
**INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO
NAS COMPETÊNCIAS LEGAIS DA ANATEL:
ANÁLISE DO CASO DA AÇÃO CIVIL
PÚBLICA Nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC**

*INTERFERENCE OF THE JUDICIARY IN ANATEL'S LEGAL
POWERS: ANALYSIS OF THE CASE OF THE CLASS ACTION
Nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC*

Júlia de Carvalho Barbosa

*Procuradora Federal junto à Procuradoria Federal Especializada da ANATEL
Coordenadora de Contencioso Judicial da PFE-ANATEL. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da impossibilidade de o poder judiciário condenar a Anatel a editar um regulamento específico; 2 Da regulamentação já existente; 3 Dos impactos negativos da decisão judicial; 3.1 Impactos no mercado de aparelho celular e na massificação de acessos e digitalização do consumidor; 3.2 Do estímulo a fraudes; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa os impactos de ação civil pública, na qual a Agência Nacional de Telecomunicações foi condenada a editar um regulamento específico. Verifica-se da análise da ação que a decisão judicial representou uma interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência legal da agência e violou, entre outros, o princípio constitucional da separação dos poderes. No caso, foi imposta a condenação à agência para que edite regulamento que impeça as operadoras de telefonia móvel de efetuarem a cobrança de multa em razão da rescisão de contrato de prestação de serviço, motivada pela ocorrência de caso fortuito alheio à vontade do usuário e durante a vigência de contrato de permanência mínima. Conforme se demonstrará, a ANATEL já tem regulamentação sobre o assunto. Ademais a condenação traz impactos negativos para o mercado de telefonia móvel, bem como cria entraves para a massificação do acesso à digitalização do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: ANATEL. Agências Reguladoras. Serviços de Telecomunicações. Separação de Poderes. Poder Normativo.

ABSTRACT: This article analyzes the impacts of a public civil action, in which the National Telecommunications Agency was ordered to issue a specific regulation. It appears from the analysis of the lawsuit that the judicial decision represented an undue interference by the Judiciary in the legal sphere of the agency and violated, inter alia, the constitutional principle of the separation of powers. In this case, a sentence was imposed on the agency to issue a regulation that prevents mobile operators from charging a fine due to the termination of a service contract, motivated by the occurrence of a fortuitous event beyond the user's will and during the validity of a minimum stay contract. As will be shown, ANATEL already has regulations on the subject. In addition, the condemnation brings negative impacts to the mobile phone market, as well as creates obstacles to the massification of access to consumer digitization.

KEYWORDS: ANATEL. Regulatory Agencies. Telecommunication Services. Separation of Powers. Regulatory Power.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar os impactos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal-MPF, que tramita perante a Justiça Federal em Santa Catarina, sob o nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC. No caso, foi imposta condenação à ANATEL, para que seja instada a editar regulamentação específica, que obste as prestadoras de telefonia móvel a efetuarem a cobrança de multa em razão da rescisão de contrato, quando da ocorrência de caso fortuito alheio à vontade do usuário e durante a vigência de contrato de permanência.

No entendimento do Poder Judiciário e do MPF, quando há caso fortuito, a exemplo de perda, furto ou roubo de aparelho celular, no decorrer da relação contratual entre o usuário e a prestadora de serviço de telefonia móvel, o ônus do evento recai de modo desproporcional em desfavor do consumidor.

Sob esse fundamento, foi imposta a condenação à agência para que edite regulamento que impeça as operadoras de telefonia móvel de efetuarem a cobrança de multa em razão da rescisão de contrato de prestação de serviço, motivada pela ocorrência de caso fortuito alheio à vontade do usuário e durante a vigência de contrato de permanência mínima.

A sentença proferida em 06/06/2017 pela 3ª Vara Federal de Florianópolis¹, assim condenou a ANATEL:

a) a editar regulamentação que obste as concessionárias de telefonia móvel a efetuarem a cobrança de multa em razão da rescisão de contrato de prestação de serviço de telefonia móvel, quando da ocorrência de caso fortuito alheio à vontade do usuário e durante a vigência de contrato de permanência mínima, distinguindo-se a distribuição do ônus conforme se trate da prestação exclusiva de serviço de telefonia (sem imposição de multas ou outros encargos) ou quando esta se encontre aliada ao fornecimento de aparelho celular (abrindo-se a possibilidade de a operadora dar em comodato outro aparelho ao cliente até o término do contrato, ou; aceitar a resolução do contrato mediante a redução, pela metade, da multa devida no momento da rescisão);

b) a editar regulamentação que obste a cobrança de mensalidades ou quaisquer outros encargos a partir da comunicação, pelo usuário,

1 3ª Vara Federal de Florianópolis, Seção Judiciária de Santa Catarina. Juiz Federal Substituto DIÓGENES TARCÍSIO MARCELINO TEIXEIRA. Ação Civil Pública nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC, Data da sentença 06/06/2017

acerca da ocorrência de caso fortuito alheio à sua vontade, durante a vigência de contrato de permanência mínima;

c) a editar regulamentação que imponha às concessionárias de telefonia móvel a adoção de mecanismos simplificados, ágeis e desburocratizados para solução de demandas envolvendo a ocorrência de casos fortuitos;

Em face da sentença, a ANATEL interpôs o recurso de apelação. Ao julgá-la, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a condenação imposta, por meio de acórdão proferido em 25 de julho de 2018 que, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da agência. Senão vejamos²:

ADMINISTRATIVO. ANATEL. REGULAMENTAÇÃO. RESCISÃO CONTRATUAL POR CASO FORTUITO. LEGIMITIDADE ATIVA DO MPF. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

1. O simples fato de estar a ação civil pública lastreada em representação formulada por uma única consumidora, não desnatura a relevância social do ocorrido, bem como descaracteriza o interesse do *Parquet* Federal no manejo da presente demanda que se volta à proteção de todos os consumidores - e não apenas os que tiverem seus direitos violados - que possam ser atingidos pelas práticas abusivas das empresas de telefonia que impõem o pagamento de multa em razão de rescisão contratual motivada por caso fortuito, alheio à vontade do contratante.

2. É dever da Agência Reguladora a defesa dos direitos dos usuários, conforme expressa o artigo 19, nos seus incisos X e XVIII, da Lei nº 9.472/97.

3. A determinação imposta à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL por meio da presente decisão não importa indevida intervenção do Poder Judiciário em esfera que lhe é vedada, já que trata-se de mero controle de implementação de política pública já comandada pelo legislador, de efetiva proteção aos direitos do consumidor, a qual não vem observada no ponto pelas concessionárias do serviço público, nem tampouco vem sendo objeto de regulamentação/fiscalização pela ré, dentro de sua esfera de atuação.

² Tribunal Regional Federal da Quarta Região, 4ª Turma, Rel. Desembargador Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE, Apelação cível nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC, Data do julgamento 25/07/2018.

Em seguida, a ANATEL interpôs embargos de declaração em face do acórdão, que foram acolhidos parcialmente somente para fins de prequestionamento.

Atualmente, estão pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário, interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Como se observa, o comando judicial que determina à agência a edição de um regulamento com conteúdo específico. A decisão, portanto, conforme se demonstrará ao longo deste artigo, representa uma interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência legal da agência. O comando judicial viola, entre outros, o princípio constitucional da separação dos poderes, além de trazer impactos negativos no acesso do serviço ao consumidor.

O caso merece o estudo, ora realizado, uma vez que se trata de um exemplo concreto em que o Poder Judiciário interfere indevidamente na esfera de competência legal da Administração Pública, sob a fundamentação equivocada de que seria um mero controle de implementação de política pública já comandada pelo legislador.

O objetivo deste artigo, portanto, é apresentar o caso com o olhar crítico à interferência do Judiciário, bem como chamar atenção à gravidade das consequências da decisão confirmada pelo TRF4, sob diferentes perspectivas.

1 DA IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO CONDENAR A ANATEL A EDITAR UM REGULAMENTO ESPECÍFICO

De início, é preciso ter em mente que o ordenamento jurídico pátrio não admite que o Poder Judiciário condene um órgão regulador a editar um regulamento, muito menos, para que edite um regulamento em determinado sentido específico. Isso porque, decisão judicial que condene o órgão regulador a editar um regulamento acarreta em flagrante violação do princípio da separação dos poderes, inserto no artigo 2º da Constituição Federal, assim como também ao princípio da livre conformação legislativa/regulatória e, no caso específico da Agência Nacional de Telecomunicações, ao artigo 21, XI, da Constituição Federal, bem como a diversos dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/97), como, por exemplo, aquele que assegura o direito dos conselheiros da ANATEL de votarem com independência (artigo 20, § único), ou aquele que determina a realização de consulta pública para a edição de atos normativos pela Agência Reguladora (artigo 42).

A ANATEL é a Agência Reguladora do setor de telecomunicações, caracterizada como uma autarquia federal em regime especial, integrante

do Poder Executivo Federal. Dentre suas inúmeras atribuições, destaca-se a regulação do setor de telecomunicações, que decorre diretamente do comando constitucional (artigo 21, XI, CF) e pode ser entendida como uma das principais características das Agências Reguladoras.

O artigo 8º da Lei nº 9.472/97 criou a Agência Nacional de Telecomunicações, e a mesma lei estabeleceu no artigo 19 suas atribuições. De acordo com o artigo 8º, § 1º, do mesmo diploma, o órgão máximo da ANATEL é o Conselho Diretor, colegiado composto por cinco conselheiros indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal (artigo 20, combinado com o artigo 23, da LGT), cujas competências estão insertas no artigo 22 desta Lei.

Dentre as competências da ANATEL, está a edição de atos normativos pertinentes à sua área de atuação, isto é, ao setor de telecomunicações, e qualquer ofensa a essa atribuição legal provocada por Poder diverso ao delegante consiste em afronta ao princípio da separação dos poderes, preceito fundante da República Federativa do Brasil (artigo 2º, CF/88).

Nesse ponto, cumpre frisar que perante o Poder Judiciário admite-se o pedido de declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade de um ato normativo editado pela Agência Reguladora. Contudo, não se pode admitir decisões judiciais que condenem a ANATEL a editar um regulamento específico, tal como ocorreu na ação civil pública, ora analisada.

A construção de uma regra regulatória é tarefa complexa atribuída legalmente à agência reguladora. É preciso analisar todas as opções e caminhos a serem trilhados para perseguir o *standard* normativo geral contido na lei. Nesses casos, não há espaço para o Poder Judiciário, ele próprio, criar e definir qual a regra deverá ser implementada para atingir um determinado valor jurídico.

O ordenamento jurídico em vigor veda que o Poder Judiciário condene a ANATEL a exercer seu poder normativo, inclusive já fixando as regras que devem constar neste regulamento. É importante registrar, ainda, que no caso a decisão judicial não seria apenas inconstitucional por ferir o princípio da separação dos poderes, mas também por ofender o princípio da livre conformação legislativa/regulatória.

Como sabido, cabe ao Poder Judiciário fazer o controle dos atos administrativos quanto ao aspecto da legalidade e, com *grano salis*, até em relação ao conteúdo, desde que violado o devido processo material. No caso em tela, todavia, houve uma invasão das competências da Agência Reguladora, na medida que o Poder Judiciário, de forma apriorística, criou regras para um serviço cuja regulação compete à Anatel, nos termos de lei ordinária (Lei nº 9.472, de 1997) editada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República.

Nessa perspectiva, cumpre trazer precedentes judiciais no sentido de que os aspectos técnicos da regulação sejam objeto de análise e de decisão da Agência Reguladora a que compete disciplinar o setor, não devendo o Judiciário regular uma atividade para a qual foi criado um órgão regulador específico.

Um dos exemplos de grande repercussão dessa questão que envolve o controle judicial de atos normativos de Agências Reguladoras foi a suspensão da Resolução da Agência Nacional de Aviação Civil- ANAC que trata do transporte de bagagens despachadas em aeronaves (Resolução ANAC nº 400/2016). Inicialmente, alguns dispositivos dessa Resolução foram suspensos por decisões judiciais, porém, mediante diversas outras decisões judiciais, a eficácia da Resolução foi devidamente restabelecida. A questão foi debatida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que no julgamento do Agravo de Instrumento nº 08041813920174050000³ ressaltou que a resolução da ANAC foi baseada em estudos técnicos e precedida de audiência pública. Assim, considerando a existência de estudo técnico, da realização prévia de audiência pública e o poder de polícia inerente às agências reguladoras, foi restabelecida a norma regulamentar da ANAC, em razão da presunção de legalidade dos atos normativos.

Ainda acerca de casos que envolvem direitos dos consumidores, vale mencionar que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região-TRF2 garantiu a competência técnica da ANS para regular planos de saúde (pedido do PROCON para obrigar a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS - a regular a oferta de planos privados de saúde). No julgamento da Ação Civil Pública em questão (nº 01366840620134025101⁴) o TRF2 decidiu que não cabe ao Judiciário invadir a esfera discricionária da Agência Reguladora, e que a interferência do Poder Judiciário em matéria técnica dominada por órgão especializado da Administração Pública implicaria em inevitável violação da Separação dos Poderes, cláusula pétrea da Constituição.

No âmbito do setor de telecomunicações, em mais um caso relativo a direitos dos consumidores (definição de áreas geográficas para efeito de cobrança de tarifa local), o mesmo TRF2, nos autos do agravo de instrumento nº 08041813920174050000⁵, adotou entendimento no sentido de preservar a competência técnica da Anatel em matéria de regulação. No caso, decidiu aquele tribunal que a atuação do Poder Judiciário interferindo

3 Tribunal Regional Federal da Quinta Região, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Leonardo Carvalho, Agravo de Instrumento nº 08041813920174050000, Data do julgamento 10/04/2018.

4 Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 8ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaler, AC 01366840620134025101, Data da Decisão 24/08/2016, Data da Publicação 30/08/2016

5 Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 8ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaler, AC 00002935420034025114, Data da Decisão 09/04/2013, Data da Publicação 19/04/2013.

em matéria de competência legal da ANATEL mostra-se indevida, não só por configurar intromissão na seara de discricionária regulamentação da Agência, mas também por não deter o Magistrado as informações técnicas necessárias a aferir os critérios para melhor prestação do serviço de telefonia.

Como visto, a ANATEL é o órgão regulador previsto no inciso XI do artigo 21 da CF e criado pela LGT. Entre suas atribuições institucionais está a edição de atos normativos (artigo 19, inciso IV, dentre outros, da Lei 9472/97). Em assim sendo, é possível à Função Judiciária do Poder declarar a ilegalidade de suas normas, mas não pode impor a edição delas e determinar, positiva ou negativamente, qual deverá ser o seu conteúdo no futuro.

2 DA REGULAMENTAÇÃO JÁ EXISTENTE

O serviço de telefonia móvel é prestado mediante a contratação de um plano de serviços de livre escolha pelo consumidor. Desejando, contudo, encerrar a prestação do serviço, o consumidor pode portar o seu número para outra operadora, mantendo assim o seu código de acesso, ou rescindir o seu contrato, quando então perderá o seu código de acesso. Assim, seja qual for a providência desejada pelo consumidor (portabilidade ou rescisão do contrato), o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor-RGC, aprovado pela Resolução ANATEL nº 632/2014, veda a cobrança de multa rescisória⁶.

Ainda, em se tratando de uma situação temporária em que o usuário não deseja rescindir o seu contrato, mas meramente suspendê-lo por um interregno, o artigo 34 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal - SMP, aprovado pela Resolução nº 477, de 2007, estabelece que o usuário pode: a) requerer outro chip em sua prestadora para dar continuidade ao serviço contratado; ou b) caso o consumidor não tenha outro aparelho ou não deseje adquirir outro, rescindir o seu contrato sem ônus (exceto em havendo prazo de permanência a cumprir), perdendo assim o código de acesso; ou c) suspender o contrato de prestação de serviços por até 120 dias, sem ônus e sem cobrança de assinatura ou qualquer outro valor, mantendo assim o seu código de acesso. Nesse ponto, vale frisar, que em caso de roubo, furto ou extravio, o consumidor deve comunicar imediatamente à prestadora (art. 4º do RGC)

6 Art. 3º O Consumidor dos serviços abrangidos por este Regulamento tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável e nos regulamentos específicos de cada serviço: [...] XV - à rescisão do contrato de prestação do serviço, a qualquer tempo e sem ônus, sem prejuízo das condições aplicáveis às contratações com prazo de permanência

Por sua vez, a suspensão a pedido deve ser efetivada sem ônus e sem cobrança de assinatura ou qualquer outro valor durante o período de suspensão, garantindo ao consumidor o restabelecimento da prestação do serviço mantendo o código de acesso. Ainda, a suspensão deve ser efetivada mesmo para consumidores que possuam prazo de permanência ainda a cumprir, uma vez que a norma apenas condiciona o pedido de suspensão à sua adimplência.

De acordo com a regulamentação existente, é dever do consumidor comunicar imediatamente à sua prestadora a perda, roubo ou furto de dispositivos de acesso (artigo 4º, VII, a, do RGC). A partir desse momento, não há cobrança de mensalidade, caso o consumidor deseje rescindir o contrato, exceto se vigente prazo de permanência.

Conforme o artigo 3º da LGT, Lei nº 9.472, de 1997, o usuário de serviços de telecomunicações tem direito à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço. O exercício desse direito pelo consumidor é garantido pela Anatel por meio de distintas ferramentas, como por exemplo, pela portabilidade numérica, pela garantia de desbloqueio da Estação Móvel e pela regulamentação mínima do contrato de permanência.

Nesse sentido, a Resolução ANATEL nº 632, de 2014 em seu art. 57 determina: a) que a permanência mínima só poderia ser exigida quando da concessão de um benefício devidamente aceito pelo consumidor; b) Que o prazo máximo de permanência não poderia ser superior a 12 (doze) meses; c) Que eventual multa deveria ter vinculação com o valor do benefício concedido, além de ser proporcional ao tempo restante para o término do prazo de permanência. A norma ainda vedou a estipulação de multa por descumprimento de obrigação contratual ou legal por parte da prestadora, cabendo a ela o ônus da prova do alegado pelo consumidor.

Como se vê, a Anatel não se furtou em proteger o consumidor de serviços de telecomunicações, equilibrando os deveres das prestadoras e os direitos desses usuários, regulamentando o Contrato de Permanência, para garantir o direito do consumidor insculpido no artigo 3º da LGT combinado com os artigos 127 e 128 da mesma Lei.

Demais aspectos contratuais, por ausência de relação com a prestação de serviços de telecomunicações em si, são endereçados à legislação consumerista, a qual, ressalte-se, a Anatel não se exime de aplicar e fiscalizar seu cumprimento.

Como dito acima, em caso de perda, roubo ou extravio do aparelho, a regulamentação da Anatel garante ao consumidor meios para dar continuidade ao contrato. Nesses casos, basta a solicitação de um novo chip com o mesmo número para ser colocado em um outro aparelho ou a suspensão da prestação do serviço pelo prazo de até 120 dias sem

ônus e sem cobrança de assinatura ou qualquer outro valor durante o período de suspensão até que o usuário adquira um novo aparelho para dar continuidade ao serviço.

Dessa forma, é hialino que não há prejuízo ao consumidor, como também não há que se falar em falta de regulamentação.

3 DOS IMPACTOS NEGATIVOS DA DECISÃO JUDICIAL

3.1 IMPACTOS NO MERCADO DE APARELHO CELULAR E NA MASSIFICAÇÃO DE ACESSOS E DIGITALIZAÇÃO DO CONSUMIDOR

A condenação judicial imposta à Anatel na ACP ora estudada pode impactar diretamente na decisão das empresas em veicular ofertas atreladas ao prazo de permanência mínimo, em troca de um benefício, no caso, o subsídio de aparelhos celulares. Isso porque, as prestadoras definem os preços de seus serviços, considerando seus custos, a competição do setor e a rentabilidade de seu negócio, entre outros aspectos principais. A transferência do risco de furto ou roubo para as empresas levará naturalmente a que as prestadoras de Serviço Móvel Pessoal passem a embutir no preço do serviço ou do aparelho o custo atinente à contratação de um seguro contra os riscos apontados.

Nessa perspectiva, hoje o consumidor pode escolher quando adquire o aparelho, se contrata ou não um seguro contra furto e roubo. Ocorre que, uma vez regulamentado o tema na forma prevista na decisão judicial, o consumidor perde a opção, pois todos que vierem a adquirir aparelho celular, mediante contrato de permanência, acabarão, inevitavelmente, pagando pelos respectivos custos de seguro, sem direito à opção.

O beneficiado direto pela decisão é o setor de empresas que oferecem seguro para celular. Serviço antes que dependia da anuência do consumidor para ser contratado, passará a ser um custo inerente a toda e qualquer venda de aparelho celular fidelizado.

É inegável que o furto de qualquer bem implica prejuízo para o seu dono, portanto, quando o dono do bem quer transferir o risco do furto para um terceiro, ele contrata um seguro. No caso dos veículos vendidos a prazo, por exemplo, seguindo a lógica da decisão judicial que condenou a ANATEL, seria possível exigir que a empresa que vende os veículos assumisse os riscos inerentes ao furto do veículo, para que o consumidor não pagasse prestações de um bem que ele já não tem mais.

Assim, se atualmente a troca de aparelhos ocorre, com certa frequência, pois se tornaram mais acessível ao mercado consumidor, ao

tornar mais cara a venda de aparelhos com contrato de permanência, a troca de aparelhos tende a levar mais tempo, dado o custo envolvido e que terá que ser suportado pelo consumidor em sua integralidade, caso extintas as ofertas com aparelhos subsidiados. Com isso, a oferta e o acesso a novas tecnologias, o usufruto de velocidades mais altas de internet e de novas aplicações ficam comprometidos, afastando ainda mais o consumidor brasileiro da possibilidade de ter experiências digitais como ocorre em países mais desenvolvidos.

Ainda, decorrente da queda no consumo de aparelhos celulares, fabricantes podem deixar de produzir no país ou passar a produzir apenas aparelhos de baixo custo e sem grandes diferenciais, também prejudicando a experiência e a digitalização do consumidor. Com isso, ao se frustrar a experiência do usuário, aumentam-se ações criminosas voltadas ao aparelho celular, como também a entrada no país de aparelhos não homologados e trazidos do exterior.

Como se observa, o comando judicial imposto à ANATEL no caso estudado, traz impactos negativos para o mercado de telecomunicações, uma vez que a digitalização do consumidor e a massificação de acessos podem ficar comprometidas, pela ausência de meios de se adquirir o aparelho necessário para usufruir do serviço.

3.2 DO ESTÍMULO A FRAUDES

Nos casos de furtos ou roubos, por óbvio o consumidor não pode ser considerado culpado pelo crime, mas o fato é que, do ponto de vista civilista patrimonial, o risco inerente é seu, já que dono e responsável pelo bem. Nesse sentido, necessário observar que, por entender que alegações de perda, extravio e furto simples podem dar margem a fraudes e ser de difícil comprovação, seguradoras de aparelhos portáteis, como telefone celular, sequer possibilitam a cobertura nesse tipo de evento.

Em resumo, desequilíbrio haverá entre as partes na medida em que a prestadora for obrigada a deixar de aplicar cláusula penal em virtude de perda, extravio ou furto de aparelhos, dando margem a fraude por consumidores de má-fé (que alegarão a perda do telefone para não terem que arcar com a integralidade da multa) e onerando uma empresa que, assim como inúmeras outras, explora o mercado com fulcro nos princípios constitucionais da atividade econômica (artigo 126 da LGT).

Consequência desse ônus será, portanto, a tendência à diminuição de ofertas com concessão de benefícios vinculados a um prazo de permanência mínimo, o que, hoje, vale repetir, é uma opção conferida ao consumidor, que pode contratar o serviço com ou sem o benefício vinculado a prazo de permanência mínimo.

Conforme mencionado, o consumidor só é penalizado com multa, caso haja um prazo mínimo de permanência a cumprir e encerre a relação contratual. Para evitar o encerramento da relação o consumidor pode: (i) solicitar um novo chip e dar continuidade ao serviço contratado, utilizando outro aparelho; (ii) caso não tenha outro aparelho no momento, solicitar a suspensão temporária do serviço por até 120 (cento e vinte) dias, sem ônus e sem cobrança de assinatura ou qualquer outro valor, até que tenha um novo aparelho para dar continuidade ao contrato.

4 CONCLUSÃO

Como observado ao longo do presente artigo, a condenação imposta à ANATEL na ACP 5019336-25.2016.4.04.7200/SC, viola princípios constitucionais, tais como o da separação de poderes. Além disso, pode causar impactos sem precedentes na concretização de políticas de massificação do acesso à digitalização, bem como em ações adotadas pelo mercado, para promover a oferta de aparelhos mais modernos.

Restou demonstrado, que cabe à agência reguladora, órgão detentor da *expertise* técnica, e não ao Judiciário, avaliar todos os impactos, diretos e indiretos, de qualquer opção regulatória, para garantir que as relações jurídicas no setor de telecomunicações ocorram da forma mais adequada, sem distorções e desequilíbrios.

A criação de normas de serviços telecomunicações pelo Poder Judiciário importa indevida intervenção nas competências conferidas à Anatel pela LGT. Nesse contexto, demonstrou-se que a jurisprudência dos tribunais tem entendimento no sentido de que não cabe ao Judiciário se imiscuir em assuntos técnicos de competência discricionária regulatória das agências.

Ademais, ainda que se admitisse que há um problema a ser tratado na regulamentação da Agência, não foi oportunizada a apresentação, pela Anatel, de alternativas. Tampouco foi verificado o impacto da determinação judicial e se a norma atual já atende ao que se deseja evitar, a penalização do consumidor por casos fortuitos alheios à sua vontade.

Os impactos da decisão judicial, como demonstrado, vão desde interferências em políticas públicas de ampliação de acesso e de digitalização do consumidor, quanto a impactos no mercado de fabricação de aparelho celular, a questões envolvendo fraude. Todos esses impactos podem influenciar ou ser causa da extinção de ofertas de benefícios, em contrapartida a um prazo de permanência mínima, como visto.

O modelo regulamentar atual da ANATEL não implica em ônus desarrazoado ao usuário, que pode se valer do instituto da suspensão do serviço a pedido, sem ônus ou assinatura, por até 120 (cento e vinte)

dias, prazo razoável para que consiga outro dispositivo e dê continuidade ao contrato. Ainda, tal modelo não causa os impactos mencionados e, principalmente, evita tentativa de fraude por consumidores de má-fé.

A regulamentação da Anatel, portanto, já atende às medidas que se deseja implementar, por meio da ação judicial, se não pela forma desejada pelo MPF, mas por forma igualmente eficaz e com menos impacto à sociedade, às políticas públicas e ao setor regulado.

Por tudo demonstrado, verifica-se que é temerária a interferência do Poder Judiciário na esfera de competência legal da Anatel. As consequências de um regulamento criado e imposto pelo judiciário, que não detém o conhecimento técnico sobre telecomunicações, são negativas em diversos aspectos, como demonstrado. Decisões judiciais como a da ACP 5019336-25.2016.4.04.7200/SC devem ser combatidas no âmbito do judiciário, buscando-se sempre a sua reversão, evitando-se assim a propagação do precedente desfavorável para as agências reguladoras, órgãos que conjugam a expertise técnica e a competência legal para editar regulamentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da Quinta Região*, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Leonardo Carvalho, Agravo de Instrumento nº 08041813920174050000, Data do julgamento 10/04/2018.

_____. *3ª Vara Federal de Florianópolis, Seção Judiciária de Santa Catarina*. Juiz Federal Substituto DIÓGENES TARCÍSIO MARCELINO TEIXEIRA. Ação Civil Pública nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC, Data da sentença 06/06/2017

_____. *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, 4ª Turma, Rel. Desembargador Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE, Apelação cível nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC, Data do julgamento 25/07/2018.

_____. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*, 8ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaler, AC 01366840620134025101, Data da Decisão 24/08/2016, Data da Publicação 30/08/2016

_____. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*, 8ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaler, AC 00002935420034025114, Data da Decisão 09/04/2013, Data da Publicação 19/04/2013.

_____. *Regulamento Geral de Direitos do Consumidor-RGC*, aprovado pela Resolução ANATEL nº 632/2014

