros tipos de ações coletivas a eficácia é caracterizada como “*erga omnes*” ou “*ultra partes*”. São essas expressões, portanto, que efetivamente determinam qual é a eficácia das decisões das ações coletivas. Mas qual seu significado? O que se pode extrair delas? Sobre isso, merecem atenção as reflexões de Antônio Gidi:

Em verdade, diz-se com *ultra partes* exatamente o mesmo que se diria com *erga omnes*, ou seja, não há uma diferença ontológica entre o regime jurídico da coisa julgada *ultra partes* e o da coisa julgada *erga omnes*; isoladamente, em si, não há como distingui-los. O que os distingue, pois, não é a expressão latina eventualmente empregada, mas o que se lhe segue, o texto que a lei a esses termos faz acompanhar, como procuraremos demonstrar a seguir. Diz *erga omnes* o CDC (art. 103, I), para significar (prescrever) que a autoridade da coisa julgada material atinge toda a comunidade titular do direito lesado – e somente esta. Mas *erga omnes* não significa exatamente ‘contra todos’, como poderia parecer, porque é limitado à comunidade titular do direito superindividual violado e, na eventualidade de procedência, aos titulares dos correspondentes direitos individuais homogêneos. (...) Já o inciso II do art. 103 do CDC utiliza a expressão *ultra partes* para estender a coisa julgada aos membros da coletividade titular do direito lesado e aos titulares dos correspondentes direitos individuais homogêneos. Aqui, evitou-se a expressão *erga omnes* com acerto, porque somente a coletividade titular do direito violado e seus membros devem ser atingidos pela coisa julgada, e não todas as pessoas indiscriminadamente. No entanto, a mesma precisão não ocorreu nos incisos I e II [*sic*], embora em ambos os casos, fundamentalmente, a coisa julgada não se opere exatamente ‘contra todos’, mas somente em relação os titulares do direito violado. Assim, quer-nos parecer, os dispositivos legais constantes nos três incisos do art. 103 poderiam ter sido redigidos de duas formas dogmaticamente indiferentes, no que diz com as expressões latinas empregadas (*erga omnes* ou *ultra partes*), que acarretariam, inelutavelmente, a mesma e única interpretação.⁴⁶

lado, o Título III do CDC, que contém o regramento sobre as ações coletivas de consumo, leva o sugestivo nome de “Da Defesa do Consumidor em Juízo”, deixando claro que tais ações servem para defender os interesses transindividuais e individuais homogêneos dos consumidores. Vale dizer: esses interesses estarão sempre no pólo ativo das demandas.

⁴⁶ Antônio Gidi, “Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas”, São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 108 e 109. A respeito dessa citação, como medida de fidelidade ao pensamento do autor, é preciso transcrever a nota de rodapé que ele mesmo faz no último dos parágrafos da transcrição acima (nota de

Independentemente de eventuais diferenças entre a eficácia *erga omnes* e a eficácia *ultra partes*, o que parece ser mais relevante nessas considerações é a orientação sobre a extensão da eficácia das ações coletivas na prática. De acordo com Gidi, não importa qual das duas expressões seja utilizada pela lei (*erga omnes* ou *ultra partes*), a eficácia das decisões das ações coletivas será sempre definida em função dos titulares dos direitos por ela tutelados. Em outras palavras, a eficácia da sentença atingirá toda a coletividade titular dos direitos ou interesses defendidos pela ação.

Nesse sentido, parece possível afirmar que as decisões das ações coletivas têm *eficácia geral*, ao menos no que toca às pessoas relacionadas ao pólo ativo dessas ações. Tais decisões, quando de procedência, atingem a generalidade dos titulares dos direitos ou interesses tutelados pela ação, sem referências individuais. A generalidade diz respeito, justamente, à indeterminação das pessoas às quais é direcionada uma determinada mensagem ou comando. Nesse sentido, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao classificar os atos administrativos, conceitua da seguinte forma os atos gerais:

Atos *gerais* – os que têm por destinatário uma categoria de sujeitos inespecificados, porque colhidos em razão de se incluírem em uma situação determinada ou em uma classe de pessoas. Exemplo: um edital de concurso público, uma ordem para dissolução de passeata, a concessão de férias coletivas aos funcionários de uma dada repartição. Em todos esses exemplos o ato é geral e concreto, pois esgota-se com uma única aplicação. Já, um regulamento de promoção de funcionários expedido para vigorar continuamente é ato geral e abstrato, porque a hipótese se renova iterativamente⁴⁷ (grifos no original)

Este conceito, ao mesmo tempo em que permite identificar a generalidade das decisões de ações coletivas que atingem toda uma coletividade de titulares de determinado direito ou interesse (inclusive pela expressa menção à idéia de “classe”, o que permite associá-lo ao conceito de *class action*), também chama atenção para o fato de que tais decisões não necessariamente têm caráter abstrato. Aliás, é perfeitamente possível imaginar ações coletivas cujas decisões, embora gerais, seriam indiscutivelmente concretas. Seria o caso, por exemplo, de uma decisão de ação coletiva de responsabilidade por dano ao meio ambiente. Usando os parâmetros traçados por Celso Antônio, uma decisão como essa deveria ser considerada

rodapé 271): “Isso não significa que o art. 103 possua apenas uma interpretação correta. O que se defende é que a interpretação seria a mesma, independentemente de estar consignado *erga omnes* ou *ultra partes* em seus incisos” (ob. cit., p. 109).

⁴⁷ “Curso de Direito Administrativo”, p. 404.

concreta porque “esgota-se com uma única aplicação”; sua aplicação não “se renova iterativamente”.

Por outro lado, seriam muito diferentes os efeitos da decisão de uma ação coletiva em que se questiona a legalidade (ou constitucionalidade) de determinada norma regulatória. Considere-se, inicialmente, uma situação em que o Judiciário é levado a apreciar a legalidade (ou constitucionalidade) de determinada norma regulatória em sede de ação *individual*. Num caso como esse, a depender do pedido da ação, o Juiz poderia, declarando a ilegalidade (ou inconstitucionalidade) da norma, suspender-lhe a vigência ou mesmo alterar o comando nela contido. Tratando-se de processo individual, no entanto, esse provimento (suspensão de vigência ou alteração da norma) ficaria restrito às pessoas diretamente envolvidas no processo, beneficiando apenas o autor da ação. O que aconteceria se o mesmo pedido fosse deduzido (e deferido) em uma ação coletiva? Da mesma forma, o Judiciário poderia suspender a eficácia da norma regulatória ou alterá-la. Neste caso, contudo, esse provimento geraria efeitos para toda a coletividade compreendida no pólo ativo da ação. E não é difícil imaginar que esta coletividade, na maioria dos casos, coincidiria com a quase totalidade dos destinatários da norma.

Um exemplo pode ajudar a esclarecer o que se está tentando dizer. Para tanto não é preciso sequer recorrer à criatividade; tome-se um caso concreto de questionamento da legalidade da regulação de Telecomunicações que foi levado ao Judiciário através de ações coletivas. O Ministério Público Federal propôs algumas ações civis públicas, em diferentes lugares do País, questionando a legalidade e a constitucionalidade de normas regulatórias da Anatel que versavam sobre créditos de telefone celular pré-pago.⁴⁸ Tratava-se de ações em que o Ministério Público atuava em favor da coletividade dos usuários (consumidores) desse serviço (telefonia móvel pré-paga), ou seja, todos os usuários atingidos pela norma. Houve, em várias ações, decisões que deferiram o pleito do Ministério Público e suspenderam a vigência das normas regulatórias em questão. E quais foram, nesses casos, os atingidos pela decisão? Todos os consumidores daqueles serviços na área atingida pelo provimento judicial, além das empresas prestadoras que se situavam no pólo passivo da ação e a própria Anatel (que também figurava no pólo passivo).⁴⁹ Isso significa que, ao menos no que toca aos

⁴⁸ Sobre isso, v. CZELUSNIAK, Marcelo Salomão, “Prazo de validade dos créditos de telefones celulares pré-pagos: jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais”, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Fórum, ano 7, n. 25, p. 213-237, jan./mar. 2009.

⁴⁹ Para fins desse exemplo, não se está levando em consideração o problema dos limites territoriais da eficácia das sentenças das ações coletivas, que será abordado mais à frente. Trata-se, por ora, apenas

consumidores, as decisões de procedência dessas ações atingiram (geraram efeitos sobre) todos os destinatários da norma. Se houve ações que contemplaram, no pólo passivo, todas as empresas prestadoras desse serviço (telefonia móvel pré-paga), pode-se afirmar que todos os destinatários das normas regulatórias questionadas foram atingidos pelas respectivas decisões.

Em uma situação como essa (controle judicial de normas regulatórias através de ação coletiva), à diferença do que ocorre no exemplo da ação coletiva de responsabilidade por dano ambiental, é possível também vislumbrar *abstração* nos efeitos da tutela coletiva, justamente porque *as decisões alteraram ou suspenderam normas*. De uma maneira mais ampla, é possível dizer que as decisões (de procedência) do segundo exemplo alteraram um quadro normativo. Por isso criaram uma situação de aplicação iterativa; não se trata de uma decisão que se esgota com uma única aplicação (recorrendo, novamente, aos termos usados por Celso Antônio Bandeira de Mello). A persistir a situação criada por uma decisão como essa, o novo quadro normativo por ela inaugurado aplicar-se-ia a situações futuras como uma norma comum, inclusive a pessoas que, no momento da decisão, não faziam parte da coletividade tutelada pela ação civil pública, mas que viessem a contratar o serviço de telefonia celular pré-paga após a decisão. Diante disso, é possível afirmar que decisões como essas (que alteram um quadro normativo regulatório) têm efeitos *gerais e abstratos*.

Avaliando, sob este enfoque, a eficácia das decisões de ações coletivas sobre a regulação, parece possível falar em um *potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação*. Sem que se queira afirmar, por ora, que tal *potencial* realmente é operado na prática (e, menos ainda, fazer juízos sobre sua juridicidade ou conveniência), o que se está dizendo é, apenas, que a análise abstrata da eficácia das decisões da tutela coletiva permite vislumbrar, ao menos hipoteticamente, um potencial normativo em face da regulação. Trata-se apenas de reconhecer que *é possível* que o Judiciário, no julgamento de ações coletivas que questionem normas regulatórias, venha a alterar o quadro normativo estabelecido pelo regulador, atuando como verdadeiro criador de normas.

Constatado esse *potencial normativo*, é preciso admitir que ele não se restringe às sentenças das ações coletivas, mas pode se estender também às decisões interlocutórias que antecipem a tutela coletiva pleiteada. Isso, de certa forma, decorre da própria idéia de tutela antecipada. Na dicção do art. 273 do Código de Processo Civil, “o juiz poderá, a requerimento

das pessoas atingidas pela decisão. Para compreensão das afirmações sobre os destinatários da norma, portanto, é preciso ignorar (por ora, pelo menos), a questão territorial.

da parte, antecipar, total ou parcialmente, *os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*” (grifou-se). Ora, se uma decisão interlocutória antecipa totalmente os *efeitos* da tutela coletiva para suspender a vigência de determinada norma regulatória, não há dúvida de que esses efeitos (antecipados através da decisão interlocutória) também trarão consigo as características de abstração e generalidade sobre as quais se falou acima.⁵⁰ Mais importante do que isso é notar que uma antecipação de tutela nesses moldes, da mesma forma que a decisão final de mérito, também teria o condão de alterar o quadro normativo regulatório; o potencial normativo é o mesmo.

Existem, contudo, duas importantes limitações legais à eficácia geral das decisões das ações coletivas que têm importância fundamental para avaliar o seu impacto sobre a regulação. A primeira dessas limitações, já mencionada acima, é a que consta do art. 16 da LACP, onde se afirma que a eficácia das decisões ocorrerá “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. Trata-se, portanto, de uma limitação territorial à eficácia das decisões das ações coletivas.

A segunda dessas limitações é traçada pela Lei 9.494/1997 (a mesma que alterou a redação do art. 16 da LACP para introduzir a limitação territorial comentada no parágrafo anterior), em seu art. 2º-A, nos seguintes termos:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Observado, especialmente, o *caput* do referido artigo, nota-se também uma limitação vinculada ao critério territorial, mas que versa, na realidade, sobre a extensão subjetiva da eficácia das decisões. Esta disposição procura definir, em outras palavras, o rol de pessoas

⁵⁰ Na doutrina especializada da tutela coletiva não parece haver resistência à idéia de que os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* ocorram também nas decisões liminares e antecipações de tutela. Elton Venturi, por exemplo, reconhece isso com naturalidade em vários pontos de sua obra, como quando afirmou, a respeito do art. 18 da Lei da Ação Popular, que “instaurava-se, então, o modelo de extensão *erga omnes* da eficácia dos provimentos liminares e finais” (ob. cit., p. 383). Outras menções semelhantes podem ser encontradas na mesma obra, nas páginas 415 e 429.

(sujeitos) que serão atingidos pela eficácia das decisões de ações coletivas propostas por entidades associativas.

A primeira dessas limitações (limitação territorial) foi alvo de inúmeras críticas dos estudiosos dos processos coletivos, por representar um evidente enfraquecimento desse instrumento. Nesse sentido, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover tece uma série de considerações com o propósito de demonstrar que a limitação é ineficaz perante o sistema de normas que regem a tutela coletiva.⁵¹ Afirma, inicialmente, que a limitação não atinge as ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, na medida em que está inserida na LACP, a qual rege apenas as ações para tutela de direitos difusos e coletivos. Quanto a estes, ela afirma que a limitação é inoperante, porque se vincula a um critério de competência territorial, sendo que, nas ações coletivas, a dimensão da competência territorial é definida pela norma especial do art. 93 do CDC, no sentido da competência da Capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano (ou perigo de dano) for de âmbito regional ou nacional. Em outras palavras, o que a professora afirma é que, nas ações coletivas, observados os critérios do art. 93 do CDC, a extensão da competência territorial do juízo será determinada pela dimensão do dano (local, regional ou nacional), ficando derogadas, por essa *lex specialis*, as normas que definem *a priori* a competência territorial dos juízos. Por fim, afirma ela, a limitação seria ineficaz porque “o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência. Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo”.⁵²

Elton Venturi, por sua vez, aponta uma série de inconstitucionalidades nessas limitações aplicadas à eficácia das decisões da tutela coletiva. Segundo ele, além da inconstitucionalidade relativa à ausência dos pressupostos para edição de medida provisória sobre o tema, tais limitações ofenderiam os princípios constitucionais do acesso à justiça (inafastabilidade da jurisdição), da vedação do retrocesso social, da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade. Sobre a isonomia e a razoabilidade, especificamente, o autor afirma o seguinte:

A restrição da expansão *erga omnes* ou *ultra partes* da sentença proferida em sede de ação coletiva proposta para a tutela de direitos meta-individuais provoca, ainda, evidente desequiparação inconstitucional entre os integrantes

⁵¹ Ada Pellegrini Grinover *et al.*, “Código Brasileiro de Defesa comentado pelos autores do anteprojeto”, 5ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, pp. 722-725.

⁵² Ob. cit., p. 725.

da coletividade, titulares do direito difuso, ou entre os integrantes do grupo, classe ou categoria, titulares do direito coletivo.

Na verdade, examinando o fenômeno da cisão do tratamento judicial de bens considerados indivisíveis, como são os direitos meta-individuais, verificando-se que apenas alguns de seus titulares eventualmente poderão beneficiar-se de provimentos judiciais lançados à sua tutela, e outros não (a maioria, aliás), em virtude de estarem domiciliados em territórios que exorbitam a *competência do órgão prolator*, para além da patente ilogicidade prática do tratamento diferenciado, apresenta-se também como inconstitucional, por afrontar a regra do art. 5º, *caput*, da CF de 1988.

São fartos os exemplos ilustrativos da ausência de lógica e de constitucionalidade da restrição da eficácia de quaisquer espécies de provimentos (declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais ou executivos) em ações civis públicas. Assim, *v.g.*, imagine-se liminar ou sentença prolatada em ação coletiva determinando ao réu obrigação de não fazer (abstenção) atinente à não colocação no mercado nacional de determinado produto nocivo à saúde pública, impondo-lhe também a obrigação de retirar do mercado os lotes já distribuídos no comércio; provimento ordenando o reflorestamento de áreas desmatadas ilegalmente, localizadas em comarcas distintas; sentença desconstitutiva de cláusulas abusivas inseridas pelo réu em contratos-padrão firmados com residentes em comarcas ou seções judiciárias diversas. Em todas essas hipóteses a cisão da tutela jurisdicional caracteriza quebra do princípio constitucional da isonomia, revelando, ainda, intervenção estatal desproporcional e não razoável.⁵³

⁵³ Ob. cit., pp. 430 e 431. Interessantes considerações sobre esses mesmos problemas foram feitas por Cássio Scarpinella Bueno que, sem tecer considerações sobre constitucionalidade das limitações à eficácia das decisões da tutela coletiva, procurou compreender seus motivos e conseqüências: “É possível fragmentar interesse ou direito difuso? (...) A *indivisibilidade* de determinadas realidades da natureza pode ser desprezada ou ignorada pelo direito positivo? (...) Um exemplo ilustra bem as dificuldades que repousam atrás dos pontos de interrogação dos últimos parágrafos: a ação civil pública ajuizada para coibir a poluição de um rio é julgada procedente e, esgotado o segmento recursal, transita em julgado. É lícito ao réu dessa ação (que foi obrigado, por exemplo, a não jogar detritos industriais naquele rio) confortavelmente mudar suas instalações para a comarca ou seção judiciária vizinha, em que o mesmo rio ainda corre, para desconsiderar a decisão anterior? Pode ele tomar essa atitude, já que os efeitos da coisa julgada da ação que o condenou àquele comportamento só valem em determinado território? A *divisibilidade* e a *setorização* do interesse e do direito difuso constante do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública autorizariam esse comportamento? Difíceis as respostas, ninguém poderá negar, mormente quando se leva em consideração o teor do art. 16 da Lei n. 7.347/85, ainda que, no exemplo, não há como colocar em dúvida a competência do órgão jurisdicional que julgou procedente o pedido formulado na ação civil pública e, conseqüentemente, a legitimidade da eficácia *subjetiva* da coisa julgada decorrente daquela sua decisão. O que cabe colocar em relevo, no entanto, é que a modificação trazida para o referido art. 16 *não* teve em mente *esses tipos* de interesses ou direitos difusos. Muito pelo contrário, sua modificação (via medida provisória, não me canso de repetir) ocorreu em um momento em que ações civis públicas eram promovidas nas mais diversas seções judiciárias brasileiras para impedir, por fundamentos diversos, privatizações de empresas pertencentes ao Governo Federal. Realizava-se, por exemplo, um leilão de privatização na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro ou de São Paulo, e decisão originária de outras seções judiciárias, bastante distantes em alguns casos, determinava a não-realização do leilão, a suspensão da alienação do patrimônio público ou outras medidas similares” (“O Poder Público em Juízo”, 5ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 128-129 – grifos no original).

Abordando também a questão da divisibilidade dos direitos tutelados, Teori Albino Zavascki (que, além de acadêmico, é ministro do STJ), faz uma interpretação sistemática do art. 16 da LACP (que contém a limitação territorial de eficácia), analisando-o em conjunto com o art. 2º-A da Lei 9.494/97 (que limita diretamente a eficácia subjetiva das decisões de ações coletivas), e chega à conclusão de que tais limitações somente se aplicam a direitos individuais homogêneos, por serem divisíveis:

Não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada. Observe-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no seu pólo ativo, é única e incindível (indivisível). Como tal, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente (circunstância do mundo físico) o juízo de certeza sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação jurídica (que é fenômeno do mundo dos pensamentos).

O sentido da limitação territorial contida no art. 16, antes referido, há de ser identificado por interpretação sistemática e histórica. Ausente do texto original da Lei 7.347/85, sua gênese foi a nova redação dada ao dispositivo pelo art. 2º da Lei 9.494, de 10.09.1997. Essa lei, por sua vez, tratou de matéria análoga no seu art. 2º-A, que assim dispôs: (...). Aqui o desiderato normativo se expressa mais claramente. O que ele objetiva é limitar a eficácia subjetiva *da sentença* (e não *da coisa julgada*), o que implica, necessariamente, limitações do rol dos substituídos no processo (que se restringirá aos domiciliados no território da competência do juízo). Ora, entendida nesse ambiente, como se referindo à sentença (e não à coisa julgada), em ação para tutela de direitos subjetivos individuais (e não em ação civil pública para tutela de direitos transindividuais), a norma do art. 16 da Lei 7.347/85 produz algum sentido. É que, nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento da sua essência. Aqui, sim, é possível cindir a tutela jurisdicional por critério territorial, já que as relações jurídicas em causa admitem divisão segundo o domicílio dos respectivos titulares, que são perfeitamente individualizados.

(...) Nesse pressuposto, em interpretação sistemática e construtiva, pode-se afirmar, portanto, que a eficácia territorial da coisa julgada a que se refere o art. 16 da Lei 7.347/85 diz respeito apenas às sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 2º-A da Lei 9.494, de 1997, e não, propriamente, às sentenças que tratam de típicos direitos transindividuais.⁵⁴ (grifos no original)

Sem que se pretenda assumir posição sobre as inúmeras considerações da doutrina processualística a respeito dessas limitações da eficácia das decisões da tutela coletiva, essa breve exposição é conveniente para perceber algumas questões relevantes sobre o problema.

⁵⁴ “Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos”, 3ª rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2008, pp. 80 e 81.

Mas quais seriam as conseqüências dessas limitações para a eficácia da tutela coletiva sobre a regulação? Há conseqüências? Entende-se que sim; e conseqüências muitíssimo relevantes. Isso porque a limitação dos efeitos das ações coletivas tendentes à alteração da regulação, restringindo esses efeitos a determinados espaços territoriais, permite, teoricamente, que existam concomitantemente, em diferentes lugares do País, várias ações coletivas questionando a mesma norma regulatória, e sem que exista uma incompatibilidade imediata entre essas ações. Isso é especialmente relevante quando a norma regulatória em questão é federal e tem vigência no País todo.

Para compreender esse problema vale recorrer, novamente, ao exemplo das várias ações coletivas que questionavam, em diferentes juízos espalhados pelo País, a legalidade de algumas normas regulatórias da Anatel sobre os créditos da telefonia celular pré-paga. Considerando que os efeitos dessas ações fossem restritos, de acordo com o art. 16 da LACP, aos “limites da competência territorial do órgão prolator”, seria possível – em tese, ao menos – que essas ações coexistissem sem que afetassem diretamente uma à outra. Afinal de contas, seus efeitos – por estarem limitados à área geográfica de cada juízo – não entrariam em conflito.

Mas quais seriam as conseqüências dessa coexistência para a vigência das normas regulatórias questionadas? Partindo do pressuposto de que as decisões dessas ações poderiam alterar ou suspender a vigência das normas regulatórias questionadas (*potencial normativo da tutela coletiva face à regulação*), caso a tutela pleiteada fosse deferida em alguns juízos e indeferida em outros, o resultado seria uma situação em que tais normas vigorariam em alguns lugares e em outros não, podendo, ainda, vigorar com redação alterada em outros tantos lugares. Considerado um determinado momento no tempo, as normas *vigorariam normalmente* (da maneira como editadas pela Anatel) nos lugares situados na área de competência dos juízos nos quais não tivesse sido proposta nenhuma ação coletiva questionando tais normas regulatórias, bem como nas áreas dos juízos que, tendo recebido ações como essas, tivessem indeferido a tutela pleiteada ou ainda não a tivessem apreciado. Neste mesmo momento, contudo, as mesmas normas *não vigorariam* nas áreas dos juízos que tivessem deferido a tutela coletiva para suspender sua vigência, e *vigorariam com redação alterada* nas áreas dos juízos que tivessem deferido a tutela neste sentido. Nesse cenário, portanto, as normas regulatórias questionadas pelas várias ações coletivas teriam *vigência territorial fragmentada* ao redor do País: *vigorariam normalmente* em alguns lugares, *vigorariam com redação alterada* em outros e *não vigorariam* em outros.

Identificado esse problema (a possibilidade de vigência territorial fragmentada da regulação em função da multiplicidade de ações coletivas), é possível, desde logo, enxergar algumas relações entre ele e as reflexões da doutrina processualística sobre as limitações à eficácia das decisões da tutela coletiva. Caso se aceite, como Ada Pellegrini, que a extensão da competência territorial dos juízos que apreciam ações coletivas se dá em função da dimensão do dano apreciado (caso observados os critérios do art. 93 do CDC), seria possível falar em “dimensão do dano” em ações coletivas tendentes a alterar a regulação? Em caso de norma regulatória com vigência em todo o território nacional, o “dano” teria também dimensão nacional?

Com respeito às considerações de Elton Venturi, cabe questionar se a criação de uma situação de *vigência territorial fragmentada* da regulação (na linha do que foi exposto acima) implicaria também em violação ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que algumas pessoas estariam submetidas às normas regulatórias questionadas e outras não.

Por fim, considerando as idéias de Teori Albino Zavascki, caberia refletir sobre que tipos de direitos estariam em jogo quando uma ação coletiva procura alterar ou suspender a vigência de normas regulatórias. Seria possível definir isso *a priori* ou é preciso considerar o conteúdo da norma em jogo? Além disso, considerando especificamente o problema da divisibilidade das relações jurídicas discutidas em ações coletivas, seria possível afirmar que a regulação é divisível? O fato de ela ter sido criada para vigorar de maneira uniforme em todo o território nacional deve ser levado em consideração na resposta a essas questões?

Esses são alguns questionamentos relevantes que decorrem do tema do presente trabalho. Identificados, portanto, alguns parâmetros de discussão, cabe passar sem demora à pesquisa de jurisprudência.

3) Metodologia da pesquisa de jurisprudência

Antes que se passe à explicação da metodologia da pesquisa é conveniente, em um breve histórico, dar conta das dificuldades que a investigação apresentava no início. Isto permitirá a contextualização da explicação sobre a metodologia, na medida em que ela foi desenvolvida justamente para solucionar esses problemas.

Uma vez escolhido o tema, a primeira dificuldade que se apresentou foi a de definir quais decisões seriam estudadas. Em função de prévia experiência profissional no setor de telecomunicações, sabia-se de antemão que existiam várias ações coletivas espalhadas pelo país, questionando normas da Anatel. Em certa medida, essa idéia prévia sobre a enorme quantidade de ações se devia também a uma pesquisa anterior sobre o problema do prazo de validade dos créditos de celular⁵⁵, que é um dos assuntos de direito das telecomunicações que foi judicializado através de ações coletivas. Sabia-se desde o início, portanto, que não seria possível pesquisar todas as decisões proferidas em ações coletivas em que se questionava a regulação de telecomunicações, e que seria preciso, por conta disso, realizar um corte metodológico.

Nessa altura surgiu a segunda dificuldade metodológica, a complementar a primeira: nenhum corte no universo temático seria legítimo se não se tivesse ao menos uma idéia geral desse universo. O desafio que se colocava, então, era o de mapear as ações coletivas que haviam sido propostas para questionar a regulação de telecomunicações. Só assim seria possível fazer um corte metodológico e determinar definitivamente a amplitude da pesquisa.

Com essa explicação inicial já é possível começar a descrever as etapas da pesquisa e a metodologia adotada em cada uma delas.

3.1) Mapeamento do universo temático e delimitação da abrangência da pesquisa em função dos assuntos judicializados

Diante do desafio de mapear o universo temático, entendeu-se que o caminho mais profícuo seria o de identificar quais assuntos relacionados à regulação de telecomunicações teriam sido judicializados através de ações coletivas. Sabia-se previamente que isso havia

⁵⁵ CZELUSNIAK, Marcelo Salomão. “Prazo de validade dos créditos de telefones celulares pré-pagos: jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais”. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Fórum, ano 7, n. 25, p. 213-237, jan./mar. 2009.

ocorrido em relação ao problema da validade dos créditos de celular, com a cobrança de assinatura básica e com mais alguns poucos temas; havia a certeza, por outro lado, que outros problemas já tinham se tornado objeto de ações coletivas, e era preciso conhecer esta realidade.

A primeira solução que se imaginou para tentar obter um rol completo dos assuntos que foram judicializados através de ações coletivas foi a de buscar informações junto a profissionais que trabalhassem diretamente com essas ações. Procurou-se entrar em contato, então, com pessoas ligadas ao Ministério Público Federal (certamente o mais freqüente autor de ações coletivas que questionam a regulação de telecomunicações), à Anatel, a associações voltadas à defesa dos consumidores e usuários de serviços de telecomunicações e com advogados que militavam em favor de empresas do setor de telecomunicações.

Em resposta a esses pedidos de informação houve valorosas contribuições de colegas advogados que militam em favor de empresas do setor e de uma colega que milita em favor de uma conhecida associação de defesa do consumidor, além de um Procurador da República.⁵⁶ No entanto, mesmo tendo sido muito úteis as informações recebidas por estes colaboradores, suspeitava-se que elas não davam conta de todo o rol de assuntos judicializados por meio de ação coletiva no setor de comunicações.

Diante disso, era preciso adotar uma estratégia complementar para o mapeamento do universo temático. Sabendo-se que, pela sua repercussão, essas ações coletivas costumam ser noticiadas pela imprensa (ao menos pela imprensa especializada no setor de telecomunicações), optou-se por procurar notícias sobre o tema na internet. O meio utilizado para isso foi o *site* de buscas “Google” (www.google.com.br), notório por ser o mais popular *site* de buscas da internet e – acredita-se – o mais eficiente.

Procurou-se, então, criar algumas expressões-chave para busca no referido *site* que fossem, por um lado, precisas o suficiente para encontrar apenas notícias sobre ações coletivas envolvendo o setor de telecomunicações (com o propósito de evitar o desperdício de tempo

⁵⁶ Trata-se do Dr. Paulo José Rocha Júnior, Procurador da República no Distrito Federal. A advogada consumerista referida é a Dra. Flávia Lefèvre, que patrocina causas da Pro Teste – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, e aceitou realizar reunião com o autor, prestando valorosas informações sobre as causas em que atuou. Não menos valorosas foram as informações prestadas pelos colegas advogados, os Drs. Mateus Piva Adami, José Inácio Ferraz de Almeida Prado, Luis Felipe Valerim Pinheiro, Joaquim Nogueira Porto Moraes, Caio Mário da Silva Pereira Neto, Maria Stella de Moraes, Maria Abreu de Moura Guido e Maria Cecília Kuchminski; todos esses, advogados que militam (ou militaram) no setor de telecomunicações.

com a análise de notícias que versassem sobre ações individuais ou sobre ações coletivas propostas em outros setores), mas que também fossem, por outro lado, amplas o suficiente para não restringir os resultados a ações que versassem sobre um ou alguns assuntos apenas. Foram desenvolvidas, afinal, três expressões-chave que serviram a esta pesquisa de notícias: "mpf telecomunicações", "anatel ação civil pública" e "anatel ação coletiva". A busca com a expressão "mpf telecomunicações" foi realizada no Google entre os dias 24/03/2009 e 25/03/2009, e forneceu aproximadamente 49.500 (quarenta e nove mil e quinhentos) resultados; a busca com a expressão "anatel ação civil pública" foi realizada entre os dias 25/03/2009 e 02/04/2009, e encontrou aproximadamente 125.000 (cento e vinte e cinco mil) resultados; e a busca com a expressão "anatel ação coletiva" foi realizada no dia 02/04/2009, fornecendo aproximadamente 12.500 (doze mil e quinhentos resultados).

Para cada uma dessas buscas foram analisados os 100 (cem) primeiros resultados encontrados, o que envolvia grande número de notícias e permitiu, enfim, amear informações que – acredita-se – dão conta da grande maioria dos assuntos relacionados ao setor de telecomunicações que foram judicializados através de ações coletivas. A partir dessas informações, tentou-se traçar o mapa com informações variadas sobre os diversos assuntos judicializados. Tentou-se registrar nesse mapa, especialmente, as seguintes informações sobre cada assunto: um resumo da discussão travada, o número de ações propostas, a abrangência estimada das ações propostas e, por fim, se essas ações questionavam ou não normas regulatórias do setor de telecomunicações. O resultado é a planilha (ou mapa) contido no **Anexo 1** deste trabalho.

É certo, contudo, que as informações desse mapa não são precisas como as que se pretende obter com o resultado final da pesquisa, já que são, em sua grande maioria,⁵⁷ oriundas da imprensa, onde nem sempre são priorizadas questões de interesse jurídico. Por outro lado, nem seria mesmo necessário que esse mapa contivesse informações absolutamente completas e precisas, pois a sua finalidade, como se disse, era apenas a de fornecer uma visão geral do universo temático, na medida necessária a dar legitimidade ao corte metodológico que precisava ser feito.

Acredita-se que esta função foi cumprida. As informações condensadas no Anexo 1 dão conta da existência de ações coletivas sobre 54 (cinquenta e quatro) assuntos relacionados

⁵⁷ Fala-se em maioria porque o referido mapa também foi alimentado com informações recebidas dos profissionais que colaboraram com a pesquisa.

a telecomunicações que foram judicializados através de ações coletivas, para os quais se tentou registrar as informações elencadas logo acima.⁵⁸

Vencida a etapa do mapeamento, cabia definir critérios e realizar o corte metodológico pretendido. Esses critérios foram, então, definidos em função dos próprios propósitos da pesquisa. Na medida em que se pretende obter uma visão do tema com amplitude nacional (até porque a regulação das telecomunicações é feita em nível nacional), o primeiro critério definido para o corte foi o de restringir a pesquisa às discussões com abrangência nacional. Por outro lado, na medida em que se pretende compreender como são decididas as ações coletivas no controle de normas regulatórias, o segundo critério de corte foi definido para restringir a pesquisa às ações que questionassem normas regulatórias do setor de telecomunicações.

Ao se aplicar o primeiro critério de corte (abrangência) ao mapa contido no Anexo 1, restaram 14 (quatorze) assuntos de telecomunicações que foram judicializados em ações coletivas. Esses assuntos estão descritos na Tabela 1, abaixo:

Tabela 1: Assuntos judicializados em ações coletivas com abrangência nacional

Assunto	Resumo da discussão	Número estimado de ações (notícias)	Abrangência estimada da discussão (notícias)	Questiona ato regulatório?
Acesso à internet	Questiona-se a necessidade de contratação de provedor de acesso para conexão à internet banda larga via ADSL; alega-se ser tecnicamente possível a conexão direta entre o usuário e a prestadora que detem a infra-estrutura.	Várias	Há ações por todo o País.	Na maioria das ações, sim.

⁵⁸ Resumo da discussão travada em cada assunto, o número estimado de ações propostas, abrangência estimada da discussão e se as ações questionam ou não normas regulatórias do setor de telecomunicações.

Áreas locais ⁵⁹	As ações pretendem alterar a definição de áreas locais vigentes à época de sua propositura, para possibilitar chamadas locais entre localidades ou municípios vizinhos.	Várias	Há ações por todo o País.	Sim
Assinatura básica	Questiona-se a legalidade da cobrança da assinatura básica do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (telefonia fixa).	Várias (estima-se mais de 60 ações coletivas).	Há ações por todo o País.	Sim
<i>Backhaul</i>	Questiona-se a legalidade da imposição de novas metas de universalização após o esgotamento do Plano Geral de Metas de Universalização – PGMU/98. ⁶⁰ O PGMU/2003 ⁶¹ foi alterado e passou a exigir metas de instalação de infraestrutura de acesso à internet (<i>backhaul</i>) a título de “universalização”.	1 ACP	Brasil	Sim, o PGMU.
Créditos de celular	Questiona a legalidade e a constitucionalidade da fixação de um prazo máximo para uso ("prazo de validade") dos créditos de celular enquanto não sejam adquiridos novos.	Várias	Há ações por todo o País.	Sim (regulamentos do Serviço Móvel Celular – SMC ⁶² e do Serviço Móvel Pessoal – SMP ⁶³).

⁵⁹ A “área local” é o critério eleito na regulação do setor para fixar o limite entre a realização do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) nas modalidades local e longa distância (interurbano). Essa definição foi feita originalmente pelo Plano Geral de Outorgas (aprovado pelo Decreto 2.534/98), nos seguintes termos: "§ 2º São modalidades do serviço telefônico fixo comutado, destinado ao uso do público em geral, o serviço local, o serviço de longa distância nacional e o serviço de longa distância internacional, nos seguintes termos: I - o serviço local destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, situados em uma mesma Área Local; II - o serviço de longa distância nacional destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, situados em Áreas Locais distintas no território nacional; (...)".

⁶⁰ Aprovado pelo Decreto 2.592/1998.

⁶¹ Aprovado pelo Decreto 4.769/2003.

⁶² O regulamento do SMC foi aprovado pela Norma nº 03/1998, da Anatel.

⁶³ Os sucessivos regulamentos do SMP (um revogando o outro) foram aprovados pelas Resoluções nºs 245/2000, 316/2002 e 477/2007, da Anatel.

Detalhamento de conta	Ações que pretendem obrigar as Concessionárias a apresentar na fatura, sem custo, o detalhamento das chamadas realizadas.	Várias	Há ações em vários estados.	Não. Mas pretende criar uma obrigação regulatória com base em normas legais do direito do consumidor.
Fidelização	Abusividade das cláusulas de fidelização nos contratos de prestação do Serviço Móvel Pessoal – SMP (telefonia celular), que cumprem um papel de financiamento na compra de telefones celulares.	Várias	Há ações em vários estados.	Sim (ex.: Art. 40 da Res. 477/2007, da Anatel).
Fusão BrT-Oi	Ação Popular no Ceará que pede anulação do contrato de fusão entre Brasil Telecom e Telemar (“Oi”), ambas concessionárias do STFC (telefonia fixa), sob o argumento de que estaria vinculado a condição impossível (aprovação da compra pela Anatel, o que seria vedado pelo Plano Geral de Outorgas – PGO ⁶⁴ então vigente).	Ação Popular no Ceará	Brasil	Não
PAP – instalação	Ações em que se pretende obrigar as operadoras a instalar Postos de Atendimento Pessoal (“PAPs”) em determinadas localidades.	23 ACPs identificadas	Há ações por todo o País.	Não
PGO	A Abramulti – Associação Brasileira das Prestadoras do Serviço de Comunicação Multimídia questiona o prejuízo à concorrência que poderia ocorrer em função da alteração do Plano Geral de Outorgas – PGO. ⁶⁵ Esta alteração (que à época estava em fase de consulta pública) era necessária para permitir a fusão entre Telemar (“Oi”) e Brasil Telecom.	1 MS Coletivo	Brasil	Sim
Ponto extra - TV a cabo	Associações de defesa do consumidor pretendendo impedir a cobrança pelo ponto extra de TV por assinatura.	Várias	Há ações por todo o País.	Não (aparentemente). Mas tem potencialidade para alterar a

⁶⁴ Aprovado pelo Decreto 2.534/98.

⁶⁵ Aprovado pelo Decreto 2.534/98.

				regulação.
Prorrogação das Concessões	Ações que pediam a não prorrogação dos contratos de concessão do STFC (telefonia fixa), ocorrida em 2005.	Várias	Há ações por todo o País.	Sim: a assinatura dos novos contratos.
Rádios Comunitárias e Clandestinas	As ações pretendem tutelar o direito à comunicação através de rádios comunitárias. Pedem que se ordene à União e à Anatel que se abstenham de impedir o funcionamento de rádios que tenham solicitado a licença para uso de frequência há mais de 18 (dezoito) meses e não tenham obtido resposta.	Várias	Há ações por todo o País.	Não; questiona o tempo de apreciação dos pedidos de licença.
Reajuste	Discussão sobre a legalidade da fórmula de reajuste contida no Contrato de Concessão, que adota o IGP-DI e possibilitava correções muito superiores à do IPCA.	Várias	Há ações por todo o País.	Sim - cláusula do contrato de concessão e a os atos de homologação dos reajustes.

A esses 14 assuntos⁶⁶ foi aplicado, então, o segundo critério de corte – questionamento de normas regulatórias do setor de telecomunicações –, o que determinou a exclusão dos assuntos denominados “Fusão BrT-Oi”, “PAP – instalação” e “Rádios Comunitárias e Clandestinas” do objeto da pesquisa. A ação popular do assunto “Fusão BrT-Oi” questiona apenas o contrato celebrado entre as duas concessionárias para viabilizar a operação societária. Já as ações coletivas ligadas ao assunto “Rádios Comunitárias e Clandestinas” questionam apenas o tempo para apreciação dos pedidos de autorização para instalação e funcionamento de rádios comunitárias, como restou registrado na Tabela 1; não há, nessas ações, pretensão de modificar posturas deliberadamente adotadas pelo regulador. Quanto ao assunto “PAPs – instalação”, além de não questionar norma ou ato regulatório qualquer, também não tem, a rigor, dimensão nacional. Embora as ações relacionadas a este tema estejam espalhadas pelo País, as informações colhidas indicam que as discussões que se desenvolvem nelas são exclusivamente regionais; as ações são propostas geralmente em nível municipal em função do fechamento de um PAP que ali estava instalado.

⁶⁶ Ao longo do trabalho, a palavra “assunto” será usada para fazer referência a esses temas de direito das telecomunicações que foram judicializados através de ação coletiva. São considerados “assuntos”, por exemplo, a “assinatura básica”, os “créditos de celular”, o “reajuste” etc.

Com relação aos assuntos “Detalhamento de conta” e “Ponto Extra – TV a cabo”, embora não questionem diretamente atos ou normas regulatórios, optou-se por mantê-los no rol de assuntos a serem pesquisados, já que envolvem ações que aparentemente têm potencial para alterar a regulação (como indicado na Tabela 1). Em outras palavras, é razoável supor que essas ações possam revelar também o exercício do *potencial normativo da tutela coletiva*, o que as torna relevantes para a pesquisa.

Promovidos estes dois cortes iniciais, restaram, portanto, 11 (onze) assuntos no objeto da pesquisa.

3.2) Delimitação da abrangência da pesquisa em função dos órgãos julgadores (STJ) e metodologia de prospecção de decisões

Mesmo com a delimitação do objeto da pesquisa em função dos assuntos judicializados, o número de decisões ainda seria grande demais, inviabilizando investigação mais profunda, caso se pretendesse analisar todos os julgados, de todas as instâncias, proferidos nos onze assuntos restantes. Por conta disso, foi necessário fazer novo corte metodológico no objeto da pesquisa, dessa vez em função dos órgãos julgadores. Optou-se, então, por analisar apenas as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A escolha desse tribunal apresenta duas vantagens que parecem justificar o corte: (i) ali são analisadas ações de todo o País (o que atende ao propósito de realizar uma investigação com abrangência nacional); (ii) trata-se da Corte incumbida da uniformização da jurisprudência nacional no que diz respeito às discussões que envolvam lei federal. Como o controle das normas regulatórias operado nas ações coletivas que se pretende pesquisar é feito em sua maior parte em função de leis federais (especialmente as leis 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações e 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor), é provável que as decisões do STJ representem um material capaz de atender aos propósitos da pesquisa.

Definido esse último corte, a etapa seguinte de pesquisa foi a prospecção de decisões no próprio STJ. E o método adotado para isso foi o mecanismo de busca do próprio site do Tribunal (<http://www.stj.jus.br/SCON/>). Essa ferramenta foi acionada com expressões-chaves que associavam, de um lado, palavras relativas ao próprio assunto e, de outro, expressões relativas à tutela processual coletiva. As expressões relacionadas à tutela processual coletiva eram sempre as mesmas, independentemente do assunto: “ação civil

pública”, “ação coletiva”, “ação popular” e “mandado de segurança coletivo”. Já as expressões utilizadas para cada assunto são as descritas a seguir.

Para o assunto “Acesso à internet”, foram usadas as seguintes palavras/expressões: acesso, provedor, internet, "banda larga", ADSL e conexão. Para o assunto “Área Local”: "área local", interurbana, conurbada, “mesmo município”, intraurbana, “longa distância” e “região metropolitana”. Para o assunto “Assinatura Básica”: "assinatura básica", "tarifa básica" e "assinatura mensal". Para o assunto “Créditos de Celular”: crédito, celular, validade, pré-pago, SMP e SMC. Para o assunto “Detalhamento de Conta”: detalhamento, discriminação, fatura, conta, chamadas, “pulsos excedentes” e “pulsos além da franquia”. Para o assunto “Fidelização”: fidelização, fidelidade, celular, carência e rescisão. Para o assunto “Ponto Extra – TV a cabo”: “ponto extra”, “ponto adicional”, “serviço adicional”, TV, assinatura e “TV a cabo”. Para o assunto “Prorrogação das Concessões”: prorrogação, telefonia, “contratos de concessão” e renovação. E, por fim, para o assunto “Reajuste”: reajuste, telefonia, aumento, majoração e tarifa.

Apenas para os assuntos “Backhaul” e “PGO” foi usado um método diferente de busca de decisões. Como há apenas uma ação coletiva para cada um desses assuntos, das quais já se tinha um razoável conhecimento prévio em função das contribuições de colegas, optou-se por fazer a busca de decisões através da consulta processual do STJ (<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/>), onde é possível encontrar processos pelo número de origem (os números dos processos de primeira e segunda instância que deram origem aos processos no STJ). Contudo, usando o número dos processos de origem e os números dos processos a eles relacionados no segundo grau⁶⁷, não foi encontrado nenhum processo no STJ.

⁶⁷ Para o assunto “PGO”, o número do Mandado de Segurança Coletivo que tramita na Justiça Federal de primeira instância do Distrito Federal é 2008.34.00.032767-0; no TRF1, foram encontrados os seguintes processos relacionados a esse Mandado de Segurança: 2008.01.00.054125-1 (SLAT - Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela) e 2008.01.00.054467-5 (Agravo de Instrumento). Para o assunto “Backhaul”, o número da Ação Civil Pública que tramita na Justiça Federal de primeira instância do Distrito Federal é 2008.34.00.011445-3; no TRF1, foram encontrados os seguintes processos relacionados a essa ACP: 2009.01.00.009094-8 (Agravo de Instrumento), 2009.01.00.019598-0 (Agravo de Instrumento), 2008.01.00.067575-4 (Agravo de Instrumento), 2008.01.00.068256-8 (Agravo de Instrumento), 2008.01.00.070637-5 (SLAT - Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela), 2009.01.00.000103-3 (SLAT - Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela).

A busca por esses métodos – realizada na segunda quinzena de abril de 2009 – identificou um total de 151 (cento e cinquenta e uma) decisões, todas registradas com detalhes no **Anexo 2**. O número de decisões por assunto está descrito na Tabela 2.

A partir de agora, para referência às decisões individualmente consideradas, será usado um nome composto por (i) assunto tratado, (ii) tipo de procedimento em que a decisão foi proferida, (iii) número de autuação no STJ e (iv) data de julgamento. Assim, por exemplo, caso se mencione a decisão "Detalhamento de conta - REsp 684712 - 07/11/2006", deve ficar claro que se está fazendo referência à decisão proferida no Recurso Especial nº 684712, no dia 07/11/2006, versando sobre o assunto “Detalhamento de conta”.

Tabela 2: Número de decisões por assunto

Assunto	Nº de decisões
Acesso à internet	3
Área Local	35
Assinatura básica	35
Backhaul	0
Créditos de celular	14
Detalhamento de conta	25
Fidelização	6
Ponto Extra - TV a cabo	0
PGO	0
Prorrogação das Concessões	8
Reajuste de tarifas	25
TOTAL	151

4) Análise prévia do universo de decisões

Uma vez definido o universo de 151 decisões encontradas através do método de prospecção exposto na seção 3.2, foi realizada uma análise prévia de todas elas, com o propósito de identificar quais eram os problemas considerados em cada uma. O resultado dessa triagem foi o seguinte:

- 41 (quarenta e uma) decisões que foram consideradas *irrelevantes* para a pesquisa. Entre as quais havia: decisões sobre problemas processuais sem relação com a pesquisa; decisões de Agravo de Instrumento sobre admissibilidade de Recursos Especiais; decisões de extinção de recursos, incidentes ou processos originários por perda de objeto; despachos de mero expediente; e uma decisão excluída por se ter descoberto que não havia sido proferida em processo coletivo.⁶⁸ Todas estas decisões estão relacionadas no **Anexo 3**.
- 19 (dezenove) decisões que *negaram conhecimento* a recursos, incidentes processuais ou processos originários. Estas decisões estão relacionadas no **Anexo 4**;
- 28 (vinte e oito) decisões discutindo problemas relacionados a *competência processual*, especialmente a competência da Justiça Federal para julgar as ações coletivas e a divisão de competência entre os órgãos julgadores do STJ para apreciar os recursos, incidentes ou processos originários. Estas decisões estão relacionadas no **Anexo 5**;
- 14 (quatorze) decisões proferidas em processos de “Reclamação”,⁶⁹ em que, basicamente, verifica-se se decisões das instâncias inferiores descumpriram decisões do STJ. Estas decisões estão relacionadas **Anexo 6**;
- 2 (duas) decisões tratando sobre a possibilidade de *controle de constitucionalidade* nessas ações coletivas;⁷⁰

⁶⁸ Trata-se da decisão “Reajuste de tarifas – REsp 948150 – 26/8/2008”, cujo teor, originalmente, não permitia ter certeza sobre a natureza do processo de origem (se individual ou coletivo). A confirmação de que se tratava de processo individual só foi obtida com investigação das origens do processo, no TRF4.

⁶⁹ O procedimento da Reclamação está previsto nos artigos 187 a 192 do Regimento Interno do STJ. Seu propósito e suas potencialidades são bem descritos pelos arts. 187 e 191: “Art. 187. Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público”; “Art. 191. Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência”.

⁷⁰ São as decisões “Créditos de celular – MC 7481 – 05/12/2003” e “Créditos de celular – Resp 623325 – 28/9/2004”.

- 1 (uma) decisão afirmando a *legitimidade ativa* do Ministério Público para propor este tipo de ação coletiva;⁷¹
- 26 (vinte e seis) decisões apreciando o *mérito*⁷² das ações coletivas, relacionadas no **Anexo 7**;
- 20 (vinte) decisões julgando conflitos de competência que buscavam reunir as ações coletivas que versavam sobre o mesmo assunto e impor-lhes *uniformidade de decisões*. Estas decisões estão relacionadas no **Anexo 8**;

Com essas informações preliminares foi possível perceber que as discussões travadas nos dois últimos grupos de decisões são as que mais se relacionam com as preocupações que orientam a presente pesquisa. Como se disse, o principal propósito desta investigação é compreender como o *potencial normativo das ações coletivas* é usado em face da regulação de telecomunicações. Evidentemente, essa investigação não poderia prescindir da análise das decisões que apreciaram o *mérito* das ações coletivas, onde – é de se supor – serão travadas discussões sobre os limites desse *potencial normativo* e as diversas implicações disso. Além disso, também são particularmente interessantes para a pesquisa as decisões dos conflitos de competência através dos quais se pretende reunir as ações coletivas sobre o mesmo assunto, já que esta discussão parece ter estrita relação com o problema *vigência territorial fragmentada*.

É certo que a análise dos outros grupos de decisões também poderia trazer conclusões interessantes, mas estas não teriam relação com o cerne da pesquisa. Especificamente quanto às duas decisões que tratam da possibilidade de controle de constitucionalidade nas ações coletivas, foram excluídas por se considerar que esse problema, pela sua relevância e repercussão, é autônomo em relação ao objeto da presente pesquisa. Trata-se, na verdade, de uma discussão que já vem se desenvolvendo há alguns anos entre processualistas e constitucionalistas, sendo objeto de muito polêmica. Além disso, essa parece ser uma questão

⁷¹ Trata-se da decisão “Detalhamento de conta – REsp 162026 – 20/6/2002”.

⁷² A acepção com que se adota a palavra “mérito” nesta classificação não abrange apenas os pronunciamentos definitivos sobre o mérito da demanda, o que incluiria apenas as sentenças de mérito e os recursos contra elas interpostos. Incluem-se aí quaisquer decisões que se pronunciem sobre a tutela pleiteada nas ações coletivas, em caráter liminar (tutela antecipada) ou definitivo (sentença de mérito). Por conta disso, este grupo inclui, em regra, as decisões proferidas recursos ou quaisquer incidentes processuais manejados contra decisões que concederam ou indeferiram a tutela pleiteada nas ações coletivas (novamente: seja em caráter liminar, seja em caráter definitivo).

eminentemente constitucional⁷³, de modo que o STJ não seria um tribunal adequado para pesquisar acerca dela.

A seguir serão analisadas com maior detalhe os dois grupos de decisões escolhidos, sendo que para cada um deles foi usada uma metodologia de análise própria, desenvolvida empiricamente em função das peculiaridades do grupo de decisões e das preocupações da pesquisa.

⁷³ A questão é constitucional especialmente em função dos argumentos esgrimidos em torno dela. Aqueles que opõem-se à possibilidade de controle de constitucionalidade através de ações coletivas afirmam que a eficácia *erga omnes* das decisões da tutela coletiva faria com que o controle difuso (que se pretende realizar através de ações coletivas) tivesse todos os efeitos de um controle concentrado, e que isso importaria em usurpação de competência do STF.

5) Decisões que analisaram o mérito das ações coletivas

5.1) Metodologia de análise

A preocupação fundamental que orientou o desenvolvimento da metodologia de análise das decisões que apreciaram o mérito foi criar um mecanismo que permitisse extrair daquelas decisões apenas o que fosse relevante para a presente pesquisa. Para tanto era essencial garantir, em primeiro lugar, que a análise não se prendesse aos problemas peculiares a cada um dos assuntos judicializados. Como já ficou claro, o que se pretende analisar aqui não é o entendimento do STJ sobre a *assinatura básica* do STFC ou sobre os *créditos de celular pré-pago*; o que interessa saber é como o STJ se posiciona sobre o problema do *potencial normativo das ações coletivas em face da regulação*.

A primeira providência, portanto, era identificar quais questões eram comuns às discussões dos diversos assuntos e afastar do foco as peculiaridades de cada assunto. Mas não seria possível atingir este objetivo sem um sólido conhecimento do conteúdo das decisões. Para identificar as *questões de interesse comum* dos vários assuntos (e descartar as questões peculiares a eles) era preciso, antes, analisar com profundidade todas as decisões e identificar as questões tratadas em cada uma delas. Uma vez identificadas as questões de interesse comum presentes nas discussões dos vários assuntos, seria possível fazer uma segunda seleção para identificar as questões especificamente relevantes para a pesquisa.

Essencialmente, portanto, a metodologia de análise adotada para as decisões desta seção (as decisões que analisaram o mérito das ações coletivas) consiste em identificar as questões comuns às várias decisões e, além disso, as questões relevantes para esta pesquisa. Isso permitirá que se realize uma análise quantitativa que leve em consideração a fundamentação das decisões, e não apenas os seus resultados. Em outras palavras: esta metodologia permitirá realizar uma análise quantitativa que considere outras características das decisões além de seu resultado final (que pode ser traduzido, por exemplo, em preservar ou não a regulação); a identificação de questões permite quantificar os próprios fundamentos das decisões, que são compostos exatamente por estas questões.

Analisadas todas as decisões, foram identificadas 4 (quatro) *questões de interesse comum* a todas as discussões; elas foram assim denominadas: Competência para julgar, Conseqüências da decisão, Contraditório e Separação de poderes. Para esclarecer o conteúdo

dessas questões, é possível elencar alguns problemas mais específicos⁷⁴ associados a cada uma delas:

- Competência para julgar – questões específicas: conveniência de julgar a disputa em juízo liminar/perfunctório, a definição da matéria cognoscível em suspensão de liminar e a necessidade de dar preferência ao juízo originário para decidir sobre a tutela;
- Conseqüências da tutela – questões específicas: as conseqüências da concessão (ou não) da tutela sobre a configuração da infra-estrutura de prestação do serviço, o equilíbrio econômico-financeiro, o princípio da isonomia, a qualidade da prestação do serviço, sobre aspectos institucionais e de segurança jurídica, além de ponderações sobre as possibilidades/custos de reversão da antecipação de tutela;
- Contraditório: discussões sobre a necessidade de oitiva das prestadoras (e da Anatel) para concessão de antecipação de tutela;
- Separação de poderes – questões específicas: identificação da competência do regulador, usurpação de função e presunção de legitimidade dos atos do regulador.

Uma vez definido o rol de questões de interesse comum, era preciso definir quais delas tinham verdadeiro interesse para a pesquisa. Considerando a preocupação com problema do *potencial normativo da tutela coletiva*, sobressaem-se como de especial interesse as questões da *separação de poderes* e das *conseqüências da tutela*. Para a primeira dessas questões (*separação de poderes*), o vínculo com a presente pesquisa é evidente. Como foi destacado desde o início, a possibilidade de que o Judiciário altere normas regulatórias no julgamento de ações coletivas (colocando em prática o *potencial normativo da tutela coletiva*) é um aspecto muito relevante da relação entre os poderes Judiciário e Executivo (*lato sensu*, abrangendo as agências reguladoras independentes).

Quanto à segunda questão, o interesse em estudar a *análise conseqüencial* realizada pelo STJ não está intrinsecamente nas conseqüências que são analisadas, mas sim em saber *como* essas conseqüências são analisadas. Essencialmente, o que se discute sobre essa questão

⁷⁴ Para maior facilidade de referência, de agora em diante estes “problemas mais específicos” associados a cada uma das *questões de interesse comum* serão chamados “questões específicas”, enquanto que as questões de interesse comum e as questões de interesse da pesquisa (que englobam essas questões específicas) serão chamadas apenas de “questões”.

são as conseqüências que o deferimento da tutela coletiva geraria nos diversos casos. Os tipos de conseqüência analisados são variados (como se vê no rol de questões específicas associadas ao problema), mas o que interessa é saber se o STJ analisa essas conseqüências tendo como premissa o potencial normativo da tutela coletiva. Em outras palavras, o que se pretende saber é se o Tribunal analisa conseqüências como se estivesse diante de uma ação de potenciais efeitos meramente individuais ou se o faz de maneira coerente com a potencialidade de efeitos gerais dessas ações coletivas. Esclarecendo ainda mais essa preocupação, pretende-se compreender se as conseqüências da tutela são avaliadas a partir de um ponto de vista geral (“macro”) ou individual (“micro”).

Ainda com relação às conseqüências da tutela, vale notar que a questão específica sobre aspectos institucionais e de segurança jurídica (as conseqüências da tutela sobre tais aspectos) tem íntima relação com a própria idéia de regulação. A criação de marcos regulatórios e agentes reguladores setoriais representa a criação de novas instituições e condiciona o funcionamento do Estado e da economia no respectivo setor. Além disso, representa uma expectativa de maior segurança jurídica nesses setores, na medida em que as características usualmente atribuídas às agências reguladoras estão ligadas justamente à idéia de estabilidade regulatória (costuma-se enfatizar, especialmente, o caráter técnico e da independência das agências). Nesse sentido, o próprio reconhecimento de que a tutela coletiva pode gerar conseqüências como instabilidade institucional ou insegurança jurídica representaria uma forma de preocupação com a própria regulação.

Quanto às questões denominadas “competência para julgar” e “contraditório”, embora sejam de interesse comum a todas as discussões, não parecem ter relação direta com a preocupação da pesquisa. A questão *competência para julgar* trata antes da divisão de competência entre as instâncias⁷⁵ do Judiciário do que da competência originária para julgar as ações coletivas. Embora seja, sem dúvida, interessante conhecer as nuances da interpretação das regras que definem a competência do STJ, este não é o objetivo principal

⁷⁵ Sabe-se que, para muitos doutrinadores, os tribunais superiores não são considerados *instâncias* no processo civil. Mesmo assim, para maior facilidade de referência, e considerando que esta alteração de sentido é admissível desde que devidamente registrada (como se está fazendo aqui), a expressão “instância” foi aqui usada de forma a abranger o primeiro e segundo graus de jurisdição, bem como os tribunais superiores.

deste trabalho. O mesmo se pode dizer em relação às demais questões específicas que foram associadas à *competência para julgar*.⁷⁶

Por sua vez, a questão do *contraditório*, embora diga respeito a um princípio fundamental do processo, da mesma forma não guarda relação direta com a preocupação da presente pesquisa; as discussões a respeito dessa questão não ajudariam a esclarecer a posição do STJ sobre a possibilidade de alteração da regulação através de ações coletivas.

Com essas análises preliminares foi possível chegar a duas *questões de interesse comum* dos variados assuntos e que, além disso, estão relacionadas diretamente com a preocupação maior desta pesquisa: são as questões da *separação de poderes* e das *conseqüências da tutela*. A identificação dessas questões, como já havia sido dito, orientará a realização das análises quantitativa e qualitativa sobre as decisões que analisaram o mérito das ações coletivas. No entanto, a restrição da análise a estas duas questões relevantes teve o efeito colateral de reduzir um pouco mais o grupo de decisões que serão objeto da análise qualitativa abaixo, já que, das 26 (vinte e seis) decisões que apreciaram o mérito das ações coletivas, 4 (quatro) não abordaram nenhuma das questões relevantes escolhidas. Por conta disso, não constam da análise abaixo as seguintes decisões: “Reajuste de tarifas – SL 57 – 20/01/2004” (monocrática proferida pelo Min. Nilson Naves); “Créditos de celular – MC 10443 – 16/08/2005” (monocrática proferida pelo Min. Francisco Falcão); “Detalhamento de conta – REsp 684712 – 07/11/2006”⁷⁷ (acórdão proferido pela 1ª Turma sob a relatoria do Min. José Delgado); e “Fidelização – MC 14314 – 06/06/2008” (monocrática proferida pelo Min. Ari Pargendler).

⁷⁶ Nomeadamente: conveniência de julgar a disputa em juízo liminar/perfunctório, a definição da matéria cognoscível em suspensão de liminar e a necessidade de dar preferência ao juízo originário para decidir sobre a tutela.

⁷⁷ Nesta decisão a questão da separação de poderes chegou a ser invocada pela prestadora recorrente (Americel S/A), sob a forma de uma alegação de ilegitimidade passiva. Sustentava a referida empresa que, ao praticar a conduta impugnada na ação civil pública (cobrança no fornecimento de conta detalhada), apenas cumpria a regulamentação definida pelo Poder Concedente. Segundo este raciocínio, se algo deveria ser impugnado, seriam, então, as normas regulamentares do serviço. No entanto, o Min. José Delgado não chegou a apreciar o mérito da alegação; afirmou, apenas, que a ação não suscitava essa discussão: “Igualmente não prospera a alegação de ilegitimidade passiva da concessionária, que afirma ter agido em estrita observância às regras emanadas do Poder concedente, de modo que se houve lesão ao consumidor deve-se imputá-la aos próprios regulamentos que disciplinam o serviço de telefonia celular. Entretanto, cabe frisar que refoge ao escopo da presente ação civil pública a discussão acerca da legalidade ou constitucionalidade das disposições regulamentares baixadas pelo Poder Público. Na realidade, busca-se apenas compelir a ora recorrente a cumprir seu dever de informar adequada e gratuitamente o consumidor acerca dos serviços prestados, o que lhe confere inegável legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda”. Por conta disso, a decisão não foi incluída na análise qualitativa.

O que importa, no entanto, é que a análise qualitativa das decisões que abordam as questões relevantes (“separação de poderes” e “conseqüências da tutela”) permitirá conhecer duas situações diferentes em que o STJ pode se posicionar sobre o problema do potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação. A diferença essencial entre essas duas situações é a maneira como o Tribunal poderá se posicionar sobre o problema: ao analisar a *separação de poderes*, é mais razoável esperar que o Tribunal se pronuncie *diretamente* sobre o potencial normativo da tutela coletiva, identificando-o e tecendo considerações sobre o seu regime jurídico; por outro lado, ao analisar as *conseqüências da tutela*, não se pode esperar mais do que um posicionamento *indireto* do Tribunal sobre o mesmo problema, o que se revelará na forma como é feita a análise conseqüencial. Ao passo que as considerações sobre a *separação de poderes* podem reconhecer expressamente o potencial normativo da tutela coletiva e traçar limites a ele, as considerações sobre as *conseqüências da tutela* demonstrarão preocupação com o mesmo problema se destacarem os *efeitos de caráter geral* que esse tipo de ação gera sobre vários aspectos dos serviços de telecomunicações envolvidos nas ações coletivas. Pode-se esperar, então, que mesmo as decisões que tratam apenas das *conseqüências da tutela* (e deixam de tratar da *separação de poderes*) reconheçam o potencial normativo da tutela coletiva dependendo da maneira como encaram essas conseqüências.

Considerando que cada uma dessas questões relevantes tem sua importância e sua utilidade para a pesquisa,⁷⁸ foram definidas *hipóteses* para orientar a análise qualitativa de decisões em relação a cada uma delas. Estas hipóteses têm a forma de perguntas que devem ser observadas na análise de cada decisão, com o propósito de captar a posição dos julgadores sobre os aspectos das questões relevantes que têm relação com o potencial normativo da tutela coletiva em face à regulação. Consideradas as peculiaridades de cada questão, foram definidas as seguintes hipóteses de análise:

- Para a questão da *separação de poderes*: O STJ enfrenta a questão da separação de poderes, partindo da premissa de que as decisões de ações coletivas têm potencial para alterar a regulação com efeitos gerais? Em outras palavras, o STJ enfrenta a questão da separação de poderes, partindo da premissa de que a tutela coletiva tem um potencial normativo em face da regulação? Em caso positivo, o STJ define limites ao potencial normativo da tutela coletiva?

⁷⁸ Utilidade que se traduz na revelação de aspectos do posicionamento do Tribunal sobre o potencial normativo da tutela coletiva face à regulação.

- Para a questão das *conseqüências da tutela*: O STJ analisa as possíveis alterações da regulação de um ponto de vista "macro", considerando as conseqüências das decisões que atingem de forma geral a prestação dos serviços?

Definidos estes parâmetros metodológicos, passa-se, logo a seguir, à análise qualitativa de decisões, onde serão testadas as hipóteses de análise elencadas acima. Na seqüência, será feita uma breve análise quantitativa das decisões que abordaram as questões relevantes aqui definidas, ao que se seguirá a apresentação das conclusões parciais extraídas do estudo das decisões que apreciaram o mérito das ações coletivas.

5.2) Análise qualitativa das questões relevantes

5.2.1) Separação de poderes

Foram selecionadas para análise nesta seção quaisquer decisões que tratassem do problema da separação de poderes. Pela diversidade e riqueza que naturalmente tem a jurisprudência, foram encontradas decisões que abordavam a separação de poderes sob vários aspectos. Essencialmente, esses diversos aspectos correspondem às questões específicas associadas à separação de poderes na seção introdutória deste capítulo (seção 5.1), quais sejam: “identificação da competência do regulador”, “usurpação de função” e “presunção de legitimidade dos atos do regulador”. Para a análise qualitativa do tratamento deste problema pelo STJ, será abordada inicialmente a decisão que optou pela alteração da regulação e, em segundo lugar, as decisões que optaram por mantê-la.⁷⁹

A decisão que optou por alterar a regulação é a monocrática “**Créditos de celular - SLS 47 - 07/12/2004**”, com a qual o Min. Edson Vidigal (então presidente do STJ) indeferiu o pedido de suspensão da decisão de segundo grau que julgou procedente Agravo de Instrumento, concedendo a antecipação de tutela negada em primeiro grau, para o fim de suspender a imposição de prazo de validade aos créditos de celular. Mas o tratamento dado à

⁷⁹ Este critério de distinção das decisões será usado também em outras partes do trabalho. Basicamente, ele separa as decisões em dois grupos, em função de sua posição em face da regulação. De um lado, há as decisões *pró-regulação* (ou *a favor da regulação*), que mantêm vigente a regulação questionada pelas ações coletivas. De modo geral, estas são as decisões que indeferem a tutela pleiteada nas ações coletivas ou reverterem a tutela concedida nas instâncias inferiores. De outro lado, estão as decisões *contra a regulação*, que se posicionam pelo deferimento da tutela pleiteada nas ações coletivas e infirmam a vigência da regulação ali discutida.

questão da separação de poderes nessa decisão foi verdadeiramente superficial; o julgador afirmou apenas o seguinte:

não antevejo afetação da ordem pública ao se determinar, no âmbito do Agravo, as medidas necessárias ao fiel cumprimento da decisão, não se confundindo a atuação do Poder Judiciário com a substituição da atividade administrativa, onde, aí sim, haveria a subversão do sistema da tripartição dos Poderes.

Aí está dito, em suma, que o provimento concedido (na decisão de segundo grau) não violava o princípio da separação de poderes porque representava atuação normal do Poder Judiciário, e não substituição da atividade administrativa. Mas não há qualquer explicação sobre a distinção entre os dois tipos de situação (atuação do Judiciário e atividade administrativa) e, muito menos, apreciação das características do provimento em apreço de modo a motivar sua qualificação como “atuação do Poder Judiciário” e não como “substituição da atividade administrativa”. Ou seja, a questão da separação de poderes não é verdadeiramente enfrentada, podendo-se dizer, de qualquer forma, que não existe nesta decisão qualquer preocupação com o potencial das ações coletivas para alterar a regulação com efeitos gerais.

Passando às decisões que optaram por não alterar a regulação, em primeiro lugar está a decisão monocrática “**Reajuste de tarifas – MC 1974 – 01/10/1999**”, proferida pela Min. Eliana Calmon para deferir a liminar na Medida Cautelar proposta por Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP, atribuindo efeito suspensivo a recurso especial interposto pela mesma prestadora. Esse recurso especial havia sido manejado contra acórdão do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, no qual havia sido conferido efeito suspensivo ativo ao agravo de instrumento interposto pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC (autor na origem), para o fim de deferir a liminar da ação civil pública e suspender o reajuste concedido pela Anatel à Telesp (reajuste esse que deveria vigorar a partir de 22/09/1999).

A questão da separação de poderes, nessa decisão, foi abordada de maneira muito sucinta e, ao que parece, não teve importância crucial na formação da convicção da Min. Eliana Calmon. No início da fundamentação da liminar, a Min. Calmon fez menção à competência da Anatel para “traçar as normas e critérios indicativos da qualidade e continuidade do serviço” e aprovar o reajuste concretamente aplicado a cada ano; como fundamento dessas competências a ministra apontou o Contrato de Concessão. No entanto, o

arrazoado deixa claro que o deferimento da liminar foi mesmo condicionado por considerações relativas ao princípio contraditório, especialmente à conveniência de permitir que Telesp oferecesse contestação antes que fosse apreciado o pedido de liminar.⁸⁰

Não sendo possível saber qual foi a importância das considerações sobre separação de poderes nesta decisão – podendo-se questionar, até, se houve alguma importância –, também não se pode afirmar que a Min. Eliana Calmon tenha formado convicção partindo da premissa de que as decisões de ações coletivas têm potencial para alterar a regulação com efeitos gerais. Mesmo tendo sido afirmada a competência *normativa* da Anatel no que toca aos reajustes, a maneira como a afirmação foi feita e o seu distanciamento em relação aos argumentos principais do arrazoado (ligados à questão do contraditório) não permitem ilações sobre se a relatora admitiria o *potencial normativo da tutela coletiva face à regulação*.

Em segundo lugar, tem-se o acórdão “**Área Local - REsp 572070 - 16/03/2004**”, proferido pela 2a. Turma (relator: Min. João Otávio de Noronha) em recurso especial interposto contra acórdão de segundo grau que, em agravo de instrumento, manteve a antecipação de tutela concedida em primeiro grau, para suspender a cobrança da tarifa de longa distância entre a sede e os distritos do município de Cornélio Procópio-PR. Neste julgado, a questão da separação de poderes foi abordada da seguinte forma:

a decisão hostilizada, embora reconhecendo que as chamadas “áreas locais” devam ser fixadas, nos termos da legislação de regência, com base em critérios de natureza predominantemente técnica, acabou por adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração dessas áreas, invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir o Poder Judiciário.

⁸⁰ Os trechos em que são tratadas a questão da separação de poderes e a questão do contraditório são os seguintes: “1. Pelo contrato de concessão firmado entre a ANATEL e a TELESP, cabe à primeira traçar as normas e critérios indicativos da qualidade e continuidade do serviço (cláusulas 6.1, § 1º do contrato, fl. 31 e 6.2, parágrafo único, fl. 32). 2. A majoração de tarifas, por seu turno, sofre o crivo prévio da ANATEL, dentro de critérios [sic] adremente estabelecidos conforme previsão constante do Capítulo XI do contrato (fls. 38/42). (...) Em primeiro lugar, deveria o Tribunal, assim como fez o Juiz de Primeiro Grau, ouvir o réu antes de outorgar a liminar. Em segundo lugar, faz-se imprescindível a presença da ANATEL, órgão que sequer foi intimado ou adremente ouvido judicialmente sobre a majoração autorizada. A ausência deixa em desalinho a relação processual, reflexo da relação de direito material. Em terceiro lugar, a avaliação como sendo de péssima qualidade o serviço da TELESP, feita unilateralmente por uma das partes, razão invocada como óbice para o aumento de tarifa, agride o princípio do contraditório, porque não há, dentro dos critérios da lei contratual, respaldo para a concessão de uma tutela material antecipada, como sói acontecer com as liminares em ação civil pública, de índole material. Com estas considerações, concedo a liminar nesta cautelar inominada, suspendendo os efeitos do acórdão proferido pela Quarta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo (...)”. Apenas para que se tenha idéia, o primeiro trecho, em que a Min. Eliana Calmon menciona a competência da Anatel, está separado do segundo trecho (argumentos sobre o contraditório) por cinco parágrafos de “distância”.

A questão foi tratada nos exatos mesmos termos por duas outras decisões que adotaram as razões de decidir do acórdão “Área Local - REsp 572070 - 16/03/2004”. Trata-se de duas decisões idênticas e de origem comum: os acórdãos “**Área Local - REsp 736473 - 25/11/2008**” e “**Área Local - REsp 757971 - 25/11/2008**”; ambas da 1ª Turma, sob relatoria do Min. Luiz Fux, proferidas no julgamento conjunto de recursos especiais da Brasil Telecom e da Anatel, ambos interpostos contra o mesmo acórdão de apelação, que manteve a sentença que havia julgado procedentes ações civis públicas e suspenso a cobrança da tarifa de longa distância entre as sedes e os distritos dos municípios de Caxias do Sul e Farroupilha, RS.

Tendo em conta a hipótese de análise proposta, as decisões em apreço consideram, evidentemente, que a decisão recorrida infirmou norma regulatória na medida em que afirma que aquela adentrou o mérito desta. No entanto, a eficácia geral da tutela coletiva não parece preocupar o Tribunal nestes casos; antes, o juízo de reprovação está amparado apenas nas afirmações de que o Judiciário adentrou o mérito da norma regulatória e dispôs sobre critérios técnicos. Não parece que a mera referência a “normas e procedimentos regulatórios” revele preocupação do STJ com a potencialidade da eficácia geral com que a decisão recorrida alterou a regulação, até porque não existe qualquer menção sobre a modificação de um quadro normativo, de uma política regulatória ou coisa que o valha. A referência a “normas” parece apenas nominar o tipo de ato em questão, mas sem nenhuma preocupação de remeter à função normativa, até porque tal referência foi feita de maneira vaga e descomprometida (“normas e *procedimentos*”); se ali se tivesse dito “ato regulatório”, o arrazoado teria mantido exatamente a mesma linha.

Percebe-se, com isso, que a abordagem da questão da separação de poderes nas decisões em análise se deu em termos muito parecidos com os usados quando se trata do controle judicial de atos administrativos ordinários, de eficácia especial. Tanto é assim, inclusive, que se recorreu à noção de “mérito”, que é figura central das digressões doutrinárias mais tradicionais sobre o controle judicial de atos administrativos⁸¹, nas quais se considera especialmente os atos especiais. A decisão não se preocupa com o fato de que a alteração de uma norma regulatória tenha sido realizada com efeitos gerais, mas apenas com a invasão do mérito do ato administrativo em questão. Significa dizer: a abordagem da separação de

⁸¹ V. seção 2.1.

poderes não foca os *efeitos* (gerais) do provimento judicial, mas apenas a *matéria* (*conteúdo*) sobre a qual o Judiciário dispôs.

Em terceiro lugar há uma decisão de conteúdo muito rico que abordou o problema da separação de poderes sob o enfoque da flexibilidade do critério adotado (pela decisão cujos efeitos suspendeu) para alterar a regulação. Esta interessante reflexão se insere em uma crítica feita pela parte aos critérios adotados pelas instâncias inferiores para alterar o índice de correção a ser utilizado no reajuste de tarifas do STFC (a decisão atacada, no caso, havia substituído o IGP-DI pelo IPCA na fórmula de correção da tarifa). Tudo isso foi discutido no acórdão "**Reajuste de Tarifas - AgRg na SL 57 - 01/07/2004**", proferido pela Corte Especial do STJ (com relatoria do Min. Edson Vidigal e votos-vogais dos ministros Humberto Gomes de Barros, Menezes Direito e Luiz Fux; e votos-vencidos dos ministros Nilson Naves e Barros Monteiro) no julgamento de Agravo Regimental interposto contra decisão que havia indeferido pedido de suspensão de liminar deduzido por quatro concessionárias do STFC (Telemar Norte Leste S.A., Brasil Telecom S.A., Sercomtel S.A. Telecomunicações e Companhia de Telecomunicações do Brasil Central) em face de antecipação de tutela concedida pelo Juízo da 2a. Vara Federal do Distrito Federal (2a. VF-DF) para suspender os atos da Anatel que autorizavam às referidas concessionárias a aplicação de reajuste às tarifas de STFC, na forma do contrato de concessão.

A questão da separação de poderes é abordada da seguinte forma no voto do Min. Edson Vidigal (relator):

Sério e relevante o argumento trazido pelas agravantes, de que se fez opção pelo IPCA, sem o reconhecimento da ilegalidade do IGP-DI, o que justificaria, em tese, sua substituição, e a ANATEL, a quem cabe executar a política tarifária pré-fixada pelo Executivo, não poderia agir de forma diversa e adotar um índice diferente do estipulado em contrato.

Em seguida, o desenvolvimento da fundamentação prossegue com a citação de um trecho da própria petição das concessionárias, que, desta forma, acabou por se incorporar ao voto:

(...) a opção pelo IPCA foi simplesmente porque se entendeu que a variação do IGP-DI foi excessiva, em uma análise comparativa, tal como assinalado ... não há dúvida que a decisão que se pretende suspender ocasiona inegável estado de insegurança jurídica, haja vista que não se sabe qual o índice a ser ocasionalmente escolhido quando de um próximo reajuste.

Essa decisão, nesse ponto, é extremamente interessante porque toca num ponto até então inexplorado: o da substituição do regulador pelo juiz. Os aspectos da separação de poderes (questões específicas) abordados pela decisão, já se vê, são a identificação da competência do regulador e a usurpação de função. Neste caso o magistrado prolator da decisão originária simplesmente mandou que o reajuste do período fosse feito com o IPCA porque este índice havia expressado inflação bastante menor do que a medida pelo IGP-DI naquele ano.⁸² Aquele magistrado, contudo, não fez nenhuma consideração sobre como deveria ser feito o reajuste nos períodos futuros; desincumbiu-se do problema imediato e não se preocupou em dar uma solução sustentável a longo prazo. Nota-se, portanto, que a decisão analisada não apenas abordou a temática da substituição do regulador pelo juiz, mas, de certa forma, também indicou indiretamente as diferenças do padrão de atuação de um e outro. Especificamente, neste caso concreto, a decisão evidenciou que o juiz, embora tenha afastado a vigência de uma norma geral, não se preocupou em substituí-la por outra norma igualmente geral, que fosse aplicável aos casos futuros.

Essa situação parece evidenciar um problema grave que pode ocorrer no julgamento de ações coletivas que têm a potencialidade de alterar a regulação: a prolação de decisões com efeito geral, mas *sem a preocupação* de estabelecer soluções – isto é, de equacionar problemas – de um modo geral. Em poucas palavras, decisões como esta poderiam ser descritas como de efeito geral, mas conteúdo especial (ou particular).

Evidentemente, por ter desvelado este problema na decisão atacada, é possível dizer que o acórdão ora analisado ("Reajuste de Tarifas - AgRg na SL 57 - 01/07/2004") teve preocupações de natureza geral. Nesta decisão o STJ não apenas partiu da premissa de que as decisões que concedem tutela coletiva têm efeitos gerais, como criticou o exercício desse “poder” de forma descompromissada, alterando normas de maneira imediatista.

Em quarto lugar estão duas decisões de teor idêntico que abordam a separação de poderes sob o enfoque da presunção de legitimidade da regulação: as monocráticas “**Fidelização - MC 9310 - 07/12/2004**” e “**Fidelização - MC 11071 - 09/02/2006**”, ambas da lavra do Min. Luiz Fux. Trata-se de liminares concedidas em medidas cautelares ajuizadas por Maxitel S.A. e CTBC Celular S.A., respectivamente, para atribuir efeito suspensivo aos recursos especiais que essas prestadoras haviam interposto. Tais recursos se voltavam contra

⁸² Diferença que provavelmente tem origem no rol de produtos (a chamada “cesta de produtos”) cujos preços são avaliados em cada índice.

decisão de segundo grau que manteve a antecipação de tutela concedida em primeiro grau, em ação civil pública movida pelo Ministério Público de Minas Gerais em Uberlândia, determinando, entre outras coisas, que as prestadoras do SMP se abstivessem de fazer constar dos contratos celebrados com os consumidores qualquer cláusula que obrigasse o usuário a permanecer contratado por tempo cativo.

O trecho das decisões que aborda a presunção de legitimidade da regulação é o seguinte:

A parte que atua consoante normas expedidas pela agência reguladora opera *secundum legis*, revelando, em juízo prévio, direito evidente autorizador da concessão da tutela antecipatória, *in casu*, a concessão do efeito suspensivo até o julgamento do recurso especial admitido e sob o crivo do E. STJ.

Aqui, portanto, a atuação conforme a regulação é considerada *fumus boni iuris* em favor das prestadoras, ou seja, é considerada indício de plausibilidade de que as prestadoras agem de forma legal. Desta forma, embora não o afirme expressamente, esta decisão assume uma posição de que a legalidade (ou constitucionalidade) da própria regulação não deve ser avaliada em juízo liminar/perfunctório; neste momento do processo, afirma-se, basta verificar a conformidade da atuação das prestadoras em relação à própria regulação.

Com base no que se tem, é impossível saber se o julgador, nesse caso, partiu da premissa de que as decisões de ações coletivas têm potencial para alterar a regulação no plano geral. É possível apenas identificar a postura de preservar a vigência da regulação no juízo perfunctório, o que se deve, aparentemente, apenas e tão somente ao fato de se tratar de juízo perfunctório, independentemente de outras questões.

Em quinto lugar tem-se as monocráticas “**Assinatura básica - MC 10235 - 23/06/2005**” e “**Assinatura básica - REsp 993228 - 12/06/2008**”. A primeira é liminar concedida pelo Min. Teori Zavascki em medida cautelar visando a atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra acórdão do TJ-PR., Em sede de agravo de instrumento, este Tribunal manteve decisão concessiva de tutela antecipada para suspender a tarifa de assinatura básica cobrada pela utilização dos serviços de telefonia fixa. A segunda decisão foi proferida pelo Min. Carlos Fernando Mathias (desembargador convocado), para negar provimento a recurso especial interposto pela Associação Fluminense do Consumidor e Trabalhador - AFCONT contra acórdão do TJ-RJ que havia dado provimento à apelação da

Telemar Norte Leste S.A. e reformado a sentença que havia julgado precedente ação civil pública que objetivava a declaração de ilegalidade da cobrança de assinatura básica. A similitude entre estas decisões está em que a segunda apenas abordou a questão da separação de poderes através da citação da ementa da primeira.⁸³ Desta forma, optou-se por analisar ambas as decisões apenas com base na primeira, em seu inteiro teor.

O problema da separação de poderes nessas decisões foi abordado apenas sob o aspecto da presunção de legitimidade dos atos do regulador, como se observa abaixo:

Com efeito, a Lei Geral de Telecomunicações, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, dispôs também sobre a cobrança de tarifas como contraprestação dos serviços de telecomunicações prestados pelas concessionárias desse serviço público, prevendo, em seus arts. 93, VII, e 108, caput, a indicação, nos contratos de concessão, da estrutura daquelas tarifas, que, aliás, são fixadas e revisadas pela própria ANATEL. Da mesma forma, a Resolução n. 85, de 30.12.98, ao regulamentar o serviço telefônico fixo, definiu, em seu art. 3º, XXI, o conceito de tarifa de assinatura para o Serviço de Telefonia Fixa Comutado a ser cobrado pelas concessionárias [sic] do serviço de telefonia por colocar a disposição do assinante/usuário, de forma contínua, as instalações e equipamentos necessários ao funcionamento do sistema. Também o Contrato de Assinatura para Prestação do Serviço Fixo de Telefonia Comutado, firmado entre a ANATEL e a ora requerente, prevê expressamente, em sua Cláusula Quinta e no anexo III, a cobrança da tarifa de assinatura básica na fatura mensal do assinante. Em favor da requerente milita, pois, o princípio da legitimidade dos atos normativos e administrativos com base nos quais está sendo cobrada a tarifa básica questionada na demanda principal. Assim, é inegável a verossimilhança das suas alegações. (grifou-se)

Nesta decisão, portanto, o julgador procura identificar todas as normas regulatórias aplicáveis ao assunto em questão, que autorizam e até impõem a prática tarifária cuja legalidade se questiona. Diante de tais atos, o Min. Teori Zavaski invoca o “princípio da legitimidade dos atos normativos e administrativos” para afirmar a *verossimilhança* da conduta adotada pelas prestadoras. Uma vez que o trecho em análise é sucinto e não parece adequado tentar fazer ilações ou imaginar desdobramentos a partir do que está escrito, é preciso frisar que aí não está dito que toda a discussão contida na ação coletiva se resolve com a presunção de legitimidade das normas regulatórias em questão. É essencial notar que este princípio serviu, no arrazoado, para fundamentar apenas um juízo de *verossimilhança*, e não para dar solução definitiva ao problema.

⁸³ Citação esta que, inclusive, nem foi feita diretamente; a ementa da decisão “Assinatura básica - MC 10235 - 23/06/2005” estava contida na ementa de outra decisão (acórdão do REsp 911.802/RS) que, esta sim, foi transcrita na decisão “Assinatura básica - REsp 993228 - 12/06/2008”.

Em certa medida, portanto, essas duas decisões se alinham à postura assumida nas duas decisões analisadas anteriormente, no que toca à presunção de legitimidade da regulação: entendem que o princípio da presunção de legitimidade é suficiente para sustentar um juízo de verossimilhança em favor das prestadoras dos serviços e em desfavor das pretensões de alteração da regulação. Em outras palavras, estas decisões afirmam que o princípio da presunção de legitimidade é suficiente para afastar a alteração da regulação em juízo perfunctório (ou liminar).

De qualquer maneira, não há elementos nessas decisões que permitam identificar uma preocupação com o potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação; não se pode falar que isso foi uma premissa para que os julgadores decidissem preservar a regulação.

Em sexto lugar estão três decisões proferidas em medidas cautelares voltadas à atribuição de efeito suspensivo a recursos especiais interpostos, por diferentes prestadoras de telefonia celular (SMP), contra a mesma decisão: acórdão do TRF5 que deu provimento a agravo de instrumento e concedeu a antecipação de tutela requerida em ação civil pública do Rio Grande do Norte, vedando a fixação de prazo de validade para utilização de créditos em telefones celulares pré-pagos. Trata-se das seguintes decisões: (i) “**Créditos de celular - MC 10915 - 06/12/2005**” (prestadora: TNL PCS S.A.), (ii) “**Créditos de celular - MC 10924 - 06/12/2005**” (BSE S.A – “Claro”) e (iii) “**Créditos de celular - MC 10925 - 06/12/2005**” (TIM Nordeste Telecomunicações S.A.); todas são liminares concedidas pelo Min. João Otávio de Noronha para suspender a eficácia do acórdão de segundo grau. São decisões idênticas, em que a questão da separação de poderes é tratada no seguinte trecho:

(...) entendo seja da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se adéquem aos serviços de telefonia oferecidos, sendo certo que, ao intervir na relação jurídica para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, o Judiciário corre o risco de criar embaraços que podem não apenas comprometer a qualidade desses serviços mas, até mesmo, inviabilizar a sua prestação.

Estão em discussão aqui as questões específicas intituladas “identificação da competência do regulador” e “usurpação de função”. Nessas decisões, ao contrário da anterior, parece existir alguma preocupação com a eficácia geral da decisão de ação coletiva. Embora não haja menção expressa sobre tal eficácia, essa preocupação pode ser identificada na afirmação de que a decisão recorrida (cujos efeitos se pretendia suspender) teria *alterado as regras* que definem as *estruturas tarifárias* do STFC. É preciso ter em mente, então, que a

estrutura tarifária é um aspecto da prestação do serviço que é necessariamente estabelecido por regras gerais no âmbito do serviço⁸⁴, definindo a forma de remuneração sem referência a situações concretas. De todo modo, mesmo sendo possível dizer que a decisão tem preocupação com a eficácia geral da tutela coletiva, é evidente que não existe uma discussão consciente e aprofundada sobre esta eficácia e sobre como ela afetaria a separação de poderes.

Em sétimo lugar, o acórdão “**Créditos de celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005**” foi proferido pela 1ª Turma do STJ no julgamento de agravo regimental interposto contra o indeferimento da liminar em Medida Cautelar, onde se pretendia atribuir efeito suspensivo a recurso especial. Este recurso especial havia sido interposto contra acórdão do TRF5 que deu provimento a agravo de instrumento e concedeu a antecipação de tutela requerida em ação civil pública da Paraíba, vedando a fixação de prazo de validade para utilização de créditos em telefones celulares pré-pagos. O voto-condutor desta decisão foi proferido pelo Min. Francisco Falcão (relator), restando vencido o Min. José Delgado. Houve, além disso, voto-vista do Min. Luiz Fux, acompanhando o relator; e apenas neste último voto foi abordada a questão da separação de poderes, nos seguintes termos:

Entretanto, entendo assistir razão ao Relator quando sustenta o *periculum in mora*.

Isto porque a parte agiu de acordo com o ato da ANATEL e de sua capacidade técnica, revelando a impossibilidade *ex abrupto* em atender a decisão judicial, o que, por si só, justifica aguardar-se a fase probatória da ação principal, ao invés de modificar-se, via liminar, o ato da Agência Reguladora.

Aliás, essa tem sido a postura da Corte Especial que visando a evitar a surpresa aos segmentos reguladores, indefere pedidos liminares que infirmem os atos das Agências nos limites de suas atribuições (AgRg na SL 57/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ 06.09.2004).

Deveras, agindo o segmento regulado consoante a Resolução da Agência e surpreendida com decisão liminar que a altera, o seu recurso revela a um só tempo *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

É que pendente ato normativo da Agência Reguladora cujo escopo é regular o segmento, não podem os estabelecimentos regulados absorverem danos e punições pelo fato do cumprimento das regras maiores, posto engendrem exercício regular do direito.

A modificação *ex abrupto* dessas regras da Agência Reguladora por tutela provisória em liminar concedida em ação acarreta *periculum in mora* mercê de o *fumus boni iuris* repousar no cumprimento do ato da Agência.

Deveras, somente a ausência de nulificação específica do ato da Agência autoriza o Judiciário e [sic] intervir no segmento, sob pena de invadir seara administrativa estranha ao Poder Judiciário.

⁸⁴ Com amplitude mais restrita, é possível ainda que as normas de política tarifária se apliquem apenas a determinadas modalidades de serviço, ou a determinados planos de prestação do serviço (para usar o exemplo de um modelo de organização, típico do setor de Telecomunicações); mesmo assim, tais normas ainda serão gerais no âmbito daquela modalidade ou daquele plano.

Ratio essendi dos precedentes da Corte Especial na análise de Suspensões de Segurança calcadas em atos das Agências e no princípio *pacta sunt servanda*. (AgRg na SL 57/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ 06.09.2004)

(...)

À luz desse quadro, é notória a inversibilidade do provimento (art. 273, § 5º, do CPC), revelando-se prematura, em sede de liminar, alterar-se um quadro normativo complexo e idealizado pela Agência Reguladora, induzindo o Judiciário não só a invadir a seara administrativa exclusiva da Agência, como também a atuar como legislador positivo, em manifesta afronta à sedimentada jurisprudência da Corte Suprema.

Nesta decisão, portanto, o problema da separação de poderes é analisado sob dois aspectos: usurpação de função e presunção de legitimidade dos atos do regulador. Quanto à usurpação de função, esta foi a decisão que afirmou de maneira mais incisiva até agora a potencialidade normativa das decisões de ações coletivas, com referência expressa à idéia de “legislador positivo”. Afirma-se, portanto, que o julgamento de ações coletivas, que questionem a regulação, tem potencial para colocar o Judiciário na situação de criador de normas regulatórias; no entanto, a decisão mostra discordância contra o exercício dessa atividade normativa. De maneira auxiliar, a preocupação com a potencialidade normativa das decisões evidencia-se na também afirmada idéia de alteração do quadro normativo traçado pela Agência.

O que é interessante nesta decisão, também, é que a consideração sobre a potencialidade normativa da tutela coletiva não aparece subordinada às considerações tradicionais sobre o controle judicial de atos administrativos (voltadas especialmente a atos concretos e de efeitos especiais), como ocorreu na decisão “Área Local - REsp 572070 - 16/03/2004” e nas decisões que a citaram.⁸⁵ Os dois tipos de consideração estão num mesmo patamar de relevância, o que se evidencia no seguinte trecho: “*não só* a invadir a seara administrativa exclusiva da Agência, *como também* a atuar como legislador positivo” (grifou-se).

Por outro lado, a decisão é também bastante incisiva no que toca à presunção de legitimidade dos atos do regulador. É particularmente marcante, neste arrazoado, a preocupação com a situação do ente regulado que se ocupa de cumprir as normas regulatórias e, repentinamente, passa a ser questionado sobre a legalidade de sua conduta. Neste ponto fica claro, em vários momentos, o repúdio do Min. Luiz Fux à alteração de normas regulatórias *em*

⁸⁵ “Área Local - REsp 736473 - 25/11/2008” e “Área Local - REsp 757971 - 25/11/2008”.

juízo liminar ou perfunctório; inclusive, afirma ele, esta seria a posição também da Corte Especial do STJ.

Mas há ainda a estranha afirmação de que “somente a ausência de nulificação específica do ato da Agência autoriza o Judiciário a intervir no segmento, sob pena de invadir seara administrativa estranha ao Poder Judiciário”. Neste ponto estão sendo tratadas conjuntamente as questões específicas “usurpação de função” e “presunção de legitimidade”; aí o ministro pretendeu esclarecer em que momento o controle judicial derruba a presunção de legitimidade dos atos e normas regulatórios. Acredita-se que nesta decisão tenha ocorrido um erro de digitação consistente na indevida inclusão da palavra “ausência”, que torna a frase sem sentido, especialmente se considerado o contexto em que foi inserida. Não é possível imaginar como a *ausência* de nulificação poderia autorizar a intervenção no setor regulado. A impressão de que houve aí um erro de digitação é ainda mais forte porque acredita-se ter encontrado a afirmação correta em outra decisão (“Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008”), onde a idéia será analisada. Em se aceitando que realmente houve um erro (isto é, que a palavra “ausência” não deveria estar ali), a idéia contida na passagem seria a de que a presunção de legitimidade da norma regulatória só cede diante de uma decisão judicial com declaração expressa de nulidade daquela norma.

Finalmente, vale registrar que esta é a primeira decisão que citou um precedente que tratava de assunto diverso (de um lado créditos de celular, de outro reajuste de tarifas).

Sendo este, até o momento, o fundamento decisório mais aprofundado sobre a potencialidade normativa das decisões de ação coletiva, não se pode esquecer que ele aparece apenas no voto-vista do Min. Luiz Fux, sem que tenha sido considerado nos votos dos ministros Francisco Falcão e José Delgado.

Em oitavo lugar, na decisão “**Assinatura básica - SLS 250 - 28/03/2006**”, o Min. Edson Vidigal (então presidente do STJ) deferiu pedido de suspensão de liminar proferida em segundo grau, em sede de agravo de instrumento, concedendo a antecipação de tutela em ação civil pública para suspender a cobrança da assinatura básica do STFC. A questão da separação de poderes foi abordada da seguinte forma:

(...) parece-me que, ao deferir a medida urgente, o Judiciário local de fato cerceou a atividade institucional da Agência Reguladora a quem compete, privativamente, o gerenciamento e execução da política do setor de telecomunicações. A hipótese, vale dizer, é de sistema tarifário concebido pelo próprio Poder Concedente, não se verificando (ao menos em princípio)

irregularidade apta a ensejar o deferimento liminar de medida a invalidá-lo (...)

Nesta decisão, assim como nas decisões apresentadas em segundo lugar (entre as que, tratando da separação de poderes, mantiveram a regulação vigente), o STJ reconhece que a decisão atacada altera a estrutura tarifária (ou *sistema tarifário*, como dito aqui). Mais do que isso, porém, é relevante a utilização da palavra “política” no arrazoado; a decisão afirma que a decisão atacada cerceou a política (regulatória) do setor de telecomunicações, e que esta seria atividade institucional da Agência. Trata-se aqui, portanto, de dois aspectos (questões específicas) da separação de poderes: identificação da competência do regulador e usurpação de função.

É interessante notar que a afirmação da usurpação de função, neste caso, passou ao largo dos termos tradicionalmente usados para falar de controle judicial de atos administrativos em especial; valeu-se, do contrário, de termos típicos do estudo da regulação (“política” e “sistema tarifário”) e da idéia de atividade institucional da agência. Isso parece evidenciar autêntica preocupação com a possibilidade de desempenho de atividade regulatória pelo juiz. A discussão não se resolve em função do conteúdo dos provimentos administrativo e judicial; não se fala de discricionariedade, legalidade ou mérito. Fala-se em competências regulatórias e atividade institucional da agência.

Diante desses elementos – especialmente diante da expressa afirmação de que a decisão poderia invalidar o sistema tarifário criado pela Agência – pode-se dizer que esta decisão partiu da premissa de que a ação coletiva que estava em sua origem poderia alterar, com efeitos gerais, a regulação da Anatel.

Em nono lugar está a decisão monocrática “**Assinatura básica - REsp 993228 - 12/06/2008**”, que negou provimento a recurso especial interposto pela Associação Fluminense do Consumidor e Trabalhador - AFCONT, contra acórdão do TJ-RJ que reformou a sentença que havia julgado procedente ação civil pública para o fim de declarar a ilegalidade da cobrança de assinatura básica. Neste caso, a questão da separação de poderes foi abordada em um precedente⁸⁶ transcrito na decisão, de modo a se afirmar a competência da Anatel para definir a política tarifária no setor de telecomunicações.⁸⁷ Contudo – e tendo em conta,

⁸⁶ Acórdão proferido no REsp 911802, em 24/10/2007.

⁸⁷ O trecho do precedente que contém esta afirmação é o seguinte: "A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a

especialmente, a hipótese que orienta a análise destas decisões –, este precedente transcrito foi proferido no bojo de uma ação individual.

Torna-se evidente, portanto, que a decisão em análise, mesmo tendo se referido à política tarifária, não se preocupou com a potencialidade das ações coletivas para alterar a regulação com efeitos gerais. Do contexto do precedente citado, percebe-se que a afirmação da Anatel para fixação da política tarifária serviu apenas para robustecer a argumentação da legalidade da cobrança da assinatura básica, não havendo preocupação com o potencial de alterar da regulação (potencial normativo da tutela coletiva).

Por fim, tem-se o acórdão “**Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008**”, proferido com unanimidade pela 1ª Turma do STJ, sob a relatoria do Min. Luiz Fux. Trata-se do julgamento do recurso especial do MPF e de recursos especiais adesivos da BCP S.A. e da TIM Celular S.A. contra acórdão do TRF4. Este Tribunal, em sede de apelação, havia mantido a sentença de improcedência proferida pela Vara Federal de Bento Gonçalves, RS, em Ação Civil Pública que postulava a declaração de ilegalidade da atribuição de prazos de validade aos créditos de celulares pré-pagos (entre outros pedidos). A separação de poderes, nesse caso, foi abordada longamente, tocando nas três questões específicas que se convencionou relacionar à separação de poderes (identificação da competência do regulador, usurpação de função e presunção de legitimidade dos atos do regulador):

A regulação das atividades *pro populo* exercida pelas agências reguladoras, mediante normas secundárias, como, v.g., as Resoluções, são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado.

(...)

A presunção de legitimidade desses atos equipara-se a de qualquer ato administrativo, por isso que, enquanto não revogados, produzem os seus efeitos. As Resoluções não são consideradas ‘lei federal’ para o fins [*sic*] de conhecimento de Recurso Especial e a não incidência de seus ditames somente pode operar-se por declaração de inconstitucionalidade em controle difuso ou concentrado.

É da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecidos pelas empresas concessionárias.

O Judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade.

O ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um

Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997”.

funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/ produtor como principalmente para o consumidor/ usuário, posto urgente não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e violação da cláusula de harmonia entre os poderes. Consectariamente, não há no cumprimento das regras regulamentares, violação *prima facie* dos deveres do consumidor. (...)

Deveras, vigente ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/ produtor como principalmente para o consumidor/ usuário, não podem os estabelecimentos regulados absorverem danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa.

Esmiuçando o conteúdo do trecho transcrito em função das questões específicas abordadas, tem-se o seguinte: (i) quanto à identificação da competência do regulador, é tratada de maneira muito clara no terceiro parágrafo, onde se afirma a competência exclusiva do regulador para definir a política tarifária; (ii) quanto à usurpação de função e controle judicial da atividade regulatória, ressaltam os parágrafos quarto e quinto, que afirmam que a intervenção só pode se dar mediante “nulificação específica” e em controle de constitucionalidade; por fim, (iii) quanto à presunção de legitimidade dos atos do regulador, é tratada prodigamente nos parágrafos primeiro, segundo, quinto e sexto.

No que toca ao aspecto da usurpação de função, é facilmente perceptível a semelhança desta decisão com a decisão “Créditos de celular - MC 10915 - 06/12/2005” (e suas semelhantes), o que desde já permite afirmar a existência da preocupação com a potencialidade de alteração da regulação com efeitos gerais pela decisão atacada, especialmente por estar aí contida a idéia de *alteração das regras* que definem as *estruturas tarifárias*.

Mas a presente decisão vai além das analisadas anteriormente, afirmando que – vale a pena repetir – o Judiciário “não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade” (sublinhou-se), e que “a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e violação da cláusula de harmonia

entre os poderes” (sublinhou-se). Embora seja difícil determinar com precisão o sentido da expressão “nulificação específica”, considerando os dois fragmentos repetidos, é bastante razoável imaginar que o STJ tenha querido afirmar que eventual alteração de norma ou política regulatória pelo Judiciário só pode acontecer se presentes duas circunstâncias: (i) que a decisão judicial que pretende fazê-lo (alterar política regulatória) contenha *específica e expressamente uma declaração de nulidade* da norma ou ato regulatório relacionada a tal política; (ii) que seja fundamentada em *controle de constitucionalidade* de tal norma. Dessa idéia, acredita-se, derivam-se duas conseqüências: (i) o Judiciário somente poderia alterar regulação de maneira *negativa*, retirando a vigência de uma norma ou ato regulatório anteriormente editado pelo regulador; (ii) o Judiciário somente poderia alterar regulação com fundamento em *declaração de inconstitucionalidade* de norma ou ato regulatório, não sendo possível fazê-lo com base em mera análise de *legalidade*.

De todo modo, tem-se aí uma afirmação de que a intervenção do Judiciário na regulação só poderia ocorrer através da invalidação, por declaração de inconstitucionalidade, da norma regulatória (o qualquer outro ato) que imponha a política regulatória questionada.

Por fim, com relação à presunção de legitimidade dos atos do regulador, pode-se tentar listar os apontamentos contidos na decisão: (i) as normas regulatórias possuem presunção de legitimidade como qualquer outro ato administrativo; (ii) esta presunção de legitimidade só se afasta com a declaração de inconstitucionalidade em controle difuso ou concentrado; (iii) não se pode penalizar os entes regulados por cumprirem normas regulatórias vigentes (isto é, que não tenham sido revogadas ou “nulificadas” especificamente em controle de constitucionalidade).

Feitas estas considerações, parece importante ainda ressaltar que esta decisão praticava verdadeiro juízo definitivo (e não perfunctório), já que julgava recurso especial interposto contra acórdão de apelação. Esta circunstância é importante porque revela que a “proibição” ao juízo de legalidade das normas regulatórias (vista em algumas decisões analisadas anteriormente) não se aplica apenas ao juízo liminar ou perfunctório. Nesta decisão foi dito claramente que a intervenção do Judiciário na regulação só pode se dar através de controle de *constitucionalidade*. Considerando também que esta decisão foi proferida com unanimidade, pode-se dizer que *o STJ entende que não pode realizar* – nem ele nem qualquer instância do Judiciário – *controle abstrato de normas regulatórias através de ações coletivas*.

Vistas e comentadas cada uma dessas decisões, é possível tentar realizar uma análise mais ampla do tratamento da separação de poderes pelo STJ. Inicialmente – e até para orientar esta análise geral – cabe observar que os três aspectos (questões específicas) sob os quais é feita a análise da separação de poderes nem sempre andam juntos. Pelo que se viu, é mais comum que as questões “identificação da competência do regulador” e “usurpação de função” sejam tratadas em conjunto e que a questão “presunção de legitimidade dos atos do regulador” seja tratada em separado delas. Esta não é uma afirmação relativa à frequência das questões nas decisões; o que se está afirmando é que geralmente as questões “competência do regulador” e “usurpação de função” são abordadas no mesmo arrazoado, sem que possam ser analisadas em separado naquele contexto. Já a presunção de legitimidade dos atos do regulador parece ser abordada de maneira independente das duas outras, ainda que na mesma decisão ou em parágrafos intercalados.

Isso parece mesmo ser uma condição que decorre da essência dessas questões; é difícil falar em usurpação de função, envolvendo atos regulatórios, sem falar – pouco que seja – em competência do regulador. Por estes motivos, esta análise geral respeitará também essa separação, considerando os posicionamentos relacionados à presunção de legitimidade em separado das duas outras questões.

Com relação à identificação da competência do regulador e à usurpação de função, a primeira pergunta que deve ser respondida é a seguinte: o STJ, ao julgar esses processos, preocupou-se com o potencial da tutela coletiva para alterar a regulação no plano geral? As decisões, ao analisar a questão da separação de poderes, tinham como premissa a existência desse potencial “normativo” da tutela coletiva em face da regulação? Sobre isso, foi possível perceber que nem sempre o tratamento dado pelo STJ à questão da separação de poderes passa por considerações sobre o potencial “normativo” da tutela coletiva (para alterar a regulação com efeitos gerais). De fato, esse problema não foi objeto de preocupação em quatro das decisões analisadas (“Reajuste de tarifas – MC 1974 – 01/10/1999”, “Créditos de celular - SLS 47 - 07/12/2004”, “Área Local - REsp 572070 - 16/03/2004” e “Assinatura básica - REsp 993228 - 12/06/2008”).

Nas demais decisões, o problema foi abordado com profundidade variável, sendo bastante frequente a preocupação com a possibilidade de que as decisões das ações coletivas alterem políticas regulatórias estabelecidas para o setor. Esta idéia – alteração de políticas regulatórias – parece evidenciar claramente que tais decisões adotaram a premissa de que a

tutela coletiva tem potencial para alterar a regulação no plano geral, até porque a característica da generalidade é intrínseca à idéia de política tarifária. Além disso, algumas decisões usam expressões que refletem de maneira mais incisiva a preocupação com o potencial normativo das ações coletivas. É o caso das expressões “alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes” (decisão “Créditos de celular - MC 10915 - 06/12/2005” e semelhantes; decisão “Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008”) e “legislador positivo” (“Créditos de celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005”).

Respondida essa primeira pergunta, o panorama das decisões estudadas permite, ainda, questionar qual vem sendo o entendimento do STJ sobre limites dessa fronteira da separação de poderes. O Tribunal dá diretrizes sobre até onde o Judiciário pode rever as normas regulatórias nas ações coletivas? O potencial “normativo” da tutela coletiva – isto é, o potencial para alterar normas regulatórias com efeitos gerais – é admitido pelo STJ?

Com atenção a esta segunda pergunta, considerando a evolução no tempo das decisões aqui analisadas, é possível afirmar que houve um aumento na complexidade e na profundidade da análise sobre a separação de poderes pelo STJ com o passar dos anos. Isso fica claro quando se faz uma comparação entre as primeiras e as últimas decisões estudadas; o arrazoado das decisões “Créditos de celular - SLS 47 - 07/12/2004” e “Área Local - REsp 572070 - 16/03/2004” sobre estas questões é muitíssimo menos elaborado que o da decisão “Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008”.

Essa evolução se verifica, inicialmente, no fato de que as primeiras decisões que mantiveram a regulação vigente (“Reajuste de tarifas – MC 1974 – 01/10/1999” e “Área Local - REsp 572070 - 16/03/2004” – primeira e segunda respectivamente) não mostraram sequer preocupação com o potencial normativo da tutela coletiva, como se havia dito antes. Ao passo que a primeira dessas decisões apenas fez uma menção à competência da Anatel (sem conexão aparente com os argumentos principais do arrazoado); a segunda parece ter tratado o problema da *separação de poderes* sob o enfoque clássico do controle judicial dos atos administrativos, recorrendo à noção de “mérito”. Afirmou-se ali, basicamente, que o Judiciário teria excedido seus limites por ter adentrado o mérito da norma regulatória. O que é relevante nisso é o fato de que o STJ, nesta decisão, não abordou o caso como uma situação em que a regulação estava sendo alterada, no plano geral; tratou-o como se estivesse diante de uma situação comum de controle de ato administrativo.

A partir de então, as decisões passaram a enfatizar a separação de poderes com atenção ao potencial normativo da tutela coletiva, o que se deu com profundidade variável entre as decisões. Entre as decisões que definiram diretrizes sobre os limites do potencial normativo da tutela coletiva (isto é, sobre os limites da alteração de normas regulatórias no plano geral) destacam-se as seguintes: "Reajuste de Tarifas - AgRg na SL 57 - 01/07/2004", "Créditos de celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005" e "Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008". A exceção a este padrão foi a decisão "Assinatura básica - REsp 993228 - 12/06/2008" que, como se viu, tratou da separação de poderes através da transcrição de uma decisão proferida em processo individual.⁸⁸

O acórdão "Reajuste de Tarifas - AgRg na SL 57 - 01/07/2004", como se comentou acima, abordou o problema da sustentabilidade das alterações que o Judiciário eventualmente faça na regulação através da tutela coletiva. A Corte, neste precedente, assumiu uma postura de repúdio à alteração imediatista de normas regulatórias, sem preocupação com a aplicabilidade da nova normativa (criada pelo Judiciário) às situações futuras. Neste caso, especificamente, as instâncias inferiores haviam alterado o índice de correção das tarifas do STFC, de IGD-DI para IPCA, por conta do valor percentual mais baixo, refletido por este no período; não houve, no entanto, previsão sobre o índice aplicável aos reajustes futuros. Tal decisão, desta forma, coloca em evidência as diferenças entre os padrões de atuação do criador de normas e do julgador, e assume uma postura quanto ao conteúdo das decisões judiciais com efeitos gerais: não admite que as decisões de efeitos gerais reflitam *preocupações especiais*.

Posteriormente, no acórdão "Créditos de celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005", o voto do Min. Luiz Fux trouxe relevante diretriz no que toca ao momento processual em que se faz a alteração da regulação: colocou-se contra a alteração de normas regulatórias em juízo liminar (ou perfunctório). Neste sentido, qualificou de prematura a alteração de um quadro normativo "complexo" – como o da regulação – de maneira repentina, sem amparo

⁸⁸ É de se questionar se esta decisão desmente a tendência de evolução afirmada (de que passou a haver uma preocupação com o potencial normativo). Por um lado, é possível argumentar que, por ter tratado da separação de poderes através da citação de outra decisão, a decisão em apreço negligenciou diretamente o potencial normativo da tutela coletiva. Por outro lado, seria possível dizer que o simples fato desse potencial normativo não ter sido discutido – não importa se isto foi escolha consciente ou inconsciente – já é suficiente para dizer que esse não foi considerado um problema relevante pelo julgador na ocasião. Embora este argumento seja consistente, entende-se ser mais relevante o fato de que, das três decisões que negligenciaram o problema do potencial normativo, duas são de 2004 e uma é de 2008; ou seja, é nítido que as decisões que negligenciaram este problema se concentram entre as mais antigas, enquanto que, entre as mais novas, apenas uma negligenciou o problema.

sequer de uma instrução probatória. Na mesma linha, o voto ressaltou negativamente o aspecto de surpresa que caracteriza a alteração da regulação por liminares. Afirmou ainda que esta postura – preservação da regulação vigente quando do juízo perfunctório – refletia a tendência jurisprudencial da Corte Especial do STJ (referindo a decisão "Reajuste de Tarifas - AgRg na SL 57 - 01/07/2004").

Por fim, o acórdão “Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008” afirma expressamente que a intervenção do Judiciário para alterar normas regulatórias só é legítima se realizada no âmbito de controle de constitucionalidade, rejeitando tacitamente a possibilidade de um juízo abstrato ou concentrado de legalidade das normas regulatórias. É importante ressaltar que esta decisão foi tomada à unanimidade pela 1ª Turma do STJ, no julgamento de Recurso Especial interposto contra acórdão de apelação. Isto significa que ali se tratava de juízo definitivo, de modo que a diretriz traçada (necessidade de controle de constitucionalidade) não delimita apenas a atuação do Judiciário nos juízos liminares (como o fez a decisão anterior); trata da tutela coletiva de uma maneira geral.

Com relação à presunção de legitimidade dos atos do regulador, as primeiras decisões (“Fidelização - MC 9310 - 07/12/2004”, “Fidelização - MC 11071 - 09/02/2006”, “Assinatura básica - MC 10235 - 23/06/2005” e “Assinatura básica - REsp 993228 - 12/06/2008”) assumem a postura de que este princípio seria suficiente para sustentar juízo de verossimilhança (*fumus boni iuris*) em favor das prestadoras dos serviços de telecomunicações, o que levou ao indeferimento dos pedidos de antecipação de tutela que visavam à alteração da regulação. Como se disse acima, esse entendimento tem como corolário a impossibilidade de realização do juízo de legalidade das normas e atos regulatórios em juízo liminar (ou perfunctório).

Posteriormente, as decisões “Créditos de celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005” (de maneira incipiente, no voto do Min. Luiz Fux) e “Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008” traçaram a seguinte diretriz: a presunção de legitimidade das normas regulatórias persevera até que esta norma seja objeto de “nulificação específica” pelo Poder Judiciário. Esta diretriz é complementada por outra, traçada na mesma decisão “Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008”, sobre a questão da usurpação de função: a de que a intervenção do Judiciário em normas regulatórias só pode ser da em sede de controle de constitucionalidade. A combinação dessas orientações delimita bastante a atuação do Judiciário na alteração da regulação: essa intervenção só poderia ocorrer através da

invalidação da norma regulatória com base em declaração de inconstitucionalidade. Decorre daí, também, a impossibilidade de alteração positiva da regulação, no sentido de criar norma regulatória; na medida em que deve estar fundada em “nulificação específica”, essa intervenção só pode acontecer *de forma negativa*, para afastar a vigência de norma regulatória já existente (criada pelo regulador).

Traçado este quadro geral, embora tenha sido possível identificar algumas reflexões importantes nas decisões analisadas, não parece possível dizer que o STJ aborda o problema da separação de poderes de maneira aprofundada nestes casos de tutela coletiva sobre regulação. Parece relativamente pequeno o número de decisões que abordam o problema da separação de poderes (como se verá na análise quantitativa realizada à frente). Por outro lado, a rol de problemas e argumentos encontrados no conjunto das decisões dá idéia do quanto deixou de ser abordado em cada decisão; na maioria delas tratou-se de um ou outro problema relativo à separação de poderes, ao passo que o rol de problemas e argumentos encontrados seria pertinente a todos os casos analisados.

5.2.2) Conseqüências da tutela

5.2.2.1) Configuração da infra-estrutura de prestação do serviço

São três os julgados que consideram as conseqüências que as decisões proferidas nas ações coletivas podem ter sobre a infra-estrutura de prestação do serviço, sendo que uma delas se posicionou pela alteração da regulação e as duas restantes pela sua manutenção. A primeira dessas decisões é a monocrática intitulada "**Créditos de Celular - SLS 47 - 07/12/2004**", já citada acima, e que se posicionou pela alteração da regulação.⁸⁹

Nesse caso o Min. Edson Vidigal enfrentou uma questão conseqüencial bastante concreta apresentada pela Anatel (requerente da suspensão): o custo estimado de US\$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares norte-americanos) para adaptar a infra-estrutura de prestação do serviço ao cumprimento da liminar que se pretendia suspender. Diante disso, o Min. Vidigal afirmou que o valor apresentado “não impressionava”, na medida em que era público e notório que o lucro das empresas de telefonia celular ultrapassaria em muito essa

⁸⁹ Nesta decisão o Min. Edson Vidigal indeferiu o pedido de suspensão de liminar deduzido pela Anatel contra decisão de segundo grau que, em sede de agravo de instrumento, concedeu a tutela antecipada (indeferida em primeiro grau) em ação civil pública para acabar com a prescrição dos créditos do sistema de celulares pré-pago.

quantia. Não indica concretamente esses valores de lucro, apenas afirmando que teriam sido veiculados na imprensa e na internet.

A segunda decisão a tratar da questão é a já citada "**Créditos de Celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005**", em que se deu provimento ao Agravo Regimental para deferir a liminar em Medida Cautelar e atribuir efeito suspensivo ao Recurso Especial proposto por TNL PCS S.A. Neste acórdão o impacto que a antecipação de tutela causaria na infraestrutura da prestação (isto é, o investimento que seria necessário para adaptá-la) foi uma das razões consideradas no voto condutor do mesmo Min. Edson Vidigal, que indeferiu a suspensão de liminar na decisão acima analisada. Eis o trecho da decisão em que a questão foi abordada:

Entendo relevantes os argumentos lançados pelo requerente, pelo que se deduz que, para a execução do acórdão infirmado pelo recurso especial vinculado, far-se-ia necessária uma alteração no sistema técnico implantado, o que implicaria em efetivo prejuízo para a parte em face mesmo da mudança no planejamento, que segundo o requerente implica em investimentos da ordem de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) para os próximos dois anos.

Considerando-se que esta decisão e a anterior foram idealizadas pelo mesmo ministro (Edson Vidigal), é pertinente destacar duas diferenças entre elas: (i) o valor do alegado investimento era bem maior na decisão que se posicionou pela preservação da regulação (R\$ 16.000.000,00 ante US\$ 600.000,00); (ii) nesta segunda decisão o ministro não pretendeu fazer comparações entre o valor alegado de investimento e os lucros das companhias.

Quanto à terceira decisão – "**Área Local - MC 15027 - 10/12/2008**" –, trata-se de liminar deferida pelo Min. Teori Zavascki em Medida Cautelar que buscava a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial interposto em face de acórdão que, em sede apelação, julgou procedente ação civil pública, para o fim de determinar a suspensão da cobrança da tarifa interurbana de telefonia para as ligações entre municípios pertencentes à mesma região metropolitana. Nessa decisão, ao contrário das anteriores, a questão das conseqüências da decisão atacada sobre a configuração da infra-estrutura de prestação do serviço foi apenas mencionada, sem que se tenha cogitado sobre valores de investimentos, nem tentado, de qualquer forma, aferir o impacto desta conseqüência. No arrazoado da decisão, a conseqüência sobre a infra-estrutura aparece ao lado da questão da reversibilidade da medida

(questão específica “Ponderação das possibilidades/custos de reversão da medida”) na demonstração da existência de risco de dano (*periculum in mora*).⁹⁰

Nesta última decisão, portanto, a necessidade de alteração da infra-estrutura de prestação do serviço, em função da decisão atacada, foi abordada de maneira ainda mais rasa do que nas decisões anteriores.

Analisando as decisões sob o enfoque da hipótese fixada, é possível dizer que todas elas realizam, sim, análise de conseqüências num plano geral, procurando identificar como a tutela coletiva postulada em cada caso impõe alterações na infra-estrutura na prestação do serviço. Mais do que isso, é indispensável notar que em todos os casos a infra-estrutura considerada não se refere a um usuário ou grupo de usuários; considera-se sempre a infra-estrutura necessária para prestar o serviço à generalidade dos usuários potencialmente alcançados pela ação.

Nenhuma das análises, no entanto, foi minimamente profunda a ponto de descrever quais alterações precisariam ser feitas na infra-estrutura da prestação do serviço, isto é, que tipos de obras, reformas etc. precisariam ser feitas. O máximo a que se chegou foram as referências (em duas decisões) aos custos estimados das alterações na infra-estrutura, os quais parecem ter sido alegados pelas próprias prestadoras, não sendo possível saber como tais valores foram estimados.

5.2.2.2) Equilíbrio econômico-financeiro

As conseqüências das decisões que alteram a regulação sobre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões foram analisadas em nove julgados, todos eles no sentido de preservar a regulação vigente. Os assuntos sobre os quais versavam tais decisões, por sua vez, foram três: “Área Local”, “Assinatura Básica” e “Reajuste de Tarifas”. Supondo que seja mais provável encontrar correntes jurisprudenciais limitadas a cada um dos assuntos (como indicou a análise quantitativa), a análise dessas decisões será dividida em função deles.

⁹⁰ "Quanto ao risco de dano, esse resulta das inevitáveis conseqüências relativas à necessidade de adaptações técnicas no sistema de telefonia, bem assim, no que se refere à reversibilidade da medida, o senso comum indica que haverá mais dificuldade ao requerente em cobrar possíveis valores atrasados acumulados, devidos ao grande número de usuários, do que restituir, se for o caso mediante compensações nas próprias contas e faturas, os valores eventualmente cobrados a maior".

5.2.2.2.1) Equilíbrio econômico-financeiro – decisões sobre “Área Local”

Logo nas decisões sobre área local foi possível encontrar uma corrente jurisprudencial na análise das conseqüências das decisões sobre o equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que todas as três decisões sobre o assunto apreciaram a questão da mesma maneira. Trata-se das decisões "Área Local - REsp 572070 - 16/03/2004", "Área Local - REsp 736473 - 25/11/2008" e "Área Local - REsp 757971 - 25/11/2008", já referidas acima, sendo que as duas últimas adotaram as razões de decidir da primeira⁹¹. Considerando a imposição das decisões atacadas – de que fossem tarifadas como locais chamadas que eram definidas pela regulação como de Longa Distância Nacional –, as três decisões consideram da seguinte forma os impactos sobre o equilíbrio econômico-financeiro:

(...) se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.

Considerando a hipótese fixada, também estas decisões contêm análise de conseqüências com um enfoque geral (“macro”). O problema colocado, basicamente, é o da possibilidade de que a tutela coletiva, alterando a regulação, afetasse a saúde financeira de *toda* a concessão. O equilíbrio econômico-financeiro é, por natureza, algo que diz respeito à concessão como um todo. Além disso, as três decisões se preocuparam com a alteração de tarifação (de longa distância para local) que ocorreria de maneira geral para cada região.

⁹¹ Evitando a repetição no texto, para melhor referência estão descritos a seguir os contextos em que foram proferidas estas decisões: (i) acórdão "Área Local - REsp 572070 - 16/03/2004": proferido pela 2ª Turma do STJ em Recurso Especial interposto contra acórdão de segundo grau, proferido em agravo de instrumento, que manteve a liminar concedida em primeiro grau para o fim de a cobrança da tarifa de longa distância entre a sede e os distritos do município de Cornélio Procópio-PR; (ii) acórdão "Área Local - REsp 763473 - 25/11/2008": proferido pela 1ª Turma do STJ, sob condução do Min. Luiz Fux, no julgamento conjunto de Recursos Especiais da Brasil Telecom e da Anatel, interpostos contra acórdão de apelação que manteve a sentença, suspendendo a cobrança da tarifa de longa distância entre as sedes e os distritos dos municípios de Caxias do Sul e Farroupilha (ação civil pública originalmente movida pelo município de Farroupilha postulando sobre as chamadas realizadas entre a sede e distritos seus); (iii) acórdão "Área Local - REsp 757971 - 25/11/2008": proferido pela 1ª Turma do STJ, sob condução do Min. Luiz Fux, no julgamento conjunto de Recursos Especiais da Brasil Telecom e da Anatel, interpostos contra acórdão de apelação, que manteve a sentença que havia suspenso a cobrança da tarifa de longa distância entre as sedes e os distritos dos municípios de Caxias do Sul e Farroupilha (ação civil pública originalmente movida pelo MPF a respeito das chamadas realizadas nos municípios de Caxias do Sul e Farroupilha).

No entanto, não houve tentativa de estimar qual seria o impacto da alteração da regulação no equilíbrio econômico-financeiro do serviço; existe apenas uma forte convicção de que ele ocorreria.

5.2.2.2) Equilíbrio econômico-financeiro – decisões sobre “Assinatura Básica”

Com relação à assinatura básica, foram cinco as decisões que tocaram na questão do equilíbrio econômico-financeiro, podendo-se separar essas decisões em dois grupos, em função da influência que as decisões exercem umas sobre as outras.

O primeiro grupo de decisões é composto pelas monocráticas “**Assinatura Básica - MC 10235 - 23/06/2005**” e “**Assinatura Básica - REsp 993228 - 12/06/2008**”. Ambas as decisões já foram objeto de comentário anteriormente,⁹² e a influência existente entre elas consiste no fato de a segunda decisão ter transcrito a ementa da primeira, motivo pelo qual se considerou que uma absorveu as razões de decidir da outra (ao menos as que constavam da ementa). Entre essas razões, estavam as considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro.

O trecho da ementa da liminar "Assinatura Básica - MC 10235 - 23/06/2005", citado na decisão "Assinatura Básica - REsp 993228 - 12/06/2008", é o seguinte: "A supressão da cobrança, por medida liminar, compromete cláusula financeira do contrato de concessão do serviço, pesando sobre a requerente o risco maior da improvável e difícil reversibilidade da situação (risco de dano)". Não há nada diferente disso no inteiro teor da liminar. Neste caso, nota-se que a afirmação de que a suspensão da cobrança da assinatura básica afetaria o equilíbrio econômico-financeiro está fundamentada na idéia de que a referida tarifa (assinatura básica) constitui cláusula financeira do contrato de concessão. Logo – está dito nas

⁹² A decisão "Assinatura Básica - MC 10235 - 23/06/2005" é a liminar concedida pelo Min. Teori Zavascki em Medida Cautelar ajuizada pela Sercomtel S.A. Telecomunicações, visando atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra acórdão do TJ-PR que, em sede de agravo de instrumento, manteve decisão concessiva de tutela antecipada para suspender a cobrança da assinatura básica. Já a monocrática "Assinatura Básica - REsp 993228 - 12/06/2008" foi proferida pelo Juiz Convocado Carlos Fernando Mathias, que negou provimento a Recurso Especial interposto pela Associação Fluminense do Consumidor e Trabalhador - AFCONT, contra acórdão do TJ-RJ que deu provimento à apelação da Telemar Norte Leste S.A., no sentido de reformar sentença que havia julgado precedente ação civil pública que objetivava a declaração de ilegalidade da cobrança de assinatura básica.

decisões –, afetada uma cláusula financeira, será afetado também o equilíbrio econômico-financeiro.

Para efeitos de confirmação da hipótese de análise definida ao início da seção, uma vez que a consequência considerada é o equilíbrio econômico-financeiro, é possível também dizer que a análise de consequências também foi feita com um enfoque geral (ou “macro”) nas decisões deste primeiro grupo.

O segundo grupo de decisões referido é composto pelas três seguintes: “**Assinatura Básica – SLS 250 – 28/03/2006**”, “**Assinatura Básica – AgRg na SLS 250 – 16/05/2007**” e “**Assinatura Básica - SLS 879 - 05/06/2008**”. A primeira dessas decisões já foi referida anteriormente; foi proferida pelo Min. Edson Vidigal (então presidente do STJ) no julgamento do pedido de suspensão de liminar deduzido por Brasil Telecom S.A. em face de decisão proferida pelo TJ-MS, em sede de agravo de instrumento, que reverteu a decisão de primeiro grau e concedeu a antecipação de tutela postulada em ação civil pública, para suspender a cobrança da assinatura básica do STFC. A segunda decisão é o acórdão proferido pela Corte Especial, sobre relatoria do Min. Barros Monteiro, no julgamento do Agravo Regimental interposto em face da primeira decisão (“Assinatura Básica – SLS 250 – 28/03/2006”). E a terceira decisão, por sua vez, foi proferida pelo Min. Humberto Gomes de Barros (então presidente do STJ), deferindo pedido de suspensão manejado por Brasil Telecom S.A. contra acórdão do TJ-MS, que manteve sentença de procedência da Ação Civil Pública em que se postulava a supressão da cobrança da tarifa de assinatura básica.

A influência existente entre estas três decisões está na maneira semelhante – embora não idêntica - como tratam a questão do equilíbrio econômico-financeiro. Essa influência se operacionaliza da seguinte forma: a segunda decisão recebeu uma influência natural da primeira na medida em que foi proferida em agravo regimental interposto em face desta; a terceira decisão transcreve trecho da decisão proferida na SLS 808/PR, a qual cita expressamente a primeira decisão (“Assinatura Básica – SLS 250 – 28/03/2006”). Pode-se dizer, essencialmente, que a primeira decisão deu um primeiro e mais superficial tratamento à matéria, e que a segunda e a terceira decisões incorporaram as considerações da primeira, mas com acréscimos.

Assim, a primeira decisão (“Assinatura Básica – SLS 250 – 28/03/2006”), abordou a questão do equilíbrio econômico-financeiro da seguinte forma:

(...) em que pese prestar serviço público, a empresa tem direito ao recebimento da contraprestação pecuniária contratada, para que possa manter adequadamente os serviços concedidos. Impõe-se, portanto, um perfeito equilíbrio na equação econômico-financeira, pois o contrário acarretará descompasso no próprio contrato de concessão, comprometendo, de resto, todo o sistema de telefonia por ela explorado.

Já a segunda decisão (“Assinatura Básica – AgRg na SLS 250 – 16/05/2007”), além de reproduzir as considerações contidas na primeira, acrescentou a elas as seguintes:

(...) como é notoriamente sabido – [o setor de telecomunicações] não se sustenta apenas com o pagamento das ligações telefônicas efetivamente realizadas pelos usuários. Há a considerar, nesse ponto, o efeito multiplicador das demandas ajuizadas com igual objetivo. Tem-se notícia, com efeito, da existência de milhares de feitos a focar a mesma matéria em mais de um Estado da Federação, sobretudo no Rio Grande do Sul.

A diferença da terceira decisão (“Assinatura Básica - SLS 879 - 05/06/2008”) para com a segunda é apenas a incisividade maior com que afirma a possibilidade de desequilíbrio em função da suspensão da assinatura básica (“O impedimento da cobrança da tarifa de assinatura básica residencial é suscetível de ocasionar o desequilíbrio econômico-financeiro...”). Em termos de conteúdo, porém, não acrescenta nada; reproduz a segunda integralmente.

Dois pontos parecem dignos de nota no tratamento dado à questão do equilíbrio econômico-financeiro por este segundo grupo de decisões (especialmente pela segunda e pela terceira decisões que o integram): (i) realizam uma consideração também sobre o mecanismo de remuneração do serviço, afirmando que a assinatura básica tem um papel (ao lado da cobrança por chamadas) no “sustento” do serviço; (ii) levam em consideração o efeito coletivo das milhares de ações individuais sobre o mesmo assunto que já se sabia terem sido ajuizadas.

Analisando a confirmação da hipótese de análise para estas decisões, é possível dizer que, sim, abordam as consequências da decisão de um ponto de vista geral; aplica-se a estas decisões o mesmo que foi dito no item imediatamente anterior, sobre a natureza essencialmente geral do “equilíbrio econômico-financeiro”. No entanto, é curioso notar que a decisão da SLS 808 (que foi transcrita na decisão “Assinatura Básica - SLS 879 - 05/06/2008” e reproduzida o teor do acórdão “Assinatura Básica – AgRg na SLS 250 – 16/05/2007”) havia

sido proferida em sede ação individual.⁹³ Isso indica que a análise consequencial relativa ao equilíbrio econômico-financeiro, embora tenha, por essência, um enfoque generalista, é feita com a mesma profundidade em ações gerais e em ações individuais. Não se pode negligenciar, no entanto, o fato de que não se tratava de uma decisão individual *isolada*. Como refere a própria decisão analisada, tratava-se de ação individual idêntica a outras milhares sobre o mesmo assunto. Essa circunstância pode ter sido a causa do exame com enfoque geral naquela oportunidade.

5.2.2.2.3) Equilíbrio econômico-financeiro – decisões sobre “Reajuste de Tarifas”

A decisão sobre reajuste de tarifas que abordou a questão consequencial do equilíbrio econômico-financeiro é o já referido acórdão "**Reajuste de Tarifas - AgRg na SL 57 - 01/07/2004**"⁹⁴. Mas a menção à questão do equilíbrio nessa decisão é feita de forma lateral, sendo apenas um comentário inserido em um trecho que também trata das consequências da tutela sobre a segurança jurídica e aspectos institucionais:

(...) vejo caracterizado o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que se instala, na medida em que a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos e despreza os vultosos investimentos feitos, pode sim causar perplexidade nos investidores (...)

A esta decisão aplica-se, no que diz respeito à hipótese de análise, o que foi dito pelas decisões anteriores: a hipótese se confirma; o enfoque é geral (“macro”). De resto, também é possível dizer que a análise consequencial é rasa, sem preocupação com a descrição das causas e consequências.

⁹³ A ação, nesse caso, havia sido proposta por alguns usuários contra a Brasil Telecom.

⁹⁴ Acórdão proferido no julgamento de Agravo Regimental interposto contra decisão que havia indeferido pedido de suspensão de liminar deduzido por quatro concessionárias do STFC (Telemar Norte Leste S.A., Brasil Telecom S.A., Sercomtel S.A. Telecomunicações e Companhia de Telecomunicações do Brasil Central) em face de antecipação de tutela concedida pelo Juízo da 2ª. Vara Federal do Distrito Federal (2a. VF-DF) para suspender os atos da Anatel que autorizavam às referidas concessionárias a aplicação de reajuste às tarifas de STFC, na forma do contrato de concessão.

5.2.2.3) Isonomia

Em duas decisões foi identificado o tratamento da questão específica intitulada “isonomia”. Embora em um primeiro momento possa parecer estranho que tal questão seja associada à análise das “conseqüências da decisão” – já que a isonomia é um princípio constitucional e seria, desta forma, matéria estritamente jurídica –, isso se explica na medida em que as decisões a seguir analisadas procuram avaliar como as decisões que alteram a regulação são capazes de criar situações anti-isonômicas. Em outras palavras: o que se analisa são situações anti-isonômicas que são conseqüências das decisões de tutela coletiva.

As duas decisões que fazem esta análise são as monocráticas "**Fidelização - MC 9310 - 07/12/2004**" e "**Fidelização - MC 11071 - 09/02/2006**", proferidas pelo Min. Luiz Fux e já referidas anteriormente.⁹⁵ A abordagem da questão da isonomia por estas duas decisões foi feita de maneira idêntica, nos termos a seguir:

(...) adstringindo-se a Ação Civil Pública, originária, a determinadas operadoras de serviços de telefonia no foro em que foi proposta, sendo inextensiva a medida, erige-se situação anti-isonômica indesejável a ser apreciada no recurso especial.

Surge aqui outra análise bastante interessante que até o momento não havia sido abordada por nenhuma decisão. Atenta o Min. Luiz Fux para a situação criada por uma decisão proferida em ação civil pública que retira vigência de uma norma regulatória, mas com eficácia limitada à área do município em que foi proposta. É uma situação que decorre das regras processuais sobre a competência para julgamento da ação civil pública e sobre a eficácia da sua sentença; trata-se, na verdade, do problema da *vigência territorial fragmentada* da regulação.⁹⁶

⁹⁵ Ambas as decisões são liminares proferidas em Medidas Cautelares que buscavam a atribuição de efeito suspensivo a recursos especiais interpostos pelos respectivos requerentes. A primeira liminar atribuiu efeito suspensivo ao recurso especial interposto por Maxitel S.A. contra decisão de segundo grau que manteve a antecipação de tutela concedida em primeiro grau, em ação civil pública movida pelo Ministério Público de Minas Gerais em Uberlândia. Esta tutela antecipada determinava (entre outras coisas) que as empresas requeridas se abstivessem de fazer constar dos contratos celebrados com os consumidores qualquer cláusula que obrigasse o usuário a permanecer contratado por tempo cativo. A segunda liminar, por sua vez, atribuiu efeito suspensivo ao recurso especial interposto por CTBC Celular S.A. contra acórdão atacado pelo recurso especial de Maxitel S.A. Tratam-se, portanto, de decisões com origem comum e decididas pelo mesmo relator, o que desde já explica a identidade de conteúdo.

⁹⁶ Sobre o conceito de vigência territorial fragmentada, v. seção 2.2 e capítulo 6.

Embora o trato da questão seja breve, merece destaque por assumir uma posição clara em face dessa situação que – imagina-se – deve ser criada com bastante frequência pelas decisões proferidas em ações coletivas que questionam normas regulatórias (a situação de *vigência territorial fragmentada* da regulação). Trata-se claramente de uma decisão que analisa as consequências da tutela coletiva de um ponto de vista geral, na medida em que atenta especificamente para a vigência das normas gerais oriundas da regulação.

5.2.2.4) Ponderação das possibilidades/custos de reversão da medida

Esta questão foi analisada por sete decisões ao todo, sendo que duas se posicionaram pela alteração da regulação (contra a regulação) e cinco se posicionaram por sua manutenção (pró-regulação). A grande frequência dessa questão se explica com o fato de a reversibilidade do provimento ser um dos requisitos para concessão da antecipação de tutela, conforme exige o § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil.

Separando a análise das decisões em função do posicionamento adotado (alteração da regulação *vs.* manutenção da regulação), a primeira decisão a ser analisada é a monocrática “**Reajuste de Tarifas – MC 2282 – 17/12/1999**”, proferida pela Min. Eliana Calmon em Medida Cautelar ajuizada pela Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP, buscando a concessão de efeito suspensivo à apelação interposta contra a sentença que julgou procedente ação coletiva ajuizada pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, sustentando o reajuste das tarifas. Basicamente, esta decisão afirma que a suspensão do reajuste das tarifas não implicaria risco de dano irreparável à concessionária, mas que a não suspensão, do contrário, implicaria esse risco em relação aos usuários:

(...) não vislumbro perigo de dano irreparável para a empresa em aguardar a finalização da demanda, para ter a consolidação da tarifa majorada, o que ocorrerá, naturalmente, com os consumidores, porquanto terão de desembolsar valores cuja cobrança enseja controvérsia, até mesmo por parte da ANATEL, que em nada auxiliou a empresa, embora seja a entidade autorizadora da majoração.

A segunda decisão que, posicionando-se pela alteração da regulação, tratou da questão da reversibilidade do provimento, foi a monocrática “**Reajuste de Tarifas - MC 2552 - 27/03/2000**”, proferida pela Min. Eliana Calmon em Medida Cautelar ajuizada por Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP e Companhia Telefônica da Borda do Campo

– CTBC, com objetivo de obter efeito suspensivo para o recurso especial que interpuseram contra decisão que recebeu apelação das requerentes só no efeito devolutivo. Mas o tratamento da questão, nesta decisão, se deu de maneira bastante simples. A relatora apenas afirmou que havia risco de desfalque patrimonial para ambas as partes, mas não dano irreparável, e tomou sua decisão em função de outras considerações.

Estas duas decisões da Min. Eliana Calmon, pela primeira vez nesta análise, parecem ter apreciado as conseqüências da tutela coletiva a partir de um ponto de vista exclusivamente *individual*. Trataram a questão como se o valor do reajuste estivesse sendo discutido entre a prestadora e um particular, e como se a não aplicação do reajuste tivesse efeitos semelhantes para um e para outro. É isto que, acredita-se, pode ser extraído da segunda decisão, na medida em que esta se limita a afirmar a existência de desfalque patrimonial para ambas as partes. Na primeira decisão, de maneira mais intensa, o STJ nem sequer aventa as eventuais conseqüências da suspensão do reajuste para as prestadoras; ocupa-se apenas das conseqüências que sofreriam os usuários caso não fosse concedida a tutela.

Passando às decisões que mantiveram a vigência dos atos regulatórios questionados, a primeira que abordou a questão da reversibilidade do provimento foi a já referida monocrática "**Assinatura Básica - MC 10235 - 23/06/2005**",⁹⁷ da autoria do Min. Teori A. Zavascki. O entendimento adotado nesta decisão parece ser essencialmente contrário ao adotado na primeira decisão exposta para esta questão ("Reajuste de Tarifas – MC 2282 – 17/12/1999"):

(...) o senso prático comum indica, nesse aspecto, que haverá mais dificuldade em cobrar valores atrasados acumulados, devidos por grande número de usuários, do que restituir, se for o caso mediante compensações nas próprias contas e faturas, dos valores eventualmente cobrados a maior.

Basicamente, a primeira decisão afirma que obrigar os usuários a desembolsar valores controversos causar-lhes-ia dano irreparável; a presente decisão, pelo contrário, afirma que seria mais fácil reverter a situação em que os usuários pagam os valores controversos, do que a situação em que a prestadora do serviço deixa de receber estes valores de um grande número de usuários. Justamente nesses termos, a presente decisão parece contrapor a análise conseqüencial com enfoque particular (voltada às conseqüências do indeferimento da tutela coletiva aos usuários *individualmente considerados*) à análise com enfoque geral (voltada às

⁹⁷ Contexto já descrito acima: trata-se da liminar concedida em Medida Cautelar ajuizada pela Sercomtel S.A. Telecomunicações, visando atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra acórdão do TJ-PR que, em sede de agravo de instrumento, manteve decisão concessiva de tutela antecipada para suspender a cobrança da assinatura básica.

conseqüências da tutela coletiva para a concessionária e para os usuários *coletivamente considerados*). Ainda que não haja aqui também profundidade no que toca à descrição de causas e conseqüências, esta é, certamente, uma abordagem mais rica do que as que consideram apenas as conseqüências individuais ou apenas as conseqüências gerais.

Calha questionar se esta diferença radical de posicionamento entre essas duas decisões (a presente decisão e a primeira decisão analisada para a questão) decorreria da diferença de assuntos tratados. Na primeira decisão, o assunto tratado era “Reajuste de Tarifas”, ao passo que na presente decisão é “Assinatura básica”. Os conflitos subjacentes a essas decisões têm uma diferença importante entre si. No primeiro caso, a decisão da instância inferior havia suspenso a aplicação do reajuste às tarifas do STFC, ou seja, havia impedido que uma transformação na realidade (que deve ocorrer regularmente, segundo o contrato de concessão) se realizasse. No caso da presente decisão, do contrário, a decisão da instância inferior havia, ela mesma, operado uma alteração na realidade, impedindo a cobrança da assinatura básica.

A questão que se coloca, então, é: esta diferença entre as situações de fato é suficiente para justificar a disparidade das decisões? Acredita-se que não, por algumas razões. Inicialmente, é preciso considerar que, no caso do reajuste, a decisão da instância inferior não impediu simplesmente uma mudança na realidade (uma mudança qualquer); impediu uma mudança que ocorre ordinariamente, todos os anos. É possível entender, então, que a própria decisão causou uma alteração na realidade na medida em que “quebrou uma rotina” – de maneira muito simples, alterou uma regra. Em segundo lugar, não parece que a diferença identificada na situação seja de fato relevante ou influencie de alguma maneira o problema da reversibilidade, ao menos sob o enfoque em que foi abordado pelos dois julgadores. Esse enfoque, não há dúvida, foi o da viabilidade de restituição ou pagamento de valores, caso a norma fosse definitivamente alterada. E neste aspecto não há nada a autorizar a disparidade entre as decisões: em ambos os casos, as eventuais conseqüências dos variados cenários seriam semelhantes para ambos os lados; tendo sido concedida antecipação de tutela para reduzir o valor pago pelos usuários às concessionárias, dependendo da decisão final do processo, alguma dessas duas medidas teria de ser adotada: pagamento, pelos usuários, dos valores cuja exigibilidade havia sido suspensa pela antecipação de tutela, mas que foram considerados exigíveis ao final; ou devolução, pela Concessionária, de valores cuja exigibilidade não tivesse sido suspensa, mas que foram considerados inexigíveis ao final.

Diante disso, acredita-se que a disparidade entre essas decisões decorre mesmo de uma diferença de entendimento entre os julgadores, e não de uma diferença nos fatos subjacentes aos processos.

A segunda decisão pró-regulação que analisa questão é o também já citado acórdão "**Créditos de Celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005**",⁹⁸ proferido pela 1ª Turma do STJ sob a relatoria do Min. Francisco Falcão, em que o problema foi tratado de maneira bastante sintética, que se resume na seguinte frase: "(...) os valores não auferidos pelo requerente dificilmente seriam recompostos em face da natureza do sistema pré-pago". Aqui também, como na decisão exposta logo antes, encontra-se entendimento essencialmente diverso do esposado na primeira decisão exposta ("Reajuste de Tarifas – MC 2282 – 17/12/1999"). Por outro lado, nada nessa decisão autoriza afirmar que a análise de conseqüências aí realizada tenha tido um enfoque geral ("macro"); o único motivo para afirmar a irreversibilidade das conseqüências da tutela em relação à prestadora do serviço foi, neste caso, a natureza do sistema pré-pago, o que parece ter relação com a peculiaridade do modelo de remuneração deste tipo de plano. Tem-se aqui, portanto, um caso de decisão que preserva a regulação e busca fundamento (entre outros) em análise conseqüencial com enfoque particular.⁹⁹

Em terceiro lugar, entre as decisões que mantêm a regulação vigente, está a monocrática "**Fidelização - MC 14268 - 29/05/2008**". Trata-se de uma liminar concedida pela Min. Nancy Andrighi em Medida Cautelar ajuizada por TIM Celular S.A. para atribuir efeito suspensivo a recurso especial interposto contra acórdão de apelação que manteve sentença de procedência (proferida em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro), que decidiu "(...) condenar a ré a abster-se de cobrar multa rescisória, na hipótese de esvaziamento material do objeto do contrato, decorrente de caso fortuito ou força maior, especialmente no caso de desapossamento por furto ou roubo (...)". Nesta decisão a questão conseqüencial é tratada da seguinte forma:

⁹⁸ Contexto já descrito acima: acórdão proferido pela 1ª Turma do STJ sob a relatoria do Min. Francisco Falcão, em Agravo Regimental interposto contra o indeferimento da liminar em Medida Cautelar ajuizada por TNL PCS S.A., que visava atribuir efeito suspensivo a Recurso Especial. Este, por sua vez, foi interposto contra o acórdão proferido em segunda instância em sede de agravo de instrumento, onde foi revertida a decisão que havia indeferido tutela antecipada em ação civil pública para acabar com a prescrição (prazo de validade) dos créditos do sistema de celulares pré-pagos.

⁹⁹ No entanto, é preciso lembrar que esta mesma decisão já havia analisado, com enfoque geral, as conseqüências da tutela sobre a configuração da infra-estrutura de prestação do serviço (v. seção 5.2.2.1, acima). Por este motivo, ao final, deve-se considerar que esta decisão realizou a análise conseqüencial com enfoque geral.

(...) o cumprimento do acórdão vergastado exigirá a adoção de diversas providências pela requerente, tais como a alteração de seu contrato padrão e a restituição de valores, cuja reversibilidade, se não impossível, se mostra, os [*sic*] menos, bastante difícil.

Essa é a primeira decisão que considera um problema ligado a reversibilidade do provimento que não a restituição de valores. E não parece ser possível dizer que essa peculiaridade se deva ao assunto tratado, já que, por exemplo, situações hipotéticas em que as prestadoras tivessem que deixar de cobrar a assinatura básica, ou de aplicar restrição temporal ao uso de créditos de celulares também deveriam ser acompanhadas de mudanças nos contratos de adesão. No entanto, isso não foi mencionado nas decisões anteriores.

Além disso, a preocupação com a necessidade de alteração do contrato “padrão” revela inegavelmente o enfoque geral (ou “macro”) da análise conseqüencial empreendida por esta decisão. Isto decorre da própria idéia do “contrato padrão”, que é aquele aplicável a todos os usuários.

Em quarto lugar, entre as decisões pró-regulação, encontra-se o já citado acórdão "**Créditos de Celular - REsp 806304 - 02/12/2008**",¹⁰⁰ proferido pela 1ª Turma do STJ sob a relatoria do Min. Luiz Fux, onde a questão da reversibilidade é tratada da seguinte forma:

(...) é de considerar-se a inexistência de risco de dano de irreparável ou de difícil reparação a justificar a antecipação dos efeitos da tutela. Levando-se em conta a solvabilidade das empresas réis, bem como a possibilidade de identificação das contas pelos números dos telefones, é de concluir-se não haver justificativa para a concessão deferida¹⁰¹

Aqui também a reversibilidade é analisada com mais profundidade do que nas primeiras decisões. Embora ainda de maneira vaga, esta decisão considera dois aspectos que não haviam sido levantados nas decisões anteriores: (i) a solvabilidade das prestadoras; (ii) os mecanismos de faturamento das prestadoras (que, entendeu-se, seria capaz de permitir a identificação dos usuários que eventualmente deveriam receber devoluções).

¹⁰⁰ Acórdão proferido no julgamento de recurso especial interposto pelo MPF e de recursos especiais adesivos da BCP S.A. e da TIM Celular S.A. contra acórdão do TRF4, que manteve a sentença de improcedência proferida pela Vara Federal de Bento Gonçalves, RS, em Ação Civil Pública que postulava a declaração de ilegalidade da atribuição de prazos de validade aos créditos de celulares pré-pagos (entre outros pedidos).

¹⁰¹ Este trecho, na verdade, é oriundo da decisão proferida em segundo grau, à qual a decisão em análise se filiou.

O que é mais interessante, no entanto, é o fato de que esta decisão realiza uma análise consequencial voltada às conseqüências do indeferimento da tutela para os usuários do serviço, mas mesmo assim com enfoque geral do problema. De fato, embora se preocupe com a devolução de créditos vencidos aos usuários, o acórdão analisa a capacidade das prestadoras fazerem-no de forma concentrada, para a *generalidade dos usuários* que eventualmente merecessem devolução. Ou seja, a análise volta-se aos usuários, mas considera-os *coletivamente*.

O pioneirismo dessa decisão assume importância na análise que ora se empreende, porque demonstra que não necessariamente todas as análises de conseqüências voltadas aos usuários terão enfoque particularizado; podem ter também enfoque geral. Por outro lado, despertada agora esta questão, é necessário reconhecer também que nem todas as análises consequenciais voltadas ao prestador do serviço têm necessariamente enfoque geral; exemplo disso é a decisão "Créditos de Celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005", analisada logo acima.

A última decisão que aborda essa questão é a também já referida monocrática "**Área Local - MC 15027 - 10/12/2008**".¹⁰² O tratamento dado à reversibilidade nesse caso é idêntico ao da primeira decisão que assumiu postura pró-regulação entre as que abordaram esta questão específica (decisão "Assinatura Básica - MC 10235 - 23/06/2005"), mas sem que haja qualquer referência de uma à outra.¹⁰³

Com isso, é possível perceber que o tratamento dado pelo STJ à questão específica "Ponderação das possibilidades/custos de reversão da medida" é, no geral, bastante simplificado. A maioria das decisões extrai suas conclusões do senso comum e preocupa-se apenas com o problema da restituição de valores controversos. Apenas duas decisões ("Fidelização - MC 14268 - 29/05/2008" e "Créditos de Celular - REsp 806304 - 02/12/2008") vão além disso, para considerar problemas como a necessidade de adaptação dos contratos de adesão, a solvabilidade das prestadoras e a possibilidade de uso dos sistemas de faturamento para identificar usuários que devam receber restituições.

¹⁰² Liminar deferida pelo Min. Teori Zavascki em Medida Cautelar buscando a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial interposto em face de acórdão que, em sede apelação, julgou procedente ação civil pública, para o fim de determinar a suspensão da cobrança da tarifa interurbana de telefonia para as ligações entre municípios pertencentes a mesma região metropolitana.

¹⁰³ Diante disso, considerando tratarem-se de assuntos diversos, esta semelhança somente pode ser explicada pelo autor em comum: o Min. Teori Zavascki.

Mas a análise desta questão específica foi bastante proveitosa para a análise sobre a abordagem da questão consequencial nas decisões em geral. Três constatações chamam especialmente a atenção neste caso. Inicialmente, pela primeira vez foram identificadas decisões que apreciaram a questão consequencial com enfoques exclusivamente particular. A segunda constatação é a de que uma dessas decisões que realizou a análise consequencial com enfoque particular, ainda assim, preservou a regulação ("Créditos de Celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005"). Por fim, foi possível perceber que nem sempre a análise de consequências voltada ao usuário tem enfoque particular (com demonstra a decisão "Créditos de Celular - REsp 806304 - 02/12/2008"), assim como a análise consequencial voltada ao prestador do serviço não necessariamente tem enfoque geral ("Créditos de Celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005").

5.2.2.5) Consequências sobre a qualidade da prestação do serviço

A primeira decisão a considerar possíveis efeitos das decisões das ações coletivas na qualidade da prestação dos serviços foi a liminar “**Assinatura básica - MC 10235 - 23/06/2005**”, proferida pelo Min. Teori Zavascki e já referida anteriormente.¹⁰⁴ Neste caso, a indicação dos efeitos sobre a qualidade do serviço não passou de uma menção, e veio associada à afirmação de que a decisão causaria impacto no equilíbrio econômico financeiro. Eis o trecho da decisão:

(...) prevista como uma das cláusulas financeiras do contrato administrativo de concessão dos serviços de telefonia, a supressão da questionada tarifa compromete, sem dúvida, o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido originalmente no contrato, com consequências imprevisíveis quanto à continuidade futura de sua execução, a não ser mediante medidas compensatórias que, direta ou indiretamente, serão também suportadas pelos próprios usuários dos serviços. [sublinhou-se]

Essencialmente, afirma-se que a decisão atacada altera a forma de remuneração do serviço (retirando-lhe uma fonte importante de receita – a assinatura básica), e que causa efeitos negativos quanto à qualidade da prestação do serviço. Sem dúvida, essa é uma consideração feita de um ponto de vista geral (“macro”); reflete a tentativa de compreensão

¹⁰⁴ Esta decisão foi proferida pelo Min. Teori Zavascki em medida cautelar que visava a atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra acórdão do TJ-PR que, em sede de agravo de instrumento, manteve decisão concessiva de tutela antecipada para suspender a tarifa de assinatura básica cobrada pela utilização dos serviços de telefonia fixa.

dos efeitos da decisão sobre o serviço como um todo. Por outro lado, menos do que uma análise, essa consideração é apenas uma suposição bastante vaga; não há preocupação em identificar como a decisão atingiria a qualidade do serviço e que efeitos isso geraria. Quanto aos efeitos, em especial, o julgador declaradamente abre mão de tentar identificá-los, afirmando que são “imprevisíveis”.

Em segundo lugar está um grupo de três decisões idênticas e de mesma origem, proferidas pelo Min. João Otávio de Noronha, e que já foram referidas anteriormente: (i) “**Créditos de celular - MC 10915 - 06/12/2005**” (prestadora: TNL PCS S.A.), (ii) “**Créditos de celular - MC 10924 - 06/12/2005**” (BSE S.A – “Claro”) e (iii) “**Créditos de celular - MC 10925 - 06/12/2005**” (TIM Nordeste Telecomunicações S.A.).¹⁰⁵ O que é dito nesses precedentes em relação às conseqüências da tutela coletiva sobre a qualidade da prestação de serviços está no trecho já transcrito acima para tratar da “separação de poderes”. Para maior clareza, contudo, permite-se repetir o fragmento especificamente relacionado à qualidade do serviço: “(...) ao intervir na relação jurídica para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, o Judiciário corre o risco de criar embaraços que podem não apenas comprometer a qualidade desses serviços mas, até mesmo, inviabilizar a sua prestação”.

A questão foi tratada de maneira muito parecida pelo acórdão “**Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008**”¹⁰⁶ (proferido pela 1ª Turma do STJ, sob a relatoria do Min. Luiz Fux), também já referido anteriormente, motivo pelo qual estas quatro decisões serão analisadas em conjunto. Sobre elas podem ser feitos os mesmos comentários dedicados à decisão “Assinatura básica - MC 10235 - 23/06/2005”. Basicamente: as conseqüências da tutela coletiva sobre a qualidade da prestação do serviço são, sim, consideradas de um ponto

¹⁰⁵ O contexto de prolação dessas decisões já foi afirmado na análise da questão “separação de poderes”, nos seguintes termos: decisões proferidas em medidas cautelares voltadas à atribuição de efeito suspensivo a recursos especiais interpostos, por diferentes prestadoras de telefonia celular (SMP), contra a mesma decisão: acórdão do TRF5 que deu provimento a agravo de instrumento e concedeu a antecipação de tutela requerida em ação civil pública do Rio Grande do Norte, vedando a fixação de prazo de validade para utilização de créditos em telefones celulares pré-pagos.

¹⁰⁶ Essa decisão foi também apreciada no item da questão “separação de poderes”, mas repete-se aqui o contexto em que ela surgiu, para facilidade de referência. Trata-se do julgamento do REsp do MPF e de REsps adesivos da BCP S.A. e da TIM Celular S.A. contra acórdão do TRF4 que manteve a sentença de improcedência proferida pela Vara Federal de Bento Gonçalves, RS, em Ação Civil Pública que postulava a declaração de ilegalidade da atribuição de prazos de validade aos créditos de celulares pré-pagos (entre outros pedidos). O trecho desta decisão que aborda as conseqüências sobre a qualidade do serviço é o seguinte: “O Judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade”.

de vista geral (“macro”); mas não existe qualquer tentativa de compreender como isso ocorre na prática, havendo apenas a menção genérica a “embaraços”.

Em terceiro lugar, a monocrática **“Assinatura básica - SLS 250 - 28/03/2006”** (também já referida anteriormente) foi proferida pelo Presidente do STJ no julgamento de pedido de suspensão da liminar que, em sede de agravo de instrumento, concedeu a antecipação de tutela em ação civil pública, para o fim de suspender a cobrança da assinatura básica do STF. Nesta decisão, o impacto da tutela coletiva sobre a qualidade do serviço foi apreciada da seguinte maneira:

(...) ao contrário do que anteriormente decidido pela origem, parece-me presente efetivo risco de dano inverso à população, em sobrevindo má prestação dos serviços por falta de investimentos, como resultado direto do não recebimento, pela concessionária, da contraprestação pecuniária criada e imposta não pela empresa, mas pela própria Administração.

E não parece que esta decisão inove em algo com relação às decisões vistas anteriormente; aplicam-se a ela, deste modo, os comentários já expendidos acima.

Por fim, há duas decisões que deram tratamento idêntico à matéria, uma fazendo referência à outra: **“Assinatura básica - AgRg na SLS 250 - 16/05/2007”** e **“Assinatura básica - SLS 879 - 05/06/2008”**. Ambas já foram referidas anteriormente,¹⁰⁷ a primeira foi proferida pelo Min. Edson Vidigal e a segunda pelo Min. Humberto Gomes de Barros, ambos na qualidade de presidentes do STJ, cada um à época da respectiva decisão. A análise consequencial relacionada à qualidade do serviço foi feita nos termos do seguinte trecho:

Sem a contraprestação ao serviço posto à disposição do consumidor, poderá comprometer-se o sistema de telefonia em seu todo, abrangendo a sua manutenção, adequação e eficiência, diante da falta de investimentos no setor, que – como é notoriamente sabido – não se sustenta apenas com o pagamento das ligações telefônicas efetivamente realizadas pelos usuários. Há a considerar, nesse ponto, o efeito multiplicador das demandas ajuizadas com igual objetivo. Tem-se notícia, com efeito, da existência de milhares de feitos a focar a mesma matéria em mais de um Estado da Federação, sobretudo no Rio Grande do Sul.

Presente, nessas condições, o risco de dano inverso à população, caso haja “má prestação de serviços por falta de investimentos, como resultado direto do não recebimento, pela concessionária, da contraprestação pecuniária criada e imposta não pela empresas, mas pela própria Administração” (fl. 396).

¹⁰⁷ A primeira decisão é o acórdão que decidiu o agravo regimental interposto em face da decisão “Assinatura Básica – SLS 250 – 28/03/2006”; a segunda é decisão monocrática do Presidente do STJ (à época, Min. Humberto Gomes de Barros) que deferiu pedido de suspensão do acórdão do TJ-MS, que havia mantido sentença de procedência da Ação Civil Pública em que se postulava a supressão da cobrança da tarifa de assinatura básica.

Em suma, o não-pagamento da tarifa básica residencial relaciona-se com a operacionalidade do sistema, aspecto este que deve preservado no interesse dos próprios usuários e da população em geral.

A adoção dessa fundamentação pela decisão da SLS 879 se deu através da transcrição da decisão da SLS 808, a qual, esta sim, fez menção ao acórdão “Assinatura básica - AgRg na SLS 250 - 16/05/2007”. É interessante notar, neste caso, que a decisão suspensa pela SLS 808 havia sido proferida em um *processo individual*, em que um usuário procurava livrar-se da obrigação de pagar assinatura básica. Desta forma, embora pareça evidente que a qualidade do serviço foi apreciada de um ponto de vista geral nos trechos transcritos, isto foi feito da mesma forma em um processo coletivo e em um processo individual. A adoção deste “raciocínio geral” na SLS 808 parece se justificar pela existência de milhares de ações individuais, questionando a cobrança da assinatura básica, o que, ao final, inevitavelmente teria um efeito global de proporções coletivas. Mesmo assim, o que parece ser relevante para a presente análise é o fato de que a mesma análise, com a mesma profundidade, tenha servido a uma decisão de processo coletivo e a uma decisão de processo individual. Isso autoriza questionar em que medida a profundidade dessa análise seria suficiente para fundamentar uma decisão em processo coletivo; é certo que no caso da assinatura básica, a existência de considerações no plano coletivo seria conveniente mesmo nas ações individuais, dado o enorme número de ações. Contudo, nas ações coletivas este “modo de pensar” coletivo é antes de tudo uma imposição; não parece normal que em ambos os casos a análise orientada coletivamente tivesse a mesma profundidade.

De resto, considerando o teor das razões adotadas nessas decisões, embora se valham de algumas idéias que não apareceram nas decisões anteriores (como “efeito multiplicador” e “operacionalidade do sistema”), não se pode dizer que sua análise seja mais profunda do que a destas. Em suma, contêm todas elas uma só idéia: a alteração da regulação que define a remuneração do prestador pode afetar a qualidade da prestação do serviço. Em nenhum dos casos a idéia se desenvolve de maneira mais detalhada, de forma a identificar precisamente qual é a dimensão da receita que se pretende suprimir e que tipo de despesa seria prejudicada. Em outras palavras, não se tenta fazer uma análise que fosse capaz de identificar, na dinâmica contábil da concessão, como a alteração da regulação poderia afetar os prestadores ou o serviço.

5.2.2.6) Conseqüências sobre aspectos institucionais e de segurança jurídica

São 10 (dez) as decisões que abordam as conseqüências da tutela sobre aspectos institucionais e de segurança jurídica e, em todas elas, a regulação foi preservada. Para maior simplicidade, será usada a expressão “questão institucional” para fazer referências genéricas às discussões sobre este tipo de conseqüência.

A primeira dessas decisões foi o acórdão “**Área Local – REsp 572070 – 16/03/2004**”, da 2ª Turma, relatado pelo Min. João Otávio de Noronha e já referido anteriormente¹⁰⁸, onde a questão institucional foi tratada da seguinte maneira:

a regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia em prol do conjunto da população brasileira. Esse objetivo, entretanto, somente será atingido com uma política regulatória estável que privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.

Argumento exatamente igual foi usado em três decisões monocráticas proferidas algum tempo depois em processos que versavam sobre assunto diverso (créditos de celular). São as decisões “**Créditos de celular – MC 10915 – 06/12/2005**”, “**Créditos de celular – MC 10924 – 06/12/2005**” e “**Créditos de celular – MC 10925 – 06/12/2005**”, todas já referidas anteriormente¹⁰⁹, e também da lavra do Min. João Otávio Noronha.¹¹⁰

O trecho transcrito na fundamentação das decisões vem logo após considerações sobre a separação de poderes e sobre as conseqüências da intervenção judicial para a qualidade do serviço. Inicialmente, destaca-se como papel institucional da regulação o de “favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia em prol do conjunto da população brasileira”. Logo após, afirma-se a importância da segurança jurídica e estabilidade do marco regulatório para o

¹⁰⁸ Acórdão proferido em recurso especial interposto contra acórdão de segundo grau que, em agravo de instrumento, manteve a antecipação de tutela concedida em primeiro grau, para suspender a cobrança da tarifa de longa distância entre a sede e os distritos do município de Cornélio Procópio-PR.

¹⁰⁹ São todas liminares concedidas em medidas cautelares ajuizadas por prestadoras do SMP para atribuir efeito suspensivo a seus respectivos recursos especiais, interpostos contra acórdão do TRF5 que deu provimento a agravo de instrumento para conceder antecipação de tutela em ação civil pública, vedando às requerentes a fixação de prazo de validade para utilização de créditos ativados em telefones celulares pré-pagos.

¹¹⁰ Nessas decisões, embora coloque o argumento com as mesmas palavras usadas na decisão “Área Local – Resp 572070 – 16/03/2004”, o Min. Noronha não faz referência a esta; limita-se a introduzir o argumento com as seguintes palavras: “A propósito, já tive a oportunidade de salientar que (...)”.

cumprimento desse papel institucional. Sobre como essa estabilidade opera em favor do papel institucional da regulação, a menção da incapacidade de investimento do Estado parece revelar a preocupação com a criação de ambiente favorável ao investimento privado. Em resumo, parece possível enxergar aí o entendimento de que cabe à regulação garantir um ambiente seguro ao investimento privado.

Embora o trecho transcrito não contenha uma afirmação expressa, enunciando causa, nexo de causalidade e consequência, fica claro o entendimento do Min. Noronha no sentido de que, ao menos nos casos ali analisados, a alteração da regulação por meio da tutela coletiva (causa) quebraria a estabilidade da política regulatória, inviabilizando o cumprimento do papel institucional da regulação (consequências). Desta forma, ainda que não se possa dizer que estas decisões fizeram uma análise aprofundada dos aspectos institucionais e de segurança jurídica relacionados à regulação, é inegável que a análise consequencial voltada a esta questão foi feita a partir de um *ponto de vista geral*. Afinal, considerou-se os impactos que concessão da tutela poderia ter sobre a estabilidade de todo o marco regulatório das Telecomunicações e sobre a persecução dos objetivos principais desta regulação (seu papel institucional).

Em segundo lugar está o acórdão “**Reajuste de tarifas – AgRg na SL 57 – 01/07/2004**”, proferido pela Corte Especial do STJ com a relatoria do Min. Edson Vidigal e já referido anteriormente.¹¹¹ A questão institucional nessa decisão foi tratada no voto do relator, com foco especialmente na segurança jurídica e na estabilidade do marco regulatório, de acordo com o seguinte trecho:

(...) vejo caracterizado o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que se instala, na medida em que a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos e despreza os vultosos investimentos feitos, pode sim causar perplexidade nos investidores, afastando-os, caos no sistema tarifário, a par de expor o país aumentando o risco Brasil e prejudicando o usuário que se buscou proteger, lesando a ordem pública administrativa.

¹¹¹ Acórdão proferido pela Corte Especial do STJ (com relatoria do Min. Edson Vidigal e votos-vogais dos ministros Humberto Gomes de Barros, Menezes Direito e Luiz Fux; e votos-vencidos dos ministros Nilson Naves e Barros Monteiro) no julgamento de Agravo Regimental interposto contra decisão que havia indeferido pedido de suspensão de liminar deduzido por quatro concessionárias do STFC (Telemar Norte Leste S.A., Brasil Telecom S.A., Sercomtel S.A. Telecomunicações e Companhia de Telecomunicações do Brasil Central), em face de antecipação de tutela concedida pelo Juízo da 2a. Vara Federal do Distrito Federal (2a. VF-DF) para suspender os atos da Anatel que autorizavam às referidas concessionárias a aplicação de reajuste às tarifas de STFC, na forma do contrato de concessão.

Segundo o raciocínio aí desenvolvido, a intervenção do Judiciário no sentido de alterar a regulação (neste caso, suspendendo a aplicação do reajuste previsto no contrato de concessão) implicaria na quebra do equilíbrio dos contratos, o que, por sua vez, levaria a quatro tipos de conseqüências: (i) perplexidade dos investidores; (ii) caos no sistema tarifário; (iii) aumento do risco Brasil; e, como desdobramento das três primeiras, (iv) prejuízo ao usuário. Aqui, portanto, mais uma vez o STJ manifesta preocupação com a estabilidade do marco regulatório, e afirma a importância disso na viabilização do investimento privado.

Como nas decisões comentadas logo acima, aqui também a análise conseqüencial é feita com uma *perspectiva geral*, já que dá atenção a conseqüências nitidamente gerais, que extrapolam a discussão específica desenvolvida na ação coletiva. Exemplo claro disso é a referência ao chamado “risco Brasil”, que é um problema relacionado ao País de uma maneira geral, refletindo inseguranças que vão muito além do setor de telecomunicações.

Não se pode deixar de referir que a liminar suspensa pela decisão ora analisada tinha eficácia em grande parte do território nacional, eis que havia sido proferida de maneira uniforme em mais de vinte ações coletivas reunidas na 2ª Vara Federal do Distrito Federal por força da liminar e do acórdão de procedência proferidos no Conflito de Competência nº 39.590.¹¹² Para que se tenha uma idéia, as concessionárias atingidas pela liminar eram Telemar Norte Leste S/A, Brasil Telecom S/A, Sercomtel S/A – Telecomunicações, Cia. Telecomunicações do Brasil Central – CTBC. Vale dizer: a eficácia territorial da decisão alcançava as áreas de concessão de todas essas concessionárias, o que significa todos os estados brasileiros, exceto São Paulo. É certo, portanto, que a discussão abordada na presente decisão tinha uma dimensão (em termos de eficácia territorial) maior do que a das discussões abordadas na maioria das outras decisões analisadas. Isso, no entanto, não parece desautorizar o entendimento de que a análise conseqüencial, neste caso, foi geral e ultrapassou os interesses exclusivos das partes. A referência ao “risco Brasil”, novamente, é indicativo disso; mesmo que todas as concessionárias do STFC estivessem envolvidas, o problema do “risco Brasil” vai além disso, porque, como se disse, não diz respeito apenas ao setor de telecomunicações, mas a problemas institucionais que atingem toda a economia.

¹¹² Trata-se das decisões “Reajuste de tarifas – CC 39590 – 11/07/2003” e “Reajuste de tarifas – CC 39590 – 27/08/2003”, que serão analisadas com detalhe no capítulo seguinte.

Em terceiro lugar, no acórdão “**Créditos de celular – AgRg na MC 10443 – 13/12/2005**” (já citado anteriormente¹¹³), o voto do Min. Luiz Fux cita o precedente que se acabou de analisar (“Reajuste de tarifas – AgRg na SL 57 – 01/07/2004”), e comenta a postura adotada pela Corte Especial do STJ em casos como estes:

(...) essa tem sido a postura da Corte Especial que visando a evitar a surpresa aos segmentos reguladores, indefere pedidos liminares que infirmem os atos das Agências nos limites de suas atribuições (AgRg na SL 57/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ 06.09.2004).

Deveras, agindo o segmento regulado consoante a Resolução da Agência e surpreendida com decisão liminar que a altera, o seu recurso revela a um só tempo *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. [sublinhou-se]

Trata-se, como se vê, de trecho que já foi objeto de comentário em seção anterior (5.2.1: “Separação de Poderes”). Como antes, o que chama atenção é a afirmação de tendência jurisprudencial na Corte Especial do STJ, no sentido de preservar a regulação em juízo liminar (ou perfunctório). Mas aqui, em adição ao que foi dito no capítulo anterior, cabe ressaltar a importância da segurança jurídica nessa orientação; isso fica claro com o manifesto repúdio à surpresa na alteração da regulação, como se percebe na decisão. Considerando o trecho transcrito e o contexto em que se insere no arrazoado¹¹⁴, é possível dizer que a segurança jurídica - embora não citada nominalmente - é a principal razão que fundamenta esta postura. Considerando, por outro lado, a referência à decisão “Reajuste de tarifas – AgRg na SL 57 – 01/07/2004” e a afirmação expressa de que a tutela pleiteada tinha potencial para alterar a regulação¹¹⁵, é possível também afirmar que a análise consequencial foi feita a partir de um *ponto de vista geral* nesta decisão.

Em quarto lugar, tem-se a monocrática “**Assinatura básica – SLS 250 – 28/03/2006**”, proferida pelo Min. Edson Vidigal, então presidente do STJ, e sobre a qual já se falou

¹¹³ Julgamento de agravo regimental interposto contra o indeferimento da liminar em Medida Cautelar, que visava atribuir efeito suspensivo a recurso especial. Este foi interposto contra o acórdão proferido em agravo de instrumento, o qual reverteu a decisão que havia indeferido tutela antecipada em ação civil pública, para acabar com a prescrição (prazo de validade) dos créditos do sistema de celulares pré-pagos. 1ª Turma; rel.: Min. Francisco Falcão; vencido: Min. José Delgado.

¹¹⁴ Uma transcrição mais longa, revelando mais do arrazoado desta decisão pode ser vista na seção 5.2.1: “Separação de Poderes”.

¹¹⁵ Aspecto que foi objeto de comentário quando da análise desta mesma decisão na seção 5.2.1.

anteriormente.¹¹⁶ A decisão aborda especificamente a segurança jurídica e o respeito aos contratos, nos termos a seguir colocados:

(...) se as características do contrato firmado não fossem asseguradas, permitindo-se às partes poderes ilimitados para unilateralmente revê-lo, ainda que via decisão judicial, o particular não mais teria interesse ou segurança para negociar com a Administração. E um País como o nosso, com tantos problemas como o da sonegação fiscal, da corrupção com o dinheiro público, o das evasões inconfessáveis de bilhões de dólares para os escaninhos ilícitos dos paraísos fiscais, um País tão precisado de investimentos externos indispensáveis ao enfrentamento do desemprego e precisado de desenvolvimento econômico, não pode cochilar especialmente nesse tema de respeito aos contratos.

Fazê-lo seria, desde logo, ofender o princípio da segurança jurídica, de forma a inspirar insegurança e riscos na contratação com a Administração, resultando em graves conseqüências para o interesse público, inclusive com repercussões negativas sobre o influente “Risco Brasil”.

Trata-se aí, portanto, de estabilidade institucional, especialmente no que toca ao respeito aos contratos e à segurança jurídica. Aderindo a estes valores, a decisão afirma que as alterações no contrato devem ser limitadas, inclusive as alterações feitas judicialmente. Entram em jogo, com essa afirmação, dois cânones, um de cada um dos dois ramos do Direito que estão envolvidos nesta pesquisa. No que toca ao Direito Administrativo, a postura da decisão tenderia a limitar uma prerrogativa comumente reconhecida à Administração nos contratos administrativos: o “poder” de alteração unilateral. Para o Direito Processual Civil, a afirmação do ministro poderia levar a uma interpretação restrita do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) no que toca à revisão de contratos administrativos.

Essas duas limitações às alterações de contratos, segundo o Min. Vidigal, atenderiam ao valor (princípio) da segurança jurídica. Mas falta profundidade à decisão, que, se por um lado, não sugere a total vedação às alterações contratuais, por outro, também não sugere com que medida e em quais situações elas deveriam ser limitadas. Seja como for, mais uma vez a análise institucional e o cuidado com a segurança jurídica estão associados à preocupação de fazer do Brasil um ambiente seguro e confortável para o investimento privado. Aparece aqui, pela segunda vez, a idéia de “risco Brasil”, como algo que seria afetado se a regulação fosse alterada. Além disso, nesta decisão, a preocupação com o “risco país” vem acompanhada de

¹¹⁶ Pedido de suspensão de liminar proferida em segundo grau, em sede de agravo de instrumento, interposto contra o indeferimento de antecipação de tutela em ação civil pública para suspender a cobrança da assinatura básica do STFC.

uma digressão sobre outros problemas brasileiros (“sonegação fiscal, corrupção com o dinheiro público, evasões inconfessáveis de bilhões de dólares”). A impressão que se tem é a de que o ministro pretende evitar que a todos esses problemas se some mais um: a instabilidade institucional, materializada, neste caso, na quebra de contratos e na instabilidade do marco regulatório.

Estas últimas reflexões revelam a *perspectiva claramente geral* da análise consequencial empreendida nesta decisão. Como se vê, o Min. Vidigal entende que a alteração da regulação pela tutela coletiva deve ser afastada em preservação de uma diretriz geral de estabilidade institucional, que diz respeito a toda a economia do País. Isto se evidencia, mais uma vez, pelo apreço ao ambiente de investimentos seguro e pela referência ao “risco Brasil”.

Em quinto lugar estão duas decisões que tratam de maneira idêntica a questão institucional: os acórdãos “**Área Local – REsp 736473 – 25/11/2008**” e “**Área Local – Resp 757971 – 25/11/2008**”, proferidos pela 1ª Turma do STJ, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, ambos já referidos anteriormente.¹¹⁷ O tratamento dispensado à questão foi o seguinte:

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

Aqui, pela primeira vez, há uma descrição um pouco mais detalhada sobre a função e os objetivos das Agências Reguladoras. No entanto, esta descrição não serviu a uma linha argumentativa que defendia a preservação da regulação; tratava-se, neste ponto das decisões, da legitimidade passiva da Anatel para o feito, a qual restou confirmada. Isso não quer dizer, contudo, que a questão institucional tenha sido negligenciada na solução do mérito; além do trecho colacionado, em momento posterior as decisões contêm (ambas, já que são idênticas) transcrição do trecho que abordou a questão institucional no acórdão “**Área Local – REsp 572070 – 16/03/2004**”, que já foi objeto de comentário acima.

¹¹⁷ Proferidos no julgamento conjunto de Recursos Especiais da Brasil Telecom e da Anatel, interpostos contra acórdão de apelação, que manteve a sentença, suspendendo a cobrança da tarifa de longa distância entre as sedes e os distritos dos municípios de Caxias do Sul e Farroupilha.

Diante desta referência (ao acórdão do REsp 572070), é possível também dizer que a análise consequencial foi feita de um *ponto de vista geral* nestas decisões. Além disso, não se pode deixar de notar que estas decisões dão grande importância à questão institucional, a ponto de abordá-la em dois pontos de suas respectivas fundamentações (no trecho transcrito aqui e na colação de trecho da decisão “Área Local – REsp 572070 – 16/03/2004”).

Por fim, tem-se o acórdão “**Créditos de celular – REsp 806304 – 02/12/2008**”, proferido pela 1ª Turma do STJ, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, sobre o qual já se comentou anteriormente.¹¹⁸ O trecho desta decisão que trata da questão institucional é o seguinte:

O ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário, posto urgente não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito (...) [grifou-se]

Também de autoria do ministro Luiz Fux, esta decisão descreve o papel institucional da regulação – especialmente de sua função e de seus objetivos – de maneira parecida com a das decisões analisadas acima. Aqui, no entanto, essa descrição está inserida no próprio arrazoado de mérito, logo após considerações sobre as consequências da alteração da regulação sobre a qualidade da prestação do serviço. Além disso, a análise consequencial sobre a questão institucional está vinculada às considerações sobre a separação de poderes, especialmente no que toca à presunção de legitimidade da norma regulatória que se pretende infirmar.

Uma vez que foram considerados os objetivos da regulação de telecomunicações de um modo geral (e não apenas os objetivos do ato regulatório em questão), pode-se identificar, aqui também, uma perspectiva geral na análise consequencial voltada à questão institucional.

De um modo geral, pode-se dizer que as considerações do STJ sobre a questão institucional revelam uma preocupação em preservar a segurança jurídica e a estabilidade do marco regulatório. Essa parece ser a verdadeira finalidade das digressões contidas nessas decisões a respeito do papel institucional da regulação. E esse parece ser um valor tão caro ao

¹¹⁸ Trata-se do julgamento do REsp do MPF e de REsp adesivos da BCP S.A. e da TIM Celular S.A. contra acórdão do TRF4 que manteve a sentença de improcedência proferida pela Vara Federal de Bento Gonçalves, RS, em Ação Civil Pública que postulava a declaração de ilegalidade da atribuição de prazos de validade aos créditos de celulares pré-pagos (entre outros pedidos).

Tribunal que, segundo declarou o ministro Luiz Fux na decisão “Créditos de celular – AgRg na MC 10443 – 13/12/2005”, levou a Corte Especial a adotar um posicionamento de evitar a alteração da regulação em juízo perfunctório.

No entanto, na linha do que já foi dito na análise particularizada das decisões, não é possível dizer que a abordagem da questão institucional pelo STJ tenha sido profunda. Nota-se, é evidente, a defesa de valores como a segurança jurídica, o cumprimento dos contratos e a estabilidade regulatória. Mas não há arrazoados mais alongados sobre esses valores, sobre como estariam sendo afetados ou sobre a medida em que seria legítimo afetá-los num exame de legalidade das normas regulatórias; o que se tem são apenas menções a esses valores.

Merece destaque, ainda, o fato de que uma parte substancial dos julgados (especialmente os de autoria dos ministros João Otávio Noronha e Edson Vidigal) revela que esta preocupação com a segurança jurídica e a estabilidade da regulação serve ao propósito de garantir, no País, um ambiente seguro e confortável para os investimentos privados, especialmente em serviços públicos. Isso fica claro nas menções ao esgotamento da capacidade de investimento do Estado e ao “risco Brasil”, que é tradicionalmente tido como um dos fatores que afastam investimentos do País.

Por fim, no que toca à hipótese de análise fixada nesta seção¹¹⁹, verificou-se que *em todas essas decisões a análise consequencial voltada à questão institucional foi feita com uma perspectiva geral*, com atenção a problemas que ultrapassavam os interesses exclusivos das partes. Exemplo disso, como se ressaltou mais de uma vez, são as referências ao “risco Brasil”, que é um problema que diz respeito à economia nacional como um todo. No mesmo sentido devem ser entendidas as preocupações com a criação de um ambiente seguro de investimentos, que é um problema nitidamente mais amplo do que os problemas concretos. De todo modo, parece possível dizer que a análise consequencial voltada à questão institucional é *essencialmente geral*, porque os problemas relativos a instituições e à segurança jurídica também envolvem (como os exemplos citados – “risco Brasil” e ambiente de investimentos) interesses muito mais amplos do que os das prestadoras que estão no pólo passivo das ações coletivas.

¹¹⁹ A hipótese é: o STJ analisa as possíveis alterações da regulação de um ponto de vista "macro", considerando as consequências das decisões que atingem de forma geral a prestação dos serviços?

Em resumo, estas decisões analisaram as conseqüências desses conflitos sobre problemas nitidamente mais amplos do que os próprios conflitos, o que denota uma perspectiva de análise geral ou “macro”, preenchendo positivamente a hipótese fixada.

Feita essa análise, nota-se que é bastante variado o rol de conseqüências que o STJ se dispõe a apreciar nessas decisões. Em regra, como se viu, a análise conseqüencial é feita com uma perspectiva geral ou “macro”; os ministros procuram antever as conseqüências das decisões que decorrem do fato de este tipo de tutela (a tutela coletiva) ter efeitos gerais. E essa perspectiva geral se materializa, basicamente, de duas maneiras: ou (i) a conseqüência analisada é essencialmente geral (como o equilíbrio econômico-financeiro e questões institucionais e de segurança jurídica, p. ex.), ou (ii) é abordada uma conseqüência que não é necessariamente geral (p. ex., reversibilidade do provimento), mas a análise tem enfoque geral. A análise conseqüencial relacionada ao equilíbrio econômico-financeiro, como se disse, é essencialmente geral, justamente porque o equilíbrio econômico-financeiro é um aspecto geral do serviço, que diz respeito ao serviço como um todo. Embora seja possível que o desequilíbrio econômico-financeiro seja criado por uma decisão de processo individual, isso não é comum; pode ocorrer apenas em causas muito vultosas.

Por outro lado, quando se analisa a *possibilidade de reversão do provimento*, a perspectiva geral da análise conseqüencial dependerá do enfoque que for dado pelo julgador. Um tipo de conseqüência que freqüentemente é analisado sob essa rubrica (“possibilidade de reversão do provimento”) é o da restituição de valores (geralmente de tarifa) que se tornam controversos em função dessas ações coletivas. Exemplos disso são o valor da assinatura básica ou os valores correspondentes ao percentual de reajuste da tarifa. A propositura das ações coletivas não pretende apenas alterar a regulação, mas isentar os usuários do pagamento desses valores (esse, aliás, é o seu propósito final). A discussão que se estabelece sobre restituição de valores é basicamente a seguinte: caso a demanda seja julgada improcedente, e os usuários tenham deixado de pagar por força de antecipação de tutela os valores cuja exigibilidade estava em dúvida, seria possível a eles (usuários) restituir estes valores às concessionárias? Por outro lado, caso não houvesse antecipação de tutela, mas a demanda fosse julgada procedente ao final, as concessionárias seriam capazes de restituir aos usuários tudo o que eles pagaram desde a propositura da ação (ou desde antes disso, dependendo do

pedido deduzido)? Na decisão “Reajuste de Tarifas – MC 2282 – 17/12/1999”, por exemplo, da Min. Eliana Calmon, este problema da restituição foi solucionado sob um enfoque especial ou particular: apenas foi vislumbrada a possibilidade de dano irreparável para os usuários, o que ocorreria se eles pagassem os valores controversos. Embora a fundamentação da decisão não seja detalhada neste ponto, é possível perceber que a irreparabilidade do dano causado pelo pagamento (o que significava, no caso, irreversibilidade do provimento que se postulava ao STJ) foi afirmada com base apenas na existência de controvérsia sobre os valores; nada mais. Por outro lado, a decisão "Créditos de Celular - REsp 806304 - 02/12/2008" abordou o mesmo problema da possibilidade de restituição de valores (reversibilidade do provimento) sob um enfoque geral: considerou a solvabilidade das concessionárias e o mecanismo de tarifação por elas adotado para dizer que elas poderiam, sim, devolver os valores caso fosse necessário.

O estudo das decisões também levou à constatação de que nem sempre a análise consequencial voltada para o prestador do serviço é feita com uma perspectiva geral, assim como a análise voltada para o usuário nem sempre tem uma perspectiva particular ou especial. Isso está demonstrado, inclusive, na decisão "Créditos de Celular - REsp 806304 - 02/12/2008", sobre a qual se acabou de comentar. A preocupação do julgador nesse caso eram as consequências do provimento para os *usuários* – especificamente, a possibilidade de que os valores controversos fossem devolvidos pelas prestadoras aos usuários em caso de procedência da demanda. Mesmo assim, a análise consequencial considerou características globais do serviço.

Também foi possível constatar que, embora a maioria das decisões que fazem análise consequencial o faça com uma perspectiva geral (ou “macro”), em nenhum caso essa análise consequencial é verdadeiramente profunda. Não há, em nenhuma decisão, tentativa de compreender e descrever o nexo de causalidade entre o conteúdo da tutela postulada e as consequências que – afirma-se – ela pode gerar. O que se vê é que o STJ *supõe* que determinadas consequências *provavelmente* advirão da tutela coletiva pleiteada e, com base nisso apenas, realiza a análise consequencial.

É preciso ponderar, no entanto, em que medida essa superficialidade da análise consequencial feita pelo STJ é reprovável. A legitimidade das decisões que se está analisando dependeria de que os julgadores fizessem considerações aprofundadas e detalhadas sobre as consequências da tutela, com auxílio de profissionais de outras áreas (peritos), inclusive? A

resposta positiva normalmente soaria estranha para um jurista, principalmente porque a análise consequencial tradicionalmente não faz parte do problema jurídico – ao menos na tradição do Positivismo Jurídico.¹²⁰ Diante dessa reflexão, o problema de legitimidade aqui levantado se colocaria muito antes do questionamento sobre a profundidade das análises consequenciais realizadas nas decisões; seria o caso de perguntar se as decisões precisariam realizar qualquer análise consequencial, ou, mesmo, se seria admissível que o fizessem. Embora o objeto deste trabalho não seja responder a este tipo de questão (que é matéria de Teoria Geral ou Filosofia do Direito), acredita-se que as respostas desenvolvidas com vistas à tradicional tutela individual não podem ser aplicadas automaticamente à tutela coletiva; não necessariamente a rejeição à análise consequencial em decisões de processos individuais implica que esta análise não deva ser feita nos processos coletivos. Isso porque há enormes diferenças entre estas duas formas de atuação judicial. Considerando especialmente os processos coletivos analisados no presente trabalho, é impossível negligenciar o fato de que estas decisões possuem um potencial normativo, seja através de um controle abstrato de legalidade das normas regulatórias, seja através de verdadeira alteração de normas regulatórias.¹²¹ Por outro lado, a grande quantidade de decisões que praticam a análise consequencial, entre todas as que decidem sobre o objeto (ou mérito) da tutela coletiva, parece ser um indício concreto de que o STJ atribui, sim, relevância à análise consequencial nas decisões de tutela coletiva.

Mas, voltando ao problema da profundidade da análise consequencial, de modo geral não parece condenável o fato de que a análise consequencial desenvolvida pelo STJ não seja profunda e não discuta detalhes técnicos; e isso especialmente porque a maioria delas preserva a regulação. Acredita-se que a análise consequencial mais profunda deve ser exigida das

¹²⁰ Isso parece decorrer da opção básica do positivismo jurídico em ser uma *ciência normativa* que busca observar *o direito como um sistema de normas válidas*, e rejeita, a princípio, a análise de *atos*. Trata-se da opção pelos enunciados de “dever ser” em detrimento dos enunciados de “ser”. São esclarecedoras, neste sentido, as palavras de Kelsen: “Fazendo-se o devido desconto à tautologia, a teoria do Direito aqui apresentada é uma teoria jurídica. Ela mostra o direito como sendo um sistema de normas válidas. O seu objeto são as normas, gerais e individuais. Ela considera fatos apenas na medida em que sejam, de um modo ou de outro, determinados por normas. Os enunciados com os quais nossa teoria descreve o seu objeto são, portanto, não enunciados sobre o que é, mas enunciados sobre o que deve ser. Nesse sentido, a teoria também pode ser denominada uma teoria normativa” (“Teoria geral do direito e do Estado”, São Paulo; Martins Fontes, 2005, p. 235; sublinhou-se).

¹²¹ Frise-se: esta afirmação não significa que o autor defenda que a tutela coletiva deva ser usada como instrumento para criação ou alteração de normas; também não se está afirmando que o STJ defenda esse uso da tutela coletiva. Trata-se apenas de constatar que essas decisões têm potencial para isso; e tanto o tem que as instâncias inferiores ao STJ de fato proferem decisões com teor normativo, como demonstra a própria análise de decisões aqui realizada.

decisões que alteram a regulação, já que estão alterando um modelo que – presume-se – passou por uma profunda discussão consequencial quando de sua criação. Esse parece ser um ponto crucial; se o regulador promove ampla e aprofundada discussão sobre os efeitos das normas antes de colocá-las em vigência, não seria razoável que a decisão judicial alterasse essas normas, passando ao largo dessas ponderações.

Novamente: não se pretende aqui produzir respostas que resolvam estas complexas questões de Teoria Geral do Direito. Mas pretende-se, sim, registrar a necessidade de que os aspectos da tutela coletiva aqui observados permeiem a discussão sobre estas questões.

5.3) Análise quantitativa

Uma vez realizada a análise qualitativa das decisões que apreciaram o mérito das ações coletivas, a análise quantitativa que se empreenderá nesta seção consiste na tentativa de entender as decisões de um ponto de vista global, apreciando aspectos seus que sejam quantificáveis numericamente. Em outras palavras, pretende-se investigar as decisões com enfoque em características suas que possam ser identificadas objetivamente e expressas em números. O propósito disso é tentar compreender o comportamento dos magistrados de uma forma global, identificando tendências e outras informações de caráter genérico que não puderam ser percebidas com a análise particularizada das decisões. Essencialmente, portanto, a análise consiste em avaliar o comportamento dos julgadores – seus posicionamentos e tendências – em função dessas características das decisões que sejam objetivamente apreensíveis.

Naturalmente, as características de uma decisão que são objetivamente apreensíveis dizem respeito à sua origem (órgão julgador ou autor), à época em que foi proferida, ao assunto sobre o qual versa, etc. No que diz respeito especificamente ao conteúdo das decisões, a única característica sua que poderia ser apreendida objetivamente, a princípio, seria o seu posicionamento em face do pedido principal da demanda (ou do pedido de antecipação de tutela).¹²² Contudo, por conta da metodologia de análise adotada neste capítulo, também

¹²² Posicionamento que, em face do pedido, se definirá essencialmente entre procedência ou improcedência. Contudo, para fins desta análise, optou-se por caracterizar o posicionamento das decisões em função da seguinte pergunta: “altera norma regulatória?”. Assim, na linha do que já foi dito, as decisões analisadas nesta seção (decisões que apreciaram o mérito das ações coletivas) são classificadas em decisões que mantêm a regulação e decisões que alteram a regulação; simplificando, pode-se falar, respectivamente, em decisões *pró-regulação* e decisões *contra a regulação*.

podem ser apreendidos objetivamente aspectos relativos à fundamentação das decisões, quais sejam, a abordagem (ou não) das questões relevantes que orientaram a análise qualitativa. É com base nisso que se pretende realizar a análise a seguir, identificando alguns interessantes aspectos globais das decisões que apreciaram o mérito das ações coletivas.

Preliminarmente, para exprimir a posição das decisões quanto ao pedido principal da demanda, considerando o já referido critério de separar decisões que alteram a regulação das que não o fazem, tem-se que das 26 (vinte e seis) decisões que são objeto do presente capítulo, 6 (seis) posicionaram-se no sentido de alterar a regulação ou manter alterações já realizadas nas instâncias inferiores (decisões *contra a regulação*), sendo que as 20 (vinte) decisões restantes posicionaram-se por não alterar a regulação, ou por reverter alterações realizadas nas instâncias inferiores (na prática, optaram por manter a regulação vigente – decisões *pró-regulação*). Em termos percentuais, a divisão das decisões em função do critério “posição quanto ao pedido principal” apresenta-se da seguinte forma: 23,1% (vinte e três e um décimo por cento) das decisões posicionaram-se em favor da alteração da regulação, enquanto 76,9% (setenta e seis e nove décimos por cento) delas optaram por manter a regulação vigente.

A análise quantitativa a respeito da posição sobre a manutenção (ou não) da regulação não se mostrou viável com relação aos órgãos julgadores colegiados que compõem o STJ. Isso porque apenas 8 (oito) das 26 (vinte e seis) decisões foram proferidas por esses órgãos (as demais foram monocráticas). Além disso, dessas oito decisões, a maioria significativa (cinco) é proveniente da 1ª Turma; das restantes, uma foi proferida pela 2ª Turma¹²³ e duas pela Corte Especial (no julgamento de Agravos Regimentais em Suspensão de Liminar).¹²⁴ É determinante, ainda, o fato de que apenas uma dessas oito decisões se posicionou contra a manutenção da regulação, e ela foi proferida pela 1ª Turma. Ou seja, para os demais órgãos julgadores houve apenas decisões pró-regulação, o que torna dispensável a realização de análise quantitativa em relação a eles. Por outro lado, o reduzido número de decisões proferidas pela 1ª Turma também torna desinteressante realizar análise quantitativa sobre elas; de fato, com um universo de cinco decisões, não parece razoável tentar apontar tendências, mesmo que a grande maioria dessas decisões seja pró-regulação. Em suma, com esse reduzido

¹²³ De acordo com o Regimento Interno do STJ, a 1ª e a 2ª Turmas compõem a 1ª Seção do Tribunal (art. 2º, § 4º), à qual compete, de maneira geral, apreciar questões de direito público (art. 9º, § 1º).

¹²⁴ São as decisões “Reajuste de tarifas – AgRg na SL 57 – 01/07/2004” e “Assinatura básica – AgRg na SLS 250 – 16/05/2007”.

número de decisões proferidas pelos órgãos colegiados, não parece possível apontar suas tendências em relação ao posicionamento sobre a manutenção da regulação.

Mas é possível ainda tentar fazer análise quantitativa das decisões em função dos relatores (ou, propriamente, autores, no caso das decisões monocráticas). O primeiro dado que pode ser observado, neste sentido, é o número de decisões por ministro. Como se pode verificar nas tabelas constantes dos Anexos 2 e 7, a maioria dos ministros que relataram esses processos não relatou/proferiu mais do que uma decisão; é o caso dos Ministros Ari Pargendler, Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Barros Monteiro, Carlos Fernando Mathias (substituto convocado), Nancy Andrighi e Nilson Naves. Os Ministros Teori Albino Zavascki e Francisco Falcão relataram/profeririam duas decisões cada um; os Ministros Edson Vidigal e Eliana Calmon proferiram três decisões cada um; o Min. João Otávio de Noronha proferiu quatro decisões e o Min. Luiz Fux, por fim, proferiu cinco decisões.

Dentre os ministros que proferiram apenas uma decisão, somente os Ministros Nilson Naves¹²⁵ e José Delgado¹²⁶ decidiram contra a manutenção da regulação; os demais optaram por preservar a regulação vigente. Dentre os ministros que proferiram/relataram duas decisões, o Min. Teori Zavascki posicionou-se, em ambos os casos, pela preservação da regulação¹²⁷; já o Min. Francisco Falcão preservou a regulação em um caso e afastou-a em outro.¹²⁸ Dos ministros que proferiram/relataram três decisões, o Min. Edson Vidigal

¹²⁵ Na monocrática “Reajuste de tarifas – SL 57 – 20/01/2004”.

¹²⁶ No acórdão “Detalhamento de conta – REsp 684712 – 07/11/2006”, proferido pela 1ª Turma sob a condução do Min. José Delgado.

¹²⁷ As monocráticas “Assinatura básica – MC 10235 – 23/06/2005” e “Área Local – MC 15027 – 10/12/2008”.

¹²⁸ Ambas as decisões proferidas no mesmo processo: contra a regulação, a monocrática “Créditos de celular – MC 10443 – 16/08/2005”; a favor da regulação, o acórdão “Créditos de celular – AgRg na MC 10443 – 13/12/2005”, proferido pela 1ª Turma sob condução do Min. Falcão. A primeira decisão, por não ter tratado de nenhuma das questões consideradas relevantes de acordo com a metodologia adotada (v. Seção 5.1), não foi abordada na análise qualitativa acima. Trata-se, como já havia sido dito, de Medida Cautelar manejada pela TNL PCS S/A - OI para pleitear efeito suspensivo ao Recurso Especial interposto contra decisão de segundo grau; esta decisão, em sede de agravo de instrumento, havia deferido a tutela antecipada em ação civil pública para “acabar com a prescrição dos créditos do sistema de celulares pré-pago”. Indeferida a liminar pela primeira decisão, a Oi interpôs agravo regimental, onde foi proferida a segunda decisão. A análise comparada das duas decisões sugere que o que fez o Min. Falcão mudar de idéia foram as conseqüências que a tutela concedida geraria para a prestadora (na linha do que foi visto acima, no agravo regimental a Oi alegou que teria de fazer investimentos de R\$ 16.000.000,00 para adaptar a infra-estrutura do serviço ao cumprimento da tutela antecipada). Na decisão monocrática, segundo se extrai de seu relatório, havia sido colocado em pauta o mérito jurídico da questão; diante disso, o Min. Falcão afirmou: “O questionamento jurídico acerca do tema é controverso e entendo não se configurar a ineficácia do recurso especial”.

preservou a regulação em duas, e afastou-a em uma¹²⁹; já a Min. Eliana Calmon decidiu duas vezes contra a regulação e, uma vez a favor.¹³⁰ Quanto aos Ministros João Otávio de Noronha (quatro decisões) e Luiz Fux (cinco decisões), todas as suas decisões foram favoráveis à manutenção da regulação.

De uma maneira geral, portanto, e sem observar os fundamentos das decisões, é possível afirmar que os Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Teori Zavascki assumem posturas favoráveis à manutenção da regulação vigente. Quanto aos Ministros Edson Vidigal e Eliana Calmon, que tiveram três decisões cada, com alternância de posicionamentos (ambos decidiram pró e contra a regulação), parece mais difícil identificar tendências. Há uma diferença entre os seus comportamentos, no entanto, que pode ser sugestiva; ao passo que o Min. Edson Vidigal intercalou decisões pró e contra a regulação, a Min. Eliana Calmon decidiu a favor da regulação no seu primeiro contato com este tipo de problema (“Reajuste de tarifas – MC 1974 – 01/10/1999”), e, duas vezes contra a regulação depois. Além disso, como se viu na análise qualitativa das decisões, o que levou a Min. Eliana Calmon a preservar a regulação na sua primeira decisão foram considerações ligadas à questão do *contraditório*; como se viu, ela não chegou a considerar o problema do *potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação*. Parece possível, assim, afirmar que a Min. Eliana Calmon apresenta uma tendência de admitir a alteração da regulação pelas ações coletivas. Quanto ao Min. Edson Vidigal, por sua vez, não parece mesmo haver elementos para afirmar que se encaixe em tal ou qual tendência. O mesmo deve ser dito em relação aos ministros que proferiram apenas uma decisão cada e ao Min. Francisco Falcão, que proferiu/relatou uma decisão em cada sentido.

Ainda é possível analisar quantitativamente as decisões em função da frequência com que elas tratam das chamadas *questões relevantes*.¹³¹ Analisando apenas o conjunto total de decisões que apreciaram o mérito das ações coletivas, verifica-se que a questão das

¹²⁹ Pró-regulação: o acórdão “Reajuste de tarifas – AgRg na SL 57 – 01/07/2004” e a monocrática “Assinatura básica – SLS 250 – 28/03/2006”; contra a regulação: a monocrática “Créditos de celular – SLS 47 – 07/12/2004”.

¹³⁰ Pró-regulação: a monocrática “Reajuste de tarifas – MC 1974 – 01/10/1999”; contra a regulação: as monocráticas “Reajuste de tarifas – MC 2282 – 17/12/1999” e “Reajuste de tarifas – MC 2552 – 27/03/2000”.

¹³¹ De acordo com a metodologia definida na Seção 5.1, acima, questões relevantes são aquelas que, presentes nas decisões que analisaram o mérito das ações coletivas, têm relação direta com as preocupações que movem a presente pesquisa. Trata-se das seguintes questões: *separação de poderes e conseqüências da tutela*.

conseqüências da tutela apareceu em um número maior de decisões do que a questão da separação de poderes. Os dados detalhados constam da **Tabela 3**.

Caso se separe as decisões em função de seu posicionamento (pró ou contra a regulação), o padrão básico de incidência de questões relevantes, verificado no conjunto geral de decisões, repete-se nos dois grupos, mas com diferenças importantes. Como se verifica na **Tabela 4**, tanto nas decisões pró-regulação como nas decisões contra a regulação, a freqüência das questões relevantes aumenta na seguinte ordem: (i) *separação de poderes* (menor incidência); e (ii) *conseqüências da tutela* (maior incidência). Mas a diferença fundamental entre as decisões das duas posturas é que a freqüência de *questões relevantes* é invariavelmente maior nas decisões pró-regulação; como se vê na Tabela 4, os percentuais de decisões pró-regulação que abordam as questões relevantes são maiores do que os correspondentes percentuais para as decisões contra a regulação, seja qual for a questão relevante.

Tabela 3: Freqüência das questões relevantes nas decisões

Questão	Número de decisões em que aparece	Percentual de decisões em que aparece
Conseqüências da tutela	21	80,77%
Separação de poderes	16	61,54%
Total de decisões	26	

Tabela 4: Freqüência das questões relevantes nas decisões - por posição

Questão	Decisões pró-regulação		Decisões contra a regulação	
	Número de decisões em que aparece	Percentual de decisões em que aparece	Número de decisões em que aparece	Percentual de decisões em que aparece
Conseqüências da tutela	18	90,00%	3	50,00%
Separação de poderes	15	75,00%	1	16,67%
Total de decisões	20		6	

De uma maneira geral, esta análise quantitativa voltada às questões relevantes demonstra uma tendência de maior preservação da regulação quando o julgador aborda essas questões (relevantes). Mas esta afirmação deve ser bem entendida. Não se pode, com os dados disponíveis, tecer afirmações sobre *causa e consequência* entre *posições adotadas e questões abordadas* nas diversas decisões, principalmente porque não é possível conhecer as razões íntimas que levam um julgador a abordar determinadas questões em detrimento de outras, e a adotar determinado posicionamento em detrimento do contrário. Justamente por isso, a análise de decisões não permite dizer se o posicionamento adotado é uma consequência das questões abordadas ou se, pelo contrário, as questões abordadas são escolhidas em função do posicionamento já adotado.¹³² Tudo o que se pode dizer, portanto, é que a preservação da regulação é mais intensa quando são consideradas as questões relevantes aqui definidas.

5.4) Conclusões parciais

As análises realizadas permitiram observar algumas importantes tendências do STJ no julgamento do mérito de processos coletivos que pretendem infirmar a regulação de telecomunicações. A primeira dessas tendências diz respeito à preservação da regulação: a grande maioria das decisões que analisaram o mérito dos processos coletivos (76,9%) optou por manter vigente a regulação questionada pelas ações coletivas, indeferindo a tutela pleiteada.

A segunda tendência observada diz respeito à abordagem das chamadas *questões relevantes* nesse universo de decisões: apenas 61,54% delas abordaram a questão da separação de poderes, enquanto que 80,77% fizeram algum tipo de análise de consequências. Não se pode deixar de comentar que a parcela de decisões que tratou da questão da separação de poderes é relativamente pequena, considerando que o embate entre os Poderes Judiciário e Executivo está indiscutivelmente na essência de todos esses processos. É nesse aspecto que reside, de fato, grande parte do interesse da presente pesquisa; a existência de processos judiciais que podem alterar marcos regulatórios complexos, que regem um setor importantíssimo da economia, coloca em risco uma importante competência do Poder Executivo. Resumindo: estas disputas representam um capítulo importante da definição

¹³² Trata-se aqui da velha discussão: o Juiz constrói a fundamentação da decisão em função do dispositivo (posicionamento final) ou constrói primeiro a fundamentação e, com base nela, define o dispositivo?

prática da separação de poderes; um aspecto importante do desenho institucional do País está sendo definido nessas ações. Era de se esperar, por conta disso, que todas as decisões discutissem a questão da *separação de poderes*, para que pudessem tomar partido de forma consciente em relação a ela.¹³³ Neste cenário, pode-se dizer que 61,54% é, realmente, uma parcela pequena das decisões.¹³⁴

Por outro lado, a alta taxa de decisões que abordaram as conseqüências da tutela também chama a atenção, na medida em que esse tipo de discussão – a discussão conseqüencial – tradicionalmente não faz parte da análise jurídica. Na linha do que foi dito acima, o Positivismo Jurídico rejeitava a análise de conseqüências. No entanto, a grande maioria dessas decisões (80,77%) realizou algum tipo de análise conseqüencial. Acredita-se que a razão para esse apego às conseqüências está justamente nas incomuns dimensões das conseqüências que as decisões desses processos têm. De fato, é difícil imaginar demandas judiciais tradicionais envolvendo prestadoras de serviços de telecomunicações, deduzidas em processos individuais, que possam causar o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, ou que imponham alterações na infra-estrutura de prestação do respectivo serviço.

Neste sentido, acredita-se que a concepção tradicional que exclui a análise de conseqüências do problema jurídico foi moldada com vistas a uma realidade em que só existiam processos individuais. Na linha do que foi dito acima, não se pode negar o fato de que os processos coletivos tratam de conflitos de interesse muitíssimo mais complexos dos que os tradicionais processos individuais; e os processos abordados na presente pesquisa são um exemplo claro disso, com seu potencial normativo para alterar a regulação. Fechando este raciocínio, parece possível dizer que as vultosas e peculiares conseqüências que foram abordadas nas decisões analisadas são, ao mesmo tempo, uma evidência do potencial

¹³³ Fala-se em tomar partido “de forma consciente” porque qualquer decisão a respeito do mérito desse tipo de ação – a respeito de conceder ou não a tutela pleiteada – significa a adoção de uma posição também em relação ao problema da separação de poderes, ainda que esta não seja expressamente discutida. Se o juiz defere a tutela, afastando a regulação, na prática está tomando partido a favor do Judiciário no embate com o Executivo; se, do contrário, preserva a regulação, está tomando partido a favor do Executivo. Em outras palavras: proferir uma decisão sobre o mérito dessas ações implica em tomar partido sobre a questão da separação de poderes; mas, na decisão, a existência de uma discussão sobre a separação de poderes faz com que essa tomada de partido seja consciente.

¹³⁴ É certo, também, que existem alguns incidentes ou processos cujo campo de cognição é reduzido, o que poderia justificar a falta de uma discussão sobre a separação de poderes. É o caso, exemplo, do pedido de Suspensão de Liminar e Sentença. No entanto, são comuns as decisões da Presidência do STJ que não respeitam esse limite de forma rigorosa, permitindo-se declaradamente a consideração a respeito de outras questões. Exemplo disso é a decisão “Assinatura básica – SLS 250 – 28/03/2006”, que não apenas tratou da questão da separação de poderes, como apresentou preocupação com o problema potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação.

normativo desses processos e um fator que torna necessária uma apreciação (por parte dos julgadores) diferente da usada nos tradicionais litígios individuais. Desta forma, a maneira como o STJ aprecia essas conseqüências pode revelar a preocupação (ainda que implícita) com o problema do potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação.

Este problema (do potencial normativo da tutela coletiva) está ligado à terceira e última tendência identificada através das análises realizadas, a respeito da maneira como as diversas decisões abordaram as *questões relevantes*. Para que se pudesse aferir esta tendência, a análise qualitativa das questões relevantes foi orientada por hipóteses previamente definidas, justamente em função do potencial normativo das ações coletivas – preocupação principal desta pesquisa. Como foi esclarecido na seção 5.1, essas hipóteses foram fixadas com o propósito de verificar se as considerações das diversas decisões a respeito das questões relevantes evidenciavam ou não alguma preocupação com este problema. Assim, para a análise das questões da separação de poderes e das conseqüências da tutela foram fixadas, respectivamente, as seguintes hipóteses: (i) o STJ enfrenta a questão da separação de poderes partindo da premissa de que a tutela coletiva tem um potencial normativo em face da regulação? Em caso positivo, o STJ define limites ao potencial normativo da tutela coletiva? (ii) O STJ analisa as possíveis alterações da regulação de um ponto de vista "macro", considerando as conseqüências das decisões que atingem de forma geral a prestação dos serviços?

Analisando, sob o enfoque da primeira hipótese acima, as decisões que trataram da separação de poderes, foi identificada a terceira tendência: verificou-se que apenas 7 (sete) das 17 (dezessete) decisões que abordaram a questão da separação de poderes revelaram preocupação com o problema do potencial normativo da tutela coletiva. Ou seja, mesmo entre as decisões que tratam da separação de poderes (61,54% das decisões que apreciaram o mérito das ações coletivas), apenas uma minoria reconhece o potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação. Isso representa aproximadamente 27% do total de decisões.

E ficou claro que ainda não é possível enxergar nenhuma corrente jurisprudencial no STJ a respeito desse problema. Não existe um entendimento reiterado e nem sequer um rol mais ou menos uniforme de questões que são discutidas quando o potencial normativo da tutela coletiva é abordado. Como se viu, exceto por algumas decisões que transcrevem trechos de outras, e pelas decisões que são semelhantes devido à origem (mesmo relator), as considerações sobre o potencial normativo da tutela coletiva são feitas de maneiras bem

diferentes nas várias decisões. Além disso, de maneira geral, a abordagem do problema se dá de maneira bastante rasa, não passando, na maioria das vezes, de mera referência sobre a possibilidade de que a concessão da tutela pleiteada altere normas ou políticas regulatórias.

Houve, no entanto, três decisões que foram mais profundas no trato do problema e chegaram inclusive a definir limites e diretrizes para o uso do potencial normativo da tutela coletiva. Trata-se dos acórdãos "Reajuste de Tarifas - AgRg na SL 57 - 01/07/2004" (proferido pela Corte Especial, por maioria, sob condução do Min. Edson Vidigal; vencidos os Ministros Nilson Naves, Barros Monteiro e Franciulli Netto), "Créditos de celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005" (proferido pela Primeira Turma, por maioria, sob condução do Min. Francisco Falcão; vencido o Min. José Delgado) e "Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008" (proferido pela Primeira Turma, por unanimidade, sob condução do Min. Luiz Fux). Certamente não é possível afirmar que essas três decisões são uma expressão da Jurisprudência do STJ, já que os órgãos que as proferiram não representam o Tribunal inteiro,¹³⁵ e as decisões não fazem parte de nenhuma linha jurisprudencial consolidada (decisões reiteradas). No entanto, por serem estas as considerações mais aprofundadas do STJ sobre o problema do potencial normativo da tutela coletiva até o momento (ao menos entre as decisões estudadas por esta pesquisa), elas merecem ser destacadas e analisadas com maior cuidado.

A primeira diretriz, traçada no acórdão "Reajuste de Tarifas - AgRg na SL 57 - 01/07/2004", diz respeito à *sustentabilidade* das alterações que o Judiciário pode fazer na regulação através da tutela coletiva, e às *preocupações que devem orientar a discussão judicial* nesses casos. Como foi dito anteriormente, esse julgado assumiu uma postura de repúdio à alteração imediatista de normas regulatórias pelo Judiciário, feita sem preocupação com a aplicabilidade da nova normativa (criada pelo Judiciário) às situações futuras. No caso desta decisão, as instâncias inferiores haviam alterado o índice de correção das tarifas do STFC (de IGD-DI para IPCA) para um determinado período, mas nada disseram sobre o índice aplicável aos reajustes futuros. Retomando comentários feitos anteriormente, pode-se dizer que esta decisão coloca em evidência as diferenças entre os padrões de atuação do regulador (tradicional criador de normas) e do julgador: este costuma dispor sobre casos concretos e tem naturalmente preocupações imediatas; aquele deve necessariamente ter

¹³⁵ É relevante, neste sentido, o fato de que nenhuma das três decisões foi proferida pela Segunda Turma, que tem competência idêntica à da Primeira Turma (direito público em geral, exceto as matérias de competência da Terceira Seção) e compõe, ao lado desta, a Primeira Seção.

preocupações mediatas, pois edita atos que, por essência, deveriam servir para situações futuras variadas.¹³⁶ Diante disso, acredita-se que a diretriz contida nesta decisão pode ser entendida da seguinte maneira: *as decisões com efeitos gerais e potencial normativo devem atender a preocupações igualmente gerais e normativas, sendo capazes de regular também as situações futuras que seriam regidas pelo arcabouço normativo que está sendo alterado, e não apenas a situação concreta subjacente ao processo*; não é admissível a alteração de um arcabouço normativo com preocupações especiais e imediatistas.

Esta diretriz parece ter relação com o problema da necessidade de análise consequencial nas decisões desses processos (que têm potencial para alterar a regulação). Em certa medida, ponderar sobre a possibilidade (e, até mesmo, a conveniência) da aplicação da regulação alterada (pelo Judiciário) a situações futuras é ponderar sobre as conseqüências das decisões. De maneira muito simples, a questão que esta primeira diretriz coloca é a seguinte: a nova normativa, fixada pelo Judiciário, será adequada a situações futuras? E, a rigor, isso não é mais do que uma análise das conseqüências da decisão que alterou a regulação. Nota-se, portanto, que existe uma ligação importante entre a questão da separação de poderes, o problema do potencial normativo da tutela coletiva e a questão das conseqüências da tutela. No entanto, a análise qualitativa das decisões que abordaram as conseqüências da tutela não permite extrair diretriz alguma sobre o potencial normativo da tutela coletiva, porque não trata diretamente da questão. De qualquer forma, como se viu, a análise daquelas decisões serviu para demonstrar a importância dada à análise pelo STJ nesses casos; e esta relação entre as questões parece ser a explicação para isso.

A segunda diretriz, traçada pelo acórdão “Créditos de celular - AgRg na MC 10443 - 13/12/2005”, diz respeito ao momento processual em que o potencial normativo da tutela coletiva deve ser exercido. Essencialmente, este acórdão colocou-se *contra a alteração de normas regulatórias em juízo liminar (ou perfunctório)*, por considerar prematura a alteração de um quadro normativo complexo – como o da regulação – de maneira repentina, sem amparo sequer de uma instrução probatória.

Por fim, o acórdão “Créditos de celular - REsp 806304 - 02/12/2008” traçou duas diretrizes, cada uma sobre um aspecto do potencial normativo da tutela coletiva. Inicialmente, o acórdão dispôs sobre os *fundamentos* da decisão que exerce o potencial normativo da tutela

¹³⁶ Essa diferença de “preocupações” parece estar diretamente ligada à contraposição entre abstração e concretude, um dos principais aspectos da distinção entre atos normativos e atos concretos. Sobre isso, v. a citação de Celso Antônio Bandeira de Mello realizada na seção 2.2.

coletiva: ali é dito expressamente que a intervenção do Judiciário para alterar normas regulatórias só é legítima se realizada no âmbito de *controle de constitucionalidade*. Isso implica em uma vedação tácita ao controle abstrato de legalidade das normas regulatórias. Posteriormente, este mesmo acórdão tratou da *presunção de legitimidade das normas regulatórias*, afirmando que ela persevera até que a norma seja objeto de “nulificação específica” pelo Poder Judiciário. Como se disse anteriormente, decorre desta última diretriz a *impossibilidade de alteração positiva da regulação*, no sentido de criar norma regulatória. Na medida em que deve estar fundada em “nulificação específica”, essa intervenção só pode acontecer *de forma negativa*, para afastar a vigência de norma regulatória já existente (criada pelo regulador).

A combinação dessas quatro diretrizes restringe bastante o uso do potencial normativo da tutela coletiva. Resumindo: a intervenção judicial para alterar marcos regulatórios só poderia ocorrer negativamente, pela nulificação específica de uma norma; deveria basear-se apenas em controle de constitucionalidade (e não de legalidade); só poderia ocorrer em juízo definitivo, após instrução probatória; deveria atender a preocupações gerais e normativas, relacionadas à aplicação futura do arcabouço normativo que está sendo alterado.

Como se disse, no entanto, essas diretrizes não representam a Jurisprudência do STJ, e não parecem estar sendo seguidas pelas instâncias inferiores até o momento. De qualquer forma, essas reflexões merecem ser destacadas porque abordam pontos relevantes para que se estabeleça uma discussão sobre o regime jurídico e, especialmente, sobre os limites do potencial normativo da tutela coletiva. O fato de que o STJ até agora não discutiu mais (e mais aprofundadamente) sobre este problema não quer dizer que não deva fazê-lo no futuro. O potencial normativo da tutela coletiva é um problema muito relevante para separação de poderes e está sendo negligenciado pelo Tribunal; as três decisões ressaltadas, ainda que não reflitam a posição definitiva da Corte, têm o mérito de estabelecer parâmetros para uma discussão que se deve desenvolver e aprofundar no futuro.

Uma última observação deve ser feita com relação à confirmação da hipótese de análise nas decisões que analisaram as conseqüências da tutela. Chama a atenção o fato de que, nessas decisões, a hipótese de análise foi confirmada com muito mais freqüência do que a hipótese relativa às decisões que trataram da separação de poderes. Foi realmente grande o número de decisões que, avaliando as conseqüências da tutela, o fizeram com um enfoque geral (ou “macro”). Isso significa que muitas decisões, embora não tenham abordado

diretamente o potencial normativo da tutela coletiva (o que poderiam ter feito nas considerações sobre separação de poderes), “prestigiaram” indiretamente esse problema (potencial normativo) através de análises consequencialistas com enfoque geral. Isso reforça a idéia de que a análise de conseqüências é, de fato, importante nessas ações coletivas tendentes a alterar a regulação.

6) Decisões dos conflitos de competência: a “*uniformidade de decisões*” e a “*uniformidade da regulação*”

6.1) Metodologia de análise

No presente capítulo serão analisadas as decisões relativas ao problema da *vigência territorial fragmentada* da regulação, conceito sobre o qual já se falou previamente (seção 2.2). Para tanto, serão usados dois outros conceitos instrumentais criados especificamente para fins dessa análise: “uniformidade da regulação” e “uniformidade de decisões”. O primeiro desses conceitos – *uniformidade da regulação* – faz referência à situação em que a regulação vigora de maneira uniforme para todo país. Já se vê, é essa, justamente, a situação que é obstada pela *vigência territorial fragmentada*. Nota-se, por aí, que os conceitos de “vigência territorial fragmentada” e “uniformidade da regulação” são correlatos, duas faces da mesma moeda – quando há *vigência territorial fragmentada*, não há *uniformidade da regulação*, e vice-versa.

Evidentemente uma situação de *vigência territorial fragmentada* colocaria em cenários radicalmente diversos as empresas que atuassem com a vigência da regulação e as empresas que atuassem sem ela; assim também os usuários. Em suma, neste cenário, o serviço de telecomunicações cuja regulação estivesse sendo atacada seria prestado de maneiras diferentes – porque regulado de maneiras diferentes – em regiões variadas do País.

A preocupação é pertinente porque o modelo de regulação do setor de telecomunicações foi pensado e estabelecido como um modelo de amplitude nacional. Em outras palavras, a regulação das telecomunicações foi criada para ser uniforme, e a existência de várias ações coletivas sobre a mesma norma regulatória coloca em risco essa *uniformidade*.

Como já se havia adiantado, este problema foi levado à apreciação do Superior Tribunal de Justiça por meio de vários conflitos de competência suscitados pela Anatel ou pelas operadoras de serviços de telecomunicações, sempre na qualidade de rés das ações coletivas. O propósito desses conflitos de competência era muito simples: reunir no mesmo juízo as ações coletivas pertinentes ao mesmo assunto (às mesmas normas regulatórias), para que recebessem decisões uniformes.

Os conflitos de competência são disciplinados pelos arts. 115 a 124 do Código de Processo Civil, e suas hipóteses de cabimento estão relacionadas nos incisos do art. 115, nos seguintes termos: “Há conflito de competência: I - quando dois ou mais juízes se declaram

competentes; II - quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes; III - quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos”. Por aí se nota que a hipótese de conflito de competência que interessa à presente análise é a do inciso terceiro, que, na prática, permite ao Tribunal¹³⁷ decidir sobre a reunião de processos.

Como em outros incidentes processuais, a apreciação dos conflitos de competência tem basicamente dois momentos: (i) a análise do cabimento ou admissibilidade do conflito e (ii) a apreciação de seu mérito. Uma vez conhecido o conflito (juízo positivo de admissibilidade), o Tribunal deverá determinar o Juízo competente para julgar de maneira uniforme as ações sobre as quais se estabeleceu o conflito¹³⁸ (juízo de mérito). De certa forma, portanto, a decisão sobre se as ações subjacentes ou não devem ser reunidas acontece já no momento da admissibilidade do conflito. No entanto, como se verá, muitas outras questões entram nessa discussão, como os institutos processuais da conexão e da continência.¹³⁹

Para analisar esses julgados, criou-se também o conceito de “uniformidade de decisões”. Essencialmente, esse conceito serve para indicar de maneira simples os resultados dos conflitos de competência, permitindo traçar paralelos entre estes resultados e a preocupação maior desta análise (a *uniformidade da regulação*). Com o uso desse conceito, o resultado de um conflito de competência pode ser classificado de duas maneiras apenas: contra a uniformidade de decisões e pró-uniformidade de decisões. *Contra a uniformidade de decisões* são todas aquelas decisões que negam provimento ao conflito de competência ou deixam de conhecê-lo. Isso porque, em qualquer desses dois casos, as ações subjacentes ao conflito continuarão sendo processadas e julgadas pelos Juízos nas quais foram propostas; cada uma correndo independentemente. Por outro lado, serão consideradas *pró-uniformidade*, todas as decisões que derem provimento aos conflitos de competência para determinar a reunião das ações coletivas num mesmo Juízo (o que acarretará decisões uniformes).

¹³⁷ A definição do Tribunal competente para apreciação dos conflitos de competência é feita pela Constituição Federal.

¹³⁸ Passar-se-á a usar a expressão “ações subjacentes” para fazer referência ao rol de ações que se pretende reunir através do conflito de competência, isto é, as ações sobre as quais se estabeleceu o conflito.

¹³⁹ De acordo com o art. 102 do CPC, a conexão e a continência são causas modificadoras da competência. As definições desses institutos são dadas pelos arts. 104 e 104 do mesmo diploma: “Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir. Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras”.

É certo que este conceito – “uniformidade de decisões” – é estranho aos estudos processualísticos sobre o conflito de competência, até porque permite classificar o resultado dos conflitos de competência sem fazer distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito. No entanto, como se disse, este conceito foi criado para operacionalizar a análise que se pretende empreender no presente capítulo, voltada a um tipo especial de conflitos de competência (os conflitos para reunião de ações). E a principal vantagem dessa metodologia é a possibilidade de correlacionar, de maneira simples, o resultado dos conflitos de competência com a preocupação acerca da *uniformidade da regulação*. O uso dessa metodologia permite, em outras palavras, verificar se as decisões que rejeitam a *uniformidade de decisões* chegam a considerar o problema da *uniformidade da regulação*; ou ainda, em que medida as decisões que impõem a *uniformidade de decisões* realmente contêm preocupação com a *uniformidade da regulação*.

Para tanto, os precedentes que serão analisados foram separados justamente em função deste critério – precedentes *pró-uniformidade das decisões* e precedentes *contra a uniformidade de decisões*. Excepcionalmente, a mais recente das decisões analisadas (última a ser proferida, na ordem cronológica) foi separada em uma terceira seção. Trata-se, a rigor, de uma decisão *pró-uniformidade*, mas que difere das outras porque foi proferida após as densas decisões *contra a uniformidade*, e dialoga com elas. Desta forma, a análise de precedentes abaixo será dividida em três seções: (i) precedentes *pró-uniformidade das decisões*; (ii) precedentes *contra a uniformidade das decisões*; e (iii) última decisão.

Antes que se passe à análise das decisões, convém esclarecer que alguns dos conflitos de competência encontrados envolviam também ações individuais, além de ações coletivas. É o que ocorreu, por exemplo, nos conflitos que versavam sobre o assunto “assinatura básica” (conflitos n^{os} 47.731, 48.106 e 48.177), sobre o qual havia dezenas de milhares de ações individuais propostas por usuários do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. Nesses casos, as decisões costumam apreciar o problema da *uniformidade de decisões* em momentos separados para ações coletivas e ações individuais. Considerando que o foco deste trabalho são as ações coletivas, e que a discussão sobre a *uniformidade de decisões* nas ações individuais envolve questões bastante peculiares, não serão analisados abaixo os trechos das decisões que se voltam apenas às ações individuais.

6.2) Análise das decisões

6.2.1) Julgados *pró-uniformidade de decisões*

6.2.1.1) Conflitos de Competência 39590 e 39597 – liminares

Os conflitos de competência de número 39590 e 39597 foram suscitados respectivamente pela Telemar e pela Telesp diante do grande número de ações coletivas (especialmente, ações populares e ações civis públicas) que, por todo o país, contestavam a legalidade dos reajustes às tarifas de serviços de telefonia que haviam sido autorizados pela Anatel. Segundo se apreende das decisões desses conflitos, já haviam sido concedidas à época algumas antecipações de tutela, havendo grande divergência entre elas. Apenas para que se tenha uma idéia da complexidade do problema, o Min. Castro Meira, em seu relatório (parte integrante do acórdão “Reajuste de Tarifas – CC 39590 – 27/08/2003”), reporta o seguinte:

A TELEMAR trouxe aos autos notícia de 22 (vinte e duas) ações propostas contra o aumento, sendo 12 contra a suscitante. Segundo argumenta, as decisões tomadas pelos julgadores foram as mais díspares: no Ceará, o juiz teria criado uma tabela nacional de índices; no Rio de Janeiro, teria sido decretado o congelamento; em Minas Gerais, teria fixado percentual de 17%.

Diante disso, o Min. Nilson Naves (que à época era presidente do STJ e apreciou inicialmente os conflitos por conta do recesso forense) deferiu liminares de teor idêntico em ambos os processos.¹⁴⁰ Antes disso, contudo, através da decisão intitulada “**Reajuste de Tarifas – CC 39590 – 04/07/2003**”, o Min. Naves havia solicitado informações aos juízos suscitados, aos presidentes dos Tribunais Regionais Federais e aos outros juízos mencionados na imprensa. Esta decisão acaba por ser relevante para a pesquisa porque nela, além de solicitar informações, o Min. Nilson Naves realizou previamente o exame de admissibilidade do conflito de competência, afirmando a necessidade de que as ações coletivas subjacentes fossem julgadas conjuntamente. Eis o trecho relevante da decisão:

Reconheço, inicialmente, a existência de conflito positivo de competência (art. 115, I, Cód. de Proc. Civil) (...). Em síntese, a moldura dos fatos desenha uma profusão de decisões de âmbito nacional acerca dessa questão, proferidas ora pela Justiça local ora pela Justiça Federal. Convém, por isso, reunir os feitos sob uma única condução, de modo a uniformizar a orientação sobre o assunto e evitar decisões contraditórias.

¹⁴⁰ A rigor, a liminar “Reajuste de Tarifas – CC 39597 – 11/07/2003” contém transcrição integral da liminar “Reajuste de Tarifas – CC 39590 – 11/07/2003”.

Mas esse exame de admissibilidade foi também complementado pelas liminares (“**Reajuste de Tarifas – CC 39590 – 11/07/2003**” e “**Reajuste de Tarifas – CC 39597 – 11/07/2003**”), que, além disso, definiram a competência da 2ª Vara Federal de Fortaleza para apreciação de medidas de urgência nos processos. Eis os termos das liminares:

1. Trata-se de tema de interesse nacional (de questão federal de repercussão geral): isto é, qual o critério a ser empregado no reajuste das tarifas relativas à prestação dos serviços de telefonia.
2. Tanto assim é, que as ações também vêm sendo intentadas contra a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (autarquia federal), o que já atrairia a competência federal.
3. Em consequência, os atos judiciais em causa (sentenças, decisões interlocutórias, despachos etc.) – e eles são inúmeros – referem-se, explícita ou implicitamente, a atos de amplo alcance (atos de repercussão geral).
4. Em casos que tais, quando, a saber, a abrangência de lesão ou efeitos de atos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias, despachos etc.) ultrapassem a jurisdição de diferentes tribunais – e é este o caso descrito em ambos os conflitos (CC's 39.590/RJ e 39.597/SP) –, impõe-se a atuação do Superior Tribunal de Justiça, pois ao Superior compete, constitucionalmente, explícita ou implicitamente, definir competência de foro e extensão territorial da respectiva decisão ordinária. Isso porque o Superior é tribunal de jurisdição em todo o território nacional (Constituição, art. 92, parágrafo único).

(...)

“O Juízo da Ação Popular é universal. A propositura da primeira ação previne a jurisdição do juízo para as subseqüentemente intentadas contra as mesmas partes e sob a égide de iguais ou aproximados fundamentos. Para caracterizar a conexão (CPC, arts. 103, 106), na forma em que está definida em lei, não é necessário que se cuide de causas idênticas (quanto aos fundamentos e ao objeto); basta que as ações sejam análogas, semelhantes, visto como o escopo da junção das demandas para um único julgamento é a mera possibilidade da superveniência de julgamentos discrepantes, com prejuízos para o conceito do Judiciário, como Instituição.

“O malefício das decisões contraditórias sobre a mesma relação de direitos consubstancia a espinha dorsal da construção doutrinária inspiradora do princípio do *simultaneus processus* a que se reduz a criação do forum *connexitatis materialis*. O acatamento e o respeito às decisões da Justiça constituem o alicerce do Poder Judiciário que se desprestigiaria na medida em que dois ou mais Juízes proferissem decisões conflitantes sobre a mesma relação jurídica ou sobre o mesmo objeto da prestação jurisdicional.

“A configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas, preexistam um liame que as torne passíveis de decisões unificadas.” (...) (CC nº 19.686/DF, Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 17.11.97).

(...)

f. Em consequência, até que a Seção competente do Superior Tribunal se pronuncie, ficam sem efeito todas as liminares já concedidas e as que vierem a ser concedidas, bem como todas as sentenças, salvo a liminar dada pelo Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Fortaleza, que permanece em vigor em todo o território nacional.

g. Fica vedado às autoridades judiciárias cujos atos estejam sujeitos direta ou indiretamente à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, ressalvada a competência da autoridade já designada para as medidas urgentes,

pronunciamento sobre a matéria de que ora se cuida até a manifestação da Seção competente do Superior.

Vê-se, portanto, que a fundamentação da decisão conta com argumentos próprios e com argumentos incorporados de precedentes citados.¹⁴¹ É possível identificar, neste trecho, quatro argumentos em favor do conhecimento dos conflitos de competência: (i) a abrangência nacional do problema, que se verifica em três aspectos: o interesse nacional acerca do tema, a repercussão geral dos atos a que se referem as ações e a amplitude dos efeitos dos atos judiciais proferidos nas ações subjacentes; (ii) o papel constitucionalmente atribuído ao STJ; (iii) o conceito de conexão; e (iv) o papel institucional do Poder Judiciário (o que envolve a discussão sobre o risco de decisões contraditórias). Na decisão “Reajuste de Tarifas – CC 39590 – 04/07/2003” verificam-se apenas dois argumentos – abrangência nacional do problema e risco de decisões contraditórias, que foram repetidos com maior elaboração nas liminares.

Com relação à abrangência nacional do problema, como se viu, é argumento complexo que se subdivide em três. O interesse nacional do tema é apenas afirmado pela decisão, que o associa a duas menções que ajudam a esclarecer seu significado: a idéia de “questão federal de repercussão geral” e o esclarecimento sobre o conteúdo do problema (reajuste das tarifas de telefonia). Embora a brevidade da menção não esclareça o significado de “interesse nacional”, é possível entender que ele decorre de que a discussão em pauta (reajuste das tarifas de telefonia) é assunto do interesse de todos.

Quantos aos atos a que se referem as ações – e sua amplitude – apenas se pode entender que o Min. Naves esteja se referindo aos próprios atos que concedem reajuste ou aos contratos de concessão, que definem a fórmula de reajuste. Sem dúvida, aí está o foco das ações e estes são atos cujos efeitos se espalham por grande parte do território nacional. Em termos de eficácia territorial, os atos de autorização de reajuste normalmente terão o mesmo alcance dos contratos de concessão: a área de concessão.

Por fim, é interessante também a menção aos efeitos dos atos judiciais que ultrapassariam a jurisdição de diferentes tribunais. Parece que esses efeitos decorrem essencialmente do dispositivo de cada sentença ou decisão interlocutória, o que geralmente é definido pelo pedido da ação coletiva. É razoável imaginar que se esteja considerando

¹⁴¹ Transcreveu-se apenas a decisão do CC nº 19.686/DF, mas havia outro precedente citado, que não foi transcrito porque não continha argumentos novos em relação ao que já estava posto.

provimentos que alterem ou impeçam a aplicação do reajuste no País inteiro ou na área de concessão de determinadas prestadoras. Neste último caso, considerando-se ser a Telemar uma das suscitantes, caso houvesse uma decisão que impedisse o reajuste para esta prestadora de uma maneira geral (sem restrição ao território de um município ou de um estado), os efeitos dessa decisão se estenderiam por 16 (dezesesseis) estados da Federação, submetidos à jurisdição de diferentes Tribunais Regionais Federais.¹⁴²

Como decorrência do argumento da abrangência nacional do problema, aparece o argumento do papel institucional do STJ. Afirma o Min. Naves que, nos casos em que a abrangência da lesão ultrapasse a jurisdição de diferentes tribunais, caberia ao STJ agir, definindo a competência do foro e a extensão territorial da decisão ordinária. Afirma ainda, que o STJ tem jurisdição sobre todo o território nacional, de acordo com o art. 92, parágrafo único, da CF.¹⁴³ A impressão que se tem, diante dessas afirmações, é que a possibilidade de que o STJ defina a competência para julgamento da ação coletiva e a extensão territorial das respectivas decisões (tal como defende o Min. Naves) decorreria justamente do papel institucional desta Corte, que teria uma de suas expressões na jurisdição de amplitude nacional; a abrangência nacional do problema seria o fato que faria incidir a competência do STJ.

Quanto ao conceito de conexão, dois aspectos devem ser ressaltados. O primeiro é o destaque dado à “simplicidade” do conceito, através da afirmação enfática (feita duas vezes) de que não é necessário identidade entre as demandas, mas apenas semelhança. O segundo é a indicação da finalidade do instituto: preservar o papel institucional do Judiciário. Justamente aqui já se engata o quarto e último argumento, que cuida de descrever como as decisões contraditórias prejudicam a imagem e o papel institucional do Judiciário, tirando-lhe o prestígio.

Quanto à decisão “Reajuste de Tarifas – CC 39590 – 04/07/2003”, embora não conte com argumento diverso dos que se acabou de comentar, contém uma indicação curiosa na afirmação do cabimento do conflito de competência: a referência ao inciso I do art. 115 do

¹⁴² Trata-se da Região 1 do primeiro Plano Geral de Outorgas (aprovado pelo decreto 2.534/1998), que foi originalmente concedida à Telemar, e que englobava os estados de Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima.

¹⁴³ “Art. 92 (...) Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional”. Posteriormente este artigo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e a norma em apreço passou a ser veiculada no § 2º.

CPC. Essa é uma das hipóteses previstas no CPC para o conflito de competência, e refere-se à situação em que “dois ou mais juízes se declaram competentes”. É o que comumente se chama de conflito positivo de competência. O curioso nessa referência legislativa é que não se tem notícia de que, em nenhuma das ações subjacentes a este conflito de competência, tenha havido declarações formais e expressas de competência por dois ou mais juízes de primeiro grau. Se isto tivesse mesmo acontecido, esta seria uma situação clássica de conflito positivo de competência, quando, argüida incompetência por meio de exceção (incompetência relativa) ou em contestação (incompetência absoluta), dois ou mais juízes se pronunciam competentes para julgar a causa. No entanto, como se disse, não há nenhum indício de que isso tenha acontecido; todas as menções sobre o cenário anterior à instauração formal do conflito no STJ referem-se apenas à prolação de decisões interlocutórias. Neste caso, a afirmação do Min. Naves de que teria ficado configurada a hipótese do art. 115, I, do CPC deve necessariamente estar amparada em uma interpretação mais flexível desse dispositivo. Entendeu-se que a concessão de liminares representava, para cada juiz, implícita declaração de sua competência.

Analisados esses argumentos, percebe-se que a *uniformidade da regulação* não foi uma das preocupações que levou o STJ a impor uniformidade de decisões neste caso – ao menos não uma preocupação demonstrada expressamente. A Corte não demonstrou, portanto, preocupação com aspectos institucionais da regulação. Por outro lado, ficaram claras as preocupações com aspectos institucionais do próprio Judiciário e do STJ, especificamente. Vale dizer: o STJ impôs a uniformidade ao controle de legalidade dos atos regulatórios da Anatel neste caso, mas o fez por entender que cabia a si (Judiciário) sempre proferir decisões uniformes, independentemente das circunstâncias, e não por considerar que a regulação não poderia ter sua uniformidade prejudicada.

Por fim, é interessante atentar para o dispositivo dessas liminares, contido nos parágrafos “f” e “g”, ao final do trecho transcrito. Chama a atenção que, tendo definido a competência da 2ª Vara Federal de Fortaleza, o Min. Naves não apenas retirou a eficácia das liminares concedidas em todos os outros Juízos, mas estendeu a eficácia da liminar daquele Juízo (2ª VF de Fortaleza) a todo o País. Este provimento, em especial, parece fundamentar-se diretamente no segundo argumento da liminar, sobre o papel institucional do STJ. Mais especificamente, com este provimento o Min. Naves colocou em prática a alegada competência do STJ para “definir (...) extensão territorial da respectiva decisão ordinária”.

6.2.1.2) Conflitos de Competência 39590 e 39597 - acórdãos

As decisões finais destes dois conflitos de competência (39590 e 39597) também foram idênticas; em julgamento conjunto ocorrido em 27/08/2003, a Primeira Seção do STJ, sob a relatoria do Min. Castro Meira, proferiu os acórdãos “**Reajuste de Tarifas – CC 39590 – 27/08/2003**” e “**Reajuste de Tarifas – CC 39597 – 27/08/2003**”. Muito pouco se fala nestes acórdãos sobre o juízo de admissibilidade dos conflitos de competência. De fato, são acórdãos longos (27 páginas), com vários votos¹⁴⁴, mas que comportam discussão voltada para o mérito do conflito de competência. Não houve, portanto, discordância sobre a necessidade de reunião das ações subjacentes; o que se discutia era qual o juízo competente para processar essas ações.¹⁴⁵ O problema da uniformidade de decisões foi abordado apenas no voto do relator, Min. Castro Meira, e de maneira muito breve:

Cuida-se de conflito de competência, como bem asseverou o Ministro Presidente, de repercussão nacional, sendo necessária a reunião das diversas ações populares e ações civis públicas a fim de que esteja garantida a segurança jurídica nos contratos de concessão de serviços de telefonia. Compulsando os autos, verifico a presença dos requisitos necessários à conexão de causas, vez que todos os processos objetivam combater o aumento das tarifas de telefonia autorizado pela ANATEL às empresas concessionárias. Mesmo quando a ANATEL não figura como ré, visto que algumas ações tomam por base apenas a relação de consumo, não se alteram os requisitos necessários à conexão das causas, pois idênticos seus elementos essenciais. [trecho idêntico em ambos os acórdãos.]

Embora a brevidade do trecho prejudique a profundidade no tratamento das questões – e, conseqüentemente, a compreensão das concepções do julgador acerca dessas questões – é possível identificar três argumentos que fundamentam a afirmação da necessidade de julgamento conjunto das ações coletivas: (i) repercussão nacional; (ii) preservação da segurança jurídica nas concessões; (iii) caracterização da conexão.

Na falta de qualquer desenvolvimento sobre os dois primeiros argumentos (foram apenas mencionados), sobre a caracterização da conexão é interessante notar que o “elemento essencial” para o qual se voltou atenção não foi nem o pedido (objeto) nem a causa de pedir, a

¹⁴⁴ Além do voto do relator e sua posterior retificação, há declaração de voto dos ministros Peçanha Martins, José Delgado, Franciulli Netto, Luiz Fux, Teori Zavascki e Humberto Gomes de Barros (vencido).

¹⁴⁵ Apenas para constar, os ministros discutiam se a competência seria da 2ª Vara Federal de Fortaleza (contemplada pelas liminares “Reajuste de Tarifas – CC 39590 – 11/07/2003” e “Reajuste de Tarifas – CC 39598 – 11/07/2003”) ou da 2ª Vara Federal do Distrito Federal.

despeito do que reza o art. 103 do CPC. Em vez desses elementos, o Min. Castro Meira focou a caracterização da conexão no objetivo ou finalidade maior das ações: “combater o aumento das tarifas de telefonia”. Parece ser possível dizer, portanto, que o conceito de “conexão” adotado nesta decisão foi mais aberto (ou mais flexível) que o do Código de Processo Civil, o que não quer dizer que não haveria conexão entre as ações coletivas subjacentes ao conflito; mas quer dizer, certamente, que o relator não se preocupou em aplicar ao caso o conceito estrito de conexão.

O motivo desta flexibilização do conceito legal de conexão não pode ser afirmado apenas com a análise do arrazoado transcrito, especialmente por ser ele tão sucinto. Mas uma interpretação possível para este comportamento é o de que os dois primeiros argumentos (repercussão nacional e segurança jurídica) fossem as verdadeiras preocupações do relator, e que a caracterização da conexão se deu em função dessas preocupações. Isso, no entanto, é mera especulação, já que tal hipótese não pode ser confirmada com os elementos disponíveis.

Mesmo sem um desenvolvimento do argumento, não se pode deixar de destacar a preocupação do Min. Naves com a segurança jurídica nas concessões. Embora este argumento não chegue a mencionar, em nenhum momento, a idéia de “regulação”, pode-se dizer que ele reflete indiretamente uma preocupação com a uniformidade das normas regulatórias, já que estas são definidas em grande medida pelos contratos de concessão. Além disso, a proteção da segurança jurídica nos contratos de concessão parece atender a uma finalidade semelhante à da proteção da uniformidade da regulação: em palavras simples, a estabilidade das normas regulatórias. Mesmo assim, a falta de uma menção expressa à idéia de “regulação” é circunstância relevante, na medida em que demonstra não haver uma preocupação com os aspectos institucionais desta atividade (regulação) em si, mas antes com a estabilidade das regras fixadas para o problema em apreço (no caso, reajuste de tarifas do STFC).

Embora o voto do relator tenha sido o único que efetivamente tratou da admissibilidade dos conflitos de competência, vale transcrever também o voto do Min. Teori Zavascki nestes acórdãos, por dois motivos. Inicialmente porque esse voto contém em esclarecimento conceitual interessante à pesquisa. Em segundo lugar, porque o Min. Zavascki teve participação muito ativa em toda essa discussão sobre uniformidade das decisões, assumindo papel de destaque em decisões que serão analisadas mais à frente. Por conta disso, é interessante desde logo registrar sua opinião sobre questões que virão à tona novamente.

Trata-se de um voto curto que acompanhou a corrente vencedora e cuja fundamentação consiste no seguinte:

Sra. Ministra-Presidente, são duas premissas básicas para decidir a questão da competência neste caso: primeira, tratam-se de demandas para tutelar direitos de consumidor, decorrentes de origem comum, ou seja, direitos individuais homogêneos de consumidor. Segunda, o dano supostamente existente atinge a todos os consumidores na mesma situação, em todo o Brasil, ou seja, são danos de âmbito nacional. Sendo assim, a regra de competência é aquela estabelecida no subsistema do direito do consumidor, ou seja, a do art. 93, II, do CDC. Competente é o foro do Distrito Federal. Aqui as regras do CPC, inclusive sobre prevenção, têm aplicação subsidiária para definir a competência concorrente. A regra do art. 93, II, é regra fixada não no interesse exclusivo de um determinado consumidor, mas no do conjunto deles e do próprio sistema de tutela coletiva. Não é regra de competência de que se possa abrir mão. Tem, assim, natureza absoluta.

Até por não ser um arrazoado voltado à admissibilidade dos conflitos de competência, quer-se destacar apenas um ponto neste voto. Trata-se da natureza que o Min. Zavascki afirma terem os direitos envolvidos nas ações coletivas subjacentes aos conflitos: são direitos individuais homogêneos, afirma ele. Embora essa questão não tenha sido abordada pelos demais julgadores, parece digna de nota por se estar tratando da tutela coletiva, que só pode ser utilizada para defender determinados tipos de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos). Ainda que essa definição possa não parecer, neste momento, essencialmente relacionada ao problema da uniformidade das decisões, pode-se adiantar que ela assume papel importante na análise de admissibilidade de conflitos de competência em decisões que serão analisadas adiante (especialmente nas conduzida pelo próprio Min. Teori Zavascki).

6.2.1.3) Conflito de Competência 45297

O Conflito de Competência 45297 foi suscitado pela Telemar Norte Leste S.A. em face dos juízos federais da 2ª Vara Federal do Distrito Federal e da 9ª Vara Federal do Rio de Janeiro, por conta da decisão em que este segundo juízo considerou-se competente para julgar ação coletiva em que o MPF postulava a suspensão do reajuste anual das tarifas de telefonia. A insurgência da Telemar está fundamentada principalmente na existência de decisão anterior do STJ, que havia determinado a reunião de ações coletivas “com evidente identidade entre as

causas de pedir e os pedidos”.¹⁴⁶ A suscitante refere-se expressamente ao acórdão “Reajuste de tarifas – CC 39590 – 27/08/2003”, do qual se tratou acima, e que determinou a reunião das ações que visavam impedir o reajuste de tarifas na 2ª Vara Federal do DF.

Inicialmente, suscitado o conflito de competência no período de recesso forense, o presidente do STJ, Min. Edson Vidigal, concedeu a liminar “**Reajuste de tarifas – CC 45297 – 07/07/2004**”, determinando o sobrestamento da ação coletiva que corria na 9ª Vara Federal do Rio de Janeiro, e cassando a liminar ali concedida. O problema da uniformidade das decisões, neste caso, foi analisado nos seguintes termos:

Em um primeiro exame de cognição sumária, próprio desta fase procedimental, entendo configurada a plausibilidade do direito da suscitante, pois a questão jurídica apresentada na Ação Civil Coletiva nº 2004.5101012357-2 (fls. 135-159), perante o Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, é rigorosamente a mesma das ações reunidas no Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, qual seja, a validade ou não da cláusula contratual 11.1 dos contratos de concessão e da utilização do IGP-DI como índice de atualização monetária.

Evidencia-se a necessidade de conexão entre as ações, evitando-se, assim, a multiplicação de decisões antagônicas, a causar instabilidade jurídica não só nos contratos de telefonia, como também para os próprios consumidores, devendo ser reconhecida a precedência do Juízo da 2ª Vara Federal de Brasília, onde foi proposta a primeira ação coletiva, pelas mesmas razões explicitadas no Conflito de Competência nº 39.590-RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ 15/09/03.

Sendo a ANATEL parte passiva nas ações conexas, com sede na Capital Federal, e tratando-se de ação cuja causa de pedir é o aumento das tarifas telefônicas, incidem as regras do CPC, arts. 103 e 106.

Indiscutível, no caso, a conexão das ações.

O trecho transcrito, como se vê, aborda tanto o problema de uniformidade nas decisões quanto o estrito mérito do conflito de competência (isto é, a definição de um juízo competente). Como costuma acontecer nas decisões sucintas como as liminares, não há uma organização mais elaborada em que diferentes questões sejam tratadas separadamente; os argumentos pertinentes à necessidade de uniformidade das decisões intercalam-se com os argumentos de mérito. No entanto, é possível identificar com clareza esses argumentos, e perceber que a solução para o problema da uniformidade entre as decisões foca-se na questão

¹⁴⁶ São palavras do relatório da liminar concedida neste conflito de competência, onde se busca esclarecer a pretensão da Telemar.

da *conexão*.¹⁴⁷ E a caracterização da conexão é feita através de dois conceitos: “questão jurídica” e “causa de pedir”.

Inicialmente, o Min. Vidigal constata que a questão jurídica no processo da 9ª VF do Rio de Janeiro “é rigorosamente a mesma das ações reunidas no Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal”: “a validade ou não da cláusula contratual 11.1 dos contratos de concessão e da utilização do IGP-DI como índice de atualização monetária”. Ao final, o relator afirma que a causa de pedir em tais ações é “o aumento das tarifas telefônicas”, o que atrairia a incidência dos arts. 103 e 106 do CPC. Diante das diferentes descrições dadas para cada um dos conceitos, é possível concluir que não são usados como sinônimos no arrazoado; nessa linha, cada um dos conceitos cumpriria um papel próprio na caracterização da conexão. Por outro lado, é certo também que não houve nenhum preciosismo no trato desses conceitos, o que impede que se afirme qual a relação entre eles ou, mesmo, qual o papel de cada um na configuração da conexão. Apenas se pode dizer que ambos foram considerados relevantes para esse mister.

Por fim, cabe registrar a preocupação com a possibilidade de superveniência de decisões antagônicas, o que – apreende-se do arrazoado – afetaria a estabilidade jurídica “nos contratos de telefonia” e “para os próprios consumidores”. Sobre a caracterização desta situação de risco de decisões antagônicas, parece estar atrelada à identidade de questões jurídicas discutidas nas ações, já que essas duas idéias foram apresentadas uma em seguida da outra e estão intercaladas pela expressão “evidencia-se a necessidade de conexão entre as ações”, como se a identidade de questões jurídicas tornasse necessário evitar decisões antagônicas.

Por outro lado, a preocupação com a estabilidade jurídica é digna de nota. Assim como nos acórdãos dos Conflitos de Competência 39590 e 39597,¹⁴⁸ é possível dizer que essa preocupação (com a estabilidade) guarda relação com a idéia de *uniformidade da regulação*. No entanto, o fato de não ter sido sequer mencionada a palavra “regulação” demonstra que não teria havido preocupação direta com a atividade e seus aspectos institucionais.¹⁴⁹ Além disso, o Min. Vidigal apontou expressamente os focos da sua preocupação com a estabilidade

¹⁴⁷ É o que se extrai do trecho final: “indiscutível, no caso, a conexão das ações”.

¹⁴⁸ Acórdãos “Reajuste de Tarifas – CC 39590 – 27/08/2003” e “Reajuste de Tarifas – CC 39597 – 27/08/2003”.

¹⁴⁹ Por “aspectos institucionais” quer se fazer referência, de maneira muito ampla, às características do próprio modelo de regulação adotado para as telecomunicações, dentre as quais destaca-se, certamente, o fato de tratar-se de um modelo nacional.

jurídica: os contratos de telefonia e os usuários. Isso reforça a idéia de que, embora tenha havido uma preocupação com a estabilidade, ela não se voltou *diretamente* à regulação e à sua uniformidade.

O acórdão deste conflito de competência – “**Reajuste de tarifas – CC 45297 – 14/09/2005**” – foi proferido com unanimidade pela Primeira Seção do STJ, que conheceu do incidente e declarou a competência da 2ª VF do Distrito Federal para julgamento da ação coletiva originalmente distribuída para a 9ª VF do Rio de Janeiro. O voto condutor (único lavrado) foi do Min. João Otávio de Noronha, que abordou o problema da uniformidade entre decisões nos seguintes termos:

Figurando na relação processual em exame Tribunais diversos – art. 105, I, alínea "d", da Constituição Federal –, e plenamente suscetível de conhecimento o presente conflito, cabe aduzir, sem maiores digressões, que resta evidenciada a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF, *in verbis*:

(...)

Quanto ao cerne da questão que deu origem ao presente conflito, isto é, a divergência acerca do preenchimento dos requisitos norteadores da conexão, de forma a modificar a competência, é de se acolher os fundamentos da decisão concessiva da liminar, retratados nos seguintes termos:

(...)

Com efeito, sendo a conexão – *ex vi* do disposto no art. 105 do CPC – motivo delineador da modificação da competência (matéria de ordem de [*sic*] pública), inclusive passível de conhecimento de ofício pelo magistrado, impõe-se a prevalência do princípio de foro *ratione personae*, que delimita a reunião das ações para que possam ser julgadas simultaneamente, evitando-se, assim, decisões díspares e, por vezes, contraditórias.

(...)

É de se acrescentar, ainda, que, como bem profere a doutrina e assegura a jurisprudência, a conexão há sempre que prevalecer quando houver claramente a possibilidade de decisões discrepantes, ou, ainda, "a configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas preexistam um liame que as torne passíveis de decisões unificadas" (CC n. 22.123-MG, relator Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, DJ de 14.6.1999).

Por outro lado, não vejo como afastar a configuração de identidade da causa de pedir simplesmente pelo fato de haver lapsos diferentes quanto à época da ocorrência dos fatos geradores da propositura das ações. Em que pese os reajustes terem ocorrido em períodos diferentes, isto é, o primeiro em 2003 e o segundo em 2004, oportunidade em que o Juízo Federal da 9ª Vara do Rio de Janeiro concedeu liminar – vide informações de fls. 213/218 (Ofício n. 207/2004-GAB) –, é forçoso reconhecer que ambos decorreram de um único suporte fático: a aplicação de índice de atualização monetária previsto na cláusula 11.1 dos contratos de concessão dos serviços de telefonia.

Basicamente, são três as questões analisadas pelo relator neste trecho: (i) a admissibilidade do conflito de competência, (ii) a conexão entre as ações subjacentes e (iii) o

risco de decisões contraditórias. O problema da admissibilidade foi solucionado de maneira muito sucinta, com atenção apenas à competência do próprio STJ para apreciá-lo (conflito entre juízos submetidos a tribunais diversos – art. 105, I, alínea "d", da CF), e sem verificação sobre a efetiva configuração de hipótese de conflito na situação fática subjacente.

Sobre a conexão, o acórdão afirmou ser matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício, e que “há sempre que prevalecer quando houver claramente a possibilidade de decisões discrepantes” (estando relacionadas, neste ponto, as questões da caracterização da conexão e do risco de decisões contraditórias). Em concreto, no entanto, o Min. Noronha buscou o preenchimento da hipótese legal de conexão: identidade entre causas de pedir (CPC, art. 103). Sobre isso, ainda, o Juízo da 9ª VF do Rio de Janeiro, em informações prestadas, havia sustentado sua competência com o argumento de que a ação por si apreciada e as ações que haviam sido reunidas pelo STJ anteriormente não se refeririam à mesma base fática, já que estas versavam sobre o reajuste aplicado em 2003 e aquela sobre o reajuste de 2004. Mas este obstáculo foi contornado pelo Min. Noronha quando afirmou que todas as ações tinham o mesmo “suporte fático”: “a aplicação de índice de atualização monetária previsto na cláusula 11.1 dos contratos de concessão dos serviços de telefonia”. O ponto crucial deste argumento é a eleição de um critério para averiguação da identidade entre as causas de pedir; critério que foi chamado pelo relator de “suporte fático”, mas que na verdade diz respeito à *norma* contratual que rege o reajuste, como se apreende claramente do texto. Assim, as duas causas de pedir são consideradas idênticas porque as ações voltam-se contra atos que decorreram da aplicação da mesma norma contratual.

Desta forma, embora esta decisão não afirme expressamente uma preocupação com a *uniformidade da regulação*, atua de maneira direta e efetiva em favor deste objetivo, exatamente porque o critério eleito pelo Relator para caracterização da conexão (mais especificamente, o critério eleito para caracterização da identidade das causas de pedir) foi o da *identidade da norma regulatória questionada* (no caso, cláusula 11.1 dos Contratos de Concessão). Em última análise, portanto, mesmo que não tenha sido afirmada expressamente uma preocupação com a integridade da regulação, este valor é indiscutivelmente privilegiado pelo critério adotado para impor a *uniformidade de decisões*.

6.2.1.4 Conflitos de Competência 47731, 57558 e 57559 - liminares

A liminar “Assinatura Básica – CC 47731 – 27/01/2005” foi proferida pelo Min. Edson Vidigal, presidente do STJ, diante da indisponibilidade do relator (Min. Francisco Falcão) por conta das férias forenses. O contexto é um conflito de competência suscitado pela Anatel diante da multiplicidade de ações coletivas e individuais que contestavam a legalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica do STFC por todo o País. No relatório apresentado posteriormente no voto do Min. Teori Zavascki, quando do julgamento do conflito, existe um bom resumo das razões argüidas pela Anatel:

(a) a primeira demanda coletiva foi ajuizada, em 04.05.2000 perante o Juízo da 3ª Vara Federal de Caxias do Sul, RS, tendo sido, em 22.02.2001, redistribuída para a 6ª Vara Federal de Porto Alegre, RS; (b) posteriormente, várias outras ações, individuais e coletivas, foram propostas, com idêntico objeto, em todos os Estados da Federação; (c) tendo em vista que o dano apontado é de âmbito nacional, a competência para as ações coletivas é da comarca do Distrito Federal; (d) a insegurança jurídica resultante da possibilidade de decisões divergentes, algumas com eficácia em todo o território nacional, impõe a reunião das ações; (e) estando sediada na Capital Federal, é parte passiva em todas as ações; (f) a teor dos arts. 2º, § único, da Lei 7.347/85 e 103 do CPC, é possível a reunião por conexão não apenas das ações civis públicas, mas ainda das demandas individuais; (g) existem já provimentos judiciais discrepantes, uma vez que alguns juízes determinaram liminarmente a suspensão da cobrança, ao passo que outros a mantiveram, restando a agência reguladora, ora suscitante, sem saber se deve proibir ou permitir a cobrança da tarifa de assinatura básica. Pretende o reconhecimento da competência da 2ª Vara Federal de Brasília, DF, ou, sucessivamente, o da 6ª Vara Federal de Porto Alegre, RS, ao qual ocorreu a distribuição da primeira ação coletiva.

Considerando haver *fumus boni iuris* e *periculum in mora* na pretensão do suscitante, o Min. Edson Vidigal deferiu parcialmente a liminar requerida, de modo a suspender o curso das ações coletivas, designando o foro da 2ª VF do Distrito Federal para resolver medidas urgentes. Segue transcrita a essência da decisão, onde é possível vislumbrar seus principais fundamentos:

Em todas as demandas aqui envolvidas se buscam a tutela de direitos do consumidor, decorrentes de origem comum – validade da cobrança da assinatura básica, pelas operadoras de serviço de telefonia fixo comutado – STFC, tarifa essa contratualmente autorizada pela ANATEL, ora suscitante. Indiscutível, pois, a conexão das ações. E o risco de decisões contraditórias, se julgadas tais ações separadamente.

Embora não caiba nesta via adentrar no mérito das questões postas nessas demandas, têm a ver com o respeito ou desrespeito aos contratos, vez que a cobrança de tarifa mínima aos usuários do serviço de telefonia fixo foi expressamente autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicações –

ANATEL. Portanto, o dano supostamente existente atinge a todos os consumidores na mesma situação, em todo o País, é, portanto, dano de âmbito nacional. A ANATEL, que integra o pólo passivo de todas as ações, tem sede em Brasília/DF.

O Código de Defesa do Consumidor, art. 93, II, expressa a competência para a causa do “foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

Ao menos no que toca à uniformidade entre decisões de ações coletivas, as liminares “**Prorrogação das Concessões – CC 57558 – 21/12/2005**” e “**Prorrogação das Concessões – CC 57559 – 22/12/2005**”, também de autoria do Min. Edson Vidigal, contêm arrazoados muito parecidos com o transcrito.¹⁵⁰ Essas decisões foram proferidas em Conflitos de Competência suscitados respectivamente por Brasil Telecom S.A. e Anatel, com o intuito de reunir em um só juízo ações coletivas que visavam “impedir a assinatura da prorrogação dos contratos de concessão”,¹⁵¹ e foram decididas pelo Min. Vidigal, na qualidade de presidente do Tribunal, por conta do recesso forense. O rol de ações coletivas expressamente listado nos relatórios destas duas liminares – ações que se buscava reunir através dos conflitos – é quase idêntico, a não ser uma ação popular que, listada na liminar “Prorrogação das Concessões – CC 57558 – 21/12/2005”, não está no rol da liminar “Prorrogação das Concessões – CC 57559 – 22/12/2005”.¹⁵² De qualquer forma, diante da grande semelhança entre os arrazoados

¹⁵⁰ O trecho da liminar “Prorrogação das Concessões – CC 57559 – 22/12/2005” que trata da uniformidade entre decisões é o seguinte: “Em todas as demandas aqui envolvidas se busca a tutela de direitos do consumidor, decorrentes de origem comum – insurgência contra a assinatura da prorrogação dos contratos de telefonia fixa comutada e das disposições ali contidas. Antevejo, nesta fase inicial de cognição sumária, conexão entre as ações e o risco de decisões contraditórias, se julgadas tais ações separadamente. Embora não caiba nesta via adentrar no mérito das questões postas nessas demandas, têm a ver com o princípio da segurança jurídica, o respeito ou desrespeito aos contratos, e até mesmo o risco de descontinuar serviço público essencial à [sic] todos os brasileiros, como é a telefonia fixa comutada. A não-prorrogação do contrato de prestação de serviço público essencial de telecomunicações põe em risco a continuidade do serviço de telefonia, impondo a atuação da Corte Superior para restabelecer bases mínimas de segurança jurídica. Portanto, o dano supostamente existente atinge a todos os consumidores na mesma situação, em todo o País, é, portanto, dano de âmbito nacional. O Código de Defesa do Consumidor, art. 93, II, expressa a competência para a causa do ‘foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente’”. O trecho correspondente na liminar “Prorrogação das Concessões – CC 57559 – 22/12/2005” é quase igual a este, a não ser por não contar com o quarto parágrafo da transcrição.

¹⁵¹ De acordo com os relatórios das liminares.

¹⁵² O rol ações subjacentes citado na liminar “Prorrogação das Concessões – CC 57558 – 21/12/2005” é o seguinte: Ação Civil Pública (“ACP”) nº 2005.34.00.035.391-1 – 2ª Vara Federal de Brasília/DF; MS nº 2005.34.00.035423-1 – 6ª VF de Brasília/DF; ACP nº 2005.34.00.035702-8 – 8ª VF de Brasília/DF; Ação Popular nº 2005.34.00.036751-9 – 9ª VF de Brasília/DF; ACP nº

pertinentes à uniformidade entre decisões nessas duas liminares e no trecho acima transcrito, é possível analisar em conjunto essas três decisões.

Voltando a atenção para o trecho transcrito acima, nota-se que é nos primeiros dois parágrafos que se procura responder a questão da necessidade de julgamento conjunto dos processos. E o resultado positivo – o deferimento da liminar – ampara-se em argumentos a respeito de quatro questões: (i) conexão entre as ações; (ii) risco de decisões contraditórias, se as ações forem julgadas separadamente; (iii) segurança jurídica e respeito aos contratos; e (iv) dimensão do suposto dano aos consumidores (“âmbito nacional”).

Quanto à conexão entre as ações, ocorreria em função da “origem comum” dos direitos dos consumidores discutidos nas ações. Essa origem comum foi identificada pelo Min. Vidigal nas liminares, variando em função do assunto tratado: na liminar “Assinatura Básica – CC 47731 – 27/01/2005”, a origem comum consistiria na “validade da cobrança da assinatura básica, (...) tarifa essa contratualmente autorizada pela ANATEL”; já nas duas outras liminares, que versavam sobre o assunto “prorrogação das concessões”, a origem comum dos direitos foi assim identificada: “insurgência contra a assinatura da prorrogação dos contratos de telefonia fixa comutada e das disposições ali contidas”. Como se vê, em nenhum dos dois casos há referência à idéia de “causa de pedir” das ações (critério definido pelo art. 103 do CPC). Por outro lado, as “idéias” identificadas pelo Min. Vidigal como “origem comum”, em um e outro caso, parecem essencialmente diferentes. No primeiro caso (assunto “assinatura básica”), identificou-se o fundamento das pretensões relacionadas às ações: a invalidade das normas que autorizam a cobrança da assinatura básica é, sem dúvida, o fundamento do pedido de proibição dessa cobrança. No segundo caso, por outro lado, a “idéia” apontada como origem comum das ações subjacentes é nada mais que uma descrição do comportamento dos autores (insurgência contra a prorrogação), dizendo algo sobre o objeto das ações, mas nada diz sobre seus fundamentos. Essa análise comparativa demonstra que a expressão “origem comum” – critério principal usado na identificação da conexão – não tem um conteúdo definido; o que existe é um juízo vago de semelhança entre as ações.

Por outro lado, a afirmação do risco de decisões contraditórias parece estar diretamente ligada à afirmação da conexão entre as ações. Do jeito como colocado no final do

2005.34.00.036864-4 – 17ª VF de Brasília/DF; Ação Cautelar nº 2005.61.00.027671-5 – 20ª VF de São Paulo/SP; ACP nº 2005.61.00.027637-5 – 6ª VF de São Paulo/SP; ACP nº 2005.5101.025516-0 – 10ª VF do Rio de Janeiro/RJ; ACP nº 2005.51.01.027352-5 – 10ª VF do Rio de Janeiro/RJ; ACP nº 2005.72.15.000953-0 – VF de Brusque/SC. No rol da liminar “Prorrogação das Concessões – CC 57559 – 22/12/2005” falta apenas a ação popular sublinhada.

primeiro parágrafo, a impressão é a de que o Min. Vidigal vê o risco de decisões contraditórias como uma consequência da conexão. A idéia seria a de que, em se tratando de ações conexas, o mero fato de serem julgadas em separado já cria o risco de surgirem decisões contraditórias. Por outro lado, não existe desenvolvimento mais profundo sobre a própria idéia de “decisões contraditórias”, quando ocorreriam e quando esta contradição deveria ser considerada relevante.

Ainda quanto ao risco de decisões contraditórias, merecem destaque os valores que o Min. Vidigal expressamente adota em associação com essa questão: o respeito aos contratos (nas três liminares) e a segurança jurídica (nas duas liminares do assunto “prorrogação dos contratos”).

Com relação à dimensão do dano (“âmbito nacional”), é, a princípio, um argumento que serve ao juízo de mérito do conflito de competência, ou seja, à própria definição do juízo competente para o julgamento conjunto dos processos subjacentes. Isso porque tal circunstância (“dimensão nacional do dano”) atrai a incidência do art. 93, II, do CDC, e indica a competência do foro do Distrito Federal. Por outro lado, até por tratar-se de decisão concisa, não é despropositado imaginar que este argumento tenha também servido para formar a convicção do ministro sobre a própria necessidade de impor julgamento uniforme aos processos que eram objeto do conflito.

Mas as duas liminares sobre o assunto “prorrogação dos contratos” revelam ainda um quinto argumento em favor da reunião das ações (ou seja, em favor da uniformidade das decisões), de ordem consequencial, expresso no seguinte trecho da liminar “Prorrogação das Concessões – CC 57559 – 22/12/2005”:

Embora não caiba nesta via adentrar no mérito das questões postas nessas demandas, têm a ver com o princípio da segurança jurídica, o respeito ou desrespeito aos contratos, e até mesmo o risco de descontinuar serviço público essencial à [sic] todos os brasileiros, como é a telefonia fixa comutada.

A não-prorrogação do contrato de prestação de serviço público essencial de telecomunicações põe em risco a continuidade do serviço de telefonia, impondo a atuação da Corte Superior para restabelecer bases mínimas de segurança jurídica.

O ministro ressalta aí o risco que a não assinatura dos novos (prorrogados) contratos de concessão implicaria para a continuidade do serviço. Mesmo não havendo associação

expressa desse risco (de descontinuidade) à necessidade de decisão conjunta e uniforme das ações coletivas, o simples fato de estes argumentos estarem insertos entre os que tratam especificamente desta questão (uniformidade das decisões) revela que o Min. Vidigal enxerga uma relação entre os problemas, e tomou o risco à continuidade do serviço como um dos motivos para reunir as ações em um mesmo juízo.

Analisando estas decisões com atenção ao problema da *uniformidade da regulação*, não há nada nelas que permita afirmar que essa tenha sido uma preocupação assumida de forma consciente pelo Min. Vidigal. Existem, como se viu, argumentos que militam indiretamente em favor deste valor, como a proteção à segurança jurídica, o respeito aos contratos e a proteção à continuidade do serviço. No entanto, na linha do que foi dito em outras decisões, estes argumentos apenas se colocam no mesmo sentido da proteção à *uniformidade da regulação*, mas não guardam relação direta com ela, e não permitem afirmar que o decisão tenha buscado preservá-la.

6.2.1.5) Conflitos de Competência 48106 e 48177 - liminares

As liminares “**Assinatura Básica – CC 48106 – 02/03/2005**” e “**Assinatura Básica – CC 48177 – 03/03/2005**” são muito parecidas. Ambas foram proferidas pelo Min. Francisco Falcão em Conflitos de Competência suscitados por Telemar e Telesp, respectivamente, com o propósito de reunir processos sobre o assunto da assinatura básica. O trecho a seguir transcrito era idêntico nas duas decisões:

Trata-se, *in casu*, de várias ações coletivas ajuizadas em diferentes Estados contra concessionárias de telefonia fixa, contestando a cobrança de assinatura básica mensal, nas quais se verifica de plano a sua abrangência nacional, eis que todos os consumidores, de uma forma genérica, serão atingidos por tais decisões.

Sendo assim, prudente se mostra a reunião imediata de todos esses feitos em um só foro, a fim de se evitar o proferimento de sentenças diferentes, abordando o mesmo pedido, o que vai de encontro ao princípio da segurança jurídica.

(...)

Caracterizado o conflito de competência positivo e configurado o perigo de que decisões contraditórias sejam proferidas, concedo a liminar, para determinar o sobrestamento das ações coletivas ajuizadas perante os Juízos suscitados, e designo, para resolver as medidas urgentes, em caráter provisório, até o julgamento final do presente conflito, o MM. Juízo da 2ª

Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos moldes da decisão proferida no CC nº 47.731/DF (art. 120 do CPC c/c art. 196 do RISTJ).

Nestas decisões, portanto, o problema da necessidade de decisão conjunta e uniforme dos processos subjacentes foi resolvido com argumentos sobre as seguintes questões: (i) abrangência nacional da discussão; (ii) risco de decisões contraditórias; e (iii) segurança jurídica.

O argumento utilizado para afirmar a abrangência nacional da discussão foi relativamente simples: “todos os consumidores, de uma forma genérica, serão atingidos por tais decisões”. Cabe questionar se essa afirmação também diz algo sobre a natureza dos direitos envolvidos nas demandas. É possível inferir que, se *todos* os usuários serão atingidos de *forma genérica*, isso significa que os direitos envolvidos são de natureza transindividual? A idéia que está por traz dessa dúvida é a de que, caso se estivesse tratando de direitos individuais homogêneos, só seriam atingidos os usuários titulares dos direitos (e não todos os consumidores “de forma genérica”).

Acredita-se que essa inferência seria um tanto quanto precipitada, na medida em que a decisão realmente não se ocupa do problema da natureza dos direitos envolvidos. Mesmo assim, a afirmação sobre a extensão subjetiva dos efeitos das decisões é relevante porque reconhece, de certa forma, o potencial normativo da tutela coletiva nesses casos.

Quanto às duas outras questões, foram tratadas de maneira conjunta. O risco de decisões contraditórias foi caracterizado em função da identidade de pedidos, e o risco à segurança jurídica aparece como uma decorrência do risco de decisões contraditórias.

Aqui, como em outras decisões, verifica-se o cuidado com a segurança jurídica, mas não há nada que identifique preocupação com a *uniformidade da regulação*.

6.2.1.6) Conflito de Competência 57723

A liminar “**Acesso à internet – CC 57723 – 07/03/2006**” foi proferida pelo Min. Luiz Fux em conflito de competência suscitado por Telemar Norte Leste S/A com o propósito de reunir quatro ações coletivas que haviam sido propostas contra si em diferentes lugares do País, para desobrigar os consumidores do serviço de internet banda larga da contratação de

provedores. O Min. Luiz Fux adotou o entendimento de que os processos deveriam ser reunidos para que tivessem decisão uniforme, nos termos a seguir transcritos:

Com efeito, na conformidade da norma processual vigente, configura-se conexão entre duas ou mais ações quando há entre elas, identidade do objeto, ou da causa de pedir, impondo a reunião das ações para julgamento em *unum et idem iudex*, evitando, assim, a prolação de decisões inconciliáveis.

Nesse sentido, tivemos oportunidade de destacar:

“...é possível que duas ações mantenham em comum numa ação exatamente a mesma *causa petendi* sustentando pedidos diversos. Assim, v.g., quando Caio pede, em face de Tício, numa ação, a rescisão do contrato e noutra a imposição de perdas e danos por força da infração de uma das cláusulas do contrato lavrado entre ambos.

“Esse vínculo entre as ações por força da identidade de um de seus elementos denomina-se, tecnicamente, de conexão e, conforme o elemento de ligação, diz-se conexão subjetiva, conexão objetiva ou conexão causal.

“A conseqüência jurídico-processual mais expressiva da conexão, malgrado não lhe seja a única, é a imposição de julgamento simultâneo das causas conexas no mesmo processo (*simultaneus processus*). A razão desta regra deriva do fato de que o julgamento em separado das causas conexas gera o risco de decisões contraditórias, que acarretam grave desprestígio para o Poder Judiciário. Assim, v.g., seria incoerente, sob o prisma lógico, que um juiz acolhesse a infração contratual para efeito de impor perdas e danos e não a acolhesse para o fim de rescindir o contrato, ou ainda, que anulasse a assembléia na ação movida pelo acionista X e não fizesse o mesmo quanto ao acionista Y, sendo idêntica a causa de pedir.

“O instituto da conexão tem, assim, como sua maior razão de ser, evitar o risco das decisões inconciliáveis. Por esse motivo, diz-se, também, que são conexas duas ou mais ações quando, em sendo julgadas separadamente, podem gerar decisões inconciliáveis sob o ângulo lógico e prático.” (Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 188/189).

Resta evidenciada a conexão entre as ações objeto do presente conflito, uma vez que em todas elas se discute a legalidade das cláusulas constantes dos contratos de adesão firmados entre a TELEMAR e os usuários do serviço VELOX, que importem em obrigatoriedade de contratação de provedor e vedação de acesso direto do contratante à Internet, sendo de somenos a conexão parcial em face de existirem outras empresas figurando como partes, uma vez que a prolação de decisões parcialmente contraditórias é o suficiente para impor o julgamento simultâneo.

(...)

Destarte, a existência de provimentos de urgência inconciliáveis denota o conflito inequívoco de competência, por isso que, mesmo a possibilidade de inconciliabilidade parcial das decisões arrasta o fenômeno da conexão com o seu consectário lógico do julgamento simultâneo (*unum et idem iudex*), a teor do art. 105 do CPC.

Como se vê, foram duas as questões abordadas no arrazoado, com o propósito de sustentar a necessidade de julgamento conjunto e uniforme das ações subjacentes ao conflito: caracterização da conexão e risco de decisões contraditórias. Mas essa decisão destaca-se em face das muitas outras que abordaram essas duas questões; até o momento, foi nela que se

realizou com mais profundidade a caracterização da conexão; ali se trabalhou com o conceito desse instituto e procurou-se subsumir a situação fática a este conceito.

O desenvolvimento sobre o conceito de conexão foi feito, principalmente, com a citação do trecho doutrinário de autoria do próprio Min. Luiz Fux. Este trecho trabalha com clareza (até agora inédita nas decisões analisadas) a relação entre a conexão e o risco de decisões contraditórias. Afirma-se, neste sentido, que o risco de decisões contraditórias é, ao mesmo tempo, razão de ser e hipótese de configuração da conexão.

Feitos estes esclarecimentos teóricos, o Min. Fux identificou a conexão no caso concreto, destacando que todas as ações subjacentes ao conflito fundavam-se na alegação de ilegalidade das cláusulas dos contratos de adesão que impõem a contratação de provedor. Esta, portanto, foi a característica determinante nas ações para que o ministro decidisse reuni-las para julgamento uniforme.

De certa forma, no que tange à preservação da *uniformidade da regulação*, esta decisão se assemelha ao acórdão “Reajuste de tarifas – CC 45297 – 14/09/2005”, já que foi o questionamento de legalidade de uma determinada norma – fundamento comum em todas as ações – que levou o ministro a impor a uniformidade de julgamento. Trata-se, também aqui, de norma regulatória, ainda que veiculada em contrato de adesão, na medida em que define o mecanismo de prestação do serviço. Assim, ainda que esta decisão não manifeste expressamente preocupação com a *uniformidade da regulação*, atua diretamente em favor deste objetivo.

6.2.1.7) Conflito de Competência 57562

Na decisão “**Prorrogação das Concessões – CC 57562 – 24/04/2006**” o Min. Luiz Fux concedeu parcialmente a liminar postulada pela suscitante, Telemar Norte Leste S/A, para suspender o trâmite de parte dos processos que eram objeto do conflito. Na sua fundamentação, a decisão contém uma citação doutrinária do próprio Min. Luiz Fux, que já havia sido usada na decisão “Acesso à internet – CC 57723 – 07/03/2006”, e a transcrição integral da decisão “Prorrogação das Concessões – CC 57559 – 22/12/2005”, a cujos fundamentos adere. A única peculiaridade da decisão aqui analisada é a exigência de

identidade – aparentemente em sentido estrito¹⁵³ – entre os pedidos das ações, como requisito à caracterização da conexão. Este foi o motivo pelo qual a liminar foi apenas parcial.¹⁵⁴

Na linha do que se disse sobre a liminar “Prorrogação das Concessões – CC 57559 – 22/12/2005”, portanto, na presente decisão também não entra em discussão o problema da uniformidade da regulação.

No entanto o próprio Min. Luiz Fux reverteu essa decisão ao apreciar pedido de reconsideração da Telemar. Em nova decisão monocrática – “**Prorrogação das Concessões – RCDESP no CC 57562 – 28/02/2007**” –, o ministro adotou o entendimento de que é “somenos a conexão parcial, [sendo que] a prolação de decisões parcialmente contraditórias é o suficiente para impor o julgamento simultâneo”. Assim, estendeu os efeitos da liminar às demais ações que eram objeto do conflito.

A peculiaridade dessa decisão é uma longa transcrição das razões do pedido de reconsideração apresentado pela Telemar; após transcrever o arrazoado no relatório da decisão, o Min. Fux aderiu às suas razões, afirmando que “as razões expendidas pela suscitante, ora requerente, denotam a necessidade de aplicação do instituto da conexão, cujo escopo maior é evitar o risco de decisões inconciliáveis”. Mas essas razões (da Telemar) revelam uma concepção muito mais aberta sobre a conexão do que a que havia sido adotada na decisão anterior. De fato, a concepção de conexão defendida nessas razões é a mais aberta que se constatou, até o momento, entre as decisões analisadas:

A convergência entre os feitos acima, reconhecida por V. Exa., é, de fato, manifesta, haja vista que todos visam a obstar/ a anular a celebração e a validade do novo contrato de concessão, tendo ainda por fundamentos comuns a discordância em relação à política setorial da ANATEL e o suposto desrespeito à modicidade tarifária.

(...)

Diante dessa análise, toma-se inevitável a conclusão de que as ações em comento estão unidas teleologicamente, na medida em que ambas pretendem sustar a eficácia do contrato de concessão, sendo que algumas deduzem essa

¹⁵³ Eis o trecho em comento: “*Prima facie*, sobreleva notar, consoante se infere da tabela apresentada pela suscitante às fls. 05/10, a efetiva identidade de pedidos, aptos à configuração da conexão, se restringe, apenas, às seguintes ações: a) Ação Civil Pública nº 2005.34.00.035391-1, que tramita perante a 2ª Vara Federal de Brasília-SJ/DF; b) Ação Civil Pública 2005.34.00.035702-8, que tramita perante a 8ª Vara Federal de Brasília - SJ/DF e c) Ação Civil Pública 2005.51.01.025516-0, que tramita perante a 10ª Vara Federal do Rio de Janeiro- SJ/RJ” (grifou-se).

¹⁵⁴ Embora a interpretação literal do art. 103 do CPC leve, realmente, à exigência de rigorosa identidade de pedidos (ou de causas de pedir), este posicionamento destoa da flexibilidade que vinha sendo adotada nas outras decisões para caracterização da conexão. Esta flexibilidade, geralmente, é traduzida na idéia de que não seria necessária completa identidade entre as causas para que se configurasse conexão, mas apenas semelhança.

pretensão de modo mais extensivo, caracterizando a continência, que nada mais é do que uma conexão qualificada.

Esse arrazoado dá destaque, na caracterização da conexão, a alguns aspectos das ações que até então não haviam sido considerados, especialmente, a posição dos autores em face da política regulatória (discordância) e a idéia de união *teleológica* das ações, que privilegia uma finalidade mediata e mais genérica que é comum às ações (“sustar a eficácia do contrato de concessão”). Considerando que o enfoque nesses dois aspectos do problema – política regulatória e contrato de concessão – serviu para fundamentar o juízo em favor da uniformidade de decisões, é possível, sim, identificar a preocupação do Min. Fux com a *uniformidade da regulação*.

6.2.2) Julgados contra a uniformidade de decisões

6.2.2.1) Conflitos de Competência 47731, 48106 e 48177 – acórdãos

Estes três acórdãos, conduzidos pelo voto do Min. Teori A. Zavascki, decidiram de forma idêntica conflitos de competência suscitados pela Anatel (CC 47731) e por prestadoras do STFC (CC 48106, suscitado pela Telemar Norte Leste S.A.; CC 48177, suscitado pela Telesp) em face da multiplicidade de ações coletivas e individuais que versavam sobre Assinatura Básica. Todos os acórdãos foram proferidos na mesma sessão de julgamento, na qual a Primeira Seção do STJ ficou dividida a ponto de ter sido necessário voto-desempate do presidente do órgão, Min. Franciulli Netto. Votaram com o Min. Teori Zavascki os ministros Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins e o já referido Min. Franciulli Netto (voto-desempate). Em sentido contrário, votaram os ministros Francisco Falcão (relator originário), Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Eliana Calmon. Apresentaram declaração de voto, além do Min. Teori Zavascki, o Min. Francisco Falcão (relator originário), o min. Castro Meira (voto-vogal), a Min. Eliana Calmon (voto-vencido) e o Min. Franciulli Netto (voto-desempate). Além disso, há notas taquigráficas das manifestações do Min. Luiz Fux.

Basicamente, a acórdão “**Assinatura Básica – CC 47731 – 14/09/2005**” negou conhecimento ao respectivo conflito de competência, e os acórdãos “**Assinatura Básica – CC 48106 – 14/09/2005**” e “**Assinatura Básica – CC 48177 – 14/09/2005**” conheceram apenas em parte os conflitos de competência. Embora as decisões tenham teor idêntico, como se disse, houve essa diferença de resultados em função de características peculiares das ações

subjacentes a cada conflito.¹⁵⁵ Não havendo diferença entre as decisões no que toca a quaisquer outras questões, opta-se por analisá-las todas a partir do acórdão “Assinatura Básica – CC 47731 – 14/09/2005”. Serão analisados desta forma os arrazoados contidos nos votos dos ministros Teori Zavascki, Castro Meira, Francisco Falcão e Luiz Fux (quanto aos votos dos ministros Franciulli Netto e Eliana Calmon, não há arrazoado; ali apenas afirma-se a opção por uma corrente ou outra).

6.2.2.1.1) Voto do Min. Teori Zavascki

O voto do Min. Teori Zavascki é bem resumido pela ementa do acórdão, da qual se transcreve, abaixo, o trecho que contém as razões de decidir que interessam ao problema da uniformidade de decisões:

2. Não se pode confundir conexão de causas ou incompetência de juízo com conflito de competência. A incompetência, inclusive a que porventura possa decorrer da conexão, é controlável, em cada caso, pelo próprio juiz de primeiro grau, mediante exceção, em se tratando de incompetência relativa (CPC, art. 112), ou mediante simples arguição incidental, em se tratando de incompetência absoluta (CPC, art. 113).

3. Ocorre conflito de competência nos casos do art. 115 do CPC, a saber: ‘I - quando dois ou mais juízes se declaram competentes; II - quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes; III - quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos’. No caso dos autos, nenhuma dessas situações está configurada. Não foi demonstrada, nem sequer alegada, a existência de manifestação de juízes disputando a competência ou afirmando a incompetência em relação às demandas elencadas na petição.

4. A simples possibilidade de sentenças divergentes sobre a mesma questão jurídica não configura, por si só, conflito de competência. Não existe, em nosso sistema, um instrumento de controle, com eficácia *erga omnes*, da legitimidade (ou da interpretação), em face da lei, de atos normativos secundários (v.g., resoluções) ou de cláusulas padronizadas de contratos de adesão. Também não existe, nem mesmo em matéria constitucional, o instrumento da avocação, que permita concentrar o julgamento de múltiplos processos a respeito da mesma questão jurídica perante um mesmo tribunal e, muito menos, perante juiz de primeiro grau. Assim, a possibilidade de decisões divergentes a respeito da interpretação de atos normativos, primários ou secundários, ou a respeito de cláusulas de contrato de adesão, embora indesejável, é evento previsível, cujos efeitos o sistema busca

¹⁵⁵ No acórdão “Assinatura Básica – CC 48106 – 14/09/2005” o conhecimento parcial consistiu no seguinte: “Conflito conhecido em parte, apenas com relação às ações coletivas propostas perante a 2ª Vara Especializada da Justiça Estadual de Salvador, BA, e a 1ª Vara Federal de Salvador, BA, para declarar a competência da Justiça Federal”. No acórdão “Assinatura Básica – CC 48177 – 14/09/2005”, consistiu no seguinte: “Conflito conhecido em parte, apenas com relação às ações coletivas propostas perante a 32ª e a 5ª Varas Cíveis da Justiça Estadual de São Paulo, SP, e perante a 9ª Vara Federal de São Paulo, SP, para declarar a competência da Justiça Federal”.

minimizar com os instrumentos da uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476), dos embargos de divergência (CPC, art. 546) e da afetação do julgamento a órgão colegiado uniformizador (CPC, art. 555, § 1º), dando ensejo, inclusive, à edição de súmulas (CPC, art. 479) e à fixação de precedente destinado a dar tratamento jurídico uniforme aos casos semelhantes. Mas a possibilidade de sentenças com diferente compreensão sobre a mesma tese jurídica não configura, por si só, um conflito de competência.

5. Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, frequentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que é resolvido pela aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), na redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.

7. Por outro lado, também a existência de várias ações coletivas a respeito da mesma questão jurídica não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas pessoas. É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em benefício de quem se pede tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações. Pelo contrário: o normal é que sejam pessoas diferentes, e, para isso, concorrem pelo menos três fatores: (a) a limitação da representatividade do órgão ou entidade autor da demanda coletiva (= substituto processual), (b) o âmbito do pedido formulado na demanda e (c) a eficácia subjetiva da sentença imposta por lei, que ‘abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator’ (Lei 9.494/97, art. 2º-A, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35/2001).

8. No que se refere às ações coletivas indicadas pelo Suscitante, umas foram propostas por órgãos municipais de defesa do consumidor, a significar que os substituídos processuais (= beneficiados) são apenas os consumidores do respectivo município; há outras que foram propostas por Sindicatos (com base territorial limitada) ou por associações, em favor dos membros da categoria indicados em listagem anexada à inicial, os quais, portanto, são os únicos possíveis beneficiados com a sentença de procedência; e, finalmente, há as ações, nomeadamente as propostas pelo Ministério Público, em que a

eficácia subjetiva da sentença está limitada, pelo próprio pedido ou por força de lei, aos titulares domiciliados no âmbito territorial do órgão prolator. Não se evidencia, portanto, em nenhum caso, a superposição de ações envolvendo os mesmos substituídos.¹⁵⁶ Cumpre anotar, de qualquer modo, que eventual conflito dessa natureza — de improvável ocorrência —, estabelecido em face da existência de mais de uma demanda sobre a mesma base territorial, deverá ser dirimido não pelo STJ, mas pelo Tribunal Regional Federal a que estejam vinculados os juízes porventura conflitantes.

Analisando este arrazoado, nota-se que o problema aí enfrentado é, essencialmente, o da admissibilidade dos conflitos de competência apreciados. Para tanto, o Min. Teori Zavascki se ocupa de definir abstratamente hipóteses de cabimento de conflito de competência, e testar a subsunção do cenário fático a estas hipóteses. Em todo esse esforço argumentativo (seja no momento conceitual, seja no teste de subsunção), foram abordadas cinco questões: (i) admissibilidade do conflito de competência – a grande questão, em função da qual são abordadas as demais; (ii) conexão; (iii) risco de decisões contraditórias; (iv) natureza dos direitos envolvidos; (v) partes envolvidas.

A questão da conexão é abordada logo de início, mas de uma maneira negativa; fala-se da conexão apenas para dizer que ela não é importante na definição da admissibilidade dos conflitos de competência. Assim, logo no início do esforço conceitual sobre o conflito de competência, o Min. Zavascki trata de distinguir e afastar os institutos do conflito de competência e da conexão: “não se pode confundir conexão de causas ou incompetência de juízo com conflito de competência”.

Prosseguindo sobre o conflito de competência, o voto vincula-se à conceituação do Código de Processo Civil (art. 115), e passa a dilapidá-la. Justamente nessa dilapidação o ministro aborda, pela primeira vez, a questão do risco de decisões contraditórias, excluindo das hipóteses de conflito de competência a situação em que existe simplesmente a possibilidade de sentenças *divergentes* sobre a *mesma questão jurídica*. Para fundamentar esta delimitação, ressalta três características globais do sistema processual brasileiro: (i) inexistência de um “instrumento de controle, com eficácia *erga omnes*, da legitimidade (ou da interpretação), em face da lei, de atos normativos secundários (v.g., resoluções) ou de cláusulas padronizadas de contratos de adesão”; (ii) inexistência do instrumento da avocação;

¹⁵⁶ Esta afirmação (de que não há superposição de objetos em nenhum caso) restringe-se à decisão “Assinatura Básica – CC 47731 – 14/09/2005”. Nas duas outras o Min. Zavascki identificou alguns poucos casos de superposição de objetos, o que levou ao parcial provimento dos conflitos com relação a tais casos.

e (iii) a tolerância do sistema à superveniência de decisões divergentes sobre a mesma questão jurídica, existindo, por outro lado, mecanismos próprios que o sistema prevê para minimizar os efeitos das divergências (mecanismos de uniformização da jurisprudência, súmulas etc.).

No entanto, o ministro considera que, em determinadas circunstâncias, o risco de decisões contraditórias enseja, sim, o conhecimento de conflito de competência. Trata-se, portanto, de uma quarta hipótese de conflito de competência (além daquelas previstas no CPC), assim definida pelo relator: “considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa” (grifou-se). Este passa a ser, então, o ponto central da discussão sobre a existência de conflito de competência nas situações concretas analisadas pelas decisões. Uma vez que não se configuravam nenhuma das três hipóteses previstas no art. 115 do CPC, era preciso definir se estava presente esta quarta hipótese definida pelo Min. Zavascki.

Mas, desde logo é possível ressaltar a diferença entre a maneira como o Min. Zavascki aborda a questão do risco de decisões contraditórias e a maneira como esta mesma questão foi abordada por outros ministros, nas decisões analisadas anteriormente. A constatação é a de que o Min. Zavascki trabalha com esse conceito de maneira muito mais rigorosa do que seus pares, na medida em que apenas admite, como hipótese de conflito de competência, situações *qualificadas* de risco de decisões contraditórias. Na linha do trecho transcrito, para que enseje conflito de competência, o risco de decisões contraditórias deve ser qualificado por duas circunstâncias: (i) identidade de *partes* e (ii) identidade de *causas* nos processos que correm em separado. Embora não haja um esclarecimento, nas decisões, sobre a acepção em que foi utilizada a palavra “causa”, a interpretação ampliativa deste entendimento poderia levar, no cenário extremo, à regra de que o risco de decisões contraditórias só ensejaria conflito de competência em caso de *litispendência*.¹⁵⁷ Em contrapartida, as decisões analisadas anteriormente, de uma maneira geral, associaram o risco de decisões contraditórias à *conexão* e, muitas das vezes, a uma concepção ampla de conexão (adotando a semelhança, em detrimento da identidade, entre objetos ou causas de pedir das ações).

¹⁵⁷ A litispendência é definida, pelo art. 267, V, do CPC, como causa de extinção do processo sem resolução de mérito. O conceito de litispendência, por sua vez, é dado pelo art. 301, § 2º, do mesmo Código: “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Caso o Min. Zavascki tenha utilizado o termo “causa” em acepção ampla, a ponto de abranger o pedido e a causa de pedir, as “circunstâncias qualificadoras” que ele exige para tornar juridicamente relevante o risco de decisões contraditórias significariam verdadeira litispendência.

Definida esta quarta hipótese, o relator indica uma situação freqüente em que ela costuma se materializar: a propositura de ações coletivas que versem sobre idênticos direitos transindividuais, conceituados como “indivisíveis e sem titular determinado”. Nestes casos, segundo ele, haveria a possibilidade de decisões conflitantes com identidade de partes e causas, ensejando conflito de competência.

Com isso estava desenhado o conceito de “conflito de competência” que o Min. Teori Zavascki usaria para determinar se os conjuntos de ações que estavam sob sua análise deveriam ou não ser objeto de julgamento uniforme. E logo no início do teste de subsunção do quadro fático a este conceito, o ministro aborda a questão da natureza dos direitos envolvidos naquelas demandas, afastando a idéia de que eles pudessem ter natureza transindividual. Afirma que seriam direitos individuais homogêneos, e fundamenta esta afirmação com noções sobre o conceito e regime jurídico deste tipo de direito. Conceitualmente, seriam individuais homogêneos os “direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares”. Quanto ao seu regime jurídico, distinguem-se dos direitos transindividuais na medida em que podem ser também tutelados por ações individuais, que podem correr paralelamente à eventual ação coletiva. E é com base neste aspecto do regime jurídico dos direitos individuais homogêneos que o Min. Zavascki rejeita o cabimento de conflito de competência entre ações coletivas e individuais. Afirma: “se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito”.

Deve-se ressaltar, no entanto, que o ministro não faz nenhum esforço para demonstrar a subsunção dos conflitos que permeiam as ações em questão (basicamente, os conflitos pertinentes ao assunto “Assinatura Básica”) no conceito de “direitos individuais homogêneos”. Como se viu, o voto apenas afirma este conceito, mas não identifica as características concretas dos direitos em questão que refletiriam o conceito.

Mas até este momento o arrazoado ainda não havia afastado definitivamente o cabimento do conflito de competência em relação às ações coletivas. Embora já tivesse assentado a posição de que os direitos envolvidos não seriam transindividuais (o que tornava menos provável a aplicação da quarta hipótese de conflito de competência), ainda não se havia afastado expressamente a possibilidade de que as ações coletivas gerassem decisões antagônicas. Isso foi feito no parágrafo 7 do trecho transcrito, levando em conta o aspecto subjetivo das ações. A questão relevante, nesse ponto, era saber se poderiam surgir decisões

antagônicas “envolvendo as mesmas pessoas” (identidade de partes). E a resposta dada a essa questão tem foco nos titulares dos direitos individuais homogêneos envolvidos em cada ação, isto é, os “substituídos processuais”, em nome de quem as ações coletivas foram propostas.

Para definir o grupo de substituídos em cada ação, o relator define três critérios: (a) representatividade do autor da ação coletiva; (b) pedido da ação; e (c) “eficácia subjetiva da sentença imposta por lei” (Lei 9.494/97, art. 2º-A). A partir disso, realiza uma análise que considera as características de todas as ações abrangidas pelo conflito de competência. Essa análise se deu com o auxílio de uma tabela em que cada linha se destinava a uma ação e em que as colunas continham as informações (ou características) pertinentes à ação. Essa tabela continha quatro colunas, onde estavam registradas as seguintes informações: Estado de origem, autor(es), réu(s) e seção judiciária.

O resultado desta análise se encontra no parágrafo 8 da ementa transcrita. Com base neste trecho e nas quatro características das ações que serviram de base para a análise (colunas da tabela), percebe-se que essa avaliação pautou-se apenas pelo primeiro e pelo último critérios originalmente indicados pelo Min. Zavascki para definir o grupo de substituídos processuais nestas ações (respectivamente, os critérios da representatividade do autor da ação coletiva e da eficácia subjetiva da sentença imposta por lei). O segundo, entre aqueles critérios – o pedido das ações – não foi de fato considerado para avaliar se havia coincidência entre os substituídos processuais das diversas ações apreciadas nestes conflitos de competência.

Em resumo, é possível dizer que a análise do Min. Zavascki sobre o cabimento de conflito de competência nestes casos tem foco na questão do risco de decisões contraditórias. Contudo, para o ministro, esse risco deve estar qualificado por duas circunstâncias para que autorize o conhecimento de conflito de competência: os processos em questão devem ter (i) identidade de partes e (ii) identidade de causas. A ausência dessas “circunstâncias qualificadoras” foi justamente o que fundamentou a negativa de conhecimento aos conflitos de competência em apreço. Dois argumentos foram utilizados nesse sentido: (i) os direitos envolvidos nestas ações não são transindividuais, e sim individuais homogêneos; (ii) não há interseção entre os grupos de substituídos destas ações, já que, ou os seus autores têm representatividade diversa e não coincidente, ou não há coincidência entre as eficácias subjetivas das decisões de cada ação (definida por lei).

Diante desses argumentos, algumas observações podem ser feitas. Quanto à qualificação dos direitos envolvidos nas ações originárias como “individuais homogêneos”, isso demonstra a grande importância desses conceitos fundamentais da tutela coletiva¹⁵⁸ na definição do regime jurídico deste tipo de atuação judicial. Nas decisões ora analisadas, por exemplo, a distinção entre os conceitos de “direitos transindividuais” e “direitos individuais homogêneos” alterou profundamente os rumos de uma discussão de abrangência nacional sobre a regulação de telecomunicações; se, por algum motivo, os direitos envolvidos nos presentes conflitos de competência (no caso, direitos relacionados à “Assinatura Básica”) tivessem sido considerados transindividuais, o conflito teria sido conhecido e provavelmente as ações coletivas teriam sido reunidas definitivamente para julgamento em um só Juízo (para cada assunto). Mesmo assim, como se viu, o voto do Min. Zavascki não contém uma demonstração da subsunção dos direitos da situação concreta ao conceito de “direitos individuais homogêneos”. O que se tem é apenas uma breve indicação deste conceito.

Por outro lado, com relação à constatação de que não haveria coincidência entre os substituídos das diversas ações, ressalta-se o fato de que não foi levada em consideração a abrangência dos pedidos deduzidos nas ações.

Por fim, vale ressaltar que, ainda ao tratar do risco de decisões contraditórias, o Min. Zavascki fez importantes considerações sobre o sistema processual brasileiro e as potencialidades de atuação do Judiciário no controle das normas regulatórias através de ação coletiva. Trata-se da afirmação incisiva de que “não existe, em nosso sistema jurídico, um instrumento de controle, com eficácia *erga omnes*, da legitimidade (ou da interpretação), em face da lei, de atos normativos secundários (*v.g.*, resoluções) ou de cláusulas padronizadas de contratos de adesão”.

Fica bem claro, com isso, que a *uniformidade da regulação* deliberadamente não foi uma preocupação do Min. Zavascki ao avaliar a necessidade de uniformidade de decisões. As afirmações do ministro sobre a inexistência de controle concentrado de legalidade da regulação significam, na prática, o entendimento de que não cabe ao Judiciário apreciar de maneira uniforme a legalidade da regulação; logo, não lhe cabe também zelar pela uniformidade da regulação.

¹⁵⁸ Além dos direitos individuais homogêneos, considera-se conceitos fundamentais da tutela coletiva também os direitos coletivos e os direitos difusos.

Por outro lado, nada foi dito sobre o risco de vigência fragmentada da regulação e não há nada na decisão que evidencie que esse problema tenha sido considerado pelo Min. Zavascki. Concretamente, o que se tem de mais próximo a isso são as considerações sobre como o sistema processual brasileiro se coloca em face do risco de decisões contraditórias, no sentido de que aquele é bastante tolerante a estas. O fato de terem sido feitas expressamente essas considerações, inclusive, sugere que este específico aspecto do sistema processual brasileiro (seu posicionamento em face do risco de decisões contraditórias) reflete uma discussão que não comumente não aborda o problema da vigência de normas administrativas sujeitas a exame de legalidade pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, as afirmações do Min. Zavascki sobre o sistema processual brasileiro (especialmente no que toca ao seu posicionamento em face do risco de decisões contraditórias) sugerem que este sistema pode não estar voltado a problemas como o exame de legalidade com efeitos gerais de normas administrativas.

De qualquer forma, isso é apenas uma idéia que decorre da análise da decisão, e não algo que esteja contido nela. O que se pode concretamente identificar no voto é o seguinte: (i) a inexistência de considerações sobre a vigência da regulação; (ii) a afirmação de que não cabe ao Judiciário apreciar a legalidade da regulação de maneira uniforme (não existe controle concentrado de normas regulatórias).

6.2.2.1.2) Voto do Min. Francisco Falcão:

Defendendo solução oposta à que foi dada pelo Min. Teori Zavascki, o Min. Falcão apresentou voto em que defendeu a necessidade de decisão uniforme para os processos subjacentes aos conflitos de competência. E as razões apresentadas pelo ministro para sustentar sua posição foram muito similares às contidas nas liminares “Assinatura Básica – CC 48106 – 02/03/2005” e “Assinatura Básica – CC 48177 – 03/03/2005”¹⁵⁹, também de sua

¹⁵⁹ Eis o trecho do voto sobre este problema: “O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 93, inciso II, trata da competência das ações coletivas em que se defendem os interesses do consumidor. Nesse caso, correto o julgamento dos feitos coletivos no foro do Distrito Federal, porquanto se verifica, na espécie, a abrangência nacional da questão em debate, eis que todos os consumidores, de uma forma genérica, serão atingidos pelas sentenças proferidas sobre a matéria em foco. Ademais, estabelecida a competência de acordo com a sede da pessoa jurídica a ser demandada, conforme disciplina do art. 100, inciso IV, alínea "a", da Constituição Federal, será o Distrito Federal o foro responsável por processar e julgar os feitos coletivos em apreço, eis que nessa Unidade da Federação está estabelecida a ANATEL. Sendo assim, correta a reunião de todas as *actios* de cunho coletivo em

autoria e já analisadas acima. Foram abordadas neste arrazoado as seguintes questões: (i) abrangência nacional da discussão; (ii) risco de decisões contraditórias; e (iii) segurança jurídica. Além disso, o Min. Falcão fez, neste voto também, uma consideração que pode ser considerada como um “sintoma” da transindividualidade dos direitos envolvidos: “todos os consumidores, de uma forma genérica, serão atingidos pelas sentenças proferidas sobre a matéria em foco”. Como já foi dito acima, acerca de decisões que continha afirmação semelhante (liminares dos conflitos 48106 e 48177), acredita-se não ser possível afirmar (por inferência) que o Min. Falcão tenha realmente afirmado a natureza transindividual dos direitos envolvidos nestes conflitos. De todo modo, como se procurou deixar claro, eventual discordância sobre a esta temática (natureza dos direitos envolvidos) seria crucial para o desfecho dos conflitos, já que um dos principais argumentos do Min. Zavascki para não reunir as ações coletivas subjacentes foi justamente a natureza individual dos direitos envolvidos.

Na linha do que foi dito sobre as liminares dos conflitos 48106 e 48177, não se identifica neste voto nenhuma preocupação com a *uniformidade da regulação*; apenas com a segurança jurídica.

6.2.2.1.3) Voto do Min. Luiz Fux:

O Min. Luiz Fux, como se disse, acompanhou o Min. Francisco Falcão, e votou pela reunião das ações coletivas para julgamento conjunto, além do sobrestamento das ações individuais. O seu voto foi registrado em notas taquigráficas, cujo trecho essencial está colacionado a seguir:

Há conflito positivo de competência quando dois ou mais juízes praticam atos incompatíveis em processos sob sua jurisdição. Então, se um juiz defere uma medida e outro juiz indefere outra, evidentemente há conflito de competência. Esses atos geradores da incompatibilidade podem ser, inclusive, segundo nosso aresto, um conflito em potencial, atos potencialmente contraditórios - admito, pois, o conflito de competência. A grande realidade é saber se podemos conviver com nossa função, tal como prevista na Constituição Federal, assistindo passivamente, chegarem aqui cem mil ações com decisões diferentes sobre a mesma matéria. Isso significa abdicar do dever de velar pela cláusula máxima consecutória da tutela da dignidade da pessoa humana, que é a igualdade. Sabemos que um dos fatores que levou o Poder Judiciário a um profundo descrédito perante a opinião pública foi a falta de sintonia nas decisões. Citei uma vez um exemplo: um

um só Juízo, a fim de se evitarem decisões conflitantes sobre o mesmo tema, em atendimento ao princípio da segurança jurídica.”

leigo pergunta para um outro qual é o juiz dele, pensando que poderia ir ao juiz do outro e conseguir o mesmo que o outro conseguiu, porque não conhece o princípio do juízo natural.

No meu modo de ver, a conexão é inegável. Aliás, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki entende que elas são conexas. Além do mais, não estamos julgando litígios individuais, mas uma discussão relativa a um ato-base genérico, que é o ato da agência que intervém quando instituiu a tarifa básica, sem considerarmos alguns aspectos práticos de que, se isso eventualmente vier a surpreender as partes em conflito, certamente essas empresas - e temos assistido a isso com constância na Corte Especial - reclamarão na Corte Especial para fazer valer a condição originária da concessão, sob pena de repassar para o consumidor, num tiro às avessas, a onerosidade pela impossibilidade de cobrar a tarifa básica que a agência reguladora autorizou.

Um outro argumento subjacente que gostaria de trazer é no sentido de que as ações individuais recorrentes nos juizados especiais têm a finalidade de transformar aqueles resultados individuais em resultados transindividuais. Essas ações repetidas nos juizados especiais estão fazendo as vezes de ações coletivas de altíssima complexidade - vejam agora como estamos nos deparando com essa dificuldade toda - nos juizados especiais, que não têm a menor competência para julgar tais causas. Na verdade, é um simulacro de uma ação individual.

Esta é uma ação coletiva, que versa e que interessa a todos. Uma ação dessa tem gerado a repetição de inúmeras ações. Nossa opção na vida é: ira ou amor. Temos que fazer uma opção. Vamos receber cem mil ações, cada uma com uma decisão diferente e vamos bater no peito que somos um tribunal da cidadania, mas violando a isonomia, ou daremos uma solução para essa questão, que é nacional?

Nota-se, no presente trecho, a abordagem das seguintes questões: (i) risco de decisões contraditórias; (ii) papel institucional do Poder Judiciário; (iii) papel institucional do STJ; (iv) conexão; (v) abrangência nacional da discussão; (vi) conseqüências da decisão para o serviço; (vii) natureza dos direitos envolvidos.

Assim como o Min. Zavascki, o Min. Luiz Fux tem a preocupação com o cabimento do conflito de competência e aborda o risco de decisões contraditórias como uma hipótese de cabimento deste incidente. De forma bem menos rigorosa, no entanto, para o Min. Fux o mero risco de atos incompatíveis já enseja o conhecimento do conflito de competência. No mesmo sentido, ele afirma que a uniformidade das decisões é uma imposição dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Quanto ao papel institucional do Judiciário, o Min. Fux ressalta a importância de manter sintonia entre as decisões, até para evitar o descrédito do órgão perante a opinião pública. Na mesma linha, afirma o papel institucional do STJ como “tribunal da cidadania”, reforçando a necessidade de preservar a isonomia.

A abrangência nacional da questão é apenas mencionada no arrazoado, bem ao final do trecho transcrito, e está ligada à defesa do dever de isonomia por parte do Poder Judiciário (sobre o qual se acabou de comentar). A idéia defendida é, basicamente, a de que a abrangência nacional da questão é mais um dos motivos a impor o dever de isonomia.

Neste voto é possível perceber, ainda, considerações que tocam à questão da natureza dos direitos envolvidos nas ações subjacentes ao conflito. Assim, por exemplo: “não estamos julgando litígios individuais, mas uma discussão relativa a um ato-base genérico”; “as ações individuais recorrentes nos juizados especiais têm a finalidade de transformar aqueles resultados individuais em resultados transindividuais”; “esta é uma ação coletiva, que versa e que interessa a todos”. Estas considerações – especialmente a última delas –, embora careçam de fundamentação mais profunda, permitem afirmar que o Min. Fux entende estar diante de direitos transindividuais. Além disso, os trechos transcritos jogam luz sobre um aspecto dessas contendas que até então não havia sido abordado: o resultado final do conjunto de ações. O Min. Luiz Fux parece entender que o conjunto dessas ações representa uma discussão sobre a própria regulação da Anatel (“ato-base genérico”), que pode afetá-la com efeitos gerais (“resultados transindividuais”). E a compreensão dessa dimensão coletiva parece ser ponto fundamental na opção do Min. Fux pela uniformidade das decisões, até porque os três trechos reproduzidos novamente neste parágrafo constavam em diferentes partes das decisões (ou seja, o problema em questão permeou quase todas as discussões contidas na decisão).

Na esteira da afirmação de que a discussão em análise se referia a “ato-base genérico” da Anatel, o Min. Luiz Fux destacou também as possíveis conseqüências da decisão em relação ao serviço. Nessa linha, afirmou que essas ações poderiam levar à alteração da “condição originária da concessão”, e à tentativa das concessionárias repassarem aos usuários a onerosidade decorrente da eventual impossibilidade de cobrar a tarifa básica.

Quanto à conexão, o Min. Fux apenas afirmou que ela se caracterizava entre as ações subjacentes, mas sem se aprofundar nisso.

Ao final, é possível dizer que este voto contempla alguma preocupação com a uniformidade da regulação, mesmo não a tendo afirmado diretamente. Isso se extrai da importância que é dada à dimensão coletiva da disputa em vários argumentos, especialmente da afirmação de que aquela era uma discussão relativa a ato-base genérico da Anatel. Evidentemente, contudo, não é possível dizer que o Min. Fux tenha cogitado do risco de

vigência territorial fragmentada da regulação, e nem mesmo refletido sobre o problema da uniformidade.

6.2.2.1.4) Voto do Min. Castro Meira:

O Min. Castro Meira foi o último da Seção a apresentar voto fundamentado (após, vieram os votos da Min. Eliana Calmon e do Min. Franciulli Netto, que apenas adotaram posição, como se disse). Apresentado logo após o voto do Min. Luiz Fux, o voto do Min. Castro Meira dialoga com o de seu colega, fazendo contraponto em questões importantes para a solução do problema:

Em primeiro lugar, o provável problema do julgamento de 100 mil ações sobre o tema não será resolvido por meio do conflito de competência, porque as partes terão um julgamento; em todos esses julgamentos, haverá apelações e, provavelmente, recursos especiais que chegarão ao STJ.

O segundo ponto diz respeito à possibilidade de decisões contraditórias. Essa tem sido uma preocupação de todos desde que ingressamos na magistratura. Não há nada que mais desprestige a Justiça do que decisões em sentido diversos, pessoas que estão na mesma situação e têm seus pleitos decididos de modo divergente.

(...)

Essa situação tem que ser entregue ao legislador, que poderá resolvê-la pela advocatária. Entretanto, não podemos neste momento julgar a questão de mérito.

Outro ponto que teria que ser lembrado é a questão do juízo natural, que é também um princípio da Constituição. Como se questionou o Sr. Ministro José Delgado: vamos obrigar que alguém do interior do Amazonas, do Amapá, do Acre tenha que, necessariamente, reivindicar seus direitos perante o Juiz da 2ª Vara do Distrito Federal?

Não obstante existirem ações coletivas, o Código do Consumidor assegura às partes o direito a ajuizar individualmente a sua ação, não ficando inibido desse ponto. De tal modo que sei que essa situação é preocupante, mas me sinto inibido de resolvê-la já que a lei não me deu o poder, *data venia*, de resolver todas as questões, ainda que estejamos no Superior Tribunal de Justiça. Lembrou bem o voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: há situações em que não existe um conflito, pelo menos no modo tradicional como encaramos.

Rendo as minhas homenagens aos conceitos aqui emitidos pelo Sr. Ministro Luiz Fux, mas ainda sou, nesse ponto, conservador, entendendo que os conflitos são positivos quando dois juízes querem julgar uma causa, ou negativos quando ambos se consideram impedidos, ou, por algum modo, não se consideram aptos a julgar aquela causa.

As questões analisadas pelo Min. Castro Meira nesta passagem parecem ser as seguintes: (i) risco de decisões contraditórias; (ii) princípio do juiz natural; (iii) papel institucional do STJ; e (iv) admissibilidade dos conflitos de competência.

O que chama a atenção neste voto é o contraste entre – de um lado – a aversão que o Min. Castro Meira evidentemente nutre pela existência de decisões contraditórias e – de outro lado – a decisão adotada por ele ao final, negando conhecimento ao conflito de competência. E é justamente na fundamentação usada pelo ministro para justificar esse contraste que, entende-se, está a parte mais interessante do voto. Aí se tem a impressão de que o ministro sintetiza a discussão que já vinha sendo travada por seus pares, e identifica as duas correntes argumentativas que se contrapunham sobre o cabimento do conflito de competência: em favor do julgamento conjunto das ações coletivas, estão os argumentos em favor da segurança jurídica e da isonomia, que pretendem impedir a superveniência de decisões contraditórias e adotam um conceito amplo de conflito de competência; em contraposição, defendendo o prosseguimento independente de cada processo, estão os argumentos focados no conceito tradicional de conflito de competência e no princípio do juiz natural, que – entende o Min. Castro Meira – representa uma limitação ao poder do STJ.

É especialmente interessante, neste voto, a maneira como o Min. Castro Meira sintetiza a discussão sobre a admissibilidade dos conflitos de competência. Segundo apreende de seu arrazoado, esta é, essencialmente, uma discussão sobre a quantidade de poder que o ordenamento jurídico atribuiu ao STJ – sobre seu papel institucional, pode-se dizer. Analisando a questão sob este prisma, o Min. Castro Meira afirmou de maneira simples e precisa: “a lei não me deu o poder, *data venia*, de resolver todas as questões, ainda que estejamos no Superior Tribunal de Justiça” (sublinhou-se).

Com essas considerações, é possível traçar uma comparação entre o voto do Min. Castro Meira e o voto do Min. Teori Zavascki, no ponto em que este tratou do sistema processual brasileiro. Essencialmente, parece que isso também foi feito no presente voto: o Min. Castro Meira analisou as normas processuais brasileiras e afirmou que o Judiciário não poderia apreciar de maneira uniforme a legalidade da regulação, por mais que isso fosse desejável. Adotando esta linha, é possível dizer que o Min. Castro Meira absteve-se deliberadamente (como o Min. Zavascki) de velar pela *uniformidade da regulação*.

6.2.2.2) Conflito de Competência 48177 – embargos de declaração

Dando seqüência a estas decisões, no CC 48177, a Telesp opôs embargos de declaração para tentar dar continuidade a algumas discussões contidas no voto do Min. Teori Zavascki. Estes embargos foram decididos pelo acórdão “**Assinatura básica – EDcl no CC 48177 – 23/08/2006**”, em cujo relatório há uma breve descrição das razões de embargo:

A embargante aponta obscuridade e contradição no julgado, na parte em que afirmou não haver sobreposição de ações beneficiando os mesmos substituídos, aduzindo que as ‘ações de âmbito geral, para todo o Estado de São Paulo, abrangem, necessariamente, os mesmos beneficiados das ações coletivas de âmbito mais limitado’. Indica contradição no que se refere ao conhecimento parcial do conflito, sustentando haver outras ações com pedidos extensivos a toda a área do Estado de São Paulo. Por fim, alega ser omissa o acórdão, por ter deixado de se manifestar expressamente sobre (a) a caracterização de conflito, diante do reconhecimento implícito pelos juízos suscitados de sua competência para as ações; (b) a efetiva participação da ANATEL nas ações em tramitação perante a Justiça Estadual (fls. 3464-3470).

Nota-se, portanto, que a Telesp questionou a afirmação do Min. Zavascki de que não haveria coincidência entre os substituídos (isto é, os titulares dos direitos) nas diversas ações. Como se viu anteriormente, esta afirmação serviu como fundamentação ao afastamento do risco de decisões contraditórias (situação que, por sua vez, foi considerada hipótese de conflito de competência pelo Min. Zavascki). E o ponto crucial desse questionamento é a extensão dos *pedidos* deduzidos nas ações, ao passo que o Min. Zavascki havia colocado seu foco nos limites de representatividade dos substitutos processuais.

Além disso, questiona-se a idéia de que as hipóteses do art. 115 do CPC, para serem preenchidas, precisariam de manifestações expressas dos magistrados sobre suas próprias competências (ou incompetências). Está aí a idéia de que o simples fato de o juiz officiar no processo já seria suficiente, como reconhecimento implícito de sua competência, para preencher as hipóteses legais.

Mas no voto que conduziu o julgamento unânime dos embargos, o Min. Zavascki não chegou a entrar no mérito das discussões suscitadas pela embargante; limitou-se a dizer que não havia contradição ou omissão, reiterando as posições contidas no voto do conflito de competência. Com isso, não houve qualquer aprofundamento nas discussões.

6.2.3) Última decisão

A última das decisões encontradas sobre o problema da uniformidade das decisões é o acórdão “**Prorrogação das Concessões – CC 57558 – 12/09/2007**”, proferido pela Primeira Seção do STJ, sob o voto-condutor do Min. Luiz Fux. O contexto em que foi proferida esta decisão já foi exposto quando se tratou da liminar concedida no mesmo conflito de competência (“Prorrogação das Concessões – CC 57558 – 21/12/2005”); em resumo, a suscitante (Brasil Telecom) buscava a reunião de ações coletivas que visavam impedir a prorrogação das concessões do STFC. A Primeira Seção julgou com unanimidade a maior parte do acórdão, especialmente no que toca à necessidade de uniformidade entre as decisões das ações coletivas. Houve divergência apenas quanto à extensão dos efeitos da decisão às ações propostas após o conflito; neste ponto o Min. Luiz Fux restou vencido, prevalecendo o entendimento do Min. Teori Zavascki, pela restrição dos efeitos às ações propostas antes do conflito.

Até por ser a última entre as decisões encontradas, esta é a mais complexa e profunda de todas, especialmente no que toca ao problema da uniformidade das decisões. Há o longo voto do Min. Luiz Fux (15 páginas), que trata do problema com detalhes, e o voto-vista do Min. Teori Zavascki, que igualmente aborda a uniformidade, e cuida especificamente de cotejar o posicionamento adotado neste julgamento com o posicionamento contrário adotado em outros conflitos de competência já analisados aqui. Começa-se a análise pelo voto do Min. Luiz Fux.

6.2.3.2) Voto do Min. Luiz Fux

Embora este voto seja realmente extenso, como se disse, parece realmente proveitoso transcrever uma grande parte dele, pelas qualidades já enunciadas. Isso permitirá evidenciar com mais clareza os argumentos em análise, como se vê a seguir:

Assente-se que entre as ações coletivas reunidas, há algumas que impugnam a própria possibilidade de prorrogação dos contratos, e outras se limitam a impugnar determinados pontos dos contratos, pretendendo exclusão de algumas cláusulas ou a modificação de determinadas condições contratuais. No entanto, para configuração da conexão, não é necessário que haja perfeita coincidência de pedidos ou causas de pedir entre as ações. É necessário apenas que seus objetos sejam similares e que haja a possibilidade concreta

de decisões materialmente incompatíveis, o que acontece, de forma inequívoca, no presente caso.

Deveras, não é possível dissociar o litígio em torno da integralidade do contrato de concessão do litígio a respeito de algumas de suas cláusulas ou condições, não apenas pela circunstância óbvia de que a discussão sobre a integralidade do contrato abarca a discussão sobre algumas de suas cláusulas, a caracterizar clara hipótese de continência, mas também porque não é possível alterar um dos itens do contrato sem que suas condições sejam integralmente revistas, de modo que a modificação parcial de seu conteúdo inviabiliza a própria prorrogação dos contratos já existentes, por evidente quebra da equação econômico-financeira.

De fato, a relação jurídica de que se originam essas ações é uma só, incidível, referente à globalidade das condições estabelecidas nos contratos de concessão firmados entre a Anatel e as concessionárias de telefonia fixa comutada. O litígio é único e deve ser decidido de modo uniforme, pouco importando que algumas das ações possuam objeto mais restrito do que outras.

As ações coletivas que tratam de apenas algumas partes do contrato (e pretendem impedir 'parcialmente' sua prorrogação) acabam por produzir efeitos sobre a integralidade da relação jurídica entretida entre as concessionárias de telefonia e a Anatel, impossibilitando, na prática, a prorrogação dos instrumentos.

Outrossim, eventual decisão de procedência nessas demandas, para determinar que seja extirpados [*sic*] contratos, por exemplo, a cláusula que prevê cobrança de assinatura básica mensal pelas concessionárias ou a que estabelece o índice de reajustamento das tarifas de telefonia, criaria um profundo desequilíbrio nas condições ajustadas, conforme já reconhecido por esse E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental na SLS 250-MS. Isso demandaria o reexame das condições de contratação e a elaboração de um novo contrato entre a Anatel e as concessionárias de telefonia, mediante outra equação econômica, com condições e bases totalmente diversas, em substituição aos contratos que se pretende prorrogar. Denota-se que haveria total incompatibilidade material entre uma decisão que autorizasse a prorrogação do contrato, e outra que viesse a determinar a retirada de algumas de suas cláusulas. A uma, porque autorizar a prorrogação do contrato significa autorizar a manutenção integral de suas cláusulas; a duas, porque retirar uma das cláusulas equivaleria a impossibilitar a prorrogação dos contratos atuais.

Há de considerar-se, também, que a separação das ações poderia ensejar a prolação de decisão que afetasse apenas algumas concessionárias de telefonia (das mais de 70 existentes), permitindo que todas as demais tenham seus contratos prorrogados, gerando uma situação de total desestabilização do mercado, dado que as concessionárias gozariam de situações díspares.

Há um exemplo claríssimo dessa situação. No caso de procedência da ação civil pública movida pela APROVAT e pela CEIPAC (Proc. n° 2005.72.15.000953-0) perante a Vara Federal de Brusque, da Seção Judiciária de Santa Catarina, que impugna especificamente a cláusula que estabelece condições para a introdução do sistema de cobranças das ligações por minutos, a única concessionária afetada seria a Brasil Telecom (pois é a única que figura no pólo passivo juntamente com a Anatel), enquanto que, para todas as demais concessionárias do país, se aplicariam as regras estabelecidas no contrato. Ademais, por óbvio, essa decisão seria incompatível com eventual sentença de improcedência em ação que trate da integralidade do contrato.

Desse modo, encontra-se presente a razão básica para determinar-se a reunião das ações e preservar-se a coerência entre o que vier a se decidir em relação a cada uma delas: a necessidade de garantir a harmonia dos julgados, evitando que as partes fiquem sujeitas à prolação de decisões conflitantes.

Diante de decisões liminares proferidas por diversos juízos em 10 (dez) ações coletivas que versam todas sobre a mesma relação jurídica (contratos de concessão do sistema de telefonia fixa comutada - STFC), algumas indeferindo medidas cautelares e de antecipação de tutela, outras deferindo-as, tem cabimento o presente conflito de competência – como tem decidido reiteradamente o STJ em situações análogas – para fixar, desde logo, o juízo competente, evitando a profusão de decisões contraditórias.

Nada obstante, manifestou-se o MPF pelo não cabimento do conflito de competência, pois não estaria caracterizado o conflito, “tendo em vista a ausência de manifestação dos Juízos Suscitados sobre suas competências ou incompetências, o que implica seu não conhecimento”. Citou, neste sentido, o v. acórdão da 1.ª Seção do STJ, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, no julgamento do CC n.º 47.731/DF, de 14/09/2005.

Lavrada a devida *venia*, as decisões conflitantes exaradas com grave violação à uniformidade das decisões, bem como aos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica caracterizam o odioso conflito que viabiliza notável insegurança jurídica.

É que a potencialidade de decisões contraditórias, posto conexas as ações, viabilizando a repetição incalculável de ações com regramentos díspares para as mesmas situações jurídicas, recomendam a reunião das ações, e as decisões conflitantes proferidas são fatores suficientes a determinar a reunião das ações, porquanto os juízes, quando proferem decisões inconciliáveis, firmam as suas competências, fazendo exsurgir a conexão e a necessidade de reunião num só juízo, caracterizando o conflito de competência do artigo 115, III, do CPC. [precedentes]

Aliás, no CC 47.731-DF, tivemos a oportunidade de ressaltar que “***Há conflito positivo de competência quando dois ou mais juízes praticam atos incompatíveis em processos sob sua jurisdição. Então, se um juiz defere uma medida e outro juiz indefere outra, evidentemente há conflito de competência. Esses atos geradores da incompatibilidade podem ser, inclusive, segundo nosso aresto, um conflito em potencial, atos potencialmente contraditórios – admito, pois, o conflito de competência.***”

A referida assertiva, diga-se de passagem, mereceu o beneplácito de diversos julgados da Seção, a saber: CC n.º 35.507/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 03.11.2004; CC n.º 41.444/AM, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24.05.2005; CC n.º 45.475/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 16.05.2005; Conflito de Competência n.º 39.595/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ 09.02.2005; CC n.º 25.476/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, 2ª Seção, DJ 25.9.2000; dos quais sobressaem os seguintes trechos:

(...)

Destaque-se que em todos esses casos, bastou a existência ou o risco de prolação de decisões conflitantes em ações conexas de repercussão nacional, para que este. Eg. STJ reconhecesse o conflito de competência.

Deveras, reiterada jurisprudência do STJ reconhece o conflito positivo de competência decorrente de decisões conflitantes proferidas em ações conexas, entendimento este reafirmado recentemente, nos termos dos vv. acórdãos acima citados, relatados pelo Min. Luiz Fux (CC n.º 46.953/PR) e pelo Min. João Otávio de Noronha (CC n.º 58.229/RJ), que, em suma, decidiram: “há conflito positivo de competência quando dois ou mais juízes praticam atos incompatíveis em processos sob as suas jurisdições”.

A doutrina do tema não discrepa do entendimento esposado pela Seção, senão vejamos:

“O conflito de competência caracteriza-se desde que dois ou mais juízes conhecem da mesma matéria, ou dois ou mais juízes se dizem incompetentes. O deferimento do mais simples item da petição inicial, ou de pedido de avocação, ou ato que a isso equivalha, significa suficiente cognição e estabelece o conflito, se outro juiz procedeu do mesmo modo”, porquanto “a competência é premissa de qualquer sentença”. (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, 3.^a ed., Forense, atualização legislativa de Sergio Bermudes*, pp. 343 e 335.)

“O conflito é decorrência do princípio de que cada órgão jurisdicional é juiz da própria competência pela adoção por parte do sistema, do princípio germânico Kompetenz-Kompetenz”, que “envolve pressuposto de validade, matéria conhecível de ofício”. “Desta sorte, o juiz quando se declara competente nega a competência dos demais juízes e o que se declara incompetente afirma, por via reflexa, a competência do outro juiz” (Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, Ed. Forense, 2001. p. 115/116).

Frederico Marques, citando as palavras de Castro Nunes, destaca, ainda, que *“com o fim de se evitarem decisões contraditórias sobre a mesma relação jurídica, necessário não é, para que se verifique o conflito, que dois ou mais juízes se entendam competentes para o mesmo litígio; basta que queiram processar e julgar demandas conexas”.* (in *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Millenium, 2000, p. 460.)

Anote-se que a Corte Especial, percorrendo o mesmo raciocínio diante de ações individuais e coletivas que se voltavam contra a prorrogação dos contratos de concessão com a Anatel, decidiu em suspensão de segurança confirmada pelo AgRg na SLS 250-MS, que antevendo a conexão e a possibilidade de decisões contraditórias deve haver a reunião das ações no foro do Distrito Federal se o suposto dano é nacional.

A conexão *in casu* ressoa evidente sob a modalidade de continência; isto porque à luz dos elementos identificadores das ações, forçoso concluir que a infirmação do contrato no seu todo ou de algumas cláusulas implica assentar que a pretensão se volta contra a prorrogação total ou parcial do vínculo.

Nesse segmento, observe-se que *in casu*, em que se verifica que em cada ação há infirmação das regras básicas da Anatel, aplicáveis a todas as concessionárias, por isso que imperioso que *unum et idem iudex* dê uma única solução para todas, tanto mais que o que caracteriza a conexão é a comunhão do objeto mediato do pedido, no caso *sub iudice*, o modelo contratual de concessão em si, por isso que as ações revelam os seguintes pedidos a saber:

(...)¹⁶⁰

Sob esse enfoque, a conexão é inequívoca, tanto mais que assente na jurisprudência deste eg. STJ, *“deve ser reconhecida a existência de conexão entre ações mesmo quanto verificada a comunhão somente entre a causa de pedir remota”* (2.^a Seção, CC n.º 49.434/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 20. 02.2006). *“Visualizada hipótese de conexão entre duas ações, por terem, ambas, a identidade da causa de pedir remota (contrato de locação), deve-se decretar, em tese, a prevenção do juízo”* (STJ – 5.^a Turma, REsp n.º 305.835/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 11.11.2002).

Ademais, tem decidido esta Corte que *“ainda que na causa de pedir pudesse-se apontar alguma diferença, o fato de a obrigação ter a mesma origem bastaria para que aquela pudesse reputar-se comum”* (3.^a Turma,

¹⁶⁰ Aqui é feita uma descrição resumida de todas as ações subjacentes ao conflito e dos respectivos pedidos.

REsp n.º 3.511/RJ, Rel. Min. **Eduardo Ribeiro**, DJ 11.03.1991). Ou ainda, “*a configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas preexista um liame que as torne possíveis de decisões unificadas*” (1.ª Seção, CC n.º 45.297/DF, Rel. Min. **João Otávio de Noronha**, DJ 17.10.2005).

Desta sorte, apesar de as ações não terem pedidos estritamente idênticos (em algumas pede-se a anulação da prorrogação dos novos contratos, em outras pede-se a suspensão da prorrogação, em tantas outras se requerer, ainda, a supressão de cláusulas e condições dos novos contratos), é impositiva a reunião de todos feitos por conexão, na forma do art. 106 do CPC, a fim de evitar decisões contraditórias, no caso, inconciliáveis, sobre o mesmo modelo de contrato de concessão, que constitui a causa de pedir em todas as demandas, por isso que não há como não vislumbrar correlação entre os pedidos formulados nas diversas ações sob a mesmíssima causa de pedir (a suposta ilegalidade do novo modelo de contrato de concessão de STFC).

(...)

A doutrina encartada nos julgados é no mesmo sentido:

“*A identidade do litígio, para a configuração da conexão, enfatizam os juristas, é determinada pela identidade da relação jurídica deduzida com a pretensão*” (Tomás Pará Filho, *Estudos sobre Conexão de Causa no Processo Civil*, citado no v. acórdão do CC n.º 25.746, STJ – 2.ª Seção, Rel. Min. **Asfor Rocha**, DJ 25.09.2000)

À luz das referidas constatações, urge a necessidade da reunião das ações posto imanente o risco de decisões inconciliáveis com graves prejuízos para a segurança jurídica e para a isonomia, ambas cláusulas pétreas constitucionais. É que a decisão que altera contratos de concessão com a Anatel apenas em relação a algumas operadoras, restando incólume o vínculo em relação às demais, viola o princípio constitucional da isonomia, além de propiciar decisões contraditórias e repetição avassaladora de ações. Destarte, desassiste razão imaginar que não há *in casu* risco de decisões contraditórias.

Em primeiro lugar, as decisões atingiriam – pois conteriam disposições divergentes – a Suscitante e as demais concessionárias, rés na maioria daquelas ações, além da própria Anatel, que além de ré figura como poder concedente em todos os contratos firmados sob o modelo impugnado.

Sob esse ângulo, a prolação de decisões divergentes implementaria o caos. Imagine-se, v.g., se a Anatel fosse impedida de assinar a prorrogação do contrato por determinada decisão, mas fosse autorizada por outra. Qual prevaleceria? Imagine-se, ainda, se determinado juízo considerasse inválida determinada cláusula do novo modelo de contrato, que outro juízo tivesse considerado válida. Em qual decisão as concessionárias (e os próprios usuários) deveriam se fiar?

Em segundo lugar, e principalmente, porque a questão jurídica tratada nas ações (no caso, exatamente a mesma, pois diz respeito à legalidade do mesmo modelo de contrato) não admite ser interpretada de um modo para alguns, ou em certa localidade, e diferentemente para outros, de outra região. O novo modelo de contrato de concessão de STFC é nacional e exige tratamento uniforme e isonômico em todo o país.

Por fim, ressoa inaceitável decisões judiciais discrepantes sobre o mesmo modelo nacional de contrato. A concessão do STFC não pode ser formada em determinada região, isto é, valer para determinados “substituídos”, representados por determinada “associação”, e não ser assinada em outra, porque os sujeitos não estariam representados em juízo por aquela “associação” substituta.

Os contratos também não podem ser diferentes nesta ou naquela localidade, vigorando com determinadas cláusulas e condições em relação a determinados “substituídos” e de modo diverso em relação a outros.

Em suma: não podem coexistir decisões judiciais sobre a mesma questão de direito público, diversificando os contratos de concessão conforme a localidade e o grupo de usuários, sob pena de comprometer o próprio modelo nacional de concessão, modificando as bases sobre as quais foi concebido, pondo em risco a segurança e a continuidade do serviço público de telefonia (STFC).

Nada obstante o quadro fático à luz das informações dos Juízos denota que decisões conflitantes já começaram a ser proferidas. Assim, v.g., o Juízo da 2.^a Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (que está prevento, por força do art. 93, II, do CDC, c.c. art. 106 do CPC) indeferiu pedido de antecipação de tutela que visava suspender a assinatura dos novos contratos de STFC. Vários outros juízos proferiram decisões no mesmo sentido, indeferindo liminares que visavam a impedir a assinatura daqueles contratos ou extirpar-lhes cláusulas e condições; outro Juízo Federal, em ação conexa (cuja causa de pedir tem fundamento nos mesmos contratos), já decidiu em sentido contrário, determinando a suspensão da assinatura da prorrogação dos contratos e da aplicação de disposições previstas no novo modelo contratual. Urge, assim, a reunião das ações, porquanto inquietante esse quadro de decisões conflitantes, como confirmam os arestos chanceladores da preocupação jurisdicional:

(...)

Mister, ainda, observar que todas as ações estão sob a égide da Lei 9.472/97 que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e criação do órgão regulador do setor e devem merecer exegese uniforme porquanto lei federal, mercê de ser esse o escopo do STJ, velar pela inteireza do direito nacional.

Conseqüentemente, permitir que juízos diversos venham a proferir decisões conflitantes nas diversas ações coletivas que discutem o MESMO modelo de contrato de concessão de STFC colocaria em risco não somente a segurança e a igualdade das relações jurídicas dos jurisdicionados, mas também a própria a continuidade do serviço público de telefonia, como bem destacou o Ministro Presidente ao conceder a liminar.

Ademais, o ideal jurisdicional é a função preventiva do Judiciário em evitar a multiplicação das ações conducentes a resultados inconciliáveis.

Subjaz, assim, a questão da indicação do Juízo prevalente.

Consoante destaca a suscitante, o presente conflito merece ser julgado integralmente procedente, de modo a confirmar a decisão liminar e competência do juízo da 2.^a Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para a apreciação de todas as ações que versam (diretamente ou por via reflexa) sobre a prorrogação dos contratos de concessão de serviços de telecomunicações.

Na ocasião da distribuição do presente conflito, era fato notório que os contratos de concessão das empresas que prestam o serviço telefônico fixo comutado (STFC) iriam expirar em 31 de dezembro de 2005, tendo as companhias, na forma da Lei Geral de Telecomunicações, optado I [*sic*] pela prorrogação dos contratos, a serem firmados entre estas e a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

A perspectiva de assinatura da prorrogação dos contratos - marcada para o dia 22 de dezembro de 2005, às 10h- deu ensejo a uma multiplicidade de demandas, ao redor do país, todas tendo por escopo impedir ou restringir, de alguma forma, a assinatura.

Não pode haver dúvidas de que a questão tratada no presente conflito tem abrangência nacional. Os contratos de concessão celebrados entre as concessionárias de telefonia e a Anatel são únicos para todo o país, não sendo possível admitir-se que esses instrumentos poderiam estar em vigor apenas em determinados estados da federação e encontrar-se com suas disposições suspensas em outros.

Assim, qualquer decisão proferida nos autos de uma das demandas ora reunidas afetará, indistintamente, a todos os consumidores dos serviços de telefonia fixa comutada, em todo o país, dada a abrangência nacional destes contratos.

O Ministro Edson Vidigal, ao deferir a liminar, destacou esse ponto, nos seguintes termos:

“Embora não caiba nesta via adentrar ao mérito das questões postas nestas demandas, têm a ver com o princípio da segurança jurídica, o respeito ou desrespeito aos contratos, e até mesmo o risco de descontinuar serviço público essencial a todos os brasileiros, como é a telefonia fixa comutada. Portanto, o dano supostamente atinge a todos os consumidores na mesma situação, em todo o País, é portanto, dano de âmbito nacional.”

Reconhecida a existência do conflito, bem como sua abrangência nacional, cumpre definir o juízo competente, destacando-se que, ante a presença da Anatel no pólo passivo de todas as demandas, a competência é, indubitavelmente, da Justiça Federal (CF/1988, art. 109, I).

[grifos no original]

Abstraindo a essência do arrazoado, é possível identificar sete questões que foram apreciadas com argumentos voltados à afirmação da necessidade de uniformidade nas decisões das ações coletivas subjacentes (*unum et idem iudex*, na expressão usada pelo ministro): (i) cabimento do conflito de competência; (ii) caracterização da conexão entre as ações; (iii) risco de decisões contraditórias; (iv) uniformidade da regulação; (v) risco à segurança e à continuidade do serviço; (vi) isonomia; e (vii) abrangência nacional do dano. Mesmo que os argumentos não tenham sido apresentados nesta ordem – até porque esses argumentos muitas vezes foram intercalados –, para fins didáticos, ela parece ser a mais adequada para realizar a análise.

Quanto à questão do cabimento do conflito de competência, o relator afirmou que o caso preenchia a hipótese do art. 115, III, do CPC¹⁶¹, contrariando o entendimento do Ministério Público, segundo o qual o conflito não poderia ser conhecido porque não houve manifestações expressas dos juízos suscitados sobre suas competências ou incompetências. O Min. Luiz Fux afastou esta tese afirmando que “os juízes, quando proferem decisões inconciliáveis, firmam as suas competências, fazendo exsurgir a conexão e a necessidade de

¹⁶¹ Art. 115: “Há conflito de competência: (...) III – quando entre dois ou mais juízes surge a controvérsia acerca da reunião ou separação de processos”.

reunião num só juízo, caracterizando o conflito de competência do artigo 115, III, do CPC” (grifou-se). Em amparo a este entendimento, colacionou precedentes do próprio STJ e lições doutrinárias, entre as quais pode-se destacar a de Castro Nunes: “para que se verifique o conflito, que dois ou mais juízes se entendam competentes para o mesmo litígio; basta que queiram processar e julgar demandas conexas”.

Quanto à caracterização da conexão, devido às diferenças nos objetos das ações coletivas subjacentes, o Min. Fux tomou o caminho de identificar a continência entre as ações, a qual, afirma ele, é uma das formas de conexão. Ele inicia o desenvolvimento deste argumento afirmando – como, de resto, foi feito em muitas outras decisões que afirmaram a necessidade de decisão uniforme – que a conexão não exige perfeita coincidência entre pedidos e causas de pedir. Nessa linha, pondera que a discussão sobre a integralidade do contrato abarca (no sentido de ser o universo no qual estão contidas) as discussões sobre algumas de duas cláusulas. O argumento, no entanto, é mais complexo do que isso; e seu ponto chave está na identificação dos efeitos dessas discussões – seja a discussão sobre a integralidade do contrato, seja sobre cláusulas suas – sobre a *relação jurídica* (entre Anatel e Concessionárias) inaugurada pelo contrato. Revela, com isso, uma implicação muito relevante da questão, que ficaria obscura se o argumento fosse limitado à afirmação de que um objeto “abarca” o outro. A idéia é a seguinte: “As ações coletivas que tratam de apenas algumas partes do contrato (e pretendem impedir ‘parcialmente’ sua prorrogação) acabam por produzir efeitos sobre a integralidade da relação jurídica entretida entre as concessionárias de telefonia e a Anatel, impossibilitando, na prática, a prorrogação dos instrumentos”. E a consequência disso, na linha de argumentação, é a necessidade de decisão uniforme do litígio.

A terceira questão é a do risco da superveniência de decisões contraditórias, que, como sói acontecer, têm íntima relação com o argumento da conexão. Nesta decisão, no entanto, o risco de decisões contraditórias foi tratado de maneira inovadora em relação a todas as demais; a avaliação desse risco foi muito mais profunda, realizando-se em mais de um ponto da decisão. A primeira abordagem do problema procurou evidenciar a “incompatibilidade material” entre decisões que autorizassem as prorrogações de contratos e outras que determinassem a exclusão de determinadas cláusulas. As razões dessa incompatibilidade material seriam as seguintes: “A uma, porque autorizar a prorrogação do contrato significa autorizar a manutenção integral de suas cláusulas; a duas, porque retirar uma das cláusulas equivaleria a impossibilitar a prorrogação dos contratos atuais”. Neste ponto,

especificamente, fica bem clara a relação entre os argumentos da conexão e do risco de decisões contraditórias.

O que foi mais original, no entanto, foram a segunda e a terceira abordagens do argumento do risco de decisões contraditórias. A segunda abordagem enfatiza o “caos” que seria criado pelas decisões divergentes e, especialmente, a situação de dúvida e insegurança que isso causaria para a Anatel e para as prestadoras. O trecho repetido a seguir ilustra bem essa situação de dúvida, inclusive valendo-se de interrogações:

Imagine-se, v.g., se a Anatel fosse impedida de assinar a prorrogação do contrato por determinada decisão, mas fosse autorizada por outra. Qual prevaleceria? Imagine-se, ainda, se determinado juízo considerasse inválida determinada cláusula do novo modelo de contrato, que outro juízo tivesse considerado válida. Em qual decisão as concessionárias (e os próprios usuários) deveriam se fiar?

Por sua vez, a terceira abordagem analisa a questão aqui chamada de “uniformidade da regulação”, enfatizando que “o novo modelo de contrato de concessão de STFC é nacional e exige tratamento uniforme e isonômico em todo o país”. Como consequência disso, “a concessão do STFC não pode ser formada em determinada região, isto é, valer para determinados ‘substituídos’, representados por determinada ‘associação’, e não ser assinada em outra, porque os sujeitos não estariam representados em juízo por aquela ‘associação’ substituta”. Em outras palavras, este argumento questiona a “fragmentação” que o regime das concessões – e a regulação do STFC, por consequência – sofreriam no território nacional em função das decisões divergentes.

Aqui, portanto, pela primeira vez, a questão da *uniformidade da regulação* foi abordada expressamente, inclusive (como referido neste último parágrafo) com expressa menção ao problema da *vigência territorial fragmentada*. O Min. Fux identificou esse problema com clareza, referindo-se ao modelo nacional de concessão, e usou isso para caracterizar o risco de decisões contraditórias e justificar o provimento do conflito de competência.

A questão consequencial – em quinto lugar – foi tratada justamente no bojo dessa terceira abordagem da questão do risco de decisões conflitantes. De maneira muito breve, apenas afirmou-se – sem fundamentações ou explicações adicionais – que o comprometimento do modelo nacional de concessões, através de decisões conflitantes, colocaria em risco “a segurança e a continuidade do serviço público de telefonia (STFC)”.

A sexta questão – isonomia – também ainda não havia sido abordada em nenhuma outra decisão de conflito de competência, e coloca-se como argumento adicional a impor a uniformidade de decisões. Afirma-se, basicamente, que o julgamento separado das ações coletivas poderia criar uma situação em que parte das concessionárias tivesse seu contrato renovado, e parte não, o que violaria o dever de isonomia da Administração no tratamento dos administrados.

Por fim, a questão da abrangência nacional do dano e da discussão travada nos processos, como em outras decisões, foi abordada no limite entre o problema da uniformidade das decisões e a análise do mérito do conflito de competência (determinação do juízo competente). Embora a questão não seja nova, o argumento utilizado para demonstrar a dimensão nacional do dano foi original, pois recorreu à amplitude nacional do modelo de concessões do STFC.

6.2.3.2) Voto do Min. Teori Zavascki

Além disso, como foi dito, houve o voto do Min. Teori Zavascki, cuja análise é especialmente interessante em função do cotejo de posicionamentos que é realizado ali. Neste voto o Min. Zavascki compara a posição adotada por ele (e por toda a Seção) no presente julgamento (no sentido de conhecer do Conflito de Competência) com a posição adotada pela Seção nos conflitos de competência 47731, 48106 e 48177, cujos julgamentos foram conduzidos por ele (Min. Zavascki), e nos quais se deixou de conhecer os conflitos. Trata-se de três decisões que já foram analisadas anteriormente: “Assinatura Básica – CC 47731 – 14/09/2005”, “Assinatura Básica – CC 48106 – 14/09/2005” e “Assinatura Básica – CC 48177 – 14/09/2005”.

Eis o trecho do voto em que o Min. Zavascki realiza essa comparação:

2. O presente conflito é substancialmente diferente do CC N.º 48.117/SP, DJ de 05.06.2006, de que fui relator para o acórdão. Lá se pretendia fixar num único juízo a competência para inúmeras demandas, individuais e coletivas, que visavam ao reconhecimento da ilegitimidade da cobrança de assinatura básica, constante em contratos individuais de telefonia, firmados entre concessionária e usuários, cumulada, em várias delas, com pedido de repetição de indébito. Tratava-se, portanto, de um conjunto de demandas visando a tutelar típicos direitos individuais homogêneos, pertencentes a titulares certos e determinados. Aliás, na ementa do acórdão essa circunstância ficou bem evidenciada. Constatou-se do item 6 da ementa o seguinte:

“6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.”

Não é isso, todavia, o que ocorre no presente caso. Aqui, as demandas não estão tutelando direitos subjetivos individuais divisíveis e individualizáveis, pertencentes a diversos titulares, já certos, oriundos de contratos de utilização de linhas telefônicas já firmados. O que visam as demandas, objeto do presente conflito, é impedir a futura prorrogação, ou modificar as condições para que isso venha a ocorrer, de contratos de concessão, firmados entre o Poder Público e as empresas concessionárias de serviço de telefonia. Não está em questão, portanto, nenhum direito subjetivo desde logo apropriável a algum patrimônio jurídico individual. Trata-se de demandas cujo objeto é a tutela, não propriamente do direitos subjetivos dos atuais (certos e determinados) consumidores dos serviços de telefonia, mas sim dos futuros (e, portanto, indeterminados e incertos) consumidores. Justamente em virtude dessa indeterminação subjetiva é que tais interesses, ao contrário do que ocorria no precedente ao início referido, são insuscetíveis, nesse momento, de tutela mediante ação individual. Trata-se de interesses de uma futura comunidade de consumidores ainda indeterminados, cuja tutela somente é viável, nesse momento, pela via da substituição processual. Tem-se, presente, em suma, demandas visando a tutela de interesses transindividuais a que fazia alusão o item 5 da ementa do CC 48.177, a saber:

“5. Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, freqüentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que é resolvido pela aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), na redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001.”

Aqui, embora os substitutos processuais não sejam os mesmos, os substituídos certamente o são, e daí a identidade dos sujeitos no pólo ativo. Conforme se disse, o que as demandas visam - com razão ou sem razão, isso no momento não importa - é defender os interesses da comunidade dos futuros consumidores de serviços de telefonia.

3. Ressalte-se, por fim, a inviabilidade do atendimento da pretensão da suscitante relativamente às eventuais ações conexas a serem propostas, já que tal situação não subsume ao disposto no art. 115 do CPC.

A distinção entre o presente conflito (57.558) e os conflitos julgados sob condução do Min. Zavascki anteriormente (47.731, 48.106 e 48.177), portanto, ocorre em dois pontos. O primeiro é a natureza dos direitos subjetivos envolvidos nas ações subjacentes a cada um dos conflitos; afirma o ministro que o presente conflito envolve direitos transindividuais, enquanto que os outros três envolveriam direitos individuais homogêneos. Para fundamentar essa afirmação, o Min. Zavascki dá destaque a três aspectos: (i) aqueles conflitos envolviam também *demandas individuais*, (ii) que questionavam obrigação (de pagar assinatura básica) contida no *contrato de adesão*, (iii) algumas, inclusive, com pedido de *repetição de indébito*.

O segundo ponto consiste na identificação dos substituídos processuais nas ações subjacentes a cada conflito. Nos três conflitos analisados anteriormente, o ministro havia afirmado que os substituídos eram diferentes para as variadas ações coletivas; essencialmente, essas diferenças ocorreriam em função da representatividade dos substitutos processuais que haviam proposto as ações, fossem limitações geográficas (p. ex., quando um município ou o Ministério Público tivessem proposto a ação), fossem limitações relacionadas ao objeto social dos substitutos (no caso de associações). Analisando mais atentamente aquelas razões, especialmente em face do cotejo promovido no voto em apreço, percebe-se, agora, que o argumento da representatividade está essencialmente ligado ao da natureza dos direitos envolvidos. Isto porque, no conflito ora analisado, os substitutos processuais também são, basicamente, associações. Desta forma, o que se extrai dos dois arrazoados do Min. Zavascki é que a questão da representatividade nem precisaria entrar em discussão quando se está tratando de direitos transindividuais; isso já é suficiente para criar o risco de decisões contraditórias e caracterizar o conflito de competência. Em outras palavras, a coincidência de substituídos processuais é uma decorrência da transindividualidade dos direitos envolvidos neste conflito; como o rol de titulares dos direitos transindividuais discutidos no presente conflito de competência é indeterminável, também não teria sentido procurar distinguir os substituídos em função da representatividade dos substitutos. Isso, contudo, não parece afastar de pronto os dois outros critérios que haviam sido eleitos pelo Min. Zavascki (no julgamento dos conflitos de competência 47.731, 48.106 e 48.177) para identificação de substituídos (abrangência do *pedido* das ações coletivas e competência territorial do órgão julgador).

Em suma, parece que a distinção que fez o Min. Zavascki adotar posicionamento diferente no presente conflito foi, ao final, apenas uma: a diferença na *natureza dos direitos*

envolvidos (seriam transindividuais no presente conflito e individuais homogêneos nos conflitos 47.731 e semelhantes). Além disso, a comparação feita pelo ministro neste voto deixou muito mais claras as próprias razões pelas quais ele havia considerado individuais homogêneos os direitos relacionados ao assunto “Assinatura Básica”, já que nos conflitos julgados anteriormente (47.731 e semelhantes) ele apenas havia apresentado um conceito desta categoria de direitos, mas não demonstrou sua aplicação aos fatos.

Desveladas as razões que levaram o Min. Zavascki a qualificar como individuais homogêneos os direitos discutidos no assunto “assinatura básica”, é possível agora tecer comentários sobre essas razões. Inicialmente, quanto à existência de *demandas individuais* questionando a assinatura básica, é possível agora notar a clara contraposição entre a posição do Min. Zavascki e a posição do Min. Luiz Fux, nos votos apresentados por cada um nos conflitos de competência 47.731 e semelhantes (sobre assinatura básica). Disse ali o Min. Fux que “essas ações [individuais] repetidas nos juizados especiais estão fazendo as vezes de ações coletivas de altíssima complexidade (...) Na verdade, é um simulacro de uma ação individual”.

Por outro lado, quanto à afirmação de que nas ações coletivas sobre assinatura básica estariam sendo impugnadas apenas cláusulas de contratos de adesão (firmados entre cada usuário e a Prestadora, individualmente), não se pode deixar de dizer que a existência dessas cláusulas encontra fundamento direto em previsões anteriores dos contratos de concessão e do Regulamento do STFC¹⁶² sobre cobrança de assinatura básica. Tanto é assim que algumas das ações subjacentes ao presente conflito de competência (57.558) questionam especificamente as cláusulas do contrato de concessão que autorizam a cobrança de assinatura básica. Este é o caso, por exemplo, da Ação Civil Pública nº 2005.34.00.035391-1, distribuída originalmente 2ª VF do Distrito Federal, descrita da seguinte forma pelo Min. Luiz Fux:

Ação Civil Pública n.º 2005.34.00.035391-1, distribuída em 01.12.2005 - 10h09min à 2.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal: o Autor requer a concessão de liminar para que a Anatel suprima do contrato de concessão a possibilidade de cobrança pelas concessionárias da assinatura mensal básica para linhas residenciais e não-residenciais. No mérito, a declaração de nulidade e ilegalidade de ato da Anatel que incluiu a assinatura básica mensal no contrato de concessão a ser prorrogado, bem como ser a Anatel compelida a manter a prorrogação dos contratos, sem a inclusão da cobrança da assinatura básica mensal;

¹⁶² Aprovado pela Res. 85/1998, originalmente.

Trata-se, portanto, do mesmo assunto discutido nas ações subjacentes aos conflitos de competência 47.731 e semelhantes, com a diferença de que a ação em comento foi proposta no contexto da renovação dos contratos de concessão. Esta constatação suscita inevitavelmente algumas questões: a natureza dos direitos é algo imanente ou depende da forma pela qual estes direitos estão sendo postulados? O questionamento a cláusulas de contrato de adesão pode ser considerado um fator determinante quando estas cláusulas encontram fundamento direto em uma política regulatória bem definida e em normas regulatórias gerais do setor? Seja qual for a resposta correta para essas questões, o que parece mais relevante neste momento é ressaltar que elas não foram enfrentadas nas manifestações do Min. Zavascki. Por outro lado, a percepção de que as ações coletivas representavam discordâncias em relação às próprias políticas regulatórias da Anatel foi fator importante para determinar a reunião de ações e a uniformidade de decisões no conflito de competência 57.558, voto do Min. Luiz Fux.¹⁶³

Além disso, há algumas outras diferenças essenciais entre o posicionamento do Min. Luiz Fux, no presente conflito, e o posicionamento do Min. Zavascki, nos conflitos 47.731 e semelhantes. A primeira diferença diz respeito ao preenchimento das hipóteses do art. 115 do CPC. Segundo o Min. Fux, para o preenchimento dessas hipóteses basta que diferentes juízes tenham oficiado em ações conexas, o que seria suficiente para firmar suas competências e caracterizar o conflito. Para o Min. Zavascki, por outro lado, a incidência dessas hipóteses só ocorre diante de declarações expressas dos magistrados a respeito de sua própria competência (para afirmá-la ou negá-la).¹⁶⁴

A segunda diferença de entendimentos diz respeito ao problema do risco de decisões contraditórias. Basicamente, os Ministros Fux e Zavascki divergem sobre a caracterização desse risco e, afinal, sobre em que medida esse risco é relevante a ponto de impor a uniformidade de decisões. Como se viu, o Min. Zavascki entende que o risco de decisões contraditórias só é relevante quando se esteja tratando de ações com identidade de causas e partes. Já o Min. Luiz Fux, além de exigir um grau de semelhança muito menor entre as

¹⁶³ Esse fator também foi determinante para o Min. Fux na decisão “Prorrogação das Concessões – RCDESP no CC 57562 – 28/02/2007”, onde ele identifica uma discordância em relação à política setorial.

¹⁶⁴ Este entendimento foi manifestado no seguinte trecho da ementa do acórdão “Assinatura Básica – CC 47731 – 14/09/2005”: “Ocorre conflito de competência nos casos do art. 115 do CPC (...). No caso dos autos, nenhuma dessas situações está configurada. Não foi demonstrada, nem sequer alegada, a existência de manifestação de juízes disputando a competência ou afirmando a incompetência em relação às demandas elencadas na petição”. O mesmo trecho consta das ementas dos acórdãos dos dois outros conflitos (48.106 e 48.177).

ações, usou duas abordagens inovadoras na identificação do risco de decisões contraditórias: ele se evidenciaria também (i) quando as decisões diversas criassem um “caos” jurídico, com insegurança e incerteza para regulador e regulados sobre como agir, ou (ii) quando as decisões variadas fossem capazes de comprometer o caráter nacional do modelo de concessões. À guisa de comparação, é possível afirmar que estas abordagens também teriam levado ao conhecimento dos três conflitos de competência decididos pelo Min. Zavascki anteriormente (CCs 47.731, 48.106 e 48.177). O “caos” jurídico, naqueles casos, era tão evidente quanto no presente caso; tanto é assim que a própria Anatel suscitou um daqueles conflitos, provavelmente porque não sabia que atitude tomar diante das decisões divergentes. Além disso, quanto ao caráter nacional do modelo de concessão, parece que o mesmo poderia ser dito com relação ao modelo de regulação de uma maneira geral. A Anatel é uma agência nacional, pois é da União a competência para prestar e regular os serviços de telecomunicações. Nessa linha, como se sabe, a cobrança da assinatura básica é autorizada pelo contrato de concessão e pela regulação da Anatel, de modo que, mesmo que o foco de algumas ações coletivas ficasse restrito aos contratos de adesão, o que estava sendo analisado era, sem dúvida, a legalidade daquelas normas regulatórias que legitimavam a cobrança.

Uma terceira diferença entre os entendimentos dos ministros está na valorização do princípio da isonomia. Caso fosse aplicado este princípio, com o mesmo enfoque dado pelo Min. Luiz Fux, no julgamento dos conflitos 47.731 e semelhantes, a violação à isonomia também haveria de ser reconhecida naqueles casos. A situação, lá e cá, é basicamente a mesma quanto a este ponto: decisões diversas poderiam impor a determinadas concessionárias uma proibição que não valeria para outras, criando uma situação anti-isonômica.

6.3) Conclusões parciais

A análise conjunta destas decisões demonstra, inicialmente, que não existem correntes jurisprudenciais formadas no STJ a respeito da necessidade de reunião e julgamento uniforme de ações coletivas que questionem a legalidade das normas regulatórias do setor de telecomunicações. De maneira geral, as decisões tiveram arrazoados próprios, com referências meramente pontuais a outras decisões.

Nesse contexto é possível separar as decisões em dois grupos distintos em função do resultado: a favor da uniformidade de decisões ou contra a uniformidade de decisões. Neste segundo grupo como se viu, há apenas quatro decisões, sendo que três delas foram proferidas no mesmo julgamento e são, por isso mesmo, idênticas. Trata-se dos acórdãos dos conflitos de competência n^{os} 47.731, 48.106 e 48.177, que tinham objetos quase iguais.¹⁶⁵ A quarta decisão foi proferida em embargos de instrumento opostos em um desses conflitos (48.177). No primeiro grupo – a favor da uniformidade de decisões – estão todas as demais decisões analisadas neste capítulo, das quais a última e mais complexa foi o acórdão do conflito de competência 57.558.

Quanto ao conteúdo dessas decisões, é possível dizer que as questões discutidas com maior frequência foram as de ordem processual, tanto nas decisões pró-uniformidade, quanto nas decisões contra a uniformidade. Isso suscita algumas observações. A primeira delas é sobre a importância dos conceitos e normas de direito processual na atribuição de *poder* no jogo institucional. A análise realizada acima permitiu ver claramente como os conceitos de *direito transindividual*, *direito individual homogêneo*,¹⁶⁶ *conexão* e *conflito de competência* foram essenciais para definir os rumos de algumas dessas disputas de dimensão nacional, nas quais estava em jogo a vigência de normas regulatórias. Por conta disso – isto é: por conta de interpretações dadas a normas e conceitos de direito processual – algumas dessas disputas tiveram seu julgamento concentrado nas mãos de um único juiz, que acabaria dispendo sozinho, para grande parte do território nacional, sobre a validade e a vigência das normas regulatórias questionadas. Assim, nos conflitos de competência de n^{os} 39.590 e 39.597¹⁶⁷, a discussão sobre a *conexão* foi fundamental para concentrar em um único juízo as diversas ações coletivas que, por todo o País, discutiam a legalidade do reajuste aplicado pela Anatel às prestadoras de STFC. Da mesma forma, no conflito de competência 57.558, as ponderações do Min. Luiz Fux sobre o *cabimento dos conflitos de competência*, a *conexão*, e, de uma maneira geral, a postura das normas processuais frente ao *risco de decisões contraditórias* foram fundamentais para que fossem reunidas num único Juízo todas as ações coletivas que

¹⁶⁵ Trata-se dos acórdãos “Assinatura Básica – CC 47731 – 14/09/2005”, “Assinatura Básica – CC 48106 – 14/09/2005” e “Assinatura Básica – CC 48177 – 14/09/2005”. Fala-se em objetos quase idênticos porque, como já havia sido dito, o rol de processos subjacentes a cada um desses conflitos era muito parecido, com variação de algumas ações.

¹⁶⁶ Embora o direito subjetivo seja, por excelência, matéria de Direito Civil, é notório que, ao menos no direito brasileiro, foram os processualistas que começaram a tratar dos direitos de dimensão supra-individual e são quem, até hoje, mais trata do tema.

¹⁶⁷ Acórdãos “Reajuste de Tarifas – CC 39590 – 27/08/2003” e “Reajuste de Tarifas – CC 39597 – 27/08/2003”.

questionavam a prorrogação das concessões de STFC. Por outro lado, nos conflitos de competência 47.731, 48.106 e 48.177, o entendimento do Min. Teori Zavascki sobre o *cabimento dos conflitos de competência*, a posição do sistema processual diante do *risco de decisões contraditórias* e sobre o conceito e regime jurídico dos *direitos individuais homogêneos* levou o STJ a manter em juízos separados as várias ações coletivas que questionavam a legalidade da assinatura básica do STFC, admitindo a possibilidade de decisões divergentes nesses processos. São especialmente interessantes, nestas últimas decisões, algumas afirmações feitas pelos Ministros Teori Zavascki e Castro Meira, demonstrando o quanto aquele julgamento representava uma discussão sobre o *poder* do Judiciário em face da regulação:

Não existe, em nosso sistema, um instrumento de controle, com eficácia *erga omnes*, da legitimidade (ou da interpretação), em face da lei, de atos normativos secundários (v.g., resoluções) ou de cláusulas padronizadas de contratos de adesão. [Min. Zavascki]

(...) sei que essa situação é preocupante, mas me sinto inibido de resolvê-la já que a lei não me deu o poder, *data venia*, de resolver todas as questões, ainda que estejamos no Superior Tribunal de Justiça. [Min. Castro Meira]

Fica claro, portanto, que os conceitos e normas de direito processual (e a interpretação dos julgadores acerca deles) foram essenciais, nessas disputas, para definir em que medida o Judiciário poderia controlar a legalidade da regulação. Se, por um lado, nos conflitos de competência 47.731 e semelhantes, o Min. Zavascki afirmou expressamente que o Poder Judiciário não poderia fazer controle abstrato de legalidade da regulação, por outro lado, nos conflitos em que se decidiu a favor da uniformidade de decisões, a postura foi justamente a contrária – a postura de fomentar o controle abstrato da regulação –, ainda que isso não tenha sido afirmado expressamente.

A segunda constatação produzida pelo estudo dessas decisões é a de que a análise das questões processuais se deu de forma muito mais rigorosa, com muito mais preciosismo, nas decisões contra a uniformidade do que nas decisões pró-uniformidade. Assim, por exemplo, os acórdãos dos conflitos de competência 47.731, 48.106 e 48.177¹⁶⁸ adotaram uma concepção sobre as hipóteses de cabimento de conflito de competência muito mais rigorosa

¹⁶⁸ Para fins deste esforço comparativo, quando for feita referência aos acórdãos dos conflitos 47.731, 48.106 e 48.177, sem qualquer complementação, serão feitos comentários sobre o voto condutor do Min. Teori Zavascki.

do que a que foi adotada nas outras decisões. Inicialmente, foi dito naquelas decisões que a existência de mera conexão entre ações não ensejaria conflito de competência (“Não se pode confundir conexão de causas ou incompetência de juízo com conflito de competência”), porque seriam apenas quatro as hipóteses de conflito de competência: as três do art. 115 do CPC e a situação de “possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa”. Mas a própria interpretação dos incisos do art. 115 do CPC foi feita de maneira mais rigorosa nos acórdãos do CC 47.731 e semelhantes. Essencialmente, o Min. Teori Zavascki entendeu que a configuração das hipóteses de conflito positivo e negativo previstas naqueles incisos demandariam declarações expressas dos juízes de primeiro grau a respeito de sua própria competência (afirmando-a ou negando-a). Radicalmente diverso foi o entendimento adotado pelo Min. Luiz Fux no voto que conduziu o acórdão “Prorrogação das Concessões – CC 57558 – 12/09/2007”, no sentido de que “os juízes, quando proferem decisões inconciliáveis, firmam as suas competências”.

Quanto à conexão e ao risco de decisões contraditórias, da mesma forma, as exigências do Min. Teori Zavascki (nos acórdãos dos CCs 47.731 e semelhantes) foram muito mais rigorosas que as dos demais ministros. Para o Min. Zavascki, o risco de decisões contraditórias apenas ensejaria conflito de competência caso as ações subjacentes tivessem identidade de causas e partes (exigências que, como foi dito, poderiam configurar verdadeira litispendência em vez de conexão). Em oposição a essa postura, em muitas das decisões que se colocaram a favor da uniformidade foi utilizada uma concepção maleável da conexão, exigindo-se mera semelhança entre pedidos ou causas de pedir, e não identidade.

Por fim, constatou-se que a aplicação dessas normas e conceitos processuais não enseja, por si só, o debate sobre a *uniformidade da regulação*. Como se viu, a única decisão em que o problema da uniformidade da regulação foi discutida de maneira clara e consciente foi o acórdão “Prorrogação das Concessões – CC 57558 – 12/09/2007”, no voto condutor do Min. Luiz Fux. Além disso, vale notar que nas decisões onde a uniformidade de decisões foi rejeitada (acórdãos dos conflitos de competência 47.731, 48.106 e 48.177), e nos quais, já foi dito, houve uma interpretação mais rigorosa das normas e conceitos processuais, não foram cogitadas sequer questões que pudessem ter alguma relação com o problema da uniformidade da regulação (tal como a questão da segurança jurídica).

Tem-se, portanto, que a aplicação das normas processuais sobre a *uniformidade de decisões* aos casos em que há multiplicidade de ações coletivas questionando a legalidade da regulação está deixando de fora do debate um problema muitíssimo relevante nesse contexto: a *uniformidade da regulação*. Por conta disso, por exemplo, o STJ decidiu manter nos juízos de origem as várias ações coletivas sobre assinatura básica, possibilitando o surgimento de uma situação de *vigência territorial fragmentada* das normas regulatórias atinentes ao assunto; no entanto, esse risco (vigência territorial fragmentada) nem sequer foi debatido no julgamento dos respectivos conflitos de competência.

7) Conclusão

As reflexões desenvolvidas no presente trabalho com relação ao controle judicial da regulação por ações coletivas apontam para a existência de, pelo menos, dois problemas muito relevantes a respeito do tema: (i) a existência de um *potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação* e (ii) a possibilidade de que o exercício desse potencial normativo, em situações em que haja mais de uma ação coletiva questionando as mesmas normas regulatórias, leve a uma situação de *vigência territorial fragmentada* dessas normas.

O *potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação* decorre, como se viu (seção 2.2), da possibilidade de que as decisões das ações coletivas tenham eficácia geral, atingindo a totalidade (ou a quase totalidade) dos destinatários diretos¹⁶⁹ das normas regulatórias que sejam submetidas a controle através dessas ações. Por conta disso, quando a decisão de uma ação coletiva como essas afirma a ilegalidade da norma regulatória que é submetida ao seu controle, é possível que ela efetivamente suspenda a vigência de tal norma para todos (ou quase todos) os destinatários diretos. É possível ainda que uma decisão como essa altere o comando da norma regulatória controlada, o que, da mesma forma, geraria efeitos para todos (ou quase todos) os destinatários diretos da norma. Na prática, isso significa dizer que tais decisões podem *alterar a regulação*, caso em que o Judiciário atuaria como verdadeiro criador de normas regulatórias (e como regulador, em última análise).

O problema da *vigência territorial fragmentada* surge quando existem duas ou mais ações coletivas controlando as mesmas normas regulatórias. Como se viu (seção 2.2), isso pode ocorrer em função da *limitação territorial* da eficácia das decisões de tutela coletiva, imposta pelo art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. De acordo com esse dispositivo, a eficácia das decisões de ações civis públicas é limitada aos “limites da competência territorial do órgão prolator”. A consequência disso é a possibilidade de que existam mais de uma ação coletiva questionando as mesmas normas regulatórias em diferentes lugares do País sem que haja incompatibilidade direta entre os efeitos das decisões dessas ações. Se uma ação coletiva questiona determinadas normas regulatórias no Paraná e outra questiona as mesmas normas em

¹⁶⁹ Fala-se em destinatários diretos porque, além de empresas de Telecomunicações e usuários, deve-se admitir que a regulação atinge indiretamente outros sujeitos. É o caso, por exemplo, de empresas terceirizadas que prestem serviços às prestadoras de serviços de telecomunicações. Há, além disso, normas regulatórias em que nem mesmo os usuários são destinatários diretos, como, por exemplo, as normas sobre certificação de equipamentos. Contudo, para as normas regulatórias judicializadas nos casos abordados na presente pesquisa, parece possível afirmar que prestadoras e usuários são, em geral, os destinatários diretos.

Goiás, a limitação territorial da eficácia de suas decisões (nos termos do art. 16 da LACP) impede que elas entrem em conflito direto. Assim, se a ação do Paraná fosse julgada improcedente (mantendo vigentes as normas regulatórias questionadas, tais como aprovadas pelo regulador) e a de Goiás fosse julgada procedente (suspendendo a vigência das normas regulatórias questionadas ou alterando o comando nelas contido), a limitação territorial da eficácia dessas decisões permitiria que elas não entrassem em conflito; cada ação geraria efeitos apenas na área de competência territorial do respectivo juízo (a primeira ação poderia gerar efeitos, no máximo, dentro do Estado do Paraná; e a segunda ação poderia gerar efeitos, no máximo, dentro Estado de Goiás).

É justamente essa possibilidade de decisões divergentes a respeito da vigência de uma mesma norma regulatória que dá origem ao problema da vigência territorial fragmentada. Usando, ainda, o exemplo da concomitância de ações coletivas no Paraná e em Goiás, caso houvesse juízo de improcedência na primeira e de procedência na segunda, o resultado prático seria o seguinte: as normas regulatórias questionadas por essas ações vigorariam normalmente no Paraná e deixariam de vigorar (ou vigorariam com conteúdo alterado) Goiás.

Tal problema se tornaria tanto mais grave quanto maior fosse o número de ações coletivas questionando as mesmas normas regulatórias. A superveniência de resultados diversos em várias ações coletivas espalhadas pelo País faria com as normas regulatórias questionadas vigorassem normalmente apenas em algumas partes do País, não vigorassem em outras e vigorassem com comando alterado em tantas outras – em suma: uma verdadeira colcha de retalhos. Tais normas estariam submetidas, portanto, a uma situação de vigência territorial fragmentada.

A pesquisa de jurisprudência desenvolvida no presente trabalho procurou saber, de uma maneira geral, como o STJ tem se comportado ao apreciar ações coletivas com potencialidade para alterar a regulação das Telecomunicações. Mais especificamente, porém, procurou-se descobrir se (e, em caso positivo, como) o Tribunal tem se posicionado sobre os dois problemas referidos logo acima.

De acordo com os critérios metodológicos expostos no capítulo 4, das 151 (cento e cinquenta e uma) decisões originalmente encontradas no STJ, 46 (quarenta e seis) foram selecionadas, com base em critérios de relevância e pertinência em relação à pesquisa, para análise mais aprofundada. Dessas 46 decisões, 26 (vinte e seis) apreciavam o mérito de ações coletivas tendentes a alterar a regulação, e as 20 (vinte) restantes julgavam conflitos de

competência que buscavam reunir as ações coletivas que versavam sobre o mesmo assunto e impor-lhes uniformidade de decisões. Cada um desses grupos de decisões foi analisado em um capítulo próprio (capítulos 5 e 6, respectivamente), gerando constatações bastante interessantes.

A análise das decisões que apreciaram o mérito das ações coletivas indicou, inicialmente, que o STJ tem uma tendência de preservação da regulação vigente. Das 26 decisões desse grupo, apenas seis (o que corresponde a 23,1% delas) posicionaram-se pela alteração da regulação; as vinte restantes (76,9%) posicionaram-se pela preservação da regulação. Nota-se, portanto, que nas decisões do STJ em controle da regulação *através de ações coletivas* repete-se a tendência identificada por Wang, Palma e Colombo para o controle judicial em geral, em decisões do STF, STJ e TRFs.¹⁷⁰

Quanto ao conteúdo dessas decisões, excluídas as questões peculiares aos assuntos judicializados¹⁷¹, identificou-se duas questões mais amplas que foram abordadas: separação de poderes e conseqüências da tutela.¹⁷² Das 26 decisões analisadas, apenas 16 (dezesseis) abordaram a questão da separação de poderes; em termos percentuais, isso representa 61,54% das decisões que trataram do mérito das ações coletivas.

Esses resultados, na linha do que foi dito anteriormente (seção 5.4), revelam que, de uma maneira geral, o STJ não tem prestado grande atenção à questão da separação de poderes.

¹⁷⁰ “Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da Jurisprudência brasileira”, pp. 22-25. V. referência na seção 2.2 do presente trabalho.

¹⁷¹ Retomando uma explicação relevante, a palavra “assunto” foi usada neste trabalho para fazer referência aos específicos temas regulatórios que foram judicializados através das ações coletivas que fizeram parte da pesquisa. Exemplos desses assuntos são “assinatura básica”, “créditos de celular”, reajuste de tarifas” etc.

¹⁷² Algo que chama a atenção, neste ponto, é a diferença entre o rol de questões que identificou-se no conteúdo das decisões analisadas na presente pesquisa e o rol de questões identificadas na pesquisa de Wang, Palma e Colombo (ob. cit., pp. 28 e 29; vide, ainda, as referências feitas na seção 2.1). Acredita-se, contudo, que essa diferença pode ser explicada por dois fatores. Inicialmente pelas diferenças nas metodologias de análise de cada pesquisa, as quais – está claro em ambos os casos – foram criadas especificamente para os desafios e interesses próprios de cada uma. Nesse sentido, o presente trabalho adotou questões mais gerais e identificou, para cada uma delas, questões mais específicas (à questão da separação de poderes, por exemplo, correspondem as questões específicas denominadas “identificação da competência do regulador”, “usurpação de função” e “presunção de legitimidade dos atos do regulador” – v. seção 5.1); caso se compare o rol de questões de Wang *et al.* com o rol de questões da presente pesquisa, será possível até identificar questões coincidentes. Em segundo lugar, a diferença se deve também – e principalmente, acredita-se – à exclusão da presente pesquisa das questões peculiares a cada assunto judicializado e das questões que não tivessem relação com os problemas aqui abordados. Por conta disso, é preciso reconhecer, acabaram sendo excluídas da análise algumas questões que poderiam ter interesse para o tema do controle judicial de atos regulatórios em geral. De todo modo, essas exclusões obedeceram a critérios transparentes, e foram feitas com o propósito de manter o foco da pesquisa no controle *via ações coletivas*.

Essa constatação é realmente relevante porque o controle da regulação através de ações coletivas, especialmente em função do *potencial normativo* do qual se tem falado, representa um aspecto importantíssimo da divisão de poderes entre o Judiciário e o Executivo.¹⁷³ Como se procurou demonstrar, o exercício desse potencial normativo pelo Poder Judiciário importa em que ele assuma para si uma parcela de uma das mais importantes competências do Poder Executivo em matéria de regulação: justamente a competência para editar normas regulatórias. Em termos mais simples, o exercício do potencial normativo da tutela coletiva faz com que o Judiciário muitas vezes assuma o papel do regulador. Analisados nesse contexto, os resultados da pesquisa permitem afirmar que o STJ tem dispensado atenção relativamente pequena a esses problemas fundamentais.

Avaliando esses resultados sob o enfoque das reflexões de Carlos Ari Sundfeld, em trabalho sobre o qual se falou anteriormente¹⁷⁴, seria possível dizer que o STJ não tem se desincumbido do ônus de justificar sua própria competência (ou negá-la expressamente) ao apreciar uma parcela significativa das ações coletivas tendentes a alterar a regulação que chegam ao seu conhecimento. Calha observar, ainda, que, das dez decisões que não abordaram a questão da separação de poderes – e, conseqüentemente, não se desincumbiram do “ônus da competência” –, exatamente a metade se posicionou no sentido de alterar a regulação (ou manter alterações que já tivessem sido feitas pelas instâncias inferiores).¹⁷⁵ Por outro lado, entre as 16 (dezesseis) decisões que abordaram a questão da separação de poderes e, assim, se desincumbiram do ônus da competência, o posicionamento foi bastante diverso. Apenas uma dessas decisões se posicionou pela alteração da regulação (6,25%), enquanto que as outras quinze se posicionaram pela manutenção da regulação vigente (93,75%).

Essa constatação sugere o acerto das recomendações de Sundfeld, no sentido de que o cumprimento do chamado “ônus da competência” parece realmente ser algo importante a se considerar nas ações coletivas tendentes à alteração da regulação. Tanto é assim que os resultados se alteram drasticamente nas decisões em que o Judiciário trata da separação de poderes e, conseqüentemente, da sua própria competência.

¹⁷³ Novamente: a expressão “Poder Executivo” deve ser compreendida, aqui, em sentido lato, de modo a abranger também os entes da Administração Pública indireta (onde se incluem as agências reguladoras).

¹⁷⁴ “Princípio é Preguiça?”, pp. 10 e 11. A referência a esta obra foi feita originalmente na Seção 2.1.

¹⁷⁵ São as decisões “Reajuste de tarifas – MC 2282 – 17/12/1999”, “Reajuste de tarifas – MC 2552 – 27/03/2000”, “Reajuste de tarifas – SL 57 – 20/01/2004”, “Créditos de celular – MC 10443 – 16/08/2005” e “Detalhamento de conta – REsp 684712 – 07/11/2006”.

A análise demonstrou, por outro lado, que uma grande parcela (80,77%) das decisões que apreciou o mérito das ações coletivas dedicou-se a analisar, de alguma forma, quais as conseqüências que o deferimento da tutela poderia ter. Nesse sentido, foram analisadas as conseqüências da tutela sobre vários temas: configuração da infra-estrutura de prestação do serviço, equilíbrio econômico-financeiro, isonomia, possibilidades/custos de reversão da medida, qualidade da prestação do serviço e aspectos institucionais e de segurança jurídica. De certo modo, isso revela o alinhamento da jurisprudência a algumas diretrizes traçadas por Carlos Ari Sundfeld e Marcos Paulo Veríssimo (em estudos analisados na seção 2.1), no sentido de que os juízes que realizam o controle da regulação devem analisar as conseqüências das decisões que possam alterá-la, bem como as questões políticas, sociais e econômicas relacionadas à eventual modificação do marco regulatório. Este tipo de consideração é o que Sundfeld chama de “ônus do regulador”, no sentido de que o Juiz, quando proferir decisões que substituam os atos do regulador, deve deliberar sobre os mesmos problemas sobre os quais este delibera quando edita a regulação.

Houve uma entre as decisões analisadas que parece ter demonstrado a importância do “ônus do regulador” (enquanto problema que deve fazer parte das considerações judiciais). Trata-se do acórdão “Reajuste de Tarifas - AgRg na SL 57 - 01/07/2004”, que rejeitou a substituição do índice fixado pelo contrato de concessão para correção monetária das tarifas do STFC (IGP-DI) por outro (IPCA). O voto condutor desse acórdão considerou que o pleito de substituição do IGP-DI pelo IPCA baseava-se apenas no fato de que, no ano da demanda, o segundo havia sido menor que o primeiro. Mas ponderou que essa não seria uma razão idônea para alterar a regulação sobre a correção de tarifas, até porque não se poderia saber se, nos anos seguintes, o IPCA não viria a ser maior que o IGP-DI. Como se disse anteriormente, esse julgado revelou que a alteração da regulação pretendida naquela ação coletiva não seria algo sustentável; o critério que se colocava por trás dela poderia perfeitamente não valer para o futuro. Em suma: essa decisão colocou-se contra a alteração imediatista de normas regulatórias, desvinculada de preocupações com a aplicabilidade da nova normativa (criada pelo Judiciário) às situações futuras.

Parece clara a mensagem desse acórdão no sentido de que a alteração da regulação pelo Judiciário não pode ser feita em função de critérios quaisquer, mas deve levar em conta muitos outros problemas além daqueles que se figuram diretamente na ação.

O que dizer, no entanto, com relação ao tratamento dispensado ao problema do potencial normativo da tutela coletiva? Através da hipótese criada para analisar as decisões que abordaram a questão da separação de poderes, foi possível identificar que apenas 7 (sete) delas revelaram algum tipo de preocupação com o potencial normativo da tutela coletiva, o que representa aproximadamente 27% do total de decisões que apreciaram o mérito das ações coletivas. Entre essas decisões não foi possível encontrar um *leading case*, nem sequer tendências jurisprudenciais. Assim como nas decisões analisadas por Wang, Palma e Colombo na pesquisa referida¹⁷⁶, aqui foi possível perceber que as soluções também são construídas caso a caso. Houve, no entanto, três decisões (“Reajuste de Tarifas – AgRg na SL 57 – 01/07/2004”, “Créditos de celular – AgRg na MC 10443 – 13/12/2005” e “Créditos de celular – REsp 806304 – 02/12/2008”) que dispensaram maior atenção ao problema do potencial normativo, e que acabaram fornecendo algumas diretrizes sobre sua aplicação prática.

Resumidamente, essas diretrizes traçam quatro limitações relevantes ao uso do potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação: a intervenção judicial para alterar marcos regulatórios só poderia ocorrer negativamente, pela nulificação específica de uma norma; deveria basear-se apenas em controle de constitucionalidade (e não de legalidade); só poderia ocorrer em juízo definitivo, após instrução probatória; deveria atender a preocupações gerais e normativas, relacionadas à aplicação futura do arcabouço normativo que está sendo alterado.

Sobre o mesmo tema deve ser mencionada uma diretriz traçada por três das decisões proferidas em conflitos de competência (“Assinatura Básica – CC 47731 – 14/09/2005”, “Assinatura Básica – CC 48106 – 14/09/2005” e “Assinatura Básica – CC 48177 – 14/09/2005”), segundo a qual nosso sistema jurídica não admite o controle concentrado de legalidade de normas regulatórias.

É possível dizer, por outro lado, que nenhuma dessas decisões foi profunda a ponto de apreciar o potencial normativo sob o prisma da eficácia das decisões das ações coletivas. Na linha das considerações apresentadas na seção 2.2, é a *eficácia geral* desse tipo de tutela que torna o controle da regulação por ações coletivas tão instigante; é essa *eficácia geral* que enseja o próprio potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação.

¹⁷⁶ Ob. cit., pp. 41 e 42. A referência a esse trabalho foi feita, originalmente, na seção 2.1.

Diante desses resultados, pode-se dizer que as decisões do STJ que analisaram o mérito das ações coletivas trabalharam, em grande medida, com discussões importantes do ponto de vista do controle judicial dos atos regulatórios. Exemplo disso é análise consequencialista realizada em grande parte dessas decisões, em consonância com algumas das diretrizes traçadas pela doutrina mais recente sobre o controle judicial da regulação.

Há, no entanto, algumas questões relevantes que, como se pôde ver, não estão fazendo parte desse debate. Considerando as contribuições doutrinárias apreciadas na seção 2.1, percebe-se a ausência, nessas decisões, de discussões sobre: (i) a capacidade institucional do Judiciário para apreciar a regulação (sugestão de Marcos Paulo Veríssimo), (ii) o processo normativo de criação das normas regulatórias questionadas e os interesses que as condicionaram (Paulo Mattos) e (iii) os efeitos práticos de tais normas (Paulo Mattos).

Para além disso, contudo, há duas outras deficiências nessa discussão que chamam especialmente a atenção: a existência de um grande número de decisões que não trata da separação de poderes (mesmo diante da importância que ela assume nessas ações) e a falta de uma discussão mais elaborada sobre o potencial normativo da tutela coletiva (além do pequeno número de decisões que abordam esse problema). Nesse contexto devem ser exaltadas as decisões que abordaram de maneira mais aprofundada essas questões, traçando algumas diretrizes para a realização do controle da regulação *via* ações coletivas. Entende-se que essas diretrizes definem os primeiros pontos que podem orientar o desenvolvimento da discussão no futuro.

Por outro lado, nas 20 (vinte) decisões dos conflitos de competência (decisões nas quais se discutia reunião de ações coletivas em que se questionavam as mesmas normas regulatórias) tentou-se compreender como o STJ se comportava a respeito da possibilidade de que a tutela coletiva levasse a uma situação de *vigência territorial fragmentada da regulação*. A análise dessas decisões revelou que o juízo sobre reunir ou não as variadas ações coletivas sobre um mesmo tema foi resolvido, invariavelmente, em função de considerações sobre questões de natureza processual, tais como *cabimento do conflito de competência*, existência de *conexão* entre as ações e *natureza dos direitos envolvidos* (se individuais homogêneos ou transindividuais). A constatação mais relevante desta análise, contudo, foi a de que as ponderações dos ministros do STJ sobre essas questões processuais não ensejou, na imensa

maioria das decisões, uma discussão sobre o problema da *vigência territorial fragmentada* e sobre necessidade de *uniformidade da regulação*.

A única decisão em que esses problemas foram abordados de maneira consciente foi o acórdão “Prorrogação das Concessões – CC 57558 – 12/09/2007”, através do voto condutor do Min. Luiz Fux. Ali o ministro considerou que o modelo da regulação das Telecomunicações no Brasil havia sido criado como um modelo *nacional*, para vigor de maneira uniforme em todo o País. Como decorrência disso, afirmou que a condescendência com o possível surgimento de decisões divergentes em ações coletivas que questionassem as mesmas normas regulatórias colocaria em risco esse caráter nacional do modelo, e poderia lesionar o princípio da isonomia. Houve, ainda, uma série de outras considerações, muitas ligadas a esse problema. O Min. Fux enfatizou, por exemplo, a situação de caos que seria criada se as ações não fossem reunidas, e os prejuízos à segurança jurídica. O ponto essencial, no entanto, ao menos para fins da presente pesquisa, é, mesmo, a abordagem direta e consciente do problema da *vigência territorial fragmentada*.

Em contraposição a este acórdão, colocam-se as decisões “Assinatura Básica – CC 47731 – 14/09/2005”, “Prorrogação das Concessões – CC 48106 – 14/09/2005” e “Assinatura Básica – CC 48177 – 14/09/2005”, em que o STJ, sob a condução do Min. Teori Albino Zavascki, negou conhecimento a conflitos de competência que pretendiam reunir as ações coletivas que tratavam da assinatura básica do STFC. A rigor, é possível dizer que o argumento fundamental usado pelo Min. Zavascki para rejeitar a reunião das ações coletivas nesses casos foi o da natureza *individual e divisível* dos direitos que estavam em jogo. Isso porque, tendo afastado a incidência das três hipóteses de conflito de competência previstas no art. 115 do CPC, o Min. Zavascki concebeu uma quarta hipótese em que o conflito seria cabível caso pudessem advir decisões contraditórias das ações coletivas que se pretendia reunir. E para aferir se existia ou não o risco de decisões contraditórias, o ministro apegou-se ao critério da natureza dos direitos envolvidos: caso fossem direitos transindividuais (e, portanto, indivisíveis), haveria risco de decisões contraditórias; caso fossem direitos individuais homogêneos (e portanto divisíveis), esse risco não existiria, porque o próprio ordenamento jurídico admitiria soluções divergentes.

Analisando essa decisão à luz das considerações do próprio Min. Zavascki em sede doutrinária, abordadas na seção 2.2 deste trabalho, torna-se claro que a decisão adotada decorre do posicionamento do ministro sobre a questão da limitação territorial da eficácia das

decisões de ações coletivas. Como se viu, o Min. Zavascki, divergindo de outros processualistas, entende que a limitação territorial da eficácia da tutela coletiva somente ocorre nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos, justamente pelo fato de esses direitos serem divisíveis. O mesmo não poderia acontecer, segundo ele, em ações para tutela de direitos difusos e coletivos (direitos transindividuais), já que esses são indivisíveis não poderiam ser fragmentados.

Não se pode negar que o Min. Zavascki, ao julgar os conflitos de competência, foi coerente com suas lições doutrinárias. No entanto, diante das considerações de outros processualistas sobre a limitação territorial da eficácia da tutela coletiva (como visto na seção 2.2), e até mesmo diante dos argumentos do Min. Luiz Fux no acórdão “Prorrogação das Concessões – CC 57558 – 12/09/2007”, é possível questionar alguns pontos do raciocínio do Min. Zavascki. O primeiro deles, e mais relevante, é da possibilidade de se falar em divisibilidade quando está em jogo a vigência de um marco regulatório criado para vigorar uniformemente em todo o País. Não se pode, de fato, discordar do Min. Zavascki quando ele afirma a natureza *individual* dos direitos envolvidos na disputa sobre assinatura básica. Afinal de contas, o pagamento da assinatura básica é uma obrigação que nasce para os usuários do STFC através de um contrato de adesão firmado entre cada usuário, individualmente, e as empresas prestadoras do serviço. Mesmo assim, o questionamento ainda parece relevante: é possível falar em divisibilidade quando o que está em jogo é um modelo nacional?

Outra questão que precisa ser considerada é a possível violação à isonomia. A *vigência territorial fragmentada* causada pela diversidade de ações coletivas questionando as normas regulatórias sobre assinatura básica escaparia, em alguma circunstância, de violar o princípio da isonomia?

Acredita-se que a boa solução desses problemas deve passar necessariamente pelo enfrentamento consciente dos problemas do *potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação* e da possibilidade de *vigência territorial fragmentada*. As decisões capitaneadas pelo Min. Zavascki foram muito rigorosas na interpretação dos conceitos processuais com os quais lidaram; não há dúvida disso. Também não há dúvida, por outro lado, que essas decisões não enfrentaram abertamente os dois problemas fundamentais destacados aqui. Ocorre que esses problemas são relevantes demais – e, frise-se, *juridicamente* relevantes – para que sejam deixados de fora dessas discussões.

É possível perguntar: de que maneira se poderia fazer com que a discussão acerca desses problemas passasse a fazer parte do debate judicial? Considerando-se que existem decisões que, como a do Min. Zavascki, aplicam de maneira rigorosa e esmerada as normas processuais e, mesmo assim, não passam por essas discussões, uma possível solução seria alterar as normas processuais para que passassem a contemplar, elas mesmas, essas discussões. Seria possível, por exemplo, criar normas que tratassem especificamente da conexão, continência, litispendência e conflito de competência nas ações coletivas.

Isso não quer dizer, contudo, que a solução não possa ser dada pela própria jurisprudência, com o aprofundamento dos debates e a criação de pautas de discussão que contemplassem os problemas tratados aqui. O acórdão “Prorrogação das Concessões – CC 57558 – 12/09/2007”, da lavra do Min. Luiz Fux, por ser a última entre as decisões analisadas, na ordem cronológica, pode ser um indício de que isso começa a acontecer. Esta decisão seria, certamente, um bom início para a criação de uma pauta de discussões sobre o problema da vigência territorial fragmentada, até porque é bastante profunda e aborda uma série de outras questões, o que parece excelente para fomentar o debate.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

COLOMBO, Daniel Gama e; PALMA, Juliana Bonacorsi de; e WANG, Daniel Wei Liang. *Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da Jurisprudência brasileira*. No prelo, 2009.

CZELUSNIAK, Marcelo Salomão. “Prazo de validade dos créditos de telefones celulares pré-pagos: jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 7, n. 25, p. 213-237, jan./mar. 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. atualizada por Gustavo Binenbomj. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; DENARI, Zelmo; FILOMENO, José Geraldo Brito; FINK, Daniel Roberto; NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo; Martins Fontes, 2005.

MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o restrospecto de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, pp. 321-344

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro. In: ARAGÃO,

Alexandre Santos (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 333-364.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1980

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad.: Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio é Preguiça?* No prelo, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 143, jan./2007, pp. 42-64.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 377-417.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, pp. 309-320.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3ª rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

ANEXO 1

Assunto	Resumo da discussão	Número de ações (notícias)	Abrangência estimada da discussão judicial (notícias)	Questiona ato regulatório da Anatel?
102 - cobrança	Cobrança pelo auxílio à lista para usuários que não solicitaram LTOG	1	Região 1 do Plano Geral de Outorgas ou estado da PB	Não
Acesso à internet	Questiona-se a necessidade de contratação de provedor de acesso para conexão à internet banda larga via ADSL; alega-se ser tecnicamente possível a conexão direta entre o usuário e a prestadora que detem a infra-estrutura.	Várias	Há ações por todo o País.	Na maioria das ações, sim.
Alteração de plano	Condicionamento da alteração de plano (de pós-pago para pré-pago) à alteração do código de acesso	1	RJ	Não
Ampliação da ATB.	Ação coletiva que tem por finalidade obrigar a Brasil Telecom a promover a instalação gratuita de serviços de telefonia em região situada fora da área de tarifação básica (FATB), ampliando, conseqüentemente, a própria ATB.	1	RS (região denominada "Condomínio Rincão da Natureza", em Gravataí)	Não
Áreas locais	As ações pretendem alterar a definição de áreas locais vigentes à época de sua propositura, para possibilitar chamadas locais entre localidades ou municípios vizinhos.	Várias	Há ações por todo o País.	Sim
Arredondamento	Obstar o "arredondamento" da tarifação.	5 ACPs (estima-se)	Brasil	Não

Assinatura básica	Questiona-se a legalidade da cobrança da assinatura básica do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (telefonia fixa).	Várias (estima-se mais de 60 ações coletivas).	Há ações por todo o País.	Sim
<i>Backhaul</i>	Questiona-se a legalidade da imposição de novas metas de universalização após o esgotamento do Plano Geral de Metas de Universalização – PGMU/98. O PGMU/2003 foi alterado e passou a exigir metas de instalação de infra-estrutura de acesso à internet (<i>backhaul</i>) a título de “universalização”.	1 ACP	Brasil	Sim, o PGMU.
Bloqueadores em presídios	Pede-se que a Anatel obrigue as prestadoras a instalarem bloqueadores de celulares nos presídios.	1 ACP	Brasil	não
Bloqueio contra troca de operadora	Objetiva-se garantir o desbloqueio gratuito de aparelhos de telefonia móvel de todos os consumidores e proibir o bloqueio permanente de celulares.	2 ACPs	PB	não
Cargos na Anatel	Destituição de José Lucimar Zunga do Conselho Consultivo da Anatel. Fundamento: Zunga era funcionário da BrT, mas ocupa a vaga de representante da sociedade.	1 ACP	Brasil	Não
Celular pós-pago	Pretende-se impedir que as operadoras bloqueiem as contas dos usuários que ultrapasassem o limite mínimo do plano pós-pago.	1 ACP	Incerto	Não

Central de atendimento	Atendimento de clientes da TELPE (Pernambuco) através de central em Salvador, o que teria causado transtornos para os usuários.	1 ACP	PE (aparentemente)	Não (aparentemente)
COBRANÇA 90/150 DIAS	Devolução em dobro de todos os valores cobrados nas faturas telefônicas sobre as ligações interurbanas realizadas há mais de 90 dias e as ligações internacionais há mais de 150 dias.	1 ACP	PR	Não (aparentemente)
Conta extra	Pretende-se impedir que a Telemar (STFC) realize cobranças retroativas, as chamadas contas extras de ligações que teriam sido realizadas entre setembro de 2001 e março de 2002.	1 ACP	PA (aparentemente)	Não (aparentemente)
Contrato de adesão	Pretende-se obrigar a Brasil Telecom a promover mudanças no contrato de prestação de STFC e corrigir falhas no atendimento aos clientes.	1 ACP	PR (aparentemente)	Sim (contrato de adesão, homologado pela Anatel)
Controle de Prestadoras	Questiona a aquisição da BTV pela Net, no mercado de TV a cabo de Blumenau.	1 ACP	Blumenau	Sim (aprovação da venda)
Créditos de celular	Questiona a legalidade e a constitucionalidade da fixação de um prazo máximo para uso ("prazo de validade") dos créditos de celular enquanto não sejam adquiridos novos.	Várias	Há ações por todo o País.	Sim (regulamentos do Serviço Móvel Celular – SMC e do Serviço Móvel Pessoal – SMP).

Detalhamento de conta	Ações que pretendem obrigar as Concessionárias a apresentar na fatura, sem custo, o detalhamento das chamadas realizadas.	Várias	Há ações em vários estados.	Não. Mas pretende criar uma obrigação regulatória com base em normas legais do direito do consumidor.
Directv - ACP 20046100000966-3	Procura impedir a cobrança de chamadas para a central de atendimento da Directv (passou de 0800 para 0300)	1 ACP	Incerta	Não (aparentemente)
Fidelização	Abusividade das cláusulas de fidelização nos contratos de prestação do Serviço Móvel Pessoal – SMP (telefonía celular), que cumprem um papel de financiamento na compra de telefones celulares.	Várias	Há ações em vários estados.	Sim (ex.: Art. 40 da Res. 477/2007, da Anatel).
Foro de eleição	Ações que postulam a nulidade e substituição da cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão de SMP.	5 ACPs (estima-se)	Brasil	Não
Fusão BrT-Oi	Ação Popular no Ceará que pede anulação do contrato de fusão entre Brasil Telecom e Telemar (“Oi”), ambas concessionárias do STFC (telefonía fixa), sob o argumento de que estaria vinculado a condição impossível (aprovação da compra pela Anatel, o que seria vedado pelo Plano Geral de Outorgas – PGO então vigente).	Ação Popular no Ceará	Brasil	Não

Impedir infra-estrutura de celular	Pretende-se obstar a implantação de infra-estrutura operacional de telefonia móvel celular no Município de Touros/RN	1 ACP	Município de Touros/RN	Não
Interurbano - cobrança excessiva	Cobrança excessiva em chamadas LDN realizadas entre localidades com mesmo código de área, por conta da tarifação por pulso e posterior conversão para minuto.	1 ACP	Grande SP	Não
LTOG - distribuição a todos	O MPF quer o retorno da distribuição impressa e gratuita das listas telefônicas nas residências de todos os usuários, residenciais ou comerciais, da circunscrição judiciária de Blumenau.	3 ACPs (estima-se)	Circunscrição Judiciária de Blumenau (há ações no RS também).	?
Mensagens de Voz - publicidade onerosa	A ação visa proibir a prática de envio de mensagens de voz com conteúdo publicitário para a caixa postal dos usuários, já que estes têm que pagar para acessar tal serviço (caixa postal).	1 ACP	ES	Não
Migração TDMA-GSM - informação	Forçar as prestadoras a informar aos consumidores, nos contratos de migração da tecnologia TDMA para GSM, os benefícios que a modalidade disponibiliza, constando, expressamente, a relação dos “benefícios anteriormente acordados não mantidos ou alterados”, bem como todas as “novas condições” impostas aos contratantes.	1 ACP (estima-se)	Sul do Brasil	Não

PAP – instalação	Ações em que se pretende obrigar as operadoras a instalar Postos de Atendimento Pessoal ("PAPs") em determinadas localidades.	23 ACPs identificadas	Há ações por todo o País.	Não
PGMQ - cumprimento	Ação que pretendia obrigar a prestadora a cumprir o Plano Geral de Metas de Qualidade do SMP.	1 ACP	GO	Não
PGO	A Abramulti – Associação Brasileira das Prestadoras do Serviço de Comunicação Multimídia - questiona o prejuízo à concorrência que poderia ocorrer em função da alteração do Plano Geral de Outorgas – PGO. Esta alteração (que à época estava em fase de consulta pública) era necessária para permitir a fusão entre Telemar ("Oi") e Brasil Telecom.	1 MS Coletivo	Brasil	Sim
Planos alternativos e promoções	Pretende-se proibir as prestadoras do SMP de promover cobranças a título de "deslocamento" e "tarifa adicional por chamada" (conceitos definidos pela norma 23/96 da Anatel) , além de outras não previstas nos anúncios dos planos alternativos (pacote de minutos), para os consumidores que tenham contratado tais planos.	2 ACPs	SP	Não, aparentemente (o fundamento parece ser a vinculação da prestadora aos anúncios de planos alternativos)
Ponto extra - TV a cabo	Associações de defesa do consumidor pretendendo impedir a cobrança pelo ponto extra de TV por assinatura.	Várias	Há ações por todo o País.	Não (aparentemente). Mas tem potencialidade para alterar a regulação.

Promoções - informação	<p>Visa impor à prestadora obrigação de fazer consistente na inserção em todos os Regulamentos de promoções ou planos especiais, cláusula determinando que sempre que o benefício (próprio da promoção ou plano) estiver prestes a acabar, o consumidor será avisado.</p>	1 ACP	RS	Não
Prorrogação das Concessões	<p>Ações que pediam a não prorrogação dos contratos de concessão do STFC (telefonia fixa), ocorrida em 2005.</p>	Várias	Há ações por todo o País.	Sim: a assinatura dos novos contratos.
Pula-pula	<p>A BrT promoveu alteração unilateral na promoção, supostamente lesando os consumidores. Originariamente, cada minuto de conversação com outros usuários era convertido em crédito equivalente ao valor do minuto cobrado no plano básico. Após, a bonificação teria passado a ser feita de acordo com o valor do minuto promocional.</p>	1 ACP	RS	Não (aparentemente)
Rádios Comunitárias e Clandestinas	<p>As ações pretendem tutelar o direito à comunicação através de rádios comunitárias. Pedem que se ordene à União e à Anatel que se abstenham de impedir o funcionamento de rádios que tenham solicitado a licença para uso de frequência há mais de 18 (dezoito) meses e não tenham obtido resposta.</p>	Várias	Há ações por todo o País.	Não; questiona o tempo de apreciação dos pedidos de licença.

Reajuste	Discussão sobre a legalidade da fórmula de reajuste contida no Contrato de Concessão, que adota o IGP-DI e possibilitava correções muito superiores à do IPCA.	Várias	Há ações por todo o País.	Sim - cláusula do contrato de concessão e a os atos de homologação dos reajustes.
Rede privada de telecomunicações	Ação Civil Pública do MP para dismantelar rede privada de telecomunicações. Empresa que prestava o SMP sem autorização, "sublocando" aparelhos obtidos em planos empresariais da Vivo.	1 ACP	GO, DF e TO	Não
Repasso de tributos ao usuário	Questiona-se o repasse do PIS e da COFINS aos consumidores finais da telefonia. Há uma discussão sobre se se trataria de repasse (repercussão) jurídico ou econômico.	Algumas pelo país (estima-se 5)	Incerta	Sim - atos de homologação das tarifas (parece não haver norma da Anatel que autorize a prática)
Rescisão - facilitação	Facilitação das formas de rescisão contratual com as prestadoras de serviço móvel celular, permitindo que os consumidores requeiram a rescisão mediante: a) carta com aviso de recebimento; b) central telefônica; c) internet; d) atendimento pessoal. Além disso, adequação do contrato de adesão à regulamentação.	2 ACPs	Brasil	Não (aparentemente)

Rescisão por inadimplência - participação financeira	Abstenção da aplicação do artigo 70 da Resolução 85/98 ao serviço telefônico fixo comutado relativo aos contratos de participação financeira, bem como outorga de direito à assinatura e à instalação de terminal telefônico, avançados antes da implementação do atual serviço público de telefonia fixa.	2 ACPs	PR (aparentemente)	Sim (pede a suspensão parcial da vigência do artigo referido)
Roaming nacional - crédito mínimo	Ação visa afastar a exigência de disponibilidade de, no mínimo, R\$ 100,00 em crédito (pré-pago) para ter acesso ao serviço de roaming nacional.	1 ACP	SP	Não
RuralCel - taxa de manutenção	A ação pretende isentar os usuários do Ruralcel/Ruralvan da taxa de manutenção de meios adicionais	3	RS, Seção Judiciária de Chapecó (SC), Birigüi (SP)	Sim (aparentemente)
Serviços não solicitados	A ação exige que a Telefônica se abstenha de encaminhar fatura mensal ou efetuar ligações telefônicas, sem solicitação prévia, aos usuários.	2	SP, MS	Não
Sinal de celular	Ação Civil Pública para que a TIM melhorasse o sinal de da telefonia celular no Município de Cordeirópolis-SP.	1	Cordeirópolis-SP	Não
SVA - mau uso	Questiona-se vários aspectos dos Serviços de Valor Adicionado (SVAs): cobrança em conjunto com a conta telefônica, possibilidade de acesso sem liberação do titular da conta, violação aos bons costumes (tele-sexo).	Algumas pelo país (estima-se 3)	SP, PR, MG	Não

SVA e concessionárias	Questiona-se a exploração de serviços de valor adicionado (SVAs - ex.: despertador, disquete-amizade) pelas concessionárias. A ilegalidade está em que as concessionárias deveriam prestar apenas serviços de telecomunicações.	1	Brasil	Não
TUP em comunidade indígena	Postula-se a instalação de TUP em comunidade indígena com população que atende a hipótese das metas do PGMU.	2	GO, MG	Não
TV digital	Ação que pede declaração de nulidade do Decreto 5820/2006, que define o padrão da TV digital no país. Sustenta várias ilegalidades, entre elas a suposta renovação das concessões sem manifestação do Congresso.	1	Brasil	Não
Universalização MG	Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no STF contra a Lei MG nº 16.306/2006, que criou o Fundo de Universalização do Acesso a Serviços de Telecomunicação em Minas Gerais (Fundomic).	1 ADI	MG (efeitos práticos)	Não
VoIP	Ação busca nulidade das cláusulas de cláusulas contratuais que impedem os consumidores de usar o VoIP.	1 ACP	Brasil	Não
Bloqueio para interurbanos	Postula-se o desbloqueio de acesso às ligações interurbanas dos usuários com restrição de crédito junto a terceiros.	2	Nova Friburgo - RJ	Não (aparentemente)

Tarifação mínima (fixo-celular)	Obrigatoriedade do pagamento mínimo de trinta segundos, ainda que seja inferior o tempo da ligação de telefone fixo para celular.	1	PR	Aparentemente sim.
---------------------------------	---	---	----	--------------------

ANEXO 2

Assunto	Tipo do processo	Número	Data do julgamento
Acesso à internet	MC	6200	07/03/2003
Acesso à internet	CC	57723	07/03/2006
Acesso à internet	MC	15057	17/12/2008
Área Local	Resp	572070	16/03/2004
Área Local	Resp	572906	08/06/2004
Área Local	Resp	573475	08/06/2004
Área Local	AgRg no Resp	665994	18/11/2004
Área Local	Resp	624835	25/11/2004
Área Local	RESP	639367	25/11/2004
Área Local	Resp	614042	22/02/2005
Área Local	RESP	714309	08/03/2005
Área Local	RESP	714309	08/03/2005
Área Local	Resp	598715	12/07/2005
Área Local	Resp	788806	21/03/2006
Área Local	Resp	666971	23/05/2006
Área Local	Ag	779111	17/08/2006
Área Local	Resp	668778	16/10/2006
Área Local	CC	66557	22/02/2007
Área Local	Resp	653691	01/03/2007
Área Local	Resp	479058	23/04/2007
Área Local	Resp	681653	07/08/2007
Área Local	Resp	914314	03/09/2007
Área Local	Resp	977690	05/09/2007
Área Local	AgRg no Resp	977690	16/10/2007
Área Local	Resp	627587	27/06/2008
Área Local	Resp	733181	05/09/2008
Área Local	Resp	889400	22/09/2008
Área Local	Resp	737791	25/09/2008
Área Local	Resp	762416	30/09/2008
Área Local	Resp	1090934	17/11/2008
Área Local	Resp	736473	25/11/2008
Área Local	Resp	757971	25/11/2008
Área Local	MC	15027	10/12/2008
Área Local	CC	99252	19/12/2008
Área Local	Resp	638966	03/03/2009
Área Local	CC	101770	11/03/2009
Área Local	Resp	975553	18/03/2009
Área Local	Resp	932916	03/04/2009
Assinatura básica	CC	47497	17/12/2004
Assinatura básica	CC	47731	27/01/2005
Assinatura básica	CC	48106	02/03/2005
Assinatura básica	CC	48177	03/03/2005
Assinatura básica	RCL	1836	29/03/2005
Assinatura básica	Rcl	1907	17/06/2005
Assinatura básica	MC	10235	23/06/2005

Assinatura básica	Rcl	1921	01/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1922	01/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1923	01/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1931	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1932	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1933	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1934	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1935	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1936	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1907	06/09/2005
Assinatura básica	CC	47731	14/09/2005
Assinatura básica	CC	48106	14/09/2005
Assinatura básica	CC	48177	14/09/2005
Assinatura básica	Rcl	2038	11/11/2005
Assinatura básica	SLS	141	23/11/2005
Assinatura básica	Rcl	2081	17/01/2006
Assinatura básica	SLS	250	28/03/2006
Assinatura básica	EDcl no CC	48177	23/08/2006
Assinatura básica	CC	49786	11/09/2006
Assinatura básica	AgRg na SLS	250	16/05/2007
Assinatura básica	Ag	930317	01/10/2007
Assinatura básica	Resp	763630	12/03/2008
Assinatura básica	Resp	823621	07/05/2008
Assinatura básica	REsp	1051173	12/05/2008
Assinatura básica	Resp	986959	15/05/2008
Assinatura básica	SLS	879	05/06/2008
Assinatura básica	REsp	993228	12/06/2008
Assinatura básica	REsp	501042	19/06/2008
Créditos de celular	MC	7481	05/12/2003
Créditos de celular	Resp	623325	28/09/2004
Créditos de celular	SLS	47	07/12/2004
Créditos de celular	SLS	138	20/06/2005
Créditos de celular	MC	10443	16/08/2005
Créditos de celular	MC	10915	06/12/2005
Créditos de celular	MC	10924	06/12/2005
Créditos de celular	MC	10925	06/12/2005
Créditos de celular	AgRg na MC	10443	13/12/2005
Créditos de celular	Resp	591993	19/12/2006
Créditos de celular	Resp	802043	15/10/2007
Créditos de celular	Resp	802043	01/08/2008
Créditos de celular	Resp	611884	03/11/2008
Créditos de celular	Resp	806304	02/12/2008
Detalhamento de conta	MC	5060	28/05/2002
Detalhamento de conta	Resp	162026	20/06/2002
Detalhamento de conta	ERESP	162026	13/03/2003
Detalhamento de conta	MC	6334	23/04/2003
Detalhamento de conta	AgRg na MC	6334	15/05/2003
Detalhamento de conta	MC	5868	17/06/2003
Detalhamento de conta	ERESP	162026	05/06/2004
Detalhamento de conta	MC	9399	16/12/2004

Detalhamento de conta	MC	10067	19/05/2005
Detalhamento de conta	Ag	658150	25/05/2005
Detalhamento de conta	MC	9399	22/08/2005
Detalhamento de conta	Ag	707023	30/11/2005
Detalhamento de conta	Ag	691991	01/08/2006
Detalhamento de conta	Resp	684712	07/11/2006
Detalhamento de conta	Ag	814981	30/11/2006
Detalhamento de conta	Resp	652426	12/06/2007
Detalhamento de conta	Ag	807608	02/08/2007
Detalhamento de conta	REsp	680116	28/08/2007
Detalhamento de conta	Ag	935670	01/10/2007
Detalhamento de conta	AgRg no Ag	807608	02/10/2007
Detalhamento de conta	Resp	852099	23/10/2007
Detalhamento de conta	AgRg no Resp	680116	21/11/2007
Detalhamento de conta	Ag	608627	10/04/2008
Detalhamento de conta	Ag	998517	06/05/2008
Detalhamento de conta	Resp	1070551	22/10/2008
Fidelização	MC	9310	07/12/2004
Fidelização	Ag	640920	20/06/2005
Fidelização	MC	11071	09/02/2006
Fidelização	MC	14268	29/05/2008
Fidelização	MC	14314	06/06/2008
Fidelização	Pet	6733	19/09/2008
Prorrogação das Concessões	CC	57558	21/12/2005
Prorrogação das Concessões	CC	57559	22/12/2005
Prorrogação das Concessões	CC	57562	30/01/2006
Prorrogação das Concessões	CC	57562	24/04/2006
Prorrogação das Concessões	RCDESP no CC	57562	28/02/2007
Prorrogação das Concessões	CC	57558	12/09/2007
Prorrogação das Concessões	CC	57562	07/04/2008
Prorrogação das Concessões	PETREQ no CC	57559	24/04/2008
Reajuste de tarifas	MC	1974	01/10/1999
Reajuste de tarifas	MC	1974	08/11/1999
Reajuste de tarifas	MC	2282	17/12/1999
Reajuste de tarifas	Cat	90	09/02/2000
Reajuste de tarifas	MC	2282	18/02/2000
Reajuste de tarifas	MC	2552	27/03/2000
Reajuste de tarifas	AgRg na MC	2282	28/03/2000
Reajuste de tarifas	MC	2842	21/06/2000
Reajuste de tarifas	CC	29917	25/09/2000
Reajuste de tarifas	PET	1460	10/05/2001
Reajuste de tarifas	Resp	431606	15/08/2002
Reajuste de tarifas	CC	39590	04/07/2003
Reajuste de tarifas	CC	39590	11/07/2003
Reajuste de tarifas	CC	39597	11/07/2003
Reajuste de tarifas	CC	39590	27/08/2003
Reajuste de tarifas	CC	39597	27/08/2003
Reajuste de tarifas	SL	57	20/01/2004
Reajuste de tarifas	AgRg na SL	57	01/07/2004
Reajuste de tarifas	CC	45297	07/07/2004

Reajuste de tarifas	PETREQ no CC	45297	12/07/2004
Reajuste de tarifas	RCL	1654	15/07/2004
Reajuste de tarifas	CC	45297	14/09/2005
Reajuste de tarifas	Resp	948150	26/08/2008
Reajuste de tarifas	REsp	851592	26/09/2008
Reajuste de tarifas	AgRg no Resp	851592	03/02/2009

ANEXO 3

Assunto	Tipo do processo	Número	Data do julgamento
Área Local	Resp	598715	12/07/2005
Área Local	Resp	666971	23/05/2006
Área Local	Ag	779111	17/08/2006
Área Local	Resp	668778	16/10/2006
Área Local	Resp	653691	01/03/2007
Área Local	Resp	889400	22/09/2008
Área Local	Resp	737791	25/09/2008
Área Local	Resp	762416	30/09/2008
Área Local	Resp	638966	03/03/2009
Área Local	Resp	975553	18/03/2009
Assinatura básica	SLS	141	23/11/2005
Assinatura básica	Rcl	2081	17/01/2006
Assinatura básica	Ag	930317	01/10/2007
Assinatura básica	Resp	763630	12/03/2008
Assinatura básica	Resp	986959	15/05/2008
Assinatura básica	REsp	501042	19/06/2008
Créditos de celular	Resp	802043	01/08/2008
Detalhamento de conta	MC	5060	28/05/2002
Detalhamento de conta	MC	6334	23/04/2003
Detalhamento de conta	AgRg na MC	6334	15/05/2003
Detalhamento de conta	MC	5868	17/06/2003
Detalhamento de conta	ERESP	162026	05/06/2004
Detalhamento de conta	MC	9399	16/12/2004
Detalhamento de conta	MC	10067	19/05/2005
Detalhamento de conta	MC	9399	22/08/2005
Detalhamento de conta	Ag	707023	30/11/2005
Detalhamento de conta	Ag	691991	01/08/2006
Detalhamento de conta	Ag	807608	02/08/2007
Detalhamento de conta	Ag	935670	01/10/2007
Detalhamento de conta	AgRg no Ag	807608	02/10/2007
Detalhamento de conta	Resp	852099	23/10/2007
Detalhamento de conta	Ag	998517	06/05/2008
Fidelização	Ag	640920	20/06/2005
Fidelização	Pet	6733	19/09/2008
Prorrogação das Concessões	CC	57562	30/01/2006
Prorrogação das Concessões	CC	57562	07/04/2008
Prorrogação das Concessões	PETREQ no CC	57559	24/04/2008
Reajuste de tarifas	MC	1974	08/11/1999
Reajuste de tarifas	CC	29917	25/09/2000
Reajuste de tarifas	PETREQ no CC	45297	12/07/2004
Reajuste de tarifas	Resp	948150	26/08/2008

ANEXO 4

Assunto	Tipo do processo	Número	Data do julgamento
Área Local	RESP	714309	08/03/2005
Créditos de celular	Resp	591993	19/12/2006
Acesso à internet	MC	6200	07/03/2003
Acesso à internet	MC	15057	17/12/2008
Área Local	Resp	479058	23/04/2007
Área Local	Resp	614042	22/02/2005
Área Local	Resp	624835	25/11/2004
Área Local	Resp	627587	27/06/2008
Área Local	RESP	639367	25/11/2004
Área Local	AgRg no Resp	665994	18/11/2004
Área Local	Resp	733181	05/09/2008
Créditos de celular	SLS	138	20/06/2005
Créditos de celular	Resp	611884	03/11/2008
Detalhamento de conta	Resp	652426	12/06/2007
Reajuste de tarifas	Cat	90	09/02/2000
Reajuste de tarifas	PET	1460	10/05/2001
Reajuste de tarifas	REsp	851592	26/09/2008
Reajuste de tarifas	AgRg no Resp	851592	03/02/2009
Detalhamento de conta	Resp	1070551	22/10/2008

ANEXO 5

Assunto	Tipo do processo	Número	Data do julgamento
Reajuste de tarifas	MC	2282	18/02/2000
Reajuste de tarifas	AgRg na MC	2282	28/03/2000
Reajuste de tarifas	MC	2842	21/06/2000
Assinatura básica	CC	47497	17/12/2004
Assinatura básica	CC	49786	11/09/2006
Área Local	CC	66557	22/02/2007
Área Local	CC	99252	19/12/2008
Área Local	CC	101770	11/03/2009
Detalhamento de conta	ERESP	162026	13/03/2003
Reajuste de tarifas	Resp	431606	15/08/2002
Área Local	Resp	572906	08/06/2004
Área Local	Resp	573475	08/06/2004
Detalhamento de conta	Ag	608627	10/04/2008
Detalhamento de conta	Ag	658150	25/05/2005
Detalhamento de conta	REsp	680116	28/08/2007
Detalhamento de conta	AgRg no Resp	680116	21/11/2007
Área Local	Resp	681653	07/08/2007
Área Local	RESP	714309	08/03/2005
Área Local	Resp	788806	21/03/2006
Créditos de celular	Resp	802043	15/10/2007
Detalhamento de conta	Ag	814981	30/11/2006
Assinatura básica	Resp	823621	07/05/2008
Área Local	Resp	914314	03/09/2007
Área Local	Resp	932916	03/04/2009
Área Local	Resp	977690	05/09/2007
Área Local	AgRg no Resp	977690	16/10/2007
Assinatura básica	REsp	1051173	12/05/2008
Área Local	Resp	1090934	17/11/2008

ANEXO 6

Assunto	Tipo do processo	Número	Data do julgamento
Reajuste de tarifas	RCL	1654	15/07/2004
Assinatura básica	RCL	1836	29/03/2005
Assinatura básica	Rcl	1907	17/06/2005
Assinatura básica	Rcl	1907	06/09/2005
Assinatura básica	Rcl	1921	01/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1922	01/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1923	01/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1931	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1932	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1933	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1934	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1935	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	1936	13/07/2005
Assinatura básica	Rcl	2038	11/11/2005

ANEXO 7

Assunto	Tipo do processo	Número	Data do julgamento
Créditos de celular	SLS	47	07/12/2004
Reajuste de tarifas	SL	57	20/01/2004
Reajuste de tarifas	AgRg na SL	57	01/07/2004
Assinatura básica	SLS	250	28/03/2006
Assinatura básica	AgRg na SLS	250	16/05/2007
Assinatura básica	SLS	879	05/06/2008
Reajuste de tarifas	MC	1974	01/10/1999
Reajuste de tarifas	MC	2282	17/12/1999
Reajuste de tarifas	MC	2552	27/03/2000
Fidelização	MC	9310	07/12/2004
Assinatura básica	MC	10235	23/06/2005
Créditos de celular	MC	10443	16/08/2005
Créditos de celular	AgRg na MC	10443	13/12/2005
Créditos de celular	MC	10915	06/12/2005
Créditos de celular	MC	10924	06/12/2005
Créditos de celular	MC	10925	06/12/2005
Fidelização	MC	11071	09/02/2006
Fidelização	MC	14268	29/05/2008
Fidelização	MC	14314	06/06/2008
Área Local	MC	15027	10/12/2008
Área Local	Resp	572070	16/03/2004
Detalhamento de conta	Resp	684712	07/11/2006
Área Local	Resp	736473	25/11/2008
Área Local	Resp	757971	25/11/2008
Créditos de celular	Resp	806304	02/12/2008
Assinatura básica	REsp	993228	12/06/2008

ANEXO 8

Assunto	Tipo do processo	Número	Data do julgamento
Reajuste de tarifas	CC	39590	04/07/2003
Reajuste de tarifas	CC	39590	11/07/2003
Reajuste de tarifas	CC	39590	27/08/2003
Reajuste de tarifas	CC	39597	11/07/2003
Reajuste de tarifas	CC	39597	27/08/2003
Reajuste de tarifas	CC	45297	07/07/2004
Reajuste de tarifas	CC	45297	14/09/2005
Assinatura básica	CC	47731	27/01/2005
Assinatura básica	CC	47731	14/09/2005
Assinatura básica	CC	48106	02/03/2005
Assinatura básica	CC	48106	14/09/2005
Assinatura básica	CC	48177	03/03/2005
Assinatura básica	CC	48177	14/09/2005
Assinatura básica	EDcl no CC	48177	23/08/2006
Prorrogação das Concessões	CC	57558	21/12/2005
Prorrogação das Concessões	CC	57558	12/09/2007
Prorrogação das Concessões	CC	57559	22/12/2005
Prorrogação das Concessões	CC	57562	24/04/2006
Prorrogação das Concessões	RCDESP no CC	57562	28/02/2007
Acesso à internet	CC	57723	07/03/2006

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)