



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

DECISÃO : Nº /2008 - B
PROCESSO : Nº 20083400011445-3
REQUERENTE : PRO TESTE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR
REQUERIDOS : UNIÃO FEDERAL E OUTROS

DECISÃO

A Requerente pleiteia a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Transcreverei a aludida decisão, porque essencial para contextualizar a pretensão da Requerente, para reafirmar a subsistência dos fundamentos da aludida decisão e para, primordialmente, justificar o deferimento do pedido de reconsideração em razão de novo e premente argumento.

“A Requerente pretende obter a antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos do Decreto nº 4.769/2003, que estabeleceu novo Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público – PGMU, e do Decreto nº 6.424/2008, que alterou tais metas, bem assim para suspender os aditamentos aos contratos de concessão firmados em 08.04.2008.

Informa que uma das condições para a renovação dos contratos de concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC era o cumprimento das metas de universalização voltadas à disponibilização de infra-estrutura.

Como os contratos foram renovados no ano de 2005, afirma o cumprimento das metas estaria atestado, de modo que seria chegada a hora de redução dos preços das tarifas, em especial a assinatura básica. Isso porque, conquanto haja infra-estrutura de STFC disponível, os cidadãos menos favorecidos não têm acesso ao serviço, na medida em que não dispõem de recursos financeiros para fazer frente ao custo da assinatura básica.

Tanto é assim que houve regresso no número de habilitados ao serviço, o que não poderia ser imputado à tendência mundial de supremacia dos telefones móveis diante dos fixos.

De fato, nos países desenvolvidos a redução de adesões à telefonia fixa teve lugar após maciça contratação do serviço, o que significa que se teria dado em decorrência de opção dos consumidores.

No Brasil, diversamente, a população carente não teria opção entre o serviço de telefonia fixa e o serviço móvel.

Seria conduzida, em razão de seu baixo poder aquisitivo, a contratar um telefone celular pré-pago, através do qual se limitaria a receber chamadas, já que as tarifas do serviço são elevadíssimas. Quando necessitasse fazer ligações, socorrer-se-ia de telefones públicos.

Ainda, correria o risco de nem mesmo poder contratar um celular pré-pago nos locais em que não há cobertura do serviço, com o que quedaria ao largo do serviço de telecomunicação.

Tudo isso denotaria, na realidade, que a universalização não foi completa sob o ponto de vista do acesso à infra-estrutura já disponível e que há demanda reprimida do STFC nas classes C, D e E.

A deficiência deveria ser corrigida com o reconhecimento do cumprimento da meta estrutural e da conseqüente desnecessidade de pagamento das tarifas nos moldes vigentes na época em que a meta estava em fase de execução.

Não obstante, o Decreto nº 4.769/2003 ampliou as metas de universalização para prever a necessidade de instalação, em todos os municípios brasileiros, de Postos de Serviços de Telecomunicações – PSTs que contassem com telefone público, aparelho de fax e acesso discado à internet.

Antes que tais metas fossem cumpridas, foram alteradas pelo Decreto nº 6.424/2008 para impor às concessionárias a obrigação de prover todos os municípios brasileiros que não tenham acesso à internet banda larga de infra-estrutura a tanto necessária.

Sustenta que a alteração das metas não observou o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, visto que as empresas cuja área de concessão tenha baixa densidade de banda larga teriam ônus superior às demais empresas.

Afirma a ilegalidade do último decreto, porquanto incluiu nos contratos de concessão do STFC, por meio de metas de universalização, serviços que não são prestados sob o regime público e não se classificam como STFC, senão que como Serviço de Comunicação Multimídia - SCM.

Ainda, permitiu que o SCM, modalidade diversa do STFC, fosse prestado pelas concessionárias sem outorga específica e sem licitação, em confronto com as Leis de números 9.472/97 e 8.666/93.

Avalizou que os recursos destinados a fazer frente às despesas das concessionárias com o cumprimento das metas de universalização do STFC fossem utilizados em modalidade diversa de serviço.

Sustenta que o aludido decreto ignorou os propósitos estatuídos pelo decreto anterior no sentido de que estimular a competição entre as empresas exploradoras dos serviços de telecomunicação e assegurar o acesso individualizado do cidadão ao menos a um serviço de telecomunicação e a modicidade das tarifas.

Encerra consignando que a inclusão do SCM nas metas do STFC importa prejuízo aos consumidores, visto que eles acabarão por arcar, através da manutenção das elevadas tarifas, com os custos para a implantação da estrutura de internet banda larga.

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL manifestou-se no prazo que lhe confere o art. 2º da Lei nº 8.437/92, oportunidade em que esclareceu que as metas de universalização do STFC são periódicas, pautando-se pela demanda atual e pela evolução tecnológica.

A inovação do Decreto nº 6.424/2008 na matéria diria respeito à implantação de infra-estrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, intitulada backhaul pelo art. 3º da norma.

Logo, não se trataria de nova modalidade de serviço, diferente do STFC, senão que de nova infra-estrutura utilizada para prestar esse serviço em alta velocidade, bem como para viabilizar a prestação do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM.

A prestação do SCM não tocaria às concessionárias do STFC, mas às empresas a tanto contratadas mediante prévia licitação, o que significa que não haveria outorga de serviço sem ato específico e sem licitação. Caberia às concessionárias, frise-se, disponibilizar o backhaul, que seria utilizado por elas para otimizar o STFC e, pelas futuras concessionárias do SCM, para oferecer o acesso à internet banda larga.

A ANATEL acrescentou que a substituição da meta de instalação do PST pelo backhaul foi reputada economicamente viável diante dos custos calculados pelo Centro de Pesquisa de Desenvolvimento em Telecomunicações – CPqD, por isso que não seria necessário o recurso ao FUST.

A alegada desproporção de custos entre as concessionárias para a implantação do backhaul não seria pertinente, já que a TELESP teria pago ágio muito superior ao pago pela OI na aquisição da concessão.

De toda forma, ainda que se constatasse adiante que os custos para a concretização da nova meta não seriam

integralmente cobertos pela exploração do STFC, poderia haver uso do FUST, desde que precedido de licitação.

A Agência averbou ainda que os custos de universalização não têm relação com as tarifas cobradas pelo STFC, cujo reajuste conta com índices próprios, e que o reajuste faz-se sobre toda a cesta de serviços, e não apenas sobre a assinatura básica.

Sustentou a existência de risco de perecimento do direito reverso, já que a suspensão do novo plano de metas atingirá aproximadamente 55.000 (cinquenta e cinco) mil escolas públicas.

A Autora contrapôs-se à manifestação da ANATEL, basicamente sob o argumento de backhaul não pode ser considerado modalidade de STFC, tampouco infra-estrutura para suporte de STFC.

Para fazer prova da assertiva, juntou parecer de engenheiro eletricista e documento elaborado pela ABUSAR – Associação Brasileira dos Usuários de Acesso Rápido.

Antes que esse Juízo apreciasse o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a Autora novamente compareceu aos autos, agora para noticiar que os aditamentos contratuais assinados entre a ANATEL e as concessionárias do STFC não previram a reversão do backhaul ao termo da avença.

Decorreria daí que rede privada seria financiada com receita proveniente da tarifa do serviço prestado em regime público e, eventualmente, com os recursos do FUST.

É o relatório. Decido.

O deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela condiciona-se a dois requisitos, quais sejam, a plausibilidade do direito invocado e o risco de seu perecimento caso a pretensão seja acolhida apenas ao fim do processo.

Nesse exame de cognição sumária, não vislumbro a presença do primeiro requisito. Inicialmente, anoto minha anuência, em tese, a grande parte dos argumentos deduzidos pela Autora na petição inicial.

Com efeito, se o backhaul não puder ser considerado modalidade de STFC, tampouco infra-estrutura para suporte de STFC, sua inclusão como meta de universalização do referido serviço afronta diversos dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações e da Lei de Licitações.

Malgrado a extensão da internet banda-larga seja extremamente vantajosa à população, não poderia ser feitas à custa das tarifas do STFC e, eventualmente, do FUST.

Isso porque, sendo necessário manter o valor das tarifas do STFC, ou mesmo as aumentar para custear a universalização da banda larga, privar-se-ia a população mais carente de realmente ter acesso individualizado ao STCF, já que não pode pagar essas tarifas.

E acesso não significa apenas a disponibilização da infra-estrutura do serviço, senão que a possibilidade de sua contratação.

Como a assinatura básica é atualmente proibitiva para a família que ganha um salário-mínimo – e há famílias que nem isso ganham – essa família é inexoravelmente conduzida para os telefones celulares pré-pagos como a única forma viável de se comunicar.

Nem se pode dizer que a perda dessa camada de consumidores pelas concessionárias do STFC é prejudicial às empresas, já que, regra geral, elas são acionistas das concessionárias de serviço de telefonia móvel.

Nem se afirme, ademais, que a universalização da banda larga suprirá a impossibilidade de os brasileiros mais carentes terem acesso individualizado ao STFC, eis que, se eles não podem pagar assinatura básica, é lógico que não podem adquirir um computador.

Por fim, não ignoro que, por mais que haja licitação antes da outorga da prestação do serviço de banda larga, o fato de as concessionárias do STFC serem proprietárias da infra-estrutura – edificada com recursos públicos, não se olvide – faz com que elas tenham imensas vantagens em eventual certame.

Como não terão que pagar pela rede, poderão oferecer preços baixíssimos e, ainda que tenham concorrentes em tese, na prática seus preços alijarão outras prestadoras do mercado, a menos que a ANATEL adote

política para as excluir da licitação ou lhes impor ônus diferenciados.

Não obstante minha anuência aos argumentos da Autora, o extenso relatório demonstrou que o enfrentamento da argüição de utilização dos recursos do STFC para custear modalidade diversa de serviço demanda o esclarecimento de questão técnica: se o backhaul é modalidade de STFC ou infra-estrutura para suporte de STFC.

Com efeito, caso a resposta a um desses pontos seja positiva, os atos impugnados têm respaldo, eis que a universalização da banda larga, como estrutura de STFC, poderia ser inserida entre as metas de universalização do serviço, prestado em caráter público.

Diversamente, concluindo-se que o backhaul é suporte exclusivo de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, sua extensão não pode ser erigida como meta de universalização do STFC, embora seja essencial que toda a população tenha acesso à internet banda larga.

Caberá ao ente regulador, nessa hipótese, aventar outra forma de universalizar a banda larga que não o uso de recursos destinados ao STFC.

O certo é que, na atual fase do processo, não há prova técnica idônea, produzida sob o manto do contraditório, que evidencie a real natureza do backhaul, o que significa que não há prova inequívoca de que ele difere do STFC.

Este Juízo não pode ser basear em documentos trazidos pela Autora para suspender os decretos impugnados e os contratos, o que importaria, em última instância, na descontinuidade da prestação do STFC, quando é fato que existe Decreto do Presidente da República (art. 3º do Decreto nº 6.424/2008), veículo de política pública sujeita à discricionariedade administrativa, que define o backhaul como “infra-estrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, interligando as redes de acesso ao backbone da operadora.”

Nesse rumo, apenas prova cabal que desconstitua a presunção de legitimidade e de veracidade do dispositivo, demonstrando que o backhaul não é STFC, dará azo ao deferimento da antecipação dos efeitos da tutela. Por ora, indesviável é o indeferimento do pedido.

O argumento de que não se observou a equivalência financeira entre a meta substituída e a meta atual e que essa última meta impôs obrigações desproporcionais às concessionárias igualmente prescinde de prova técnica, visto que estudo pretérito concluiu pela equivalência, bem como a oitiva das empresas Rés.

De início, corrijo o erro material do último parágrafo transcrito, para substituir a expressão “prescinde de” por “demanda”.

Em seguida, anoto a higidez dos fundamentos da decisão quanto à inexistência de prova inequívoca de que o backhaul não é infra-estrutura para o STFC, o que somente será dirimido através de prova técnica a ser produzida tão logo todas as partes apresentem resposta.

De fato, ao compulsar a contestação da União Federal e os documentos que a instruem, verifiquei que a inserção do backhaul entre as metas de universalização decorreu do elogiável propósito da União Federal de promover a inclusão digital do Brasil e do aval concedido pela consultoria jurídica para a medida.

O órgão consultivo pautou-se na premissa de que, se a infra-estrutura em debate também viabilizar a prestação do STFC, além do SCM, não haveria óbice à inclusão dentre as metas e, de conseguinte, ao uso de recursos públicos, dentre os quais o do FUST.

Anotou que não seria imprescindível que o backhaul fosse voltado unicamente para o STFC, senão que bastaria que ele fosse suporte do serviço, ainda que se prestasse a outros serviços de âmbito privado.

Não haveria mácula à exigência de licitação, eis que as concessionárias de STFC lançariam mão da nova estrutura sem licitação apenas para prestar o serviço concedido. O SCM seria prestado em regime privado, antecedido de licitação.

Por fim, o backhaul, havendo sido incluído no rol de metas de universalização do STFC e sendo utilizado para a prestação desse serviço em regime público, seria reversível, a despeito de ser suporte para serviços

prestados em regime privado.

Colaciono a passagem da contestação que trata do tema, e que cuida em verdade da transcrição de um parecer da ANATEL, para que não parem dúvidas sobre a posição da administração sobre a reversibilidade dos bens (fls. 636/637):

“2.3.18. Finalmente, entendido o backhaul como parte integrante do STFC, passível de universalização, vale destacar que os bens diretamente afetados à prestação dos serviços objeto da concessão são, por definição legal e contratual, sujeitos à reversão no término do contrato, e que os bens marcados com a cláusula de reversibilidade devem ser transferidos ao Poder Concedente quando o contrato de concessão for extinto.

2.3.19. Entre os bens reversíveis que figuram nos contratos de STFC – tanto na modalidade local, quanto na de longa distância – incluem-se os recursos vinculados às respectivas redes de suporte. Assim, os equipamentos que proporcionem o aumento da capacidade da rede de STFC (backhaul), instalados a partir de recursos destinados à universalização do STFC, passarão necessariamente a integrar o acervo da concessão. Esta afetação ocorrerá mesmo que, na presente conjuntura, tais equipamentos se destinem basicamente à exploração industrial, isto é, ao atendimento de outros prestadores de serviços (como o SCM).

3.20. Em suma, o backhaul que seja instalado no escopo de atendimento de uma meta de universalização do STFC passará a integrar formalmente a rede deste serviço e, como tal, deve ser considerado bem de caráter reversível.”

Esse o ponto, não examinado na decisão anterior e nem na decisão que enfrentou os embargos de declaração, com o fito de permitir a prévia oitiva das Requeridas, que me faz reconsiderá-la.

A União Federal já apresentou contestação, amparada em manifestações da ANATEL, o que me autoriza a analisar o argumento deduzido pela Requerente de que o backhaul não foi reputado reversível nos contratos e, portanto, não pode ser considerado infra-estrutura do STFC.

Bom, tomando-se por correta, a título de retórica – futuramente se decidirá a questão -, a premissa da União Federal de que o backhaul também funciona como suporte do STFC e que por isso ele pode ser incluído como meta de universalização desse serviço, a consequência lógica seria mesmo a reversibilidade da novel infra-estrutura.

Contudo, os fatos noticiados pela Requerente dão conta de que as concessionárias de STFC consideram-no irreversível e, a bem da verdade, querem o melhor dos mundos: erigir uma infra-estrutura privada, já que irreversível, com recursos públicos cujo uso foi autorizado porque o backhaul foi inserido entre as metas de universalização de um serviço público, cuja estrutura é necessariamente reversível.

Os bônus da alteração de metas são desejados pelas empresas, ao passo que os ônus são refutados.

Com efeito, o texto dos aditivos aos contratos de concessão do STFC elaborado com base na substituição de metas impugnada pela Requerente e submetido à consulta pública nº 842/2007 incluía a cláusula de reversibilidade do backhaul.

As contribuições de números 30 e 31 da consulta pública, formuladas pela Oi e pela CTBC Telecom, pleitearam a exclusão da cláusula nos seguintes termos, respectivamente (fls. 586/587 - sem grifos no original):

“O fato de um determinado bem estar sendo utilizado na prestação de STFC não é determinante para que ele seja rotulado de bem reversível.

As premissas regulatórias que tratam do ônus da reversibilidade de bens (de propriedade ou não da Concessionária) estão muito bem definidas no Contrato de Concessão e na regulamentação aplicável, em especial no Regulamento aprovado pela Resolução nº 447.

Ademais, todos os equipamentos e infra-estrutura (da Oi ou de terceiros_ que eventualmente sejam utilizados no cumprimento da meta alternativa já estão inseridos nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do Anexo nº 1 do Contrato de Concessão.”

“O Anexo I do Contrato de Concessão já contempla os bens e equipamentos que são considerados como reversíveis, vez que relacionam todos aqueles indispensáveis para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado em regime público. Propõe-se, aqui, a exclusão do item, pois, apesar da infra-estrutura de suporte ao STFC contemplada no texto da Consulta em comento, tal estará dedicada a prover meios para conexão à internet em banda larga, serviço este de natureza diversa do prestado em regime público e, portanto, não deve ser afetado pelo instituto da reversibilidade.”

Vale conferir também a contribuição nº 32, da lavra da TELESP – Telecomunicações de São Paulo (fls. 587 – sem grifos no original):

“O anexo I do Contrato de Concessão já contempla todos os bens e equipamentos que podem ser considerados reversíveis independentemente se utilizados para atendimento dos compromissos de universalização ou não, vez que relacionados todos aqueles indispensáveis para a prestação do serviço. Incluir este novo item ao rol de bens reversíveis pode abrir um precedente para que no futuro outros bens que possam ser agregados a outros compromissos de universalização, mas não indispensáveis a prestação dos serviços sejam equivocadamente classificados como tal.”

As contribuições confirmam a tese da Requerente de que o backhaul não é essencial à prestação do STFC. Dão a impressão de que houve um artifício para legitimar o uso de recursos públicos para viabilizar a edificação de uma rede privada. Criou-se um novo e dispensável suporte de STFC, voltado em verdade à rede de SCM, que pertencerá às concessionárias do serviço de telefonia fixa e será por elas explorada. A validade do artifício será objeto de cognição em outra oportunidade, após a prova técnica. Registro meu temor de que ele avalize a inclusão de tudo o que puder ser utilizado pelo STFC nas metas de universalização, autorizando o uso de recursos públicos e afastando a reversão se esse “tudo” não for essencial ao serviço de telefonia prestado em regime público. Por enquanto, examina-se a reversibilidade do backhaul. A cláusula que a previa foi excluída dos termos aditivos após as contribuições oferecidas na consulta pública, com base em parecer da ANATEL (fls. 545/551).

O parecer, contraditoriamente, amparou-se na contribuição nº 30, que afirma que o backhaul não se torna reversível pelo fato de ser utilizado para a prestação do STFC, mas averbou que a reversibilidade é inerente ao fato de o backhaul ser suporte do STFC, senão confira-se:

“No que toca ao item 5.3.5 do reportado Informe, força-se remarcar o fato de que a exclusão da Cláusula Terceira existente no texto anterior não prejudica o caráter de reversibilidade do qual se revestem os bens componentes da infra-estrutura de redes de suporte ao STFC, de que o backhaul é parte integrante, consoante o art. 30, XIV, da proposta de alteração do PGMU. Conforme justificativa à contribuição nº 30 da 842ª Consulta Pública, a redação inicialmente elaborada visava ‘apenas individualizar, dentre as qualificações de bens já existentes, aqueles que, destinados à prestação do serviço, foram incorporados em razão da troca de metas de universalização.’ Deve-se destacar que a medida de semelhante detalhamento, vez que juridicamente irrelevante, restringe-se ao juízo de conveniência e oportunidade, necessariamente vinculado ao interesse público, de competência do Conselho Diretor da Anatel.”

Infere-se que houve vício de motivação, já que se consignou a reversibilidade e acolheram-se os argumentos em sentido contrário, calcados na tese de que o backhaul não é essencial ao STFC.

Conclui-se, ademais, que o vício abriu margem para que as concessionárias do STFC questionem, no futuro, a reversibilidade do backhaul e de vindouras infra-estruturas que também sirvam ao serviço prestado em regime público.

Ora, a cláusula nesse sentido foi excluída com fulcro em argumentos por elas deduzidos quanto à irreversibilidade. Se a cláusula foi excluída, plausível seria a assertiva de que o backhaul não é reversível. Ainda, sustentável seria o argumento de que a meta de universalização substituída e a nova meta não guardaram equivalência financeira, uma vez que as concessionárias do STFC não contavam com a

reversibilidade do backhaul, o que lhes imporá mais ônus do que os mensurados quando da assinatura dos termos aditivos dos contratos de concessão.

É indubitosa a chance de uma contenda futura sobre a reversibilidade, ocasião em que o backhaul já estará pronto e, por corolário, o prejuízo para o Poder Público está configurado.

Caso se conclua pela reversibilidade, corre-se o risco de a administração ter que indenizar os particulares, que contaram com os bens em seu patrimônio em função da brecha dos contratos.

Noutra margem, definida a irreversibilidade, o Estado terá gasto uma fortuna em recursos públicos para construir bem privado, fortuna essa de remota recuperação na medida em que as empresas podem argumentar que o contrato não previu a reversibilidade, tanto que a cláusula constante da minuta foi suprimida.

O risco de perecimento está plenamente identificado e é de elevada monta, tornando imperiosa a necessidade de sustar a execução da nova meta de universalização até que a reversibilidade do backhaul seja elucidada. É evidente que a meta antiga tampouco pode ser executada, a uma, porque ela não mais existe e, a duas, porquanto ela importaria ônus às concessionárias de STFC que pode tornar-se desnecessário, criando mais um risco de prejuízo aos cofres públicos.

A suspensão da execução da meta não causa prejuízos imediatos às partes, senão que remotos, à população, que, na hipótese de se concluir pela legitimidade dos aditivos profligados, será privada, por algum tempo, do serviço prestado através do backhaul.

A esse despeito, a ponderação dos possíveis danos pende para que se suste o dano ao Estado, eis que esse é irreversível e ostenta elevado impacto financeiro, sabidamente custeado pela população.

Advirto que essa decisão não comporta o rótulo de obstáculo à inclusão digital, à extensão da internet às escolas públicas e ao progresso do País que as Requeridas certamente pretenderão atribuir-lhe.

Tais políticas públicas são elogiáveis e consentâneas com a evolução tecnológica. Não obstante, cabe ao Poder Judiciário zelar para que elas sejam executadas em observância às normas de regência, segundo as quais os bens utilizados para a prestação do STFC são reversíveis.

Com essas considerações, reconsidero a decisão de fls. 296/302 e defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender os termos aditivos aos contratos de concessão de STFC firmados em abril de 2008. Intimem-se.

Brasília, de novembro de 2008.

MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA
Juíza Federal Substituta da 6ª Vara/DF