



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
MAURA MARIA PARANHOS BUZANELLO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA NACIONAL DE
TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL A PARTIR DAS COMISSÕES
PARLAMENTARES DE INQUÉRITO – CPIs DA TELEFONIA NOS ESTADOS DE
SANTA CATARINA, PARANÁ E RIO GRANDE DO SUL**

Florianópolis
2015

MAURA MARIA PARANHOS BUZANELLO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA NACIONAL DE
TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL A PARTIR DAS COMISSÕES
PARLAMENTARES DE INQUÉRITO – CPIs NOS ESTADOS DE SANTA
CATARINA, PARANÁ E RIO GRANDE DO SUL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof^a. Fatima Kamel Abed Deif Allah Mustafa, Esp.

Florianópolis

2015

MAURA MARIA PARANHOS BUZANELLO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA NACIONAL DE
TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL A PARTIR DAS COMISSÕES
PARLAMENTARES DE INQUÉRITO - CPIS DA TELEFONIA NOS ESTADOS
DE SANTA CATARINA, PARANÁ E RIO GRANDE DO SUL**

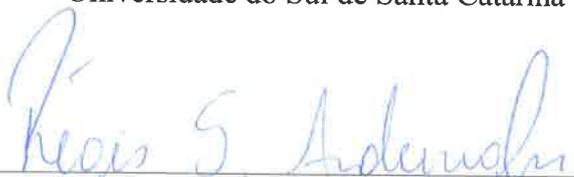
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 02 de julho de 2015.



PP. Prof. e orientador Fátima Kamel Abed Deif Allah Mustafa, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Régis Schneider Ardenghi, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. José Ricardo Tavares, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL A PARTIR DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO – CPIs NOS ESTADOS DE SANTA CATARINA, PARANÁ E RIO GRANDE DO SUL

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso. Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 10 Junho 2015.



MAURA MARIA PARANHOS BUZANELLO

À

Rubens Paranhos (*in memoriam*) e Nilda Silva Paranhos, pais dedicados, pelos ensinamentos e estímulo ao constante crescer através dos estudos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, início, meio e fim, pela vida e por todas as possibilidades dela decorrentes.

A Natália, filha amada, que me abriu as portas para o curso de Direito, pela companhia e auxílio no transcorrer dos semestres.

Aos familiares e amigos, sem nominá-los, porém trazendo-os todos na lembrança, pelo apoio e afeto.

Aos colegas de curso, muitos dos quais desenvolvi sincera amizade e admiração, em especial Daniel Beck, Tiago Marques, Rosileia Rosa, Samara dos Santos, Monyke Flores Soares, Cibele Pedroso, Renata de Souza, Camila Vogel dos Santos.

Ao corpo de funcionários da UNISUL, especialmente às bibliotecárias, destacando Jovina, pelo empenho e dedicação, e na sala de reprografia, o colaborador Raphael de Andrade, insuperável, auxílio sem adjetivos.

Ao quadro de professores, mestres em todos os sentidos e entre eles, um agradecimento muito especial à prof^a. Fatima Kamel Abed Deif Allah Mustafa, por ter gentilmente me acolhido como orientanda, pela receptividade, atenção, conhecimento e profissionalismo com os quais conduziu os encontros que nortearam o presente estudo, incluindo o tempo de espera pelo amadurecimento deste trabalho.

“Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social.” (VENOSA, 2012, p.1).

RESUMO

Esta monografia tem a sua área de interesse no instituto da Responsabilidade Civil, tendo por objetivo a análise da responsabilidade civil da Agência Reguladora ANATEL a partir das Comissões Parlamentares de Inquérito da Telefonia nos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul. A pesquisa foi realizada utilizando-se a metodologia de estudo dedutiva, fundada na literatura formal, com característica exploratória. A partir da quebra do monopólio estatal das telecomunicações, através da Emenda Constitucional n.8/95, o Plano da Reforma Estrutural do Setor de Telecomunicações proporcionou à iniciativa privada, sob regime de competição, a exploração dos serviços de telecomunicações no país. Com a função de regular o segmento, foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações, em 1997. Desde então, grande parte dos serviços de telecomunicações, considerados públicos e essenciais, são prestados por fornecedores particulares. Em que pese as determinações legais protetivas aos direitos do consumidor, o agravamento das deficiências relativas à prestação dos serviços de telefonia tem obrigado os consumidores a constantes reclamações junto aos órgãos de defesa do consumidor e do Poder Judiciário. Estados da Federação a exemplo de Santa Catarina Paraná e Rio Grande do Sul instalaram Comissões Parlamentares de Inquérito visando averiguar a origem dos crescentes problemas setoriais. Através dos resultados externados pelas investigações parlamentares, conheceu-se a fragilidade da fiscalização e do controle da ANATEL sobre o segmento regulado, apurando-se, diante dos prejuízos causados aos consumidores, a certeza de atribuir ao ente público a responsabilização civil cabível.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Telecomunicações. ANATEL. Dever de indenizar.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	AS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL.....	15
2.1	HISTÓRICO DA ESTRUTURAÇÃO DA ATIVIDADE NO PAÍS	15
2.2	ASPECTOS CONCEITUAIS E CLASSIFICATÓRIOS	21
2.3	A ESTRUTURA REGULATÓRIA SETORIAL	22
2.3.1	A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL	22
2.3.2	Legislação básica do segmento	26
2.4	OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES	27
2.4.1	Serviços de telecomunicações de interesse coletivo e de interesse restrito.....	29
2.4.2	A prestação de serviços de telecomunicações no regime público.....	29
2.4.3	A prestação de serviços de telecomunicações no regime privado	30
3	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	32
3.1	NOÇÕES PRELIMINARES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	32
3.2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	33
3.2.1	A teoria da irresponsabilidade do Estado	33
3.2.2	A teoria civilista e suas derivações: as teorias da culpa.....	34
3.2.3	A teoria da responsabilidade objetiva do Estado	37
3.2.3.1	A teoria do risco administrativo	38
3.2.3.2	A teoria do risco integral	39
3.3	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	40
3.4	A PRETENSÃO RESSARCITÓRIA	43
3.4.1	Dano material e dano moral.....	44
3.4.2	A conduta estatal	45
3.4.3	Nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal	47
3.5	CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	47
3.5.1	Força maior.....	48
3.5.2	Caso fortuito	48
3.5.3	Fato exclusivo da vítima	49
3.5.4	Fato de terceiro.....	49
3.6	A RESPONSABILIDADE CIVIL E A PREVISÃO CONSTITUCIONAL – O § 6º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	49

3.6.1 Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos	52
3.6.2 Responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária do Estado em razão da prestação de serviços públicos pelas pessoas jurídicas de Direito Privado	53
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA REGULADORA DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL	55
4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	55
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELEFONIA	59
4.2.1 A relação de consumo e seus elementos.....	60
4.2.2 A teoria do risco do empreendimento	61
4.2.3 Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço no CDC	62
4.2.4 Telecomunicações e direitos do consumidor	64
4.3 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RELATÓRIOS DAS CPIS DA TELEFONIA EM SANTA CATARINA, PARANÁ E NO RIO GRANDE DO SUL À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL	66
4.3.1 CPI da telefonia móvel em Santa Catarina.....	68
4.3.2 CPI da telefonia do Rio Grande do Sul	70
4.3.3 CPI da telefonia móvel do Paraná	73
4.4 O DEVER DE (IR)REPARABILIDADE DA ANATEL POSTERIORMENTE ÀS CPIS DA TELEFONIA EM SANTA CATARINA, PARANÁ E NO RIO GRANDE DO SUL	74
5 CONCLUSÕES.....	81
REFERÊNCIAS	84
ANEXOS	89
ANEXO A – CPI DA TELEFONIA SANTA CATARINA	90
ANEXO B – CPI DA TELEFONIA PARANÁ.....	96
ANEXO C – CPI DA TELEFONIA RIO GRANDE DO SUL	107
ANEXO D – RECURSO ESPECIAL 984.005-PE.....	119
ANEXO E – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO-APELAÇÃO CÍVIL 319130 –PE	136

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos no país, aspectos como a modernização da indústria, o aumento da população, melhorias na renda pessoal e a adoção de políticas governamentais de estímulo à produção e ao crédito, conjugados, favoreceram a ampliação da oferta doméstica de produtos e serviços em larga escala e, conseqüentemente, do consumo massivo.

As dimensões e possibilidades do cenário socioeconômico e consumidor brasileiro contemporâneo se desenvolveram, estabelecendo-se diariamente inúmeras formas de comunicação, sobretudo as realizadas à distância, via processo eletromagnético, as denominadas telecomunicações.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 21, XI, reafirma a União como titular dos serviços de telecomunicações. Porém, com o advento do Programa Nacional de Desestatização, plasmado na Lei 8.031/90, entendeu o Estado brasileiro que a Administração Pública deveria concentrar esforços em áreas onde sua presença fosse fundamental.

Nesse sentido, setores da economia como os de energia elétrica, petróleo, gás e transportes foram submetidos à desestatização e flexibilização de seus serviços.

Cinco anos após, através da Emenda n.8/95 à Constituição Federal vigente, o Congresso Nacional autoriza o rompimento das condições que preservavam ao Estado o monopólio da exploração dos serviços de telecomunicações no país.

A partir desse feito, tem início o Plano da Reforma Estrutural do Setor de Telecomunicações, proporcionando a particulares, sob regime de competição, a exploração dos serviços de telecomunicações.

Com a promulgação da Lei 9.472/97, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT), ocorre, entre outros aspectos institucionais, a regulamentação da organização dos serviços desse setor e é criado um órgão regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

Desde então, grande parte dos serviços de telecomunicações, considerados como públicos e essenciais, dentre eles os de telefonia fixa e móvel, são prestados por fornecedores particulares, sob regras que buscam garantir à sociedade o acesso aos serviços de forma eficiente, com qualidade e continuidade.

Entretanto, posteriormente à adoção de políticas privatistas quanto à prestação de serviços públicos, em que pesem as determinações protetivas ao consumidor expressas na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor, na Política Nacional das Relações de Consumo, e legislação pertinente às Telecomunicações, inúmeros abusos são praticados no

dia a dia pelas concessionárias prestadoras dos vários ramos de serviços privatizados, incluindo-se entre eles os serviços de telefonia.

Órgãos responsáveis pela proteção e defesa dos consumidores (PROCONs), em várias regiões do país, mencionam a modalidade de prestação de serviços de telefonia como a de maior incidência entre as reclamações apresentadas pelos consumidores. O comportamento também se repete no Poder Judiciário, a ponto desse ser alcunhado de *call center* das empresas delegatárias do setor.

Com o agravamento das deficiências relativas à prestação dos serviços de telefonia móvel e consequentes prejuízos aos seus usuários, o Estado se viu obrigado a intervir através da ANATEL, inclusive proibindo temporariamente a venda de novos números de telefonia celular em vários Estados brasileiros.

Mais além, em oito Estados federados foram instaladas Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs, visando investigar a qualidade dos serviços prestados nos locais de sua instalação.

Igualmente o Ministério Público e a própria Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, seccional de Pernambuco, em diferentes locais ajuizaram ações civis públicas, deduzindo pedidos como a melhoria da qualidade dos serviços e investimento em linhas de transmissão.

Diante do exposto e dos incomensuráveis danos causados aos usuários, traduzidos em prejuízos financeiros pelo país, se problematiza: O que se tem evidenciado através das CPIs que analisaram a prestação de serviços de telefonia no país? Compete unicamente às empresas prestadoras dos serviços de telefonia a responsabilidade civil pelos danos advindos aos usuários dos serviços públicos de telefonia? O Estado, através da agência reguladora do setor, a ANATEL, tem demonstrado o controle e ação fiscalizatória que lhe são atribuídos legalmente? Diante do universo de constatações prejudiciais aos usuários dos serviços de telefonia, é possível atribuir responsabilidade civil à ANATEL?

A presente pesquisa objetiva analisar a responsabilidade civil da ANATEL, posteriormente às CPIs da Telefonia nos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.

Através da metodologia de estudo dedutiva, fundada na literatura formal, com característica exploratória, busca conhecer o cenário das telecomunicações brasileiras, expondo no segundo capítulo o histórico da estruturação da atividade no país, aspectos conceituais e classificatórios, a estrutura regulatória contemporânea, os serviços de telecomunicações disponíveis, regimes da prestação de serviços.

Analisa-se, no terceiro capítulo, as possibilidades de atribuição da responsabilidade civil ao Estado, conhecendo a evolução histórica do instituto, a pretensão ressarcitória e as causas excludentes de responsabilização, o tratamento dispensado pelo Estado e sistema jurídico brasileiros, incluindo a Constituição Federal. Ao término, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos e o cabimento das responsabilizações solidária e subsidiária.

O quarto capítulo contempla a análise da responsabilidade civil da ANATEL, a partir do seu entendimento como agência reguladora, examinando-se a responsabilização nas relações de consumo, com foco na prestação de serviços de telefonia. Na sequência, a apresentação dos resultados colhidos das CPIs instaladas nos três Estados do Sul, substrato para o entendimento conclusivo acerca do dever de reparação (ou não) da mencionada agência reguladora.

A pesquisa se encerra no quinto capítulo, diante de algumas conclusões com relação ao tema proposto.

2 AS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

Adentrar na temática telefonia significa necessariamente referir-se às telecomunicações, uma vez que aquela, juntamente com outros meios de transmissão, compõe o conjunto dos diversos dispositivos que possibilitam a comunicação entre a fonte e o destino, à longa distância.

As telecomunicações surgiram em decorrência da necessidade do homem ultrapassar distâncias físicas e agilizar a realização do processo da comunicação interpessoal.

Registradas desde a época do Império Romano, onde sinais de fumaça eram utilizados para o estabelecimento de comunicações à lonjura, as telecomunicações ganharam força com o desenvolvimento de invenções como o telégrafo, o telefone e o rádio, nessa ordem, a partir da segunda metade do século XIX. (ESCOBAR, 2005, p.11-12).

Neste capítulo, cabe inicialmente contextualizar as telecomunicações brasileiras do ponto de vista histórico, a partir do II Império até os dias presentes.

Posteriormente, aspectos conceituais e classificatórios relativos às telecomunicações fornecem os elementos de introdução ao entendimento da estrutura regulatória do setor, que inclui a apresentação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e a legislação básica aplicada.

Como fecho capitular, discorre-se sobre os serviços de telecomunicações no entorno atual.

2.1 HISTÓRICO DA ESTRUTURAÇÃO DA ATIVIDADE NO PAÍS

Estudiosos do Direito das Telecomunicações brasileiras, a seguir expostos, mencionam que em solo pátrio, a estruturação da atividade de telecomunicações teve início ainda na época do Segundo Império.

Em 1852, sob ordens de D. Pedro II, foi inaugurada a 1ª linha telegráfica elétrica. Sua utilização destinava-se exclusivamente ao Estado. (VIANNA, 1976 apud ESCOBAR, 2005, p.12).

Oito anos após, em julho de 1860, com a publicação do Decreto 2.614, foi aprovado o Regulamento Geral dos Telégrafos Elétricos, originando a criação do marco regulatório dos serviços telegráficos e setoriais no país. (MARTINS, 2014).

Na cronologia histórica referenciada pelos autores, ressalta-se o ano de 1877, em que o país se tornou membro da União Telegráfica Internacional. Abrigada por novo

Regulamento, a nação já se apresentava dividida por distritos telegráficos, de norte a sul. (ESCOBAR, 2005, p.13).

Nesse mesmo período teve início o serviço de telefonia no país, conforme informa o Ministério das Comunicações em a “História da Telefonia” e a comunicação, que inicialmente interligava a sede do Palácio do Governo às residências dos Ministros de Estado, não tardou em fazer nascer o interesse por linhas telefônicas no âmbito do comércio, da indústria, dos próprios Ministros com relação às demais repartições públicas. (BRASIL, 2014).

Dois anos após, através do Decreto 7.539/1879, o governo monárquico estabeleceu a primeira concessão privada para a implantação de rede telefônica em solo brasileiro, incluindo a interligação através de cabo submarino, entre as cidades do Rio de Janeiro e Niterói. (ESCOBAR, 2005, p.13).

Essa concessão comercial, revela Martins (2014), somente foi posta em prática três anos após, ou seja, em 1881. O autor salienta que competia ao Governo, exclusivamente, a concessão para quaisquer tipos de comunicação caracterizados por condução elétrica.

No biênio seguinte, segundo registros do Ministério das Comunicações, foram editados os Decretos de nº 8.453-A e nº 8.935. O primeiro estabelecia as bases para a concessão de linhas telefônicas. Já o segundo tratava da regulação das concessões outorgadas. (BRASIL, 2014).

Cronologicamente, a nação acompanhava o desenvolvimento rítmico das telecomunicações mundiais. Entretanto, no que respeita à telefonia, se observava certa insatisfação com a qualidade da implantação dos serviços.(MARTINS, 2014).

A chegada da República em 1889 e da Constituição de 1891, trouxe novas diretrizes políticas para o país. Os Estados-Membros e os Municípios conquistaram autonomia com relação à infraestrutura e exploração dos serviços de telegrafia e de telefonia. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p. 21).

No final daquele século, através de pesquisas, o cientista italiano Marconi obteve uma nova tecnologia de transmissão de som por ondas de rádio.

Nesse ínterim, escreve Martins (2014), o alcance dos serviços de comunicação pode ser ampliado consideravelmente e, em decorrência, foi sancionado o Decreto 3.296, de julho de 1917, visando organizar a radiotelegrafia e a radiotelefonía no país.

Mais adiante, em 1924, teve início a regulamentação dos serviços de telecomunicação prestados através de radiofrequência, visando as operações das estações

rádio-emissoras. A expressão “radiocomunicação” é utilizada pela primeira vez na norma. (MARTINS, 2014).

O panorama nacional pós-republicano se alterou com a chegada da década de 30. O governo presidencialista de Getúlio Vargas, através de decreto, submeteu as telecomunicações ao centralismo setorial, fato mantido mais tarde, pela Constituição de 1937¹, que ratificou a competência própria da União para explorar e conceder serviços de telégrafo, radiocomunicação e navegação aérea. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p. 21).

Daquele período, no que tange à normatização, Martins (2014) chama à atenção para o Decreto 19.883/1931, o qual trouxe pela primeira vez a especificação e a abrangência dos serviços de telefonia.

Mais tarde, em 1946, o texto constitucional inseriu o termo telecomunicações e serviços de telecomunicações, descentralizando e regionalizando a exploração e concessão dos mesmos². A competência foi atribuída à União, aos Estados-Membros e aos Municípios (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p. 21).

No decênio posterior o setor de telecomunicações restou estagnado, comentam os autores. Segundo eles, a tônica dos anos 50 foi a deficiência legislativa e a prevalência da descentralização setorial, que culminou no atraso das telecomunicações e refreou o seu desenvolvimento por mais de dez anos. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p. 22).

Informações expostas em “A Telebrás e a Evolução das Telecomunicações” revelam, no período, o surgimento e a expansão desordenada de empresas operadoras, cerca de mil, caracterizadas por “custos onerosos e sem qualquer compromisso com a qualidade, com grandes dificuldades operacionais e de interligação”, como menciona o artigo. (TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A., 2014).

Com a chegada dos anos 60, importantes medidas governamentais foram adotadas com relação ao segmento, consagrando o período como o da estatização setorial.

¹ Art 15. - Compete privativamente à União:

VII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado. (BRASIL, 1937).

² Art 5. - Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado. (BRASIL, 1946).

Segundo informe do Ministério da Comunicação, à época o Brasil apresentava uma população estimada em 70 milhões de habitantes. O número de telefones disponíveis se acercava a um milhão e a quantidade de operadoras superava a casa de 900 empresas. (BRASIL, 2014).

Nesse cenário, a debilidade normativa que envolvia a telefonia nacional começou a ser combatida. Em 1962 foi editada a Lei 4.117/62, conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT, importante e inovador marco regulatório que definiu uma política em nível nacional e instituiu o Sistema Nacional de Telecomunicações. (TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A., 2014).

Os serviços telegráficos, de telefonia interestadual e de radiocomunicações, regulados pelo CBT, passaram à jurisdição da União. Já a exploração direta dos chamados troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações foi atribuída a uma empresa pública, no caso a recém criada Empresa Brasileira de Telecomunicações – EMBRATEL. (BRASIL, 2014).

Martins (2014) expõe que com o CBT foram instituídos o Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) e o Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT), responsabilizando-se o CONTEL, em suma, pela promoção, orientação e coordenação do desenvolvimento das telecomunicações brasileiras. Ao FNT coube o financiamento das atividades da EMBRATEL.

Ressalta o pesquisador que a partir do golpe de Estado que levou os militares à Presidência da República, em 1964, as telecomunicações passaram a receber vultosos investimentos, em razão do binômio segurança X integração nacional. (MARTINS, 2014).

Três anos após, realizada a Reforma Administrativa do Estado, através do Decreto Lei 200/67, foi criado, entre outros, o Ministério das Comunicações, responsável a partir daí pelas funções de concessão, regulação e fiscalização dos serviços de telecomunicações. (BRASIL, 2014).

Os investimentos no setor prosseguiram nos anos 70. Os serviços de telefonia de discagem direta à distância (DDD) apresentavam um bom desempenho. Entretanto, os serviços urbanos, pela falta de investimentos, deixavam a desejar. (TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A., 2014).

A tentativa de solução surgiu através da Lei 5.792/72, com a criação da empresa Telecomunicações Brasileiras S.A, uma *holding*³ estatal, vinculada ao Ministério das Comunicações. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.23)

A sociedade recém-criada passou a exercer o monopólio sobre as telecomunicações nacionais, levado à prática através da aquisição das operadoras locais e da implantação do Sistema TELEBRAS. (TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A., 2014).

Além de promover a expansão da planta telefônica significativamente, a *holding* instalou um Centro de Pesquisa e de Desenvolvimento em São Paulo. (TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A., 2014).

Os anos 80 chegaram e com eles mudanças políticas, sociais e econômicas eram necessárias ao país. O déficit de crescimento econômico e social verificado serviu para rotular o período como “a década perdida”. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.24).

Em que pese o cenário debilitado, a TELEBRAS consolidou seu modelo de gestão. A utilização de satélites de comunicação possibilitou a integração total dos serviços telegráficos, telefônicos e televisivos no país. (TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A., 2014).

Ao final do período, precisamente em 1988, o país já possuía nova Constituição Federal. Na Carta Maior, as comunicações foram contempladas com inovações, um capítulo específico para a comunicação social. (MARTINS, 2014).

Em seu Art. 21, XI,⁴ a Magna Carta, reafirmava a titularidade da União relativamente aos serviços de telecomunicações. Porém, em um contexto de globalização econômica, de melhorias tecnológicas, de velocidade informativa e mudança de cenários, a capacidade de investimentos estatais no segmento se encontrava muito aquém das necessidades, quer nos serviços, quer nas tecnologias. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p. 24-25).

Nessa ótica, no princípio dos anos 90 foi editada a Lei n. 8.031/90, instituindo o Programa Nacional de Desestatização. Esse instrumento veio proporcionar ao Estado reformular o seu papel no que respeitava às atividades econômicas, permitindo-lhe afastar-se

³ *Holding*: sociedade criada para participar de outra(s) como sócia ou acionista, exercendo controle sobre essa. (PRADO, 2011).

⁴ Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais (BRASIL, 1988).

de segmentos onde sua presença não era considerada vital. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p. 25).

A partir desse momento, teve início a reforma das telecomunicações brasileiras.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.8/95 à Constituição Federal de 1988, foi flexibilizado o monopólio estatal relativo às telecomunicações, permitindo à União conceder a exploração do segmento à iniciativa privada. (MARTINS, 2014) .

Importante salientar, segue Martins (2014), certas normatizações naquele ano, a exemplo da edição da Lei n. 8.977/95, intitulada Lei da TV a Cabo e a Norma 4/95, regulamentando a rede mundial de computadores – Internet, no Brasil.

Na sequência temporal se sucederam a apresentação do Plano da Reforma Estrutural do Setor de Telecomunicações e a aprovação da Lei n. 9.295/96, denominada Lei Mínima. Essa, além de determinar a separação estrutural entre a telefonia fixa e a telefonia móvel no Sistema TELEBRAS, embasou as licitações para a concessão da telefonia celular em território brasileiro. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.26).

Segundo informações do Ministério das Comunicações, a Lei Mínima proporcionou a abertura do mercado não somente para os serviços de telefonia móvel da banda B, como também para serviços via satélite e redes corporativas, entre outros. (BRASIL, 2014).

Em julho de 1997 foi sancionada a Lei n. 9.472/97, a Lei Geral das Telecomunicações – LGT, importantíssimo marco regulatório do segmento que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, cria e rege o funcionamento de um órgão regulador independente e outros aspectos institucionais.(BRASIL, 1997).

A LGT se fundamenta na universalização dos serviços de telecomunicações e na plena competição da exploração dos mesmos. Visando equalizar essas bases, a Lei trouxe ampla proteção do Estado aos usuários e, por outro lado, regulamenta o ambiente dos prestadores de serviços, proporcionando-lhes a competitividade. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.26).

As regras estavam postas. O Sistema TELEBRAS começou a ser reorganizado para a privatização, fato levado a cabo pelo governo federal em julho de 1998. Na totalidade, doze empresas foram privatizadas, sendo três de telefonia fixa local, oito de telefonia móvel e uma para serviços de longa distância. (MARTINS, 2014).

Até aquele momento, o Sistema TELEBRAS havia atingido o número de 18,2 milhões de terminais fixos instalados e 4,6 milhões de celulares, em 22,9 mil localidades do país. (TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A., 2014).

Marques Neto e Coscione (2011, p.27) citam ainda três regulamentações que se seguiram à época, dando continuidade ao novo desenho das telecomunicações no país: os Decretos n. 2.534/98 e n. 2.592/98 e a Resolução n.30/98.

Muito embora já revogado em 2008, o Decreto n. 2.534/98 teve por finalidade a aprovação do Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado em Regime Público – PGO, estabelecendo as diretrizes de exploração do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.27).

Das normatizações mais recentes, Martins (2014) referencia a Medida Provisória 2.228-1/2001, que tratou da reorganização do setor de cinema, cita a Emenda Constitucional n.36/2002 à Constituição Federal de 1988, que possibilitou o rompimento do controle privativo de pessoas físicas nacionais sobre empresas jornalísticas e de radiodifusão e discorre sobre a Lei n. 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, o qual visa disciplinar tanto os direitos dos usuários da rede quanto os direitos e deveres dos ofertantes de serviços (provedores de conexão, de aplicações, transmissão, roteamento e comutação).

Segundo os estudiosos, passados já quase vinte anos da privatização do Sistema TELEBRAS, a expectativa se dá em torno do reexame urgente da base legal de sustentação das políticas públicas e do modelo de prestação de serviços do setor, em decorrência do estreitamento cada vez maior dos limites entre as telecomunicações, a comunicação e o conteúdo multimídia. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.29).

2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS E CLASSIFICATÓRIOS

Mais do que o entendimento cotidiano, a palavra telecomunicação enseja compreensão técnica e legislativa.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1999), consagrado lexicógrafo, traz o significado do vocábulo: “Processo de comunicação à longa distância que utiliza como meio de transmissão linhas telegráficas, telefônicas, satélites ou microondas.”

No entender de Escobar (2005, p.13), um dos precursores sobre o tema no direito brasileiro, “Telecomunicação é a comunicação à distância, realizada por processo eletromagnético, que consiste na utilização das propriedades do campo eletromagnético para geração de sinais de comunicação.”

No âmbito legal, a LGT, no Livro III, tratando sobre a Organização dos Serviços de Telecomunicações, define no Art. 60, §1º:

Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. (BRASIL, 1997).

A Resolução nº 73/98 da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, que regulamenta os serviços de telecomunicações, no bojo do art. 2º contempla a repetência do entendimento da LGT acerca da questão conceitual.

Quanto à parte classificatória, Escobar (2005, p.14) apresenta dois critérios, implícitos no conceito originário da LGT: conteúdo e meio.

Por conteúdo transmitido, emitido ou recebido, a norma cita e o estudioso ratifica os símbolos, os caracteres, sinais, escritos, imagens, sons e informações. Já o meio, explica ele, é o vetor através do qual se operacionaliza a comunicação (ESCOBAR, 2005, p.14)

Segundo o art. 60 da LGT, o meio pode ser por fio, radioeletricidade, meios ópticos, satélites ou outros de cunho eletromagnético. (BRASIL, 2014).

2.3 A ESTRUTURA REGULATÓRIA SETORIAL

A partir das disposições da Constituição de 1988 e da LGT, em 1997, discorre-se, na sequência, sobre a estrutura regulatória setorial das telecomunicações no país.

2.3.1 A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL

Em 16 de julho de 1997 foi sancionada a Lei 9.472/97, conhecida por Lei Geral das Telecomunicações – LGT.

Além de dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações e outros aspectos institucionais, a LGT concebeu e normatizou o funcionamento de um órgão regulador setorial, conforme disposto no seu art. 8º:

Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal Indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais. (BRASIL, 1997).

Esse ato, previsto na Emenda Constitucional de n.8/95, se deu consoante às medidas adotadas pelo Estado brasileiro no que concerne à reformulação de seu papel na economia nacional, deixando de executar certos serviços para assumir o planejamento,

regulamentação e fiscalização das atividades prestadas por operadores privados. (BARROSO, 2003).

Nesse sentido, a ANATEL, foi a primeira agência reguladora a ser instalada no país, concebida para atuação no segmento das telecomunicações brasileiras.

Caracteriza-se como entidade da Administração Pública federal indireta, de regime autárquico especial e está vinculada ao Ministério das Comunicações. Apresenta personalidade jurídica de Direito Público, patrimônio próprio e age imbuída de *jus imperii*, outorgado em sua criação. (ESCOBAR, 2005, p.37).

Por ser uma autarquia de regime especial, está dotada de independência decisória administrativa e autonomia de gestão com relação à aquisição, outorga e administração de recursos humanos, orçamento e finanças. (ESCOBAR, 2005, p.37).

As competências da agência reguladora, expostas no art.19, incisos I a XXXI da LGT, são sintetizadas por Martins (2014), que menciona entre elas:

A implementação da política nacional de telecomunicações elaborada pelo Poder Executivo, a expedição dos regulamentos setoriais, inclusive as normas e padrões para a certificação de equipamentos, a fiscalização da prestação de serviços, a outorga de licenças e celebração dos respectivos instrumentos contratuais e a administração do espectro de radiofrequências e do uso de órbitas.

Além das mencionadas competências, importante se faz citar outras duas: a repressão às infrações dos direitos dos usuários e o exercício regular do controle, prevenção e contenção das infrações da ordem econômica setoriais. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2014).

Escobar (2005, p.38) comenta especialmente a atribuição da ANATEL de expedir normas relativas às matérias que lhe são próprias, uma vez que essa faculdade é motivo gerador de controvérsias doutrinárias.

Entre alguns constitucionalistas brasileiros, reporta Escobar (2005, p.39), há o entendimento de que essa capacidade seria meramente complementar às normas legislativas, haja vista o atendimento ao princípio da reserva legal e da necessidade da produção de normas via processo legislativo em situações onde haja imposição de direitos ou deveres e a criação de situações jurídicas.

Em que pese a discussão extrapolar o âmbito da ANATEL, uma vez que se aplica também às demais agências reguladoras brasileiras, o consenso dita que a sua atuação normativa, em atenção ao princípio da legalidade e à legitimidade, deverá observar os limites estabelecidos na LGT. (ESCOBAR, 2005, p.41).

A autarquia é formada pelos Conselhos, que se desdobram em Conselho Diretor e Conselho Consultivo mais as Superintendências. Apresentam-se também as Assessorias e os Órgãos vinculados, a exemplo da Procuradoria, da Corregedoria e a Ouvidoria. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2014).

O Conselho Diretor, Órgão supremo na hierarquia autárquica, responde pelas atribuições previstas na Lei e no Regulamento da Agência. Composto por cinco brasileiros natos, preferidos e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, cabe-lhes dirigir os Órgãos Administrativos da ANATEL. Seu mandato é de cinco anos, com vencimento seqüencial. As decisões são tomadas por maioria absoluta de votos e tornadas públicas através de resoluções, súmulas, atos e portarias. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2014).

O Conselho Consultivo é integrado por 12 membros, designados por decreto do Presidente da República para exercer mandato não remunerado, por três anos, sem direito à recondução, renovados anualmente na proporção de $\frac{1}{3}$ da totalidade da sua base, composta mediante indicação de dois representantes de cada uma das seguintes entidades/órgãos: Senado Federal, Câmara dos Deputados, Poder Executivo, Entidades de Classe representativas das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, dos usuários e da sociedade. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2014).

Segundo Escobar (2005, p.41), incumbe ao Conselho Consultivo:

[...] opinar previamente sobre o plano geral de outorgas e o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público, e demais políticas governamentais de telecomunicações, aconselhar sobre a instituição ou eliminação da prestação de um serviço no regime público, apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor.

A base legal da ANATEL tem sido fortalecida com a recepção de diversos normativos, entre eles o Decreto n. 2.338, de 07/10/1997, que aprovou o seu Regulamento. Mais recentemente a Resolução n. 612, de 29/04/2013, habilitou o Regimento Interno da Agência. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2014).

Conforme regrado na LGT, no Regulamento e no Regimento Interno da ANATEL, essa deve desenvolver suas ações no âmbito administrativo e da normatização com probidade, decoro e boa-fé, aliados aos princípios constitucionais da Administração Pública.

Nesse sentido, os art. 19⁵, *caput* e art.38⁶ da LGT ratificam o exposto. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.43).

Os atos normativos da agência reguladora sujeitam-se à publicidade, um dever que somente poderá ser descuidado se houver alguma implicação que afete questões de segurança para o país. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p. 43).

Entre os procedimentos administrativos de maior relevância realizados pela autarquia estão a Audiência Pública, a Consulta Pública e o Chamamento Público. Todos os atos são precedidos da devida publicidade, em tempo hábil, conforme determinação legal. (ESCOBAR, 2005, p.42).

Quanto aos normativos, Escobar (2005, p.42) cita as Resoluções expedidas pelo Conselho Diretor, as quais regulamentam o modo como será colocada em prática a política setorial, a prestação de serviços de telecomunicações e o agir da própria ANATEL. Necessariamente são precedidas de consulta pública e sua vigência é imediata à publicação.

Além das Resoluções, outros instrumentos estão à disposição do Conselho Diretor da autarquia, a exemplo da súmula, o aresto, o ato, o despacho, a consulta pública e a portaria. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.44).

Na averiguação de descumprimentos de obrigações por parte das prestadoras de serviços, a ANATEL pode se valer de investigação, de ofício ou demandada por terceiros, institucionalizada através do PADO – Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações. Ao término, publicada a decisão final, caberá interposição de recurso ou pedido de reconsideração. (ESCOBAR, 2005, p.43).

Constatadas infrações à legislação, aos regulamentos e demais normas setoriais, a Agência poderá aplicar sanções administrativas de diversas modalidades, que vão desde a advertência e multa até a suspensão temporária, caducidade, declaração de inidoneidade e cassação, essa última referenciada às prestadoras de serviços de TV a Cabo. (ESCOBAR, 2005, p.45).

Com o intuito esclarecedor, Escobar (2005, p.38) lembra que se excluem da jurisdição da ANATEL a outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens televisivas.

⁵ Art. 19, *caput*. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (BRASIL, 1997).

⁶ Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade. (BRASIL, 1997).

2.3.2 Legislação básica do segmento

Os doutrinadores tem se manifestado de modo similar quando referenciam os principais diplomas legais do setor de telecomunicações.

Escobar (2005, p.14) bem lembra a norma maior, a Constituição Federal de 1988, além da Lei n.4.117, de 27.08.62, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e o Decreto n.52.795, de 31.10.63, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, importantes predecessores da LGT, principal instrumento legal do setor e amparo de todo o sistema normativo vigente.

Para Marques Neto e Coscione (2011, p.22), a referência do atual conjunto normativo se iniciou nos anos 60, com o Código Brasileiro de Telecomunicações. Entretanto, salientam os autores, a linha mestra da normatização setorial está posta na Constituição Federal brasileira.

Nesse sentido, assinalam o Art. 21, incisos XI, e XII, a⁷, onde, após a Emenda Constitucional n.8/95, foi atribuída competência à União para explorar os serviços de telecomunicações, seja de forma direta ou através de autorização, concessão ou permissão. Atentam também para o Art. 22, IV,⁸ que ratifica a competência da União para legislar tanto sobre telecomunicações quanto no que se refere à matéria de radiodifusão. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.33).

Quanto à LGT, Marques Neto e Coscione (2011, p.33) escrevem: “[...] É uma lei-quadro, de derivação constitucional, que estabelece os limites dentro dos quais devem inserir-se as demais normas específicas aplicáveis ao setor.”

Sobre a normatização editada pela ANATEL, cabe mencionar que a Agência iniciou suas atividades de regulamentação de maneira prévia, em 1997, antes mesmo da privatização do Sistema Brasileiro de Telecomunicações, fato ocorrido no período seguinte. Sua primeira Resolução, datada de 17 de dezembro daquele ano, tratou da aprovação do Regimento Interno da recém-criada autarquia especial. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2014).

⁷ Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (BRASIL, 1988).

⁸ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; (BRASIL, 1988).

Atualmente, mais de seis centenas de Resoluções do Órgão compõem o rol editado para normatizar os diversos tipos de serviços de telecomunicações. Igualmente Súmulas e Portarias de Delegação e de Sanções estão disponibilizadas de forma temática no Portal da Agência, com os demais dispositivos que regulamentam o setor. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2014).

Conforme informações da ANATEL, as normas mais acessadas, além da LGT, são as seguintes Resoluções, não necessariamente nessa ordem: a) 272, de 09/08/2001–serviços de comunicação multimídia; b) 426, de 09/12/2005–serviços de telefonia fixa comutado; c) 477, de 07/08/2007–serviço móvel pessoal; d) 506, de 1/07/2008–equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita; e) 574, de 28/10/2011–gestão de qualidade do serviço de comunicação multimídia. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2014).

2.4 OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

A partir da Emenda Constitucional de n.8/1995, no campo das telecomunicações ocorreram importantes mudanças, as quais possibilitaram o rompimento do monopólio estatal na prestação dos serviços, a conseqüente reestruturação do segmento e a exploração das atividades pela iniciativa privada. (BRASIL, 1995).

A flexibilização relativa à concessão da prestação dos serviços de telecomunicações a particulares interessados gerou debates em torno da categorização das atividades enquanto serviço público e sobre as condições de sua execução por aqueles que não o Estado. (DIAS, 2012, p.49).

Atualmente, comenta a autora, é certo que os serviços de telecomunicações integram a categoria dos serviços públicos constitucionais e sua prestação através da iniciativa privada não os exclui desse enquadramento. (DIAS, 2012, p.50).

Corroborando a definição de serviço público colhida de Di Pietro (2012, p. 106): “toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Todavia, tão pouco está a União desobrigada de seus deveres, incluindo os de regulamentação e de controle, necessários à manutenção da eficiência e atualização dos serviços. (ESCOBAR, 2005, p.16).

No *caput* do art. 175 da Constituição Federal, o fundamento para a declaração de Escobar: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (BRASIL, 1988).

A Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, assim os define no art. 2º:

II – **concessão de serviço público**: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

IV – **permissão de serviço público**: a delegação a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. (BRASIL, 1995, grifo nosso).

Normativamente, a LGT em seu art. 60, conceitua: “serviços de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.” (BRASIL, 1997).

Para Marques Neto e Coscione (2011, p.49), os serviços de telecomunicações se qualificam “essencialmente pela oferta, aos usuários, de mecanismos de transmissão, emissão ou recepção, de sinais de qualquer ordem”.

A Resolução n.73/98 da ANATEL, define-os no art. 2º:

Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 1998).

A amplitude conceitual é limitada pela mesma Resolução 73/98, art. 3º:

Não se constituem serviços de telecomunicações:

I - o provimento de capacidade de satélite;

II- a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;

III – os serviços de valor adicionado, nos termos do art.61 da Lei 9.472 de 1997. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 1998).

O inciso III da Resolução 73/98, exclui os serviços de valor adicionado da categoria de serviços de telecomunicações.

No entender doutrinário, serviços de valor adicionado são aqueles complementares, em síntese, aquilo que se adiciona às telecomunicações ofertadas ao(s)

usuário(s), a exemplo dos serviços de secretária eletrônica ou das músicas diferenciadas para toques telefônicos. Essa modalidade de serviços não se sujeita à regulamentação da ANATEL. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.49-50).

A prestação dos serviços de telecomunicações deve observar certos princípios e é lastreada por um corpo de normas garantidoras cujo intuito final é proporcionar a sua utilização à sociedade, como um todo. (ESCOBAR, 2005, p.15)

Dentre os princípios regentes, Escobar (2005, p.15) destaca o direito de acesso e fruição aos serviços de interesse coletivo e a razoabilidade na fixação das tarifas e preços.

2.4.1 Serviços de telecomunicações de interesse coletivo e de interesse restrito

A LGT trata dos serviços de telecomunicações de forma categorizada. Em seu art. 62, o diploma legal menciona o critério da abrangência dos interesses a que se destinam, subdividindo-se em interesse coletivo ou restrito. (BRASIL, 1997).

Os conceitos dessas categorias de serviços estão plasmados nos arts. 17 e 18 da Resolução 73/98, dos quais Escobar (2005, p.17) aduz: “De interesse coletivo são aqueles cuja prestação deve ser proporcionada a qualquer interessado, em condições não discriminatórias”.

Por serem serviços que se estendem a todos, menciona o autor, estão sujeitos a um maior rigor normativo, justamente para que atendam à finalidade de destino. São exemplos de serviços coletivos o rádio, a televisão, a TV por assinatura. (ESCOBAR, 2005, p.17).

Quanto aos serviços restritos, com base na Resolução 73/98, o estudioso define-os como aqueles endereçados com exclusividade ao próprio executante dos serviços ou a grupos específicos de usuários, cuja escolha se dá de forma conjugada entre o prestador dos serviços e a regulamentação vigente. (ESCOBAR, 2005, p.17).

2.4.2 A prestação de serviços de telecomunicações no regime público

Uma segunda categorização atribuída pela LGT aos serviços de telecomunicações leva em consideração a ordem jurídica de sua prestação, conforme se depreende do art. 63:

Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. (BRASIL, 1997).

Segundo a norma, a prestação dos serviços pode ocorrer sob o enfoque do regime público ou do privado.

Martins (2014) esclarece que na modalidade do regime público, o prestador executa os serviços mediante outorga (concessão), sob o compromisso de observar as condições de universalização e continuidade, de modo a proporcionar acesso pleno e irrestrito à sociedade como um todo.

Os serviços prestados sob esse regime estão sujeitos a um plano de metas estipulado pelo Estado, visando justamente a paulatina universalização dos serviços; os custos relativos à sua prestação correm por conta do prestador e, ao término da outorga, a União tem garantida a reversibilidade dos bens ligados à concessão, inexistindo a obrigação de indenizar. (MARTINS, 2014).

Restritivamente, segundo a LGT, os serviços prestados sob o regime público guardam características da essencialidade dos serviços públicos, vez que são de interesse coletivo e portanto assegurados pela própria União, que deverá provê-los na falta de interessados na execução. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.53).

Os prestadores de serviços de telecomunicações no regime público estão sujeitos ao controle da ANATEL, inclusive no que respeita às questões tarifárias e de reajustamento de preços. (MARTINS, 2014).

Conforme o parágrafo único do art. 64 da LGT,⁹ serão prestados sob o regime público as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado – STFC. (BRASIL, 2014).

2.4.3 A prestação de serviços de telecomunicações no regime privado

A prestação de serviços no regime privado está prevista nos arts. 126 a 130 da LGT. É regida pelos princípios gerais da atividade econômica, expostos na Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 2014).

⁹ Art. 64. Comportar-se prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral. (BRASIL, 1997).

A outorga da prestação de serviços no regime privado dá-se mediante autorização e a execução fundamenta-se na liberdade de agir dos prestadores, como regra, vez que a própria LGT prevê como exceção qualquer tipo de ação diferenciada por parte do Poder Público. O mesmo critério aplica-se à precificação dos serviços. (MARTINS, 2014).

Segundo Marques Neto e Coscione (2011, p.53), salvo as atividades econômicas mencionadas pelo art. 173 da Constituição Federal de 1988¹⁰ como de atribuição específica do Estado, todas as demais espécies de serviços de telecomunicações são passíveis, no sentido estrito, da prestação por particulares.

O *caput* do art. 69 da LGT¹¹ deixa a critério da ANATEL a definição das demais categorias da prestação de serviços de telecomunicações, em decorrência de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão e tecnologia empregada, entre outras. (BRASIL, 1997).

Por forma de telecomunicação, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, se entende o modo específico de transmitir informação. Destacam-se entre elas a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens. (BRASIL, 1997).

Atualmente, sob as técnicas de codificação analógica e a digital, os principais serviços de telecomunicações utilizados são a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens, podendo ser agrupados em serviços de telefonia fixa e comunicação móvel, comunicação multimídia, rádio difusão, TV por assinatura, radiofrequência e demais serviços. (ESCOBAR, 2005, p.18-20).

Justifica-se, portanto, o estudo seguinte da responsabilidade civil estatal.

¹⁰ Art. 173, *caput*: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (BRASIL, 1988).

¹¹ Art. 69. As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos.(BRASIL, 1997).

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A temática da responsabilidade civil do Estado é tida entre os doutrinadores como geradora de acalorados debates, haja vista muitos estudiosos discordarem da sua real pertinência, se do âmbito do direito civil ou do administrativo.

Todavia, na atualidade se encontra disciplinada pelo direito civil, além do direito público, nos âmbitos constitucional, administrativo e internacional público.

Haja vista a sua relevância, apresentar-se-á o conceito da responsabilidade civil do Estado nesta abertura capitular, ressaltando tratar-se aqui da espécie extracontratual.

O assunto será desenvolvido inicialmente através de noções preliminares e históricas da responsabilidade civil do Estado, a partir das teorias fundantes à concepção atual. Sequencialmente, analisar-se-ão os pressupostos necessários para a responsabilização dos entes públicos e o tratamento dado à responsabilização civil pelo Estado e sistema jurídico brasileiros, segundo a Constituição Federal.

Aspectos relativos à responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, solidariedade e subsidiariedade estatal perfazem o fecho da matéria.

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Referindo-se de forma genérica ao instituto da responsabilidade civil, Maria Helena Diniz (2009, p.33) escreve acerca dos significativos obstáculos impostos ao estabelecimento de um conceito, uma vez presente a diversidade de opiniões entre os doutrinadores. A autora previamente relaciona o vocábulo responsabilidade à sua origem latina *respondere*.

Tratando-se do ente estatal, percebe-se de igual modo dificuldades, pois como bem ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p.855), a responsabilidade do Estado, pelas particularidades trazidas por sua posição jurídica, é mais ampla do que àquela auferida às pessoas privadas.

O estudioso da área administrativa assim expressa o conceito de responsabilidade civil do Estado:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos

unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (MELLO, 2002, p.852).

Uma segunda consulta traz a avaliação do catedrático Cahali (2007, p.13), que declara: “entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.”

Da exposição doutrinária, verifica-se a associação mais do que terminológica entre obrigação e responsabilidade, além da presença necessária de três conformadores da responsabilidade civil do Estado: o dano lesivo, a ação ou omissão antijurídica atribuída ao ente público e o nexo de causalidade, ligação entre os dois primeiros elementos.

Visando melhor compreensão conceitual, torna-se apropriado previamente dar a conhecer os fundamentos históricos da teoria da responsabilidade civil estatal.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Mencionam os doutrinadores que o instituto da responsabilidade civil do Estado se desenvolveu ao longo do tempo, em diversas etapas, até atingir a concepção de maior acolhimento na atualidade: a responsabilização objetiva. (GONÇALVES, 2008, p.180).

Nesse sentido, dá-se a conhecer as características de cada fase.

3.2.1 A teoria da irresponsabilidade do Estado

Referindo-se ao caráter histórico do tema, Cahali (2007, p.20) apresenta como entendimento primeiro a máxima ausência de responsabilização estatal, expressada pela teoria da irresponsabilidade absoluta da administração pública¹², vigente à época dos Estados despóticos e absolutistas.

Tal ideário, segundo o autor, se assentava na tríade de proposições representativas do Estado naquele período: a soberania ímpar, o direito organizado e a irrealizabilidade de atos contrários à lei, criada por ele próprio. Na ocorrência de descumprimento normativo envolvendo o agir do ente estatal, esse seria integralmente atribuído à pessoa do agente, seu funcionário, não reconhecido como ato do Estado. (CAHALI, 2007, p.20-21).

¹² Haja vista consulta doutrinária diversa, que assim faz referência, no presente trabalho utilizar-se-á indistintamente a expressão responsabilidade da Administração Pública e/ou responsabilidade do Estado. Todavia, bem alerta Di Pietro para o equívoco. É o Estado e as pessoas jurídicas de direito público ou privado que o representam que detêm capacidade. A Administração Pública é desprovida de personalidade jurídica, não possui direitos e obrigações no âmbito civil. (DI PIETRO, 2012, p.697).

Em síntese, não se responsabilizava aquele organismo político, nem mesmo respondia pelos danos causados à vassalagem, uma vez que o poder incondicional dos soberanos era compreendido como derivação divina e indiscutível. (BÜHRING, 2004, p. 87).

Na lição de Cahali:

Resguardava-se, assim, o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: o Estado é o órgão gerador do direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o direito, jamais praticaria injustiças. (CAHALI, 2007, p.21).

Com o avançar do tempo, a teoria da irresponsabilidade da administração pública passou a ser rechaçada, em decorrência principalmente de dois motivos: o surgimento de novo entender acerca da responsabilidade do Estado, caracterizando-o como organismo dotado de personalidade, portador de direitos e obrigações (como os demais entes) e a compreensão de que o ideário primitivo fomentava gritantes injustiças, refletindo a própria negação do direito. (CAHALI, 2007, p.21-22).

3.2.2 A teoria civilista e suas derivações: as teorias da culpa

O distanciamento tomado pelos doutrinadores e tribunais com relação à formulação inicial fomentou o desenvolvimento de uma nova fase evolutiva, exteriorizada a partir do final do século XVIII. (BÜHRING, 2004, p.92).

Deu-se a conhecer a denominada concepção civilista e o conjunto de suas ramificações, igualmente intituladas teorias subjetivistas ou da responsabilidade pela culpa. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p.187).

Em consonância, Diniz (2009, p.642) menciona que o advento dessa concepção representou a busca pela responsabilização estatal via culpa do funcionário. Nesse entender, concordam os demais estudiosos:

Foi assim que se passou, numa segunda fase, para uma concepção da responsabilidade estatal, fundada na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade de fato de terceiro (patrão, preponente, mandante, representante). (CAVALIERI FILHO, 2012, p.254).

Incluem-se nesse ideário as seguintes correntes teóricas (a) dos atos de Império e de gestão; (b) da culpa civil ou civilística; (c) do acidente administrativo, também nomeada

teoria da culpa do serviço público, teoria da culpa administrativa ou ainda da culpa anônima.¹³ (BÜHRING, 2004, p.92)

Relativamente à corrente dos atos de império e dos atos de gestão, os fundamentos adotados remetiam aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro e buscavam distinguir os atos praticados pelo Estado, classificando-os em essenciais ou necessários (atos *jure imperii*), facultativos ou contingenciais, esses também denominados de atos *jure gestionis*. (CAHALI, 2007, p.22).

Os atos *jure imperii* seriam exercidos com base na ordem suprema estatal, tendo em vista garantir as disposições constitucionais e jurídicas. Assim sendo, não ensejariam reparações, mesmo gerando dano(s). (CAHALI, 2007, p.22).

Quanto às ações facultativas, levadas a cabo pelo ente público em prol do atendimento das necessidades sociais, enfatiza o catedrático:

Todavia, na prática de atos *jure gestionis*, o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme tivesse havido ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano. (CAHALI, 2007, p.23).

Pelo exposto, denota-se que os atos de gestão, praticados por intermédio dos prepostos do Estado, em condições de igualdade com os particulares e com comprovada culpa, poderiam desfechar na responsabilização estatal.

Entretanto, a possibilidade de atribuir-se responsabilidade ao organismo político a partir da distinção dos atos por ele executados começou a ser questionada, ocasionando descrédito e abandono teórico, como escreve Bühring (2004, p.96): “todavia, essa diferenciação não obteve êxito, vez que era insatisfatória, pois ambos os atos demonstravam a atuação estatal [...]”

Nesse pensar, Diniz (2009, p. 642-643) salienta que ao negar-se a reparar prejuízos oriundos de atos qualificados como de império, o Estado se desvincula de sua função precípua protetora do direito, uma vez que a necessidade de recomposição do equilíbrio do patrimônio lesado independe da classificação do ato praticado pelo ente público. O insucesso doutrinário que se abateu sobre esse postulado civilista foi consequência, escreve a jurista.

¹³ Ressalta-se que as derivações teóricas, no expor dos estudiosos, apresentam diferenças mínimas entre si e, não raro, são tratadas como sinônimos.

Seguiu-se então a teoria da culpa civil ou civilística, fundada na ideia originada nos princípios do direito civil, influenciando inclusive o art. 15º do Código Civil Brasileiro de 1916, exposto no subitem 3.3 deste estudo. (BÜHRING, 2004, p.96).

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.187) mencionam que a ideia central da culpa civilística “estava calcada na ideia de seus agentes (servidores) ostentarem a condição de prepostos”. Constatada a culpa *in vigilando*¹⁴ ou *in eligendo*¹⁵ por parte do ente público, estaria esse impelido a restaurar os danos gerados.

Sem embargo, competia ao prejudicado comprovar, além do dano sofrido, a culpa ou dolo do preposto estatal, condições indispensáveis e prévias, sem as quais não se completava a obrigação de indenizar pelo ente público. (BÜHRING, 2004, p.97).

Percebe-se, pelo exposto, a aplicação de critérios desfavoráveis ao administrado, em decorrência principalmente da desigualdade econômica e de poder.

Nesse sentido, Cahali (2007, p.23-24), qualifica a corrente da culpa civilística como incerta e incapaz de explicar o dano gerado através de falha administrativa, da culpa anônima da Administração.

Diante da inexitosa variante teórica, adveio nova tentativa de lançar bases para a responsabilidade civil estatal, desta feita demonstrada pela vertente teórica do acidente administrativo.

Bühring (2004, p.99) chama a atenção para outras designações utilizadas pelos doutrinadores: teoria da falta pessoal do serviço público, da culpa administrativa ou teoria da culpa anônima, sinalizando também a visão controversa sobre sua natureza: ora subjetiva, ora objetiva.

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.188) assim escrevem sobre a teoria do acidente administrativo: “uma segunda teoria, [...] apresenta-se como uma fase intermediária no processo de transição entre a responsabilidade civil com culpa e a objetivação da responsabilidade”.

Para eles, o subjetivismo estaria fundado na ação e na omissão dos agentes estatais, ou seja, na culpa *in comittendo*¹⁶ e na culpa *in omittendo*¹⁷, respectivamente.

¹⁴ É a espécie de culpa decorrente “da falta de vigilância, de fiscalização, em face da conduta de terceiro por quem nos responsabilizamos”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p.130).

¹⁵ Diz-se da culpa registrada em função da má escolha. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p.131).

¹⁶ Também chamada de culpa *in faciendo*, ou seja, “quando o agente realiza um ato positivo, violando um dever jurídico”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p.132).

¹⁷ Denominada igualmente culpa *in negligendo* ou *in non faciendo*, “decorre de abstenção indevida, caracterizando negligência”. (VENOSA, 2012, p.31).

Conforme exposição de Diniz (2009, p.643), a linha teórica se caracterizava por conceber o organismo público e seus agentes como um ente único, o Estado. Esse seria responsabilizado em caso de falha do seu servidor, no desempenho de suas funções, com base na concreta falta do serviço e independentemente de culpa.

Segundo a autora, “haveria uma responsabilidade subjetiva, fundada na culpa administrativa, caracterizada pela falta do serviço público [...]” e declara:

Não cabe indagar se houve culpa do funcionário, mas apurar se houve falha no serviço. Se o prejuízo adveio de um fato material, do funcionamento passivo do serviço público, embora sem culpa pessoal, de um mero acidente administrativo ou de uma irregularidade de apuração objetiva, é o bastante para que tenha lugar à indenização. (DINIZ, 2009, p.643).

Entretanto, os enunciados da teoria do acidente administrativo foram considerados insuficientes pelos doutrinadores, sendo transpostos por novos fundamentos, no âmbito do direito público. (DINIZ, 2009, p.643).

A partir de então, iniciou-se a gênese do conjunto teórico que na atualidade compreende as teorias do risco, também intituladas publicistas. (BÜHRING, 2004, p.109).

3.2.3 A teoria da responsabilidade objetiva do Estado

Eis que se inicia então a terceira fase da evolução do instituto jurídico, anunciando-se a responsabilidade objetiva¹⁸ do Estado, cuja sustentação se estabeleceu através das chamadas teorias do risco, fundadas nas regras do direito público, mais especificamente nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, desconsiderando quaisquer faltas ou culpa do serviço. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.256-257).

Na mesma linha de pensar, apresenta Diniz:

Com isso a responsabilidade civil sai da teoria civilista, encontrando seu fundamento na seara do direito público, com base no princípio da igualdade de todos perante a lei, pois entre todos devem ser os ônus ou encargos equitativamente distribuídos. Não é justo que, para benefício da coletividade, somente um sofra os encargos. Estes deverão ser suportados por todos indistintamente, contribuindo cada um por meio do Estado para a indenização de dano sofrido por um. (DINIZ, 2009, p.643).

¹⁸ Explicada pela doutrina a partir da superação do conceito clássico de responsabilidade, fundado exclusivamente na culpa. Se dispensa a culpa para o dever de indenizar. (VENOSA, 2012, p.14).

Nesse contexto, o Estado é chamado a responder em decorrência do dano causado ao seu administrado, desde que haja relação de causalidade entre a atividade estatal e o dano sofrido por aquele. Nada se questiona no que tange à culpa do servidor que ocasionou o prejuízo ou mesmo sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.256).

Noções de risco e garantia se sobrepuseram ao ideário tradicional da culpa, como bem percebido.

Esclarecendo, Soares (2011, p.143), conceitua risco: “[...] aquele ato ou atividade que aumenta consideravelmente a probabilidade de dano, vez que tal possibilidade – de ocorrência de dano, por si só, é inerente à vida social [...].”

Conforme Bühring (2004, p.109), as teorias do risco, de natureza objetiva, apresentam duas vertentes essenciais, quando envolvida a figura do Estado: (a) do risco administrativo e (b) do risco integral.

Discorre-se sobre ambas na sequência.

3.2.3.1 A teoria do risco administrativo

A teoria do risco administrativo é descrita como a vertente teórica “que leva em conta o risco que a atividade do Estado pode gerar e a possibilidade de causar danos aos administrados”. (PISETTA, 2013, p.40).

Sob esse enfoque teórico, o Estado, em função de sua atividade administrativa, é chamado a responder por todo o dano que causar a um particular, desvinculando-se a existência de culpa do agente que ensejou o prejuízo. Ante a constatação do nexo de causalidade entre a ação administrativa e o dano ao administrado, surge a obrigação de indenizar pelo organismo público. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.257).

Nas palavras do doutrinador:

Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.257).

Consonantes, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.193) qualificam o eixo central teórico: “[...] a publicização da responsabilidade e coletivização dos prejuízos, fazendo surgir a

obrigação de indenizar o dano em razão da simples ocorrência do ato lesivo, sem se perquirir a falta do serviço ou da culpa do agente.”

Sem embargo, Cavalieri Filho (2012, p.257) recorda que existem ocasiões em que o Estado pode liberar-se do ressarcimento do dano, a exemplo dos casos excludentes do nexo causal, quais sejam: o fato exclusivo da vítima, o caso fortuito, a força maior e o fato exclusivo de terceiro.

Significa dizer que a Administração, frente a qualquer dessas constatações, desobriga-se de indenizar o prejuízo do particular, pois não poderá ser responsabilizada quando a lesão não for originária da atividade administrativa, direta ou indiretamente. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.257).

3.2.3.2 A teoria do risco integral

Quanto à teoria do risco integral, qualificada pelos doutrinadores como radical, brutal ou extremada, essa se apegua à obrigatoriedade do Estado em indenizar, sem distinção, todo prejuízo sofrido pelos particulares, inclusive se os mesmos concorreram para o surgimento do dano. (CAHALI, 2007, p.38)

Para Cavalieri Filho (2012, p.258), se posto em prática esse ideário, o Estado seria impelido a ressarcir a totalidade dos danos suportados pelos administrados, abrangendo também os não relacionados à atividade administrativa, causando abuso e iniquidade.

De fato, existe alerta para o extremismo de ser reconhecida a responsabilização estatal ante a mera presença dos elementos configurantes, sem a análise de quaisquer possibilidades excludentes. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p.193)

Nesse entender, Bühring (2004, p.110) se manifesta: “o direito brasileiro não admite essa teoria, por ser injusta ao extremo. Pela severidade, foi aos poucos abolida, dando lugar à teoria do risco administrativo.”

Em síntese, restou evidenciada a construção histórica do instituto jurídico da responsabilidade civil do Estado, da origem à concepção teórica atual.

À continuidade, tratar-se-á da responsabilidade civil estatal frente o Estado e o sistema jurídico brasileiro.

3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Mencionam diversos estudiosos, a exemplo de Cavalieri Filho (2012, p. 258) que, diferentemente do ocorrido em outros países, a nação brasileira desconheceu o estágio da irresponsabilidade do Estado, pois os preceitos da responsabilidade civil daquele ente sempre se fizeram presentes no direito pátrio.

Tal afirmação encontra respaldo já na Constituição Imperial de 1824 e na Republicana de 1889, onde dispositivos similares responsabilizavam os funcionários estatais por atos decorrentes de abuso e/ou omissão ligados ao desempenho de suas atribuições. Naquele momento, dominava a ideia da solidariedade do Estado, sendo, porém, imprescindível a comprovação da culpa do agente público. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.258).

Com chegada do Código Civil de 1916, a responsabilidade dos organismos públicos se tornou evidente, conforme verificado no art.15 daquele instrumento legal:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. (BRASIL, 1916).

Apesar da polêmica gerada à época, em razão de que países outros já admitiam a teoria objetiva como base para a responsabilidade do Estado, Cahali (2007, p.31) externa as características civilísticas do artigo, pois era admitida a responsabilização se observado o dolo ou a culpa do agente.

A partir daí, escreve o doutrinador, as referências à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público registradas nas Cartas Políticas de 1934, 1946 se mantiveram fiéis à essa linha mestra, porém gradativamente mais acentuadas. (CAHALI, 2007, p.31).

Em 1946, a Magna Carta avançou ao encontro da responsabilização objetiva do Estado brasileiro, abandonando a referência que a condicionava à culpa do funcionário estatal. Passaram a vigorar as bases da teoria do risco administrativo, as quais se mantiveram inclusive nas Constituições outorgadas do período militar, nos anos 1967 e 1969. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.260).

A Constituição brasileira de 1988, conhecida como Carta Cidadã, vigente em nossos dias, ampliou ainda mais a dimensão da responsabilidade civil no texto constitucional, tratando-a no § 6º do art. 37, assim redigido:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

Do dispositivo exposto, percebe-se a admissão da teoria objetiva como alicerce da responsabilidade estatal. [...] “A expressão *seus agentes, nessa qualidade*, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.260-261).

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.185, 195) se inclinam pelo mesmo entendimento: “De fato, [...] a responsabilidade civil prevista na Constituição Federal de 1988 é essencialmente objetiva, prescindindo da ideia de culpa, como pressuposto para a obrigação de indenizar.”

Salientam ainda que o Código Civil vigente, em seu art.43 segue idêntica linha diretiva manifestada na Constituição, conforme se lê:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002).

Sobre a comunicação entre o artigo constitucional e o código civil, Diniz (2009, p.644) menciona que a responsabilidade objetiva do Estado, adotada pelo direito brasileiro, é válida para os atos comissivos do funcionário, ou seja, os feitos decorridos de ação que não deveria ter sido praticada.

À parte disso, Diniz (2009, p.645) faz leitura de uma segunda atribuição de responsabilidade extraída do §6º do artigo 37, subjetiva, relacionada ao agente causador do dano e que tem por fundamento a culpa ou dolo do funcionário. O intuito é o exercício do direito de regresso pelo ente público. Essa posição tem anuência de outros doutrinadores, como Bühring:

É dizer que estabeleceu, assim, duas relações de responsabilidade: uma, do poder público e de seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de caráter objetivo, baseada no nexo causal; e a outra, do agente causador do

dano, perante o Estado, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou culpa, para fins de ação regressiva apenas. (BÜHRING, 2004, p.128).

A exposição de Di Pietro (2012, p.704-705) igualmente pondera pela fixação das duas regras estabelecidas pelo dispositivo constitucional: a responsabilização objetiva do Estado e a subjetiva do agente público, que nessa qualidade e no exercício de suas funções incorrer em ato lesivo.

Para Cahali (2007, p.32), existe concordância doutrinária e jurisprudencial quanto à adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado pelo direito pátrio. Porém, segundo ele, “[...] manifesta-se, contudo, profunda discórdia quanto à extensão do conceito de responsabilidade objetiva, exatamente em função da teoria que lhe deve servir de fundamento.”

Sobre as controvérsias, o estudioso afirma:

Na realidade, qualquer que seja o fundamento invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo, risco integral, risco-proveito), coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular. (CAHALI, 2007, p.44).

E assenta pela obrigação de indenizar, desde que demonstrado o nexo de causalidade, como condição *sine qua non*.

Vieira (2004, p. xiii), concorde, leciona que o instituto em comento “já vem há algumas décadas refletindo, sobretudo quando da análise das decisões proferidas nos Tribunais brasileiros, os fenômenos da sua objetivação, da massificação social e da coletivização de direitos”

Da exposição realizada, se conclui pela admissão doutrinária da responsabilidade objetiva da Administração Pública, com base na teoria do risco administrativo, introduzida no sistema jurídico brasileiro mais claramente através da Constituição brasileira de 1988 e legislação posterior, como o Código Civil de 2002.

Nesse sentido, conferindo o reconhecimento jurisprudencial, segue manifestação da Ministra do Superior Tribunal Federal – STF, Cármen Lúcia, em voto proferido:

EMENTA: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR DANOS CAUSADOS À CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO (VARIG S/A). RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DECORRENTE DOS EFEITOS DOS PLANOS “FUNARO” E “CRUZADO”. DEVER DE INDENIZAR.

RESPONSABILIDADE POR ATOS LÍCITOS QUANDO DELES DECORREREM PREJUÍZOS PARA OS PARTICULARES EM CONDIÇÕES DE DESIGUALDADE COM OS DEMAIS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DO DIREITO ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO. [...] **9. Indenização que se impõe: teoria da responsabilidade objetiva do Estado com base no risco administrativo.** Dano e nexos de causalidade comprovados, nos termos do acórdão recorrido. [...] 10. O Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais [...]. (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Caracterizada a responsabilidade civil do Estado e sistema jurídico brasileiro, compete analisar, à continuação, a pretensão à indenização deduzida contra a Administração Pública.

3.4 A PRETENSÃO RESSARCITÓRIA

Pelo exposto anteriormente, resta claro que a adoção da teoria da responsabilização objetiva do Estado com base no risco administrativo atribui à Administração Pública brasileira a obrigação de indenizar eventuais prejuízos, independentemente do quesito culpa e desde que o dano alegado advinha direta ou indiretamente de suas atividades administrativas.

Sem embargo, “não significa, portanto, que a Administração Pública deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.257).

Como bem referencia Soares (2011, p.132-133), para que se responsabilize o ente público é necessário examinar outros pressupostos e condições absolutamente necessárias, a exemplo do próprio elemento dano, que deve preencher requisitos específicos, afirma o estudioso.

No opinar de Justen Filho (2006, p.808), três são os elementos que caracterizam a configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado, alvo do presente estudo: “(a) o dano material ou moral sofrido por alguém, (b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, (c) um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal.”¹⁹

É o que se passa a examinar.

¹⁹ Para fins do presente estudo, tratar-se-ão os três pressupostos da responsabilidade civil do Estado utilizando-se a nomenclatura dano material e moral, conduta estatal e nexo de causalidade.

3.4.1 Dano material e dano moral

Declara Cahali (2007, p.67) que também na esfera da responsabilização do ente público a figura do dano se constitui alicerce, vez que inexistindo lesão a terceiro(s) não há que se falar em responsabilidade.

Justen Filho (2006, p.809) compartilha dessa afirmação quando evoca a relação de dependência direta estabelecida entre a responsabilidade civil do Estado e a ocorrência de um dano, material e/ou moral, a ele atribuído.

Conceitua o autor:

O dano material consiste na redução da esfera patrimonial de um sujeito, propiciando a supressão ou a diminuição do valor econômico de bens ou direitos que integravam ou poderiam vir a integrar sua titularidade. **O dano moral** é a lesão imaterial e psicológica, restritiva dos processos psicológicos de respeito, de dignidade e de autonomia. (JUSTEN FILHO, 2006, p.809, grifo nosso).

De modo sucinto, Venosa (2012, p.37) aduz: “Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente” e complementa acerca do dano moral: “[...] afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade.” (VENOSA, 2012, p. 46).

O prejuízo apontado por Venosa, na concepção de Bühring (2004, p.134), pode ser considerado existente a partir da modificação “[...] de uma situação mais favorável na qual se encontrava a vítima, não se refere o direito ao bem perdido ou afetado, mas unicamente à situação da pessoa que sofre o dano”.

Entretanto, para que se constitua a obrigação estatal de indenizar, é indispensável, em qualquer caso, que o prejuízo sofrido pelo administrado possua determinadas peculiaridades. Primeiro, que a lesão atinja um direito, ou seja, um bem juridicamente protegido pela normatização. Em segundo lugar, faz-se necessária a condição da certeza da ocorrência, ao tempo presente ou futuro. (MELLO, 2003, p.879).

Lembra ainda o doutrinador, que essa suficiência se refere apenas a lesões originadas por comportamentos ilícitos²⁰ do Estado. Para os comportamentos estatais lícitos, deverão estar presentes as características da especialidade²¹ e da anormalidade,²² além das já inicialmente mencionadas. (MELLO, 2003, p.881).

²⁰ Traduz-se o ato ilícito por “um comportamento voluntário que transgride um dever.” (VENOSA, 2012, p.24).

²¹ Dano especial: diz-se daquele que atinge um ou alguns indivíduos, não generalizado. (MELLO, 2003, p.881-882).

Quanto ao dano passível de indenização pelo Estado, Cahali (2007, p.68) comenta: “No plano da responsabilidade objetiva do direito brasileiro, o dano ressarcível tanto resulta de um ato doloso ou culposo do agente público como, também, de ato que, embora não culposo ou revelador de falha da máquina administrativa do serviço, tenha-se caracterizado como injusto para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo”.

Feitas as considerações pertinentes ao elemento dano, passa-se a analisar a conduta estatal, através das ações ou omissões antijurídicas imputáveis ao Estado.

3.4.2 A conduta estatal

Outro pressuposto trazido pela doutrina como instituidor de responsabilização do ente público é a conduta estatal, necessariamente comissiva²³ ou omissiva²⁴, causando prejuízo a um (ou mais) administrado(s). (JUSTEN FILHO, 2006, p.809).

Salienta Diniz (2009, p.639), que o Estado sendo uma pessoa jurídica, se expressa por intermédio de pessoas físicas, imbuídas da condição de seus agentes, agentes públicos²⁵. Os atos desses, nessa circunstância, são imputados diretamente ao ente estatal, caracterizando uma relação dita orgânica, explica a jurista, a ponto de se afirmar que “o que o agente público quiser ou fizer entende-se que o Estado quis ou fez.”

Cavaliere Filho (2012, p.261) ressalta: “sempre que a condição do agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, [...] lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória”.

Entretanto, para Cahali, (2007, p.44), não cabem considerações a respeito do ser ou não lícito o agir administrativo. Uma vez que o administrado sofreu dano originado pela conduta estatal, independentemente de regularidade, resta o dever de indenizar.

Nesse pensar, também Di Pietro (2012, p.705, grifo da autora): “[...] o Estado só responde objetivamente se o dano ocorrer de **ato antijurídico** [...]. Ato antijurídico não pode

²² Dano anormal: “é o que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social.” (MELLO, 2003, p.881-882).

²³ Conduta comissiva (também chamada de positiva) é a ação que não deveria ter sido levada a efeito (DINIZ, 2009, p.40).

²⁴ Conduta omissiva (ou negativa): traduzida no plano físico pela ausência do agir. No âmbito jurídico é de concepção mais sutil, a abstenção pode gerar dano ao omitente. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p.29).

²⁵ São todas as pessoas “que – em qualquer nível de escalão - tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.” (MELLO, 2003, p.867).

ser entendido, para esse fim, como ato ilícito, pois é evidente que a licitude do ato é irrelevante para fins de responsabilidade objetiva [...].”

Ainda com relação à conduta do Estado realizada por intermédio do agente público, encontra-se na doutrina discussão controvertida e, nesse sentido, trazida ao debate pelos estudiosos.

Trata-se da aplicação do art.37, § 6º da Constituição Federal às atividades administrativas do Estado, isto é, se o alvo ensejaria tanto os atos comissivos quanto as omissões estatais.

Da exposição doutrinária, verifica-se que a alusão da teoria objetiva aos atos comissivos possui melhor aceitação entre os estudiosos. Fato contrário se observa com relação às omissões do Estado.

Alguns dos conceituados administrativistas, a exemplo de Bandeira de Mello e Di Pietro, entendem pela adoção da teoria da responsabilidade subjetiva no que diz respeito aos atos omissivos.

Para Di Pietro, (2012, p.710), “não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse razão aceitável.”

Por sua vez, Bandeira de Mello (Mello, 2003, p.871-872) sustenta que se houve omissão do ente público (irregularidade de qualquer natureza na prestação do serviço), deve ser aplicada a teoria subjetiva pois “se o Estado não agiu, não pode, logicamente ser ele o autor do dano”. Caberia atribuição de responsabilidade caso constatado descumprimento do dever legal de agir, que impediria o registro do dano, pondera ele.

Na visão de Cavalieri Filho (2012, p.267), o mencionado dispositivo constitucional se dirige a ambas as condutas, comissiva e omissiva. Fundamenta o jurista que a prática de atos ilícitos, pelo Estado, pode ser oriunda tanto de comissões quanto de omissões. Atualmente, escreve o professor, a moderna sistemática da responsabilidade civil nem sempre designa culpa ao ato ilícito, transcendendo os elementos subjetivos ou psicológicos, isto é, pendendo pois para a responsabilização objetiva.

Contudo, Cavalieri Filho (2012, p. 268) faz distinção quanto à ação omissiva do Estado, atribuindo responsabilização ao ente público quando a falta de agir for específica, não genérica. Nas palavras do autor, “[...] a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado.” Já a omissão genérica não se traduz como causa direta e imediata da lesão,

porém concorre para a sua ocorrência através da falta de serviço, sendo de atribuição do prejudicado a sua comprovação.

Sintetiza o jurista:

Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. **Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão.** (CAVALIERI, FILHO, 2012, p.269, grifo nosso).

Na menção de Di Pietro (2012, p.710), a tendência dos doutrinadores atuais é de responsabilizar através da teoria objetiva as incidências de omissão do Estado.

À continuação, passa-se à análise do terceiro e último fator determinante da responsabilização civil do Estado: o nexo de causalidade.

3.4.3 Nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal

O nexo ou relação de causalidade é o fator de ligação, necessário e suficiente, como menciona Justen Filho (2006, p.809) entre o agir ou omitir do ente público e o evento danoso, no sentido de imputar-lhe responsabilidade.

A responsabilização objetiva do Poder Público está condicionada ao vínculo entre o prejuízo gerado e as atividades administrativas, isto é aos casos em que houve relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem porque responsabilizá-lo objetivamente. (CAVALIERI FILHO, 2009, p.260-261).

3.5 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Segundo Venosa (2006, p.43), as causas excludentes de responsabilidade civil se definem por “[...] situações que a doutrina costuma denominar rompimento do nexo causal”.

Em vista da responsabilidade objetiva do Estado, motivos decorrentes de força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima ou de terceiro fazem as vezes de excludentes da responsabilização do ente público, pois eliminam o nexo causal necessário. Nenhum deles se origina do desenvolver das atividades estatais, salvo o caso fortuito interno,²⁶ cuja incidência

²⁶ Diz-se do caso fortuito que embora imprevisível, faz parte da atividade do Estado, é inerente aos riscos de sua atuação. (CAVALIERI, 2012, p.264).

advém dos riscos a que a ação da Administração Pública está sujeita. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.264).

Apresentam-se os esclarecimentos doutrinários acerca de cada fator excludente.

3.5.1 Força maior

É o “acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes”, conceitua Di Pietro (2012, p.707).

Por força maior, Diniz (2009, p.90-91; p.116) reconhece um fenômeno natural, a exemplo de uma grande enxurrada ou de uma nevasca. Para a autora, está imbuída de dois requisitos: um de cunho objetivo, manifestado pela impossibilidade de evitar o ocorrido, o outro, de caráter subjetivo, que é a impossibilidade de atribuir-se culpa pelo fato.

Todavia, lembra Bandeira de Mello (Mello, 2003, p.876): caracteriza omissão do Estado “fato da natureza a cuja lesividade o Poder Público não obsteu embora devesse fazê-lo” e disso decorre a responsabilização do ente público. Exemplifica apontando o caso do alagamento de casas, onde o acúmulo de águas pluviais não escoou por falta de limpeza dos bueiros destinados à vazão da água. A tarefa da limpeza é atribuição do ente público.

3.5.2 Caso fortuito

Tal qual os fenômenos da natureza, o(s) caso(s) fortuito(s) se originam de fatores adversos à atividade estatal. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.264).

Porém, mencionam os doutrinadores, a exemplo de Cavalieri Filho (2012, p.264) e Di Pietro (2012, p.707) que esse elemento não se constitui causa excludente da responsabilidade do Estado, salvo quando seu registro tiver como berço “fato irresistível, estranho à atividade administrativa”, como aponta Cavalieri Filho.

Na ocorrência de dano proveniente de ato humano ou falha da administração (fortuitos internos), restará caracterizada a responsabilidade estatal, pondera Di Pietro (2012, p.707).

3.5.3 Fato exclusivo da vítima

Leciona Diniz (2009, p.649) que não será atribuída responsabilidade civil estatal na ocasião em que a culpa da vítima concorrer exclusivamente para o dano produzido contra si. Contudo, caberá ao Estado a apresentação da prova culposa do suposto prejudicado.

Para Bandeira de Mello (Mello, 2003, p.883), para a devida aferição de quem produziu o evento lesivo (vítima ou Estado), importa nesses casos instaurar o nexos causal. Conforme assinala o doutrinador, “tudo se resolverá, sempre, por investigar-se se houve ou se faltou nexos causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido.”

3.5.4 Fato de terceiro

A doutrina aponta esta causa como carente de pacificação e dentre todas as excludentes, a que possui a maior oposição nos Tribunais do país. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p.116).

Compreende-se por terceiro o outro que não a vítima ou o causador do dano. Na prática, muitas vezes não se consegue identificá-lo.

Relativamente à responsabilização da Administração Pública, Justen Filho (2006, p.818) não vislumbra atribuição de responsabilidade civil ao Estado se a lesão for proporcionada por conduta antijurídica de terceiro, salvo se houve inadvertência de um dever especialmente atribuído ao ente público, decorrendo daí o dano.

Nesse caso, considerando-se a ação direta de terceiro que realize interferência danosa entre o particular e o Estado, esse último se isentará desde que comprove não haver concorrido para a manifestação do prejuízo.

Finda a análise das excludentes da responsabilização do Estado, passar-se-á à análise do instituto sob o enfoque constitucional.

3.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A PREVISÃO CONSTITUCIONAL – O § 6º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Já foi feita menção ao alargamento da importância da responsabilidade civil no texto constitucional, mais especificamente tratada no § 6º do art. 37, o qual é novamente trazido, por pertinência:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

Cabe esclarecer, antes de qualquer análise, quais são as pessoas jurídicas, genericamente intituladas como de direito público e de direito privado, previstas no dispositivo em tela.

Segundo o art. 40 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil em vigência, as pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado. (BRASIL, 2002).

Com relação às pessoas jurídicas de direito público interno, de interesse deste trabalho, o art.41, inciso I do citado Código as apresenta:

São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. (BRASIL, 2002).

Quanto às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos citadas no texto constitucional, Di Pietro (2012, p.704, grifo nosso), aduz:

[...] empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, **que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título**, para a prestação do serviço público.

Em conformidade com o art.5º, incisos II, III e IV do anteriormente referido Decreto Lei 200/67, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais, são assim enunciadas:

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969);

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969);

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987). (BRASIL, 1967).

Relativamente às empresas do terceiro setor, considera-se que são “as entidades não estatais sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades de interesse público”. A expressão, de origem sociológica, não se encontra regrada no ordenamento jurídico. São sinônimos usuais: “entes de cooperação”, “organizações não governamentais”, “entidades de caridade”, dentre outras. (TOURINHO, 2011, p.1).

Ultrapassadas as esclarecimentos cabíveis sobre a definição das pessoas jurídicas citadas no artigo constitucional, prossegue-se ora na análise desse.

Conforme se depreende do dispositivo evidenciado, a Constituição de 1988 cristalizou a responsabilização objetiva do Estado e inovou disciplinando-a igualmente para as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos.

Destaca Cavalieri Filho (2012, p.271):

Com efeito, tanto a Constituição de 1946 como as de 1967 e 1969 (emenda) falavam apenas em pessoa jurídica de Direito Público [...]. A rigor, não estavam sujeitos à responsabilidade objetiva os entes jurídicos integrantes da Administração indireta ou descentralizada – empresa pública e economia mista-, nem os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos, por serem todas pessoas jurídicas de Direito Privado.

A ênfase reside na atribuição da responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos.

Cahali (2007, p.90), acompanhando a novidade, justifica-a na evolução comportamental do Estado moderno, o qual tem vivenciado constantes modificações econômicas e administrativas, com reflexos na prestação dos serviços públicos a ele afeitos, ora centralizando-os, ora descentralizando-os, permitindo inclusive a sua execução por pessoas jurídicas de natureza e constituição privada.

Para o jurista, a inovação constitucional “deslocou o eixo da responsabilidade objetiva para o âmbito da natureza pública do serviço prestado”. Sintetizando, expõe: “agora, [...] a responsabilidade objetiva gravita em torno do trinômio: pessoa jurídica de direito público/pessoa jurídica de direito privado/prestação de serviço público.” (CAHALI, 2007, p.90-92).

Há que lembrar-se, contudo: “esse regime não se aplica quando as atividades administrativas forem desenvolvidas por entidades estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado, exploradoras de atividade econômica.” A esses entes jurídicos de direito privado, que não se dedicam a prestar serviços públicos, cabe o regime jurídico da responsabilidade civil privada. (Justen Filho, 2006, p.807).

Vista a previsão da responsabilidade civil das pessoas jurídicas no plano constitucional vigente, passa-se a discorrer especificamente no que tange às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, por sua pertinência com relação à temática desenvolvida neste estudo.

3.6.1 Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos

Pelo já exposto, resta claro que os serviços públicos podem ser prestados por outros entes jurídicos, de direito privado, através de delegação estatal.

Todavia, cuida o Estado de transferir a titularidade da realização dos serviços e não a titularidade do serviço. Nesse sentido, haja vista a titularidade estatal e o interesse da coletividade, torna-se própria a submissão da pessoa jurídica de direito privado ao regime jurídico de direito público. (PISETTA, 2013, p.58).

Assim sendo, para Cavalieri Filho (2012, p.271), o constituinte manifestadamente acertou ao incluir no texto constitucional a imputação de responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito privado na condição de prestadoras de serviços públicos, por uma questão de lógica elementar: “quem tem os bônus deve suportar os ônus”, ou seja, aquele que participa da Administração Pública, prestando serviços públicos e disso extraindo proveito deve suportar também os riscos inerentes à atividade, tal qual o Estado. Conclui o autor:

Tal como as pessoas jurídicas de Direito Público, a empresa pública, a economia mista e os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos estão sujeitos ao mesmo regime da Administração Pública no que respeita à responsabilidade civil. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.272).

Abordando a temática, Cahali (2007, p.119-130) ratifica a exposição de Cavalieri Filho e pontua que independentemente do instituto sob o qual se realizem os serviços (seja através de concessão, da permissão ou por delegação administrativa), a regra do art. 37, § 6º disciplinará a responsabilidade civil das entidades de direito privado.

Aduz Pisetta (2013, p.65): “[...] sempre haverá a responsabilização da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público que, no exercício dessa prestação, causar dano ao usuário do serviço. Tal responsabilidade civil é objetiva e direta”.

Respalda a menção da autora o *caput* do art.25 da Lei Federal nº 8.987/95, *in verbis*:

Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade. (BRASIL, 1995).

Encerradas as considerações, proceder-se-á à análise não menos necessária acerca da responsabilização solidária e subsidiária do ente público.

3.6.2 Responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária do Estado em razão da prestação de serviços públicos pelas pessoas jurídicas de Direito Privado

À luz da normatização constitucional e das explanações doutrinárias, não restam dúvidas sobre o cabimento da responsabilidade objetiva a que se obriga o Estado e as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos.

Pairam, porém, entendimentos controversos quanto à isenção da responsabilidade, por parte do Estado, relativamente aos danos causados pelas prestadoras de serviços públicos quando do exercício das atividades transferidas.

Pisetta (2013, p.62), levanta pertinentes questionamentos:

O Estado, pois, não responderia nem nos casos de falta de fiscalização da prestação do serviço público? E quando o poder público fixa de forma deficiente ou deixa de fixar cláusulas de organização e funcionamento dos serviços públicos que delega? O que dizer ainda se a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público estiver em estado de insolvência? Não existe responsabilidade subsidiária²⁷ do poder que delega?

Teorizando em favor da inexistência de responsabilidade do organismo público, Cavalieri Filho (2012, p.275-276) responde às indagações, apontando para o fato de que “[...] as prestadoras de serviços públicos são detentoras de personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios. São seres distintos do Estado, sujeitos de direitos e obrigações.”

²⁷ Responsabilidade subsidiária é aquela que pressupõe o exaurimento da obrigação de um outro devedor, dito principal, do qual este é um devedor, digamos, "reserva". Assim, havendo o exaurimento ou impossibilidade de pagamento por parte daquele "principal", responde o devedor subsidiário. ("reserva"). (PAES, 2009).

Dessa forma, entende o autor, ao Estado não incumbe responder por elas e/ou com elas, nem mesmo cabe aventar responsabilidade solidária²⁸, já que essa decorre de lei ou contrato, inexistentes no caso entre o Estado e os prestadores de serviços públicos. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.276).

Complementando, menciona o jurista:

“No máximo, poder-se-ia falar em responsabilidade subsidiária do Estado, uma vez exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos. Se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.276).

Bandeira de Mello (Mello, 2003, p.868), expressa que o Estado estará sujeito a responder de forma subsidiária com relação às atividades desempenhadas pelas concessionárias, delegatárias, sociedades de economia mista ou empresas estatais que executam serviços públicos, desde que necessariamente constatado que a possibilidade de realizar atividade pública geradora de prejuízo adveio, na íntegra, do Estado.

Frise-se que ambos os juristas, ao ventilar uma possível demanda em desfavor do ente público, vislumbram-na única e exclusivamente a partir do esgotamento dos recursos das prestadoras de serviços públicos.

Willeman (2011, p.101), na manifestação sobre as agências reguladoras (e, por extensão, sobre o Estado), cita três possibilidades de responsabilização civil. Uma delas, na opinião do estudioso, “se o lesado provar que sofreu dano decorrente de ato praticado por empresa que compõe o segmento regulado, em função de uma omissão no exercício de fiscalização regulatória por parte da Agência, [...]”.

O autor argumenta que tanto a empresa regulada quanto a Agência Reguladora responderão de forma objetiva: a primeira por responsabilidade direta e a entidade estatal, subsidiariamente.

As ponderações de Willeman serão adequadamente desenvolvidas no capítulo 4 deste estudo, onde por pertinência, desenvolver-se-á de forma específica matéria sobre a responsabilidade civil da ANATEL.

²⁸ No âmbito do direito, “a solidariedade caracteriza-se pela multiplicidade dos sujeitos ativos ou passivos da relação jurídica, pela unidade da prestação e pela co-responsabilidade existente entre os interessados”. (WALD, 2009, p.60).

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA REGULADORA DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL

No capítulo inicial deste estudo, discorre-se, entre outros, sobre a ANATEL, primeira agência reguladora setorial brasileira, uma autarquia especial, concebida e normatizada pela LGT objetivando a atuação no segmento das telecomunicações no país.

Conforme já exposto, trata-se de entidade da Administração Pública federal indireta, com personalidade jurídica de Direito Público e assim sendo, no que compete à responsabilidade civil, sujeita-se às regras previstas constitucionalmente para as pessoas jurídicas de Direito Público.

Nesse sentido, desenvolver-se-á o presente capítulo a partir de ponderações acerca da responsabilidade civil da agência reguladora, que por ser um ente público, como já dito, obrigatoriamente se alinhará à normatização regular do Estado.

Haja vista a compreensão da relação jurídica consumerista no que respeita aos serviços públicos e entre eles, o de telefonia, far-se-á exposição analisando a responsabilidade civil nas relações de consumo em específico para o segmento.

A análise dos Relatórios Finais das CPIs da Telefonia, instaladas nos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, no ano de 2013, em decorrência do incontável número de demandas e prejuízos dos consumidores junto aos órgãos de defesa do consumidor e do Poder Judiciário, buscará fundamentar o questionamento que se faz acerca da responsabilidade civil do Estado, em razão da prestação dos serviços públicos por entidades outras.

Como tópico final, a ponderação do cabimento, à luz da Constituição Federal, do CDC, da LGT e demais Resoluções da ANATEL conjugadas com o pensar doutrinário e jurisprudencial acerca da responsabilização civil da ANATEL e conseqüente ressarcimento aos consumidores.

4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No transcorrer da História, mais precisamente com o advento do século XVIII e da Revolução Francesa, o modelo estatal centralizador perdeu forças e a concentração das atividades econômicas passou às mãos da iniciativa privada. Era o período do liberalismo econômico. À época, poucos serviços públicos faziam parte das atividades administrativas do Estado. (GUERRA, 2004, p.302).

Esse modelo, comenta o autor, perdurou até a segunda década do século XX, quando surgiu o Estado intervencionista, atuando e comandando amplamente os campos econômicos e sociais. (GUERRA, 2004, p.302)

O intervencionismo, por sua vez, cedeu espaço na década de 80 ao neoliberalismo. Com características regulatórias e visando o bem-estar social, nesse momento o Estado se afasta do comportamento ativo e/ou de restrita oferta de serviços. Surge o Estado Regulador. (GUERRA, 2004, p.302).

Segundo Willeman (2011, p.3), o Estado regulador enquanto modelo:

prega a redução da intervenção direta do Estado, por execução, nos ordenamentos econômico e social, e estimula, com base nos princípios da livre iniciativa [...] e da subsidiariedade, a intervenção estatal por indução, via elaboração, desenvolvimento e implementação de políticas públicas, bem como a execução de atividades que antes eram cometidas ao Poder Público, e que necessariamente não reclamam a sua atuação direta, pelas empresas privadas, [...]”.

Acompanhando a modelagem reguladora posta internacionalmente, o Estado brasileiro edita lei específica e em 1990 institui o Programa Nacional de Desestatização, instrumento propulsor da reformulação do papel do Estado nacional no que concerne às atividades econômicas, alijando-se de diversos segmentos e serviços públicos. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.25).

Nesse novo cenário, comenta Barroso (2003), o Estado deixa de realizar determinados serviços públicos para assumir o planejamento, a regulamentação e a fiscalização das atividades prestadas por operadores privados.

Consequentemente,

[...] após a promulgação de algumas importantes emendas à Constituição de 1988, o **Estado criou uma série de autarquias independentes para regular essas atividades e serviços públicos, sob a denominação de agências reguladoras.** (Guerra, 2004, p.303, grifo nosso).

Do comentário de Sérgio Guerra, enfatiza-se a criação das agências reguladoras²⁹, denominação atribuída às autarquias independentes, de competência regulatória, dirigidas predominantemente ao tratamento disciplinar da conduta dos particulares e à redução do uso

²⁹ ‘A adoção de um modelo regulatório de Estado conduz à fragmentação das competências normativas e decisórias estatais. Surgem entidades administrativas encarregadas da gestão setorial. Alguns afirmam que se produz o surgimento de um Estado “policêntrico”, [...]. Nesse cenário, uma instituição fundamental consiste na agência reguladora.’ (JUSTEN FILHO, 2006, p.473).

dos poderes normativos do Estado para fins políticos imediatos, como leciona Justen Filho (2006, p.463-464).

A utilização do termo autarquia, segundo Di Pietro (2012, p.484) procede do direito italiano, vinculado originalmente à descentralização territorial.

Hoje, no país, fruto da descentralização do poder estatal, “são entidades investidas em parcelas de competências públicas, de titularidade de uma pessoa política”. (JUSTEN FILHO, 2006, p.116).

Seu conceito legal pode ser verificado no art. 5º, inciso I do Decreto Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967:

Serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. (BRASIL, 1967).

A definição legal é prolixa e defeituosa, escreve Justen Filho (2006, p.116-117), salientando que não se trata de um ‘simples “órgão” da Administração direta’.

Para o administrativista, a autarquia dispõe de seus próprios órgãos, é pessoa jurídica distinta, um sujeito que não se confunde com a Administração direta, sendo titular de direitos e deveres próprios, patrimônio e atos peculiares, que não são atribuíveis à Administração direta e vice-versa. (JUSTEN FILHO, 2006, p.116-117).

Di Pietro (2012, p.485) revela a concondância doutrinária quanto às características atribuídas às autarquias: “1. Criação por lei; 2. personalidade jurídica pública; 3. capacidade de autoadministração; 4. especialização dos fins ou atividades; 5. sujeição a controle ou tutela.”

No entender da catedrática, autarquia é a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei. (DI PIETRO, 2012, p.486).

Da exposição de Di Pietro, extraem-se duas considerações: a expressão autonomia autárquica significa unicamente que a entidade possui capacidade de se autoadministrar com relação ao regramento específico que lhe foi atribuído. Em segundo lugar, a autarquia é possuidora de direitos e obrigações. Nesse sentido, “tem **direito ao desempenho do serviço nos limites definidos em lei**”, ao mesmo tempo que a **obrigação** de desempenhá-los a torna

responsável pela prestação dos serviços, sujeitos ao controle da Administração centralizada. (DI PIETRO, 2012, p.486-487, grifo do autor).

Quanto às agências reguladoras, seu surgimento no país, segundo Mello (2003, p.156) deu-se a partir da Reforma Administrativa do Estado, cujo expoente legal foi o Decreto Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Não há legislação que defina o significado de “autarquias sob regime especial”, menciona o doutrinador. A ideia que se estabelece, é de que possuem um grau de liberdade mais amplo do que as autarquias desprovidas dessa qualificação, além da nomeação dos dirigentes pelo Presidente da República, com aprovação do Senado. (MELLO, 2003, p.156).

No conceito trazido por Justen Filho (2006, p.475): “Agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure a sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial.” Segundo o professor,

A figura das agências reguladoras se insere no processo de dissociação entre a prestação de serviços públicos e sua regulação. Mais ainda, é resultado da proposta de assegurar que a disciplina dos serviços públicos seja norteadada por critérios não exclusivamente políticos. (JUSTEN FILHO, 2006, p.475)

Ainda na lição de Justen Filho (2006, 473), inexistente um padrão único, um modelo próprio para as agências reguladoras. Cada uma das Agências apresenta estrutura, função e regime jurídico peculiares.

Respondem as autarquias de forma direta pelos seus próprios atos, informa Mello (2003, p.153). Entretanto, segue o jurista, em caso de exaustão de recursos, o Estado passará a responder subsidiariamente, vez que pela outorga de poderes pertencentes a si, não pode se desobrigar caso haja conduta passível de reparação.

Quanto aos danos por comportamentos lesivos a terceiros, Mello (2003, p.153) aduz: a atribuição da responsabilidade das autarquias é idêntica à responsabilidade estatal, ou seja, respondem de forma objetiva pois estão sujeitas à regra do art.37, § 6º, da Constituição Federal.

Na referência às agências reguladoras, Guerra (2004, p.342) esclarece:

Resta incontestado, pois, que as agências reguladoras, pessoas jurídicas de direito público, criadas pelo Estado apenas visando descentralizar suas obrigações administrativas, no exercício das suas atividades (sejam elas executiva, normativa e judicante) respondem civilmente por todos os seus atos administrativos, nos termos das normas constitucionais e infraconstitucionais que positivaram as teorias da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Diante do exposto, sendo a ANATEL pessoa jurídica de direito público, na ocorrência de danos a terceiros proporcionados por seus agentes, responderá a agência reguladora de forma objetiva, conforme prevê a regra constitucional acima referenciada.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELEFONIA

Preliminarmente cabe destacar o direito do consumidor dentre os novos segmentos jurídicos surgidos no século passado, resultado das transformações políticas, sociais e econômicas por que passa o mundo contemporâneo. Nas palavras de Venosa, o ramo tem se sobressaído como um dos principais matizes, em todas as nações ocidentais. (VENOSA, 2006, p.213).

Em nosso país, ganhou realce a partir da Constituição Federal, em cujo art.5º, XXXII, se afirma “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. (BRASIL, 1988).

Igualmente o art.170, V da Carta Magna ressalta que a ordem econômica, cuja finalidade é assegurar a todos existência digna, deverá observar o princípio da defesa do consumidor. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, ao elevar a mencionada subdivisão jurídica à condição de direito fundamental, o Estado entendeu o consumidor como parte mais frágil nas relações jurídicas estabelecidas no mercado de consumo e assumiu o dever de protegê-lo.

Em obediência, emergido de comando constitucional, foi elaborada a Lei n. 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor - CDC, em cujo art. 4º está disposta a Política Nacional das Relações de Consumo. Entre os objetivos dessa, encontram-se o atendimento às necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, a proteção de seus interesses econômicos, transparência e harmonização das relações consumeristas, considerando-se para tanto alguns preceitos, como os pertinentes princípios da vulnerabilidade do consumidor, da transparência e o da racionalização e melhoria dos serviços públicos. (BRASIL, 1990).

Na visão de Cavalieri Filho (2006, p.489, grifo do autor), o CDC “não é uma mera lei geral; ele é uma *sobre-estrutura jurídica* multidisciplinar aplicável a todas as relações de consumo, qualquer que seja o ramo do Direito onde vierem a ocorrer.”

Como bem salienta o doutrinador:

Em matéria de consumo, o Código de Defesa do Consumidor é a lei específica e exclusiva, a lei que recebeu da Constituição a incumbência de estabelecer uma disciplina única e uniforme para todas as relações de consumo, razão pela qual ele deve prevalecer naquilo que inovou. As leis anteriores com ele incompatíveis, gerais ou especiais, estão derogadas; apenas coexistem com o Código de Defesa do Consumidor naquilo que com ele estão em harmonia. (CAVALIERI FILHO, 2006, p.489).

Ratifica-se, pois, a aplicação do CDC sempre que presente a relação consumerista, inclusive para os serviços públicos. Esse aspecto é reforçado por Cavalieri Filho (2006, p.487), em que pese a regência das leis e princípios do Direito Público sobre os serviços qualificados como públicos.

Isso posto, no que tange à responsabilidade civil nas relações de consumo, tratar-se-á como foco central a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Antes, porém, a apresentação prévia de conceitos essenciais para o entendimento da temática.

4.2.1 A relação de consumo e seus elementos

A doutrina estabelece por relação de consumo a relação jurídica, de origem contratual ou extracontratual, estabelecida entre o fornecedor de produtos e/ou serviços e o consumidor, tendo por objeto a circulação de produtos ou serviços. (CAVALIERI FILHO, 2006, p.490).

O polo ativo da relação consumerista é representado pela figura do fornecedor, cuja definição esta plasmada no CDC, art.3º:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.254) se manifestam a respeito da abrangência conceitual do vocábulo fornecedor. Salientam os autores que a definição comporta entidades de direito tanto privado quanto público.

O consumidor, polo passivo da relação consumerista, igualmente é conceituado pelo CDC, art. 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” (BRASIL, 1990).

Para Venosa (2006, p.214), “será atingido pela proteção de consumo não apenas o típico consumidor final, mas também o que utiliza o produto ou serviço como destinatário final.”

Esta ideia não é tão nítida quando se trata de pessoa jurídica, escreve Cavalieri Filho (2006, p.490). Segundo ele, ‘destinatário final pressupõe o “uso privado” de bens ou serviços consumidos [...]’.

Nesse sentido, os doutrinadores admitem cabível o entendimento conceitual não restritivo, uma vez que o CDC, através de dispositivos próprios apresenta figuras equiparadas ao consumidor, a exemplo da coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis e desde que intervenientes na relação consumerista (art.2º, parágrafo único), bem como as situações previstas nos arts.17³⁰ e 29³¹ do referido Código.

Completando a análise, cabe definir produto e serviços, conforme o CDC, §§ 1º e 2º do art. 3º:

§ 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990).

Os conceitos de produto e serviços, explicam os doutrinadores, devem igualmente ser compreendidos em sentido estendido, vez que o termo produto abrange toda a utilidade produzida. No que respeita aos serviços, somente se excluem do âmbito do consumo os decorrentes de relação trabalhista e os prestados a título puramente gratuito³². (CAVALIERI FILHO, 2006, p.492).

4.2.2 A teoria do risco do empreendimento

A partir da vigência do CDC, como medida protetiva ao hipossuficiente, entendeu o legislador que os riscos decorrentes do consumo passariam ao encargo do fornecedor. (CAVALIERI FILHO, 2006, p.496).

Restou estabelecida a responsabilidade objetiva para os casos denominados acidentes de consumo, claramente verificada se analisados os arts.12 e 14 do CDC, os quais

³⁰ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. (BRASIL, 1990).

³¹ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. (BRASIL, 1990)

³² Serviço puramente gratuito: aquele prestado no exclusivo interesse do beneficiário, sem nenhuma vantagem financeira para a pessoa ou para a instituição executora. (CAVALIERI FILHO, 2006, p.492).

tratam, respectivamente, da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p.262).

É Cavaliere Filho (2006, p.497) quem esclarece:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. [...] A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços.

O fundamento da teoria do risco do empreendimento, segue o autor, diz respeito à justiça distributiva, onde o fornecedor procede à repartição do custo social dos danos, através dos mecanismos de preços, evitando-se dessa maneira que unicamente o consumidor enfrente os riscos das relações de consumo.

4.2.3 Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço no CDC

Trata-se aqui da responsabilidade civil originada por danos ao consumidor, haja vista defeitos na segurança dos produtos ou dos serviços fornecidos.

Sendo o foco principal deste estudo a prestação de serviços de telefonia, reservar-se-á atenção prioritária para a responsabilidade civil pelo fato do serviço, trazendo apenas no que couber a exposição acerca da responsabilidade civil pelo fato do produto.

Nesse sentido, o art. 14 do CDC refere-se à responsabilidade civil derivada de dano com procedência em serviços considerados defeituosos:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. (BRASIL, 1990).

Conforme Venosa (2006, p.229), [...] “o serviço é defeituoso quando não fornece segurança para o consumidor. Os defeitos de serviço podem decorrer de concepção ou de execução indevidas [...]”

Para Cavalieri Filho (2012, p.526), “os defeitos do serviço podem ser de concepção, de prestação ou de comercialização (informações insuficientes ou inadequadas sobre seus riscos)”, e os define:

“o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, tais como o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (art.14, § 1º)”.

No art. 20, igualmente do CDC, encontra-se referenciada a responsabilização quando o fornecimento dos serviços apresentar vícios de qualidade:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade. (BRASIL, 1990).

Conforme entendimento doutrinário, defeito e vício do produto ou do serviço diferenciam-se: “[...] o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. [...] compromete a segurança do produto ou serviço, gerando riscos à incolumidade do consumidor ou de terceiro. Vício, [...] é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si. [...] apenas causa o mau funcionamento, utilização ou fruição do produto ou do serviço [...]” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.518).

Quanto à responsabilidade civil, evidencia-se no *caput* dos artigos sua atribuição ao fornecedor dos serviços defeituosos, devendo esse responder pela reparação de dano(s) causado(s) ao consumidor, sem que haja necessidade de comprovar-se a culpa.

Cavalieri Filho (2006, p.506) atenta para o fato de que fornecedor é considerado gênero, estando nele inclusos todos aqueles que integram a cadeia de produção. Isso implica dizer que a totalidade dos partícipes envolvidos na produção do serviço responderá solidariamente pelo dano havido, proporcionalmente às suas participações, comenta o autor.

Entretanto, pode aquele que presta serviços se desobrigar da responsabilidade que lhe é imposta, caso comprove a ocorrência de alguma das possibilidades previstas no art.14, § 3º do CDC³³: a inexistência de defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

4.2.4 Telecomunicações e direitos do consumidor

Em decorrência da necessidade de normatizar a nova modelagem do setor de telecomunicações pós a Emenda Constitucional de nº 8/95, foi editada a LGT, em 1997, tendo por base de sustentação a universalização dos serviços e a competição na prestação dos mesmos.

O interesse central da legislação basilar era atingir a maior gama possível de usuários, com elevação da qualidade dos serviços e redução dos preços ofertados. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.26).

Considerando a necessidade de estabilização das forças naturalmente desiguais entre usuários e prestadoras dos serviços, escrevem Marques Neto e Coscione (2011, p.75-76), a LGT trouxe em primeiro plano, no art. 3º e 4º, os direitos e deveres dos usuários dos serviços de telecomunicações, instituindo no art. 5º a observação dos direitos do consumidor para disciplinar as relações econômicas do segmento:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;

III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço;

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;

VI - à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso;

VII - à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais;

VIII - ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;

IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;

X - de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço;

XI - de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor;

XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

Art. 4º O usuário de serviços de telecomunicações tem o dever de:

I - utilizar adequadamente os serviços, equipamentos e redes de telecomunicações;

³³ Art.14, § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL, 1990).

II - respeitar os bens públicos e aqueles voltados à utilização do público em geral;
 III - comunicar às autoridades irregularidades ocorridas e atos ilícitos cometidos por prestadora de serviço de telecomunicações.

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Posteriormente, com a criação da ANATEL, o Regulamento da agência, aprovado pelo Decreto n. 2.338/97, trouxe no art.16, XIX, registrado entre as competências, o compromisso de “atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses, observado o art. 19”. (BRASIL, 1997).

O mencionado art. 19 e parágrafo único do Regulamento ratificam o dever atribuído à ANATEL com relação à proteção e competência primeira da Agência na promoção da defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações:

A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº 9.472, de 1997.

Parágrafo único. A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1997).

Dos dispositivos expostos se deduzem duas relações de ligação entre a ANATEL e os demais órgãos protetivos do consumidor: a articulação-coordenação e articulação-suplementação. (MARQUES NETO; COSCIONE, 2011, p.76).

O conhecido Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC, no que respeita aos Direitos Básicos do Consumidor, dita no art.6º, X: “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”, reconhecendo ainda, no art. 22:

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. **Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados**, na forma prevista neste código. (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Dos artigos se depreende a obrigação dos órgãos públicos e/ou das empresas outorgadas em prestar serviços com primazia ao consumidor e isso se traduz em um dever jurídico, determinado pelo CDC.

Tal dever se encontra evidenciado nas Resoluções da ANATEL para cada tipo de serviço de telecomunicações outorgado, a exemplo da Resolução 426, de 9 de dezembro de 2005, que regulamenta o Serviço Telefônico Fixo Comutado- STFC:

Art. 78. Aplicam-se ao contrato de prestação de STFC as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 1990, e suas alterações, salvo hipótese de ser a norma regulamentar mais benéfica ao consumidor. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2005).

Nessa linha de análise, segue o voto proferido pelo Ministro do Superior Tribunal Federal – STJ, Herman Benjamin:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA COMUTADO. DISCRIMINAÇÃO DE PULSOS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. [...]. 3. **As concessionárias de telefonia são, para todos os fins, fornecedoras, e as suas prestações de serviço aos assinantes-usuários (*rectius*, consumidores) caracterizam relação jurídica de consumo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor -CDC.[...](grifo nosso).**4.Os objetivos, princípios, direitos e obrigações previstos no CDC aplicam-se integralmente aos serviços de telefonia, fixa ou não [...].(BRASIL, 2009, grifo nosso).

Diante do reconhecimento incontestável da relação jurídica consumerista por parte dos Tribunais, passa-se a tratar dos Relatórios das CPIs da telefonia nos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.

4.3 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RELATÓRIOS DAS CPIs DA TELEFONIA EM SANTA CATARINA, PARANÁ E NO RIO GRANDE DO SUL À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Posteriormente ao início da exploração, pela iniciativa privada, de determinados serviços considerados públicos e essenciais, a exemplo da telefonia fixa e móvel no segmento das telecomunicações, percebeu-se a paulatina consagração estatística de inúmeros abusos praticados pelas prestadoras desses serviços, cotidianamente.

Órgãos responsáveis pela proteção e defesa do consumidor em distintas regiões brasileiras, tornaram públicos dados que imputam à modalidade da prestação de serviços de telefonia a maior incidência entre os registros apresentados pelos reclamantes. Idêntico comportamento se evidencia nos Juizados Especiais Cíveis. (MARTINS, 2009, p.179).

O afluxo crescente de reclamantes aos órgãos de defesa do consumidor por si só denota a existência de algum tipo de desatenção à parte mais fraca da relação, o consumidor, bem como à Política Nacional das Relações de Consumo.

Segundo o Programa Estadual de Defesa do Consumidor de Santa Catarina (PROCON), nos primeiros quatro meses de 2013, somente na Grande Florianópolis foram formalizadas, em média, 8,8 reclamações por dia com relação aos serviços de telefonia, concentrando a telefonia móvel cerca de 70% das reclamações dos consumidores. (BELLO, 2013).

No término daquele ano, bem como em 2014, dados do Cadastro de Reclamações Fundamentadas³⁴ do mesmo Órgão, confirmaram os serviços vinculados à telefonia como líderes das reclamações. (PROGRAMA ESTADUAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE SANTA CATARINA, 2015).

Com o desempenho deficiente das prestadoras de serviços de telefonia móvel e consequentes prejuízos aos seus usuários, o Estado se viu obrigado a intervir, através da ANATEL, em prol dos prejudicados, chegando inclusive à proibição temporária da venda de novos números de telefonia celular em vários locais do território brasileiro. (BELLO, 2013).

Igualmente o Ministério Público e a própria Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, seccional de Pernambuco, em diferentes locais, ajuizaram ações civis públicas, deduzindo pedidos como a melhoria da qualidade dos serviços e investimento nas linhas de transmissão.

Ademais, no ano de 2013, em oito Estados do país, foram instaladas Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs, objetivando “fechar o cerco” às empresas operadoras de telefonia móvel na investigação sobre a qualidade dos serviços prestados nos locais de sua instalação. (BELLO, 2013).

Na Região Sul, as CPIs foram instaladas pelas Assembléias Legislativas dos Estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná, nas datas de 18, 23 e 30 de abril de 2013, nessa ordem.

A CPI paranaense foi a primeira a ter seu Relatório Final divulgado, em 07 de agosto, seguido do Relatório gaúcho, datado de 04 de novembro e posteriormente do documento catarinense, relatado em 04 de dezembro, todos naquele mesmo ano.

³⁴ Reunião das reclamações que após análise do órgão de defesa do consumidor, deve ser registrada e divulgada aos consumidores, conforme previsto no artigo 44 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 58, II do Decreto 2.181/97. (PROGRAMA ESTADUAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE SANTA CATARINA, 2015).

Entre os propósitos para o estabelecimento das CPIs, colhidos dos Relatórios Finais, se encontram:

a) apurar a precariedade dos serviços de telefonia móvel oferecidos pelas empresas operadoras, com o intuito de investigar a responsabilidade pelos danos ao consumidor deles decorrentes, restabelecendo a qualidade na prestação dos mesmos. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.17-18);

b) apurar a responsabilidade por danos aos consumidores originados da prestação ineficiente dos serviços de telefonia, conforme previsto no inciso VIII do art. 24 da Constituição Federal³⁵ (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.10-11);

c) investigar e fiscalizar a baixa qualidade do serviço e as sucessivas quedas de sinal das empresas operadoras de telefonia móvel, no âmbito territorial do Estado do Paraná. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ, 2013).

Firmados e aceitos os objetivos, cada uma das CPIs logrou identificar alguns dos importantes problemas destacados pelos usuários dos serviços de telefonia móvel em seus Estados, assim como também indicaram as providências necessárias e imediatas para o saneamento.

Em razão do exposto, passa-se a conhecer as investigações desenvolvidas pelos parlamentares, focalizando as conclusões dos Relatórios das CPIs da Telefonia em Santa Catarina (SC), Paraná (PR) e Rio Grande do Sul (RS), à luz do instituto da responsabilidade civil

4.3.1 CPI da telefonia móvel em Santa Catarina

Conforme o Relatório Final catarinense, os trabalhos concluíram pela facilidade do agir desrespeitoso relativo à normatização consumerista, debilidade do aparato de regulação e de fiscalização, de responsabilidade da ANATEL; e argumentação inconsistente por parte das empresas operadoras da telefonia móvel no Estado. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.41).

A precariedade na prestação de serviços oferecidos restou externada através das manifestações dos órgãos do Programa Estadual de Defesa do Consumidor (PROCONs)

³⁵ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL, 1988).

municipais e do resultado da pesquisa de satisfação realizada pela casa legislativa do Estado, onde 90,92% dos clientes declarou insatisfação com relação à qualidade dos serviços e 91,25% manifestou a falta de resolução dos problemas reportados às operadoras³⁶. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.42).

Alia-se a esses fatos o incremento do número de demandas no Judiciário catarinense em face das operadoras de telefonia, conforme levantamento realizado pela CPI junto aos Juizados Especiais Cíveis e Varas da Fazenda Pública. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.42).

No que afeta ao atendimento do consumidor, identificou-se incompatibilidade entre a estrutura disponibilizada pelas operadoras e o quantitativo da clientela, sendo os atendentes considerados inábeis tecnicamente para responder às questões que se apresentam. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.42).

No âmbito técnico, a percepção da CPI é para um “ponto de estrangulamento”. Em função da atual expansão acentuada da telefonia móvel, sua aquisição pelos consumidores tornou-se mais fácil. Entretanto, as investigações concluíram pelo esgotamento das antenas transmissoras de sinais das operadoras no que afeta à sua capacidade. Nesse sentido, em função da ampliação da clientela sem o devido planejamento e investimentos em antenas transmissoras pelas prestadoras de serviços, aliada à declarada ineficiência da agência reguladora ANATEL, que se pronunciou em dificuldades para fiscalizar e regular as ações das prestadoras, a Comissão concluiu nisso residir o principal motivo para a má qualidade apresentada pela telefonia móvel no Estado. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.42).

No que afeta a instalação de novas antenas e sítios, as conclusões citam a necessidade de revisão no marco regulatório das telecomunicações brasileiras, objetivando liberar as restrições legais havidas pelos órgãos ambientais tanto nos municípios quanto no Estado. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.43).

Quanto à ANATEL, o Relatório enfatiza as dificuldades da Agência em exercer o controle da atividade, em função da ausência de recursos técnicos e humanos, conforme mencionou o representante da agência perante a Comissão de investigações. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.45).

³⁶ São exemplos a existência de carência nas coberturas, quedas frequentes nas ligações, call centers ineficientes, cobrança indevida de valores na fatura mensal, irregularidades quanto à portabilidade. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.22-23).

As conclusões sobre a agência reguladora a referenciam como de pouquíssima eficiência em seus métodos de fiscalização, promovendo desse modo uma “blindagem” comportamental das operadoras frente à sociedade e estimulando a geração de serviços deficitários. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.45)

Os reflexos da falta de fiscalização da ANATEL são sentidos diretamente pelos órgãos do Programa Estadual de Defesa do Consumidor (PROCONs) e pelo Judiciário local, em razão do forte afluxo de reclamações da parte dos usuários dos serviços. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.45).

Outro dificultador evidenciado pela CPI se refere à ausência de uma representação da agência reguladora em Santa Catarina. Foi apurado que a totalidade das demandas de responsabilidade da ANATEL recaem sobre os PROCONs, destituídos de condições técnicas para verificar as falhas apontadas pelos consumidores. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.45).

Diante disso e da necessidade de rigorismo quanto à fiscalização dos serviços prestados, a CPI sugere que a Assembléia Legislativa do Estado solicite urgente ao Ministério das Comunicações a instalação de um escritório da ANATEL em Santa Catarina. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013, p.45).

4.3.2 CPI da telefonia do Rio Grande do Sul

O Relatório Final da CPI realizada pela Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul trouxe por conclusões aspectos amplos a respeito da telefonia brasileira, principiando pela contextualização histórica, o que inclui uma linha do tempo relativa aos serviços de telefonia no país.

Os trabalhos inicialmente estabelecidos visavam o direito do consumidor, entretanto, devido às duras críticas surgidas contra a agência reguladora ANATEL, foi agregado às investigações o apoio do direito administrativo. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.58).

Neste momento, dar-se-á enfoque às conclusões mais específicas acerca dos usuários (consumidores) e da agência reguladora ANATEL.

Relativamente à prestação dos serviços de telefonia, o Relatório Final da CPI gaúcha, confirma a insatisfação dos usuários, especialmente da telefonia móvel e transmissão de dados móveis.

Da mesma forma que em Santa Catarina, as reclamações relativas aos serviços de telefonia são as primeiras nas listas dos PROCONs. O documento menciona o acréscimo de 55% nas reclamações protocoladas em 2013, ano em que se deram os trabalhos da CPI. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.43).

Restou evidenciado o uso de práticas precárias na atenção aos usuários dos serviços e ineficiência das centrais de atendimento das prestadoras, qualificadas como péssimas na percepção dos consumidores.

O reflexo da falta de resolução das reclamações pelas centrais de atendimento tem atingido diretamente tanto os PROCONs quanto o Tribunal Estadual. Os altos níveis de judicialização colaboraram para que ao Poder Judiciário fosse atribuída a alcunha de *call center* das empresas de telefonia. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.43; p.57).

Importa acrescentar: **“a falta de resolutividade das centrais de atendimento das Operadoras não passou despercebido pelo TCU, que detectou a omissão da ANATEL em acompanhar as reclamações feitas nos *call center* das empresas.”** (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.54, grifo nosso).

Relativamente à ANATEL, são muitas as considerações tecidas pela CPI em comento, atribuindo-lhe ineficiência tanto regulatória quanto fiscalizatória.

No comentário do relator, o exemplo:

Cita-se na ineficiência em agilizar as cobranças das multas que aplica às operadoras. Há renovação de outorgas de delegação e autorização dos serviços automaticamente, independentemente do bom ou mau desempenho das Operadoras. E não menos grave, sequer consegue controlar a venda irregular dos bens reversíveis das concessionárias que deveria fiscalizar. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.58).

A CPI vê a ineficiência de gestão da agência como plano secundário. “A questão principal reside no modelo adotado para organização da ANATEL, de independência em relação ao Governo e ao Parlamento.” Desse chamado vício de origem decorrem muitos outros, afetos às agências reguladoras brasileiras³⁷, **incluindo a ANATEL, e que geram “total prejuízo dos usuários do serviço público”**. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.58; p.66-68).

³⁷ Os problemas citados como decorrentes seriam a inevitável proteção das agências reguladoras justamente a quem tem o dever de fiscalizar, também os fenômenos da captura de agentes e o da troca de dirigentes, do âmbito público para o privado. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.58).

A CPI gaúcha disponibiliza farta discussão quanto à fiscalização e regulação exercidas pela ANATEL, que está sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas da União (TCU).³⁸

Cita-se a auditoria iniciada pelo TCU no ano de 2005 cujo intuito foi avaliar a atuação da agência reguladora no que afeta o acompanhamento da qualidade da prestação de serviços de telefonia fixa e móvel. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.69).

Posteriormente o mesmo TCU promoveu, entre 2008 e 2012, acompanhamento dos problemas identificados na auditoria realizada na ANATEL e **verificou que grande parte deles ainda permanecem.** (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.70, grifo nosso).

Os registros da auditoria do TCU, apontados como falhas da fiscalização da ANATEL, afetam diretamente os consumidores dos serviços de telefonia:

Ausência de uma cultura de fiscalização orientada ao usuário do serviço; **estratégias limitadas de acompanhamento da qualidade;** **não monitora a satisfação do cliente;** **depende de dados informados pelas operadoras;** **não fiscaliza** sistemas informatizados de faturamento; **não acompanha dados de atendimento das operadoras** (call center); **amostragem inadequada** nas metodologias para acompanhamento e controle das obrigações das operadoras; **falta de acompanhamento** da resolução dos problemas apontados; **inadequação na divulgação dos indicadores de qualidade.** (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.72-73, grifo nosso).

O documento final da CPI gaúcha menciona o baixo grau de cumprimento, por parte da ANATEL (apenas 27%), quanto às determinações impostas pelo TCU. Nesse sentido, as omissões da Agência se manifestam em desfavor dos usuários. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.75).

Dentre as muitas conclusões citadas pela CPI que atingem os usuários dos serviços de telefonia, algumas estão ao alcance direto da ANATEL, a exemplo de questões relativas a cobranças indevidas, portabilidade, faturas em atraso e assédio moral ao consumidor, entre outras. Entretanto, opina a Comissão: “os esforços da ANATEL são lentos diante da rapidez do mundo real e das relações de consumo que se operam no mercado.” (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p.75).

³⁸ Colaborou com a CPI gaúcha, fornecendo informações relevantes, o depoimento prestado pelo Procurador da República convidado.

4.3.3 CPI da telefonia móvel do Paraná

A CPI instalada pela Assembléia Legislativa paranaense apresenta como conclusões matéria em nada distinta das anteriormente mencionadas pelas CPIs de Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

O Relatório Final apresenta o universo dos consumidores e usuários do serviço de telefonia móvel no Estado do Paraná em abril de 2013: 14.310.174 usuários. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ, 2013).

Conforme exposição, os usuários paranaenses demonstram insatisfação relativa aos serviços prestados pelas operadoras de telefonia móvel. O nível de reprovação da qualidade de atendimento e da qualidade geral do serviço alcançou patamares de 72 e 66 pontos percentuais, respectivamente. Das reclamações efetivadas, 38% se referiram a problemas de sinal, seguido de cobranças indevidas, de qualquer espécie. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ, 2013).

Segundo o relator, as pesquisas de satisfação apresentadas pela ANATEL não são críveis pois a base de dados da informação utilizada pela agência procede das próprias operadoras. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ, 2013).

O documento final se reporta às dificuldades por que passam os PROCONs, pela falta de estrutura e profissionais capacitados no âmbito do direito do consumidor. A deficiência dos PROCONs e o incremento na busca pelos órgãos de defesa do consumidor também tem acarretado insatisfação popular. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ, 2013).

Quanto à ANATEL, no entendimento da CPI, a agência descumpra com sua função precípua de regulamentação, “atuando sempre em polo passivo e prevaricando em suas obrigações.” A conduta da agência pode ser considerada dúbia, pois deixa de fiscalizar as operadoras de telefonia móvel. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ, 2013).

Outra observação qualifica a agência reguladora como conivente e omissa com relação às práticas das operadoras, a exemplo da oferta e/ou propaganda enganosa, vez que permite às operadoras veicular promessas irreais. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ, 2013).

Relativamente à ação fiscalizadora da ANATEL, a CPI relata a existência de omissão e morosidade quanto às ações que envolvem: a) planos de conversão ilimitada; b) oferta de serviços que posteriormente não podem ser entregues; c) plano de internet ilimitada;

d) oferta de tecnologia 4G; e) velocidade de Internet não entregue conforme prometido; f) desinformação de valores cobrados nas tarifas de completamento de chamadas. (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ, 2013).

Em síntese, esses são os pontos trazidos pela CPI paranaense.

Importa salientar que os três Relatórios Finais das CPIs dos Estados sulinos são similares em conteúdo: o comportamento inadequado das operadoras, à margem da normatização, a existência de práticas abusivas e enganosas, a insatisfação e prejuízos dos consumidores, a avalanche de demandas junto aos órgãos de defesa do consumidor e do poder judiciário e o comportamento permissivo e omissivo da ANATEL.

Posteriormente ao evidenciado, cumpre analisar do cabimento (ou não) da reparação dos danos havidos aos consumidores, através da responsabilização da agência reguladora setorial, a ANATEL.

4.4 O DEVER DE (IR)REPARABILIDADE DA ANATEL POSTERIORMENTE ÀS CPIs DA TELEFONIA EM SANTA CATARINA, PARANÁ E NO RIO GRANDE DO SUL

Importa referenciar alguns aspectos essenciais para o tópico em questão, fazendo-se remissão a exposições anteriores deste estudo.

Em 1988, o país recepcionava a nova Constituição Federal, e nela os serviços de telecomunicações, entendidos como públicos, foram reafirmados na sua condição de controle regulamentar e execução pelo Estado.

Passados sete anos do feito, através da Emenda Constitucional n.8/95, rompeu-se o monopólio estatal pertinente às telecomunicações, possibilitando, dessa maneira, que a iniciativa privada viesse a realizar a prestação dos serviços de telecomunicações.

As expectativas do câmbio comportavam a implementação, sobretudo, de melhorias tecnológicas e eficiência para o segmento, cuja capacidade de investimentos do Estado se encontrava muito aquém das necessidades requeridas à época, tanto em serviços quanto em tecnologia.

Todavia, tal feito não desobrigou a União de suas incumbências estabelecidas pela ordem constitucional e tão pouco descaracterizou a condição de serviços públicos, mesmo quando a prestação desses passa à atribuição de entidades concessionárias ou permissionárias, conforme a Constituição Federal em seus artigos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos** existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

E igualmente o art.175 e incisos:

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

Parágrafo único. **A lei disporá sobre:**

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

II - **os direitos dos usuários;**

III - política tarifária;

IV - **a obrigação de manter serviço adequado.** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Em 1997, é sancionada a LGT, marco regulatório básico do setor, que vem reorganizar a organização dos serviços de telecomunicações, visando, entre outros, a manutenção do equilíbrio entre a universalização dos serviços de telecomunicações e o estímulo à competitividade entre os prestadores desses, além de criar um órgão regulador independente para o segmento.

Nesse sentido, a LGT trouxe ampla proteção aos usuários, chamando para o Estado, através do órgão regulador, as funções disciplinares e de fiscalização dos serviços de telecomunicações, entre outras, conforme vislumbrado no art.1º e parágrafo único da norma:

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

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Também demonstrado pelo art.19, inciso VI:

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

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; (BRASIL, 1997, grifo nosso).

A legislação, entre outras atribuições fundamentais, estabeleceu como competência da agência reguladora recém-criada, ANATEL, o exercício da fiscalização das

atividades inerentes aos serviços de telecomunicações, conforme se evidencia no parágrafo único do art. 22 e art. 59, ambos da LGT:

Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

Parágrafo único. Fica vedada a realização por terceiros da fiscalização de competência da Agência, ressalvadas as atividades de apoio.³⁹ (BRASIL, 1997, grifo nosso).

e art. 59:

Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, **vedada a contratação para as atividades de fiscalização**, salvo para as correspondentes atividades de apoio. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Através da Resolução nº73/98, a ANATEL aprova o regulamento dos serviços de telecomunicações, ratificando suas atribuições demonstradas pela LGT:

Art. 5º Compete à Agência, nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, **organizar a exploração dos serviços de telecomunicações**.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o **disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações**, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 1998, grifo nosso).

E normatiza sua função fiscalizatória, através da Resolução nº 596/2012:

Art. 2º A fiscalização é regida pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT), pelo Regulamento e pelo Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por este Regulamento e pela regulamentação específica aplicável aos serviços de telecomunicações, inclusive aos serviços de radiodifusão. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2012, grifo nosso).

Ressaltando especialmente o art.4º, incisos I e II, onde se acompanha:

Art. 4º Compete à Anatel o exercício da fiscalização em relação, especialmente:
I - à prestação dos serviços nos regimes público e privado;
II - aos direitos e garantias dos usuários. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2012, grifo nosso)

³⁹ Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento são adotadas as seguintes definições:

VII - Atividade de apoio à fiscalização: atividades que visem obter, analisar, consolidar ou verificar processos, procedimentos, informações e dados, inclusive por intermédio de sistemas de medição e monitoragem; (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2012).

A ANATEL, ao receber as atribuições de órgão regulamentador das telecomunicações e representante do Poder Público, igualmente recebeu da LGT, em seu art. 2º os seguintes deveres, entre outros:

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

- I - **garantir, a toda a população**, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;
- II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público **em benefício da população brasileira**;
- III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e **propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários**;
- IV - fortalecer o papel regulador do Estado;
- V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo.
- VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Tais dispositivos foram adotados visando lastrear os direitos dos usuários de serviços, possibilitando-lhes, de acordo com o art. 3º da LGT:

- I – acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional**;
- II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;
- III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço;
- IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços**;
- V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;
- VI - à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso;
- VII - à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais;
- VIII - ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;
- IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;
- X - de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço**;
- XI - de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor;
- XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.** (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Em que pesem os comandos legais, interpostos de modo a proporcionar o equilíbrio entre as variáveis universalização dos serviços e competitividade de seus prestadores, o cenário nacional que se desenhou a partir de então no que refere à prestação dos serviços de telecomunicações e à atenção aos direitos dos consumidores tem revelado ineficiência e altíssimos índices de insatisfação, incluindo prejuízos em escalas que afetam as garantias dos usuários.

A informação é corroborada pelos elevados números evidenciados pelos órgãos responsáveis pela defesa dos consumidores e o Poder Judiciário, que juntos passaram a repressar o infindável volume de reclamações.

Aliam-se a eles os resultados colhidos pelas CPIs da telefonia instaladas em boa parte do território nacional e que no presente estudo foram trazidos com relação aos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.

Igualmente soma-se ao apresentado as considerações do representante do Tribunal de Contas da União - TCU, quando do seu comparecimento à CPI da Telefonia no Rio Grande do Sul, cujas principais constatações constam expostas no capítulo anterior e minimamente cumpridas pela ANATEL.

Pelo exposto, questiona-se acerca do dever de reparar tamanho prejuízo porque passaram e passam os usuários dos serviços de telefonia no país, uma vez que a partir da Constituição Federal, art.5º, XXXII, se afirma “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. (BRASIL, 1988).

Das exposições realizadas no trabalho, sobretudo no capítulo anterior, restou claro a adoção da teoria da responsabilização objetiva do Estado e das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, com base no risco administrativo, independentemente do critério culpa e desde que o dano alegado advenha direta ou indiretamente de suas atividades administrativas.

Também já foi mencionado que o exercício dos serviços públicos por concessionárias ou permissionárias por si só não estabelece fator impeditivo à responsabilidade estatal. (JUSTEN FILHO, 2003, p.474).

Centrando a atenção sobre a conduta da ANATEL, é o momento de trazer-se à consideração o dever de indenizar em função de danos gerados pela(s) entidade(s) delegatária(s), motivados por falhas e/ou omissão na atuação fiscalizatória da agência reguladora, como bem evidenciam os Relatórios Finais das CPIs e da própria auditoria realizada pelo TCU, fiscalização essa a qual tem o dever de observar por determinação legal, já demonstrada amplamente.

No entender de Willeman (2011, p.100, grifo nosso),

“o dever de fiscalização do segmento está inserto em todas as legislações que criaram as várias agências reguladoras – de serviços públicos ou não - razão pela qual ousamos afirmar que o eventual dever de indenizar da Agência, oriundo na falha ou ausência de fiscalização do segmento regulado, será regido pela teoria objetiva, inserta no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, com fundamento na teoria do risco administrativo.”

Justen Filho (2003, p.475) manifesta que a conduta fiscalizatória efetivada pelo Estado não é fator excludente ou mesmo atenuante da responsabilidade do concessionário. Tão pouco afasta a responsabilidade subsidiária estatal.

Complementando,

A fiscalização relaciona-se com o poder-dever do Estado de acompanhar a atuação do concessionário, não apenas com a continuidade e eficiência dos serviços, mas também se orienta a assegurar a solvência e idoneidade do concessionário. Afinal, perante o usuário, o concessionário atua como se fosse o Estado. (JUSTEN FILHO, 2003, p.475, grifo nosso).

Nesse sentido, em sendo a fiscalização um poder-dever do Estado, como se refere Justen Filho, a ação omissiva da ANATEL, pode ser classificada como específica: “a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.268).

Willeman (2011, p.34, grifo nosso) corrobora:

[...] **a omissão específica**, ao contrário da omissão genérica, **pressupõe um dever específico de agir do Estado**, que, se assim não o faz, **dá causa direta e imediata ao dano sofrido em decorrência da omissão. Exemplo** que se pode citar é **a omissão do dever de fiscalização pela agência reguladora dos serviços públicos descentralizados para execução por particulares.**

Sinteticamente, a lição de Cavalieri Filho (2012, p.269, grifo nosso): “[...] **Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração que o dano decorreu da sua omissão.**”

Em outras palavras, o Estado é chamado a responder, vez que diante do **dever que lhe foi atribuído legalmente**, apresentou-se omissivo, possibilitando a ocorrência do dano e consequentemente a obrigação de indenizar.

Lucas Rocha Furtado, (2010, p.599, grifo nosso), Procurador Geral do Tribunal de Contas da União expõe:

[...] **Admitimos, todavia, responsabilidade direta do poder público** caso ele não cumpra suas obrigações (Lei nº 8.987/95, art. 29)⁴⁰, sendo, por exemplo, **omisso no dever de zelar pela qualidade do serviço prestado. Uma das principais obrigações do poder concedente é a de fiscalizar o concessionário**, devendo inclusive, intervir na concessão a fim de garantir a qualidade do serviço prestado. Se da ação ou omissão do poder público resultar prejuízo a particular, o poder público deve ser chamado a responder nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

⁴⁰ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação (BRASIL,1995).

Reforça o jurista:

A responsabilidade do Estado (concedente) deve ser questionada **nas hipóteses em que ele tenha falhado no desempenho do dever básico que a lei lhe impõe: o dever de fiscalizar a prestação do serviço**. Se o delegatário do serviço público presta serviços sem atender às condições técnicas ou materiais minimamente necessárias à prestação do serviço adequado (Lei nº 8.987/95, art. 6º)⁴¹, **resta evidente a falha ou falta de fiscalização. Nestas situações o poder público concedente deve ser responsabilizado. (FURTADO, 2010, p.1069-1070).**

O professor Gustavo Tepedino (2001, p.197), faz distinta leitura dos serviços públicos, sob a ótica do CDC, tratando-os como relação de consumo. Se a vítima dos danos originados dos serviços prestados pelo ente público ou pela iniciativa privada for o consumidor final ou equiparado⁴², ser-lhe-á dispensado o tratamento dos acidentes de consumo, cabendo solidariedade aos diversos entes (Estado e iniciativa privada) que se apresentem como fornecedores dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pela atividade estatal.

Apresentadas as ponderações doutrinárias, faz-se menção à decisão do Superior Tribunal de Justiça- STJ, Recurso Especial nº 984.005 – PE (2007; 0219015-0), mantendo posicionamento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (PE), que condena as prestadoras dos serviços de telefonia móvel no Estado de Pernambuco pela prática de tratamento discriminatório dado a consumidores dos serviços. Igualmente condena a ANATEL, por indiferença no seu dever de fiscalizar e omissão relativamente às punições cometidas pelas entidades concessionárias. A decisão mencionada estará disponibilizada em anexo.

Nesse sentido, parecem avançar da mesma forma doutrina e jurisprudência diante da responsabilização do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, sob delegação, pelos danos significativos provocados a uma vasta parcela de usuários (consumidores) dos serviços públicos de telefonia.

Entende-se, pois, quanto ao observado da ANATEL, que existe o dever de reparar por parte da agência reguladora, fundamentado na teoria da responsabilidade objetiva do Estado, decorrente da omissão específica dos seus deveres de fiscalização.

⁴¹ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

⁴² Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. (BRASIL, 1990).

5 CONCLUSÕES

A importância atribuída à matéria da responsabilidade civil ganha significado cada vez mais amplo, haja vista a gama de aplicações desse instituto jurídico e o dinamismo com que responde aos câmbios e necessidades sociais.

O tema, procedente do Direito Romano, concebido inicialmente em função de conflitos societários, na atualidade caracteriza-se por buscar a reparação de danos de forma mais frequente e diversa, o que tem respaldado o crescimento de sua utilização, conforme refletem as doutrinas e decisões jurisprudenciais.

Tratando-se do ente estatal, pelas particularidades jurídicas que sua posição encerra, o instituto adquire configuração mais ampla do que a atribuída à esfera privada.

No presente estudo buscou-se analisar a responsabilidade civil da ANATEL, agência reguladora do segmento das telecomunicações brasileiras, posteriormente à instalação de várias CPIs da telefonia, entre elas em Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.

A prestação de serviços de telefonia no país representa a maior incidência entre as reclamações formalizadas pelos usuários (consumidores) brasileiros.

Questões envolvendo preços, reajustes e vícios na prestação desses serviços, entre outros, reforçam os registros dos órgãos de defesa do consumidor e tribunais brasileiros, evidenciando a existência de um relacionamento desequilibrado entre as partes, obrigando constantemente o Estado a intervir, através de legislação protetiva e do Poder Judiciário.

Diante do apresentado, é inevitável o questionamento: Qual a responsabilidade civil do ANATEL frente à problemática que ora se apresenta e perdura com relação à prestação dos serviços de telefonia, mesmo que realizados por delegatários, uma vez que é patente o prejuízo sofrido pelos incontáveis consumidores?

Nesse sentido a pesquisa em tela objetivou e levou a cabo a análise da responsabilidade civil da ANATEL, a partir das CPIs da Telefonia nos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, considerando-se a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei Geral das Telecomunicações e Resoluções internas da agência reguladora.

Inicialmente, buscou-se conhecer o cenário das telecomunicações no país, abrangendo seu aspecto evolutivo, estrutural e regulatório, culminando com a apresentação dos serviços de telecomunicações e respectivos regimes jurídicos.

Ato contínuo, analisou-se o instituto da responsabilidade civil do Estado, considerando-se suas origens teóricas, a atribuição constitucional, o sistema jurídico

brasileiro, a pretensão ressarcitória, as causas excludentes de responsabilização. Como fecho capitular, discorreu-se sobre a responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Por último, analisou-se o cabimento da responsabilização civil da ANATEL, como ente público e órgão regulador, a partir do contexto demonstrado nos Relatórios Finais das CPIs.

O desenvolvimento das mencionadas etapas tornou possível conhecer com proximidade o cenário real da atual prestação de serviços públicos de telefonia no país, permitindo inferir com maior precisão acerca da atividade.

Os propalados progressos em tecnologia e eficiência, aliados à implementação de investimentos setoriais para melhoria dos serviços, fatores esses que impulsionaram o Estado a promover reformulações no segmento, demonstram incompatibilidade com o estágio de desenvolvimento do país, não se verificando adequação aos níveis de exigência e satisfação dos usuários (consumidores).

Em que pese todo o arcabouço legislativo que ampara o usuário (consumidor), a realidade revela a sua fragilização enquanto contratante, seja pela existência de poderes desiguais entre as partes, seja pela desatenção/omissão na fiscalização tanto dos prestadores de serviços quanto da ANATEL relativamente às atividades exercidas e às exigências da própria legislação, representada pelos comandos constitucionais, pelo CDC e normas do setor de telecomunicações.

A atuação da agência reguladora ANATEL demonstra estar em desacordo com a finalidade de sua criação e competências que lhe são atribuídas, principalmente no que tange à repressão, controle e prevenção das infrações aos direitos dos consumidores e da ordem setorial.

A omissão no cumprimento dos deveres de fiscalização, disciplinamento e regulação por parte da ANATEL, apontada documentalmente pelas CPIs examinadas e igualmente pela auditoria do Tribunal de Conta da União apresenta-se em sentido totalmente oposto aos comandos legais estabelecidos pela Constituição Federal, pela LGT, pela normatização do segmento e interesses dos usuários (consumidores) dos serviços, promovendo recorrentes prejuízos aos mesmos, externados pelos órgãos de defesa afins e pelo Poder judiciário.

Isso posto, com o intuito de restaurar o equilíbrio patrimonial e/ou moral ofendido dos usuários (consumidores) dos serviços de telefonia, conclui-se pela possibilidade de atribuição de responsabilidade civil e conseqüente obrigação de indenizar à ANATEL, com

fundamento na teoria objetiva de responsabilização do ente estatal, por omissão específica quanto aos seus deveres de fiscalização.

Desse modo, entende-se pelo atendimento não só dos princípios fundamentais do instituto da responsabilidade civil como também do sentido de igualdade, diretriz que norteia a Constituição Federal brasileira.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução n. 426, de 9 de dezembro de 2005**. Aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado –STFC. Disponível em:<<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2005/7-resolucao-426>> Acesso em: 08 out. 2014

_____. **Resolução n. 73, de 25 de novembro de 1998**. Aprova o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações. Disponível em:<<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/1998/34-resolucao-73>> Acesso em: 29 set. 2014.

_____. **Resolução n. 596, de 06 de agosto de 2012**. Aprova o Regulamento de Fiscalização. Disponível em:< <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/308-resolucao-596>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

_____. **Resolução n. 612, de 29 de abril de 2013**. Aprova o Regimento Interno da ANATEL. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612#tituloVIIIcapIVsecaoIII>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

_____. **Sobre a ANATEL**. Disponível em:< <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.dov> >. Acesso em: 25 set. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Agências reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras>>. Acesso em: 29 set.2014.

BELLO, Paola. Sob pressão telefonia na mira do legislativo. **Diário Catarinense**, Florianópolis, 24 abr. 2013. Reportagem especial, p.4-5.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ:1937. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 18 maio 2015.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ:1946. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 maio 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

_____. **Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997**. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/decretos/3-decreto-2338>>. Acesso em: 08 out. 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm> Acesso em: 26 maio 2015.

_____. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 05 maio 2015.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 08 out. 2014.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 174 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. **Lei Geral das Telecomunicações**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 out. 2014.

_____. Ministério das Comunicações. **História da Telefonia**. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/acoes-e-programas/redes-digitais-da-cidadania/44-historia-das-comunicacoes/22463-historia-da-telefonias>>. Acesso em: 12 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.038.735 - MG (2008/0053214-0), Marcilene Caetano da Silva. Relator: Min. Herman Benjamin Brasília, DF, 18 de junho de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=894722&nreg=200800532140&dt=20090827&formato=HTML>>. Acesso em: 09 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário/ DF nº 571.969, : VARIG S/A - Viação Aérea Rio-Grandense. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 12 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28responsabilidade+civil+do+estado%2C+com+base+no+risco+administrativo%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q5umkat>>. Acesso em: 09 maio 2015.

BÜHRING, Márcia Andrea. **Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. aument. e rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Cibele Fernandes. **Serviços de Telecomunicações: Regime Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23.ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESCOBAR, J.C.Mariense. **Serviços de Telecomunicações – Aspectos Jurídicos e Regulatórios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed.revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 2.ed. São Paulo, Atlas, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUERRA, Sérgio. A responsabilidade Civil das Agências Reguladoras Independentes. In: VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra (Org.). **Responsabilidade Civil Empresarial e da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p 301- 356.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. ver.atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise Renée. **Telecomunicações – Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Regulação Setorial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Marcus A. **Do telégrafo à internet**. O histórico da legislação das comunicações no Brasil. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001486793471a32aa467d&docguid=I5fbaca300cad11e4b6e3010000000000&hitguid=I5fbaca300cad11e4b6e3010000000000&spos=1&epos=1&td=427&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 set. 2014.

MARTINS, Plínio Lacerda. A proteção do Consumidor nos Contratos de Telefonia Móvel e Fixa e a Interpretação Jurisprudencial. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v.12, nº48, p.175-201, out/dez.2009. Disponível em

<http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista48/Revista48_175.pdf>. Acesso em: 05 jun.2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15 Ed. ref., ampl. e até a Emenda Constitucional 39, de 19.12.2002. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

PAES, Jacqueline. **Responsabilidade Solidária e Subsidiária**. Disponível em <<http://jacquelinepaes.blogspot.com.br/2009/08/responsabilidade-solidaria-e.html>>. Acesso em: 30 maio 2015.

PARANÁ. Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. **Relatório Final da CPI da Telefonia Móvel no Paraná**. Disponível em <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/comissoes/comissoes_temporarias/cpis>. Acesso em: 20 maio 2015.

PISETTA, Francieli. **Responsabilidade Civil das Prestadoras de Serviço Público: Um enfoque sobre o não usuário**. São Paulo: LTr, 2013.

PRADO, Fred John Santana. **A holding como modalidade de planejamento patrimonial da pessoa física no Brasil**. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/18605/a-holding-como-modalidade-de-planejamento-patrimonial-da-pessoa-fisica-no-brasil>>. Acesso em: 30 maio 2015.

PROGRAMA ESTADUAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE SANTA CATARINA. **Cadastro de reclamações**. Disponível em: <<http://www.procon.sc.gov.br/index.php/artigos-procons-municipais/94-cadastro-de-reclamacoes/153-cadastro-de-reclamacoes>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Relatório Final da CPI da Telefonia**. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_telefonia/RF_telefonia.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.

SANTA CATARINA. Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. **Relatório Final da CPI da Telefonia Móvel em Santa Catarina**. Disponível em <<http://www.alesc.sc.gov.br/portal/downloads/relatorio-final-cpi-telefonia.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

SOARES, Renzo Gama. **Responsabilidade Civil Objetiva: pressupostos e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A. **A Telebras e a Evolução das Telecomunicações**. Disponível em: <http://www.telebras.com.br/inst/?page_id=41> Acesso em: 02 set. 2014.

TELECOMUNICAÇÕES. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: O dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro : Editora Nova Fronteira, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOURINHO, Rita. Terceiro setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 24, p.1-20, dez/fev. 2011 Disponível em < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-RITA-TOURINHO.PDF>> Acesso em: 26 maio 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VERGARA, Sylvia Constant. **Métodos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1998.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. Apresentação. In VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra (Coord.). **Responsabilidade Civil Empresarial e da Administração Pública**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2004. p.xiii.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil: Direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WILLEMANN, FLÁVIO DE ARAÚJO. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. 2.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANEXOS

ANEXO A – CPI DA TELEFONIA SANTA CATARINA

5 – Conclusões

Inicialmente, importante destacar que os trabalhos da CPI foram guiados pelo propósito de investigar as causas da péssima qualidade do serviço de telefonia móvel prestado no Estado de Santa Catarina. As investigações permitiram observar, com facilidade, o desrespeito às normas de consumo, a fragilidade do aparato de regulação e de fiscalização, de responsabilidade da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a inconsistência dos argumentos apresentados pelos representantes das operadoras, porém, ficou constatado que todas as empresas de telefonia estavam dispostas a colaborar com a CPI, no sentido de melhorar a prestação de serviços.

Assim sendo, a metodologia do trabalho desta CPI, representada por esses três vetores, já devidamente demonstrados, alcançou conclusões importantes, ao passo que restaram identificados alguns dos problemas principais que deram origem à deficiência do serviço prestado, bem como as providências que devem ser tomadas, imediatamente, a fim de sanar as irregularidades apontadas pela CPI.

5.1 – Precariedade na prestação de serviços oferecidos pelas empresas de telefonia móvel atuantes do Estado de Santa Catarina.

Nas audiências públicas realizadas pela ALESC, no ano de 2012, contou-se o quanto é precário o sistema de telefonia móvel no Estado, pois vários municípios vizinhos das margens das Rodovias Federais, principalmente, na região Oeste de Santa Catarina, não têm qualquer sinal de telefonia.

No mesmo sentido, as manifestações que foram colhidas pelas Câmaras de Vereadores, além da oitiva de várias instituições que estiveram presentes nas reuniões da CPI, confirmaram a má prestação de serviço oferecido pelas operadoras de telefonia móvel.

Os PROCONs apresentaram, de maneira transparente, as dificuldades enfrentadas pelos consumidores dos serviços de telefonia móvel em face do mau atendimento efetuado pelos *calls centers* das operadoras, a falta de cobertura, a queda frequente de sinal, bem como a cobrança indevida, que são problemas corriqueiros.

Ainda, levantamento efetuado pelos PROCONs no Estado revela que as reclamações sobre a telefonia móvel ocupam o primeiro lugar no ranking, em média 70% dos atendimentos dos PROCONs são referentes a problemas com serviços de telefonia (fls. 803).

Em seguida, ficou constatada na pesquisa de satisfação realizada pela ALESC (fls 3868), que 90,92% das pessoas estão insatisfeitas com os serviços prestados por sua operadora de telefonia móvel e 91,25% dos clientes informaram que as Operadoras não resolvem os problemas apresentados.

O elevado número de reclamações é verificado também pelo Judiciário Catarinense, sendo que as ações nos Juizados Especiais Cíveis e nas Varas da Fazenda Pública relacionados aos processos contra operadoras são elevados, conforme demonstra a Planilha elaborada com base em relatórios estatísticos, gerados nos dias 3 e 4 de julho de 2013 pelo Sistema de Automação do TJ/SC, sobre o total de processos distribuídos a respeito da telefonia móvel (fls.504/505).

Por outro lado, constatou-se que durante os últimos anos comemorou-se a expansão do serviço de telefonia móvel, a diminuição dos preços praticados, tornando o serviço acessível a todos os brasileiros, independente de classe econômica.

Evidente que as operadoras, para atrair novos clientes, passaram a fazer uso de ferramentas promocionais, em campanhas publicitárias nos meios de comunicações.

Com efeito, o resultado da demanda nas vendas de chips habilitados em todo Estado aumentou, o que tem comprometido sobremaneira a qualidade dos serviços. Isso porque, embora os equipamentos das empresas comportem novas linhas, as antenas de transmissão responsáveis pelo sinal estão com a capacidade absolutamente comprometida.

Quanto ao atendimento ao consumidor, identificou-se o descompromisso das operadoras em oferecer estrutura compatível com o número de clientes. O atendimento realizado via telefone compromete a qualidade do serviço e impossibilita a resolutividade dos problemas, uma vez que os atendentes não possuem a devida competência técnica para decidir sobre as questões que se apresentam.

Há, portanto, uma prática irregular de se eternizar ligações, torná-las cansativas, até o cliente já não suportar mais levar adiante as suas queixas.

Assim, deduz-se, de maneira muito objetiva, que o aumento dos clientes aliado à falta de planejamento e de investimento nas redes transmissoras das operadoras é a principal razão da má qualidade do serviço de telefonia móvel no Estado de Santa Catarina, agravado pela flagrante ineficiência da ANATEL, que não possui recursos humanos e materiais para cumprir sua missão de fiscalizadora e reguladora.

No que se refere às Operadoras de Telefonia Móvel, todas declararam na CPI que devem fazer novos investimentos nos próximos anos, visando ampliar a capacidade de transmissão, instalar novas antenas e novos sites, além de melhorar a resolutividade das reclamações apresentadas pelos consumidores.

Dessa forma, ficou evidenciada a necessidade de um novo marco regulatório no País sobre telecomunicações, para que se deem condições às operadoras de fazerem novos

investimentos na telefonia no Brasil, sem a legislação restritiva quanto ao licenciamento de instalação de novas antenas nos órgãos ambientais, hoje exigido.

No entanto, conforme a natureza e relevância do serviço que está sendo explorado, por meio de autorização pública, impõe-se que as Operadoras cumpram a lei e que, no mínimo, assumam uma postura mais social e economicamente responsável, comprometida com o desenvolvimento do Estado e com uma melhor qualidade de vida das pessoas.

No transcurso das investigações, deparou-se com irregularidades, reclamações e denúncias já devidamente apontadas neste relatório, o que ensejou atitudes saneadoras efetivas por parte da CPI, impondo às Operadoras de Telefonia Móvel pactuar um **Termo de Compromisso**.

Esta CPI entende que o compromisso das Operadoras, em cumprimento ao Termo acordado, acostado neste Relatório, deve ser encarado como medida alternativa para resolução emergencial dos problemas constatados, sendo que o seu total cumprimento, por parte das operadoras de telefonia móvel atuantes no âmbito de Santa Catarina, exime-as das cominações criminais, visto que a maioria das constatações de irregularidades são de natureza civil, motivadas pelo crescimento desordenado da demanda por telefonia celular, situação que ocasionou impropriedades na prestação deste serviço.

A CPI entende que, a hipótese de descumprimento, por parte das operadoras, de qualquer dos termos de compromisso firmados, habilita o Ministério Público de Santa Catarina a tomar as respectivas medidas para a responsabilização civil e criminal desses agentes.

Ainda, importante esclarecer que, quando encerrados os trabalhos desta Comissão, os resultados desse acordo serão encaminhados à Comissão de Direitos Humanos da ALESC, responsável pelas relações de consumo e medidas de defesa do consumidor (art. 76, inciso XXIII, do Regimento Interno da ALESC), que irá fiscalizar o cumprimento das cláusulas conveniadas.

Como já foi dito, é dever das Operadoras prestarem serviços de telecomunicações adequados, com qualidade e de forma contínua, como determina o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, as quais devem empreender seriedade para obtenção de qualidade na prestação de serviços. Nesse sentido, o referido instrumento de compromisso servirá para que as Operadoras de Telefonia Móvel promovam ajustamento de suas condutas, visto o elevado número de reclamações aferido pela CPI.

5.2 - A problemática do licenciamento ambiental para instalação de antenas

Dentre os argumentos apresentados pelas Operadoras de telefonia, verificou-se como pertinente a dificuldade que existe em algumas cidades, principalmente da Região



Metropolitana, no que diz respeito às instalações de seus equipamentos e antenas, que são limitadas pelas legislações municipais.

Registra-se que as empresas enviaram à CPI o relatório de novos pedidos de instalações de antenas no Estado.

Não se entende, todavia, esse fato como determinante das irregularidades praticadas pelas Operadoras, porquanto estas devem cumprir a lei e procurar alternativas para que seja oferecido o serviço com qualidade. Tal fato, contudo, não pode ser desprezado, considerando que as limitações impostas pela municipalidade podem interferir na oferta do serviço.

A CPI apoia a modificação da Lei Geral das Telecomunicações para garantia de uma melhoria na prestação de serviço de telefonia, pois o texto sancionado em 1997 não acompanhou o avanço tecnológico que culminou com o crescimento da telefonia móvel, gerando falhas na legislação. ??

Com o andamento da CPI da Telefonia Móvel, os Membros da Comissão já tinham conhecimento de que as Operadoras de telefonia móvel enfrentavam dificuldades para a instalação de antenas, em razão da discrepância entre leis municipais, situação que promove o emperramento dos processos de instalação de antenas, devido aos mais diversos motivos, constatando-se a existência de diversos tipos de empecilhos para implantação de infraestrutura de redes de telefonia móvel.

Dessa forma, ficou constatado que se deve, com urgência, alterar a Lei Geral de Telecomunicação no Congresso Nacional, bem como ser revista a legislação estadual para a instalação de antenas em Santa Catarina, de acordo com as informações relatadas nesta CPI pelo Presidente da FATMA, o que facilitará novas instalações de antenas, ao se desburocratizar o processo de licenciamento ambiental.

Nesse sentido, conclui-se como fundamental o apoio à proposta da UNALE em firmar um grande "PACTO NACIONAL DE ANTENAS", proposição que tramita no Congresso Nacional.

No que tange à legislação estadual sobre o assunto, a CPI identificou a dificuldade enfrentada pelas Operadoras de telefonia móvel para realizarem ampliações de rede, ocasionando diversos prejuízos à qualidade dos serviços e, em consequência disso, gerando problemas aos consumidores, principalmente de queda de sinal e falhas nas ligações.

A Comissão Parlamentar de Inquérito, no intuito de dirimir as dificuldades enfrentadas, propõe ao Senhor Governador do Estado, de modo especial à FATMA, o encaminhamento para ALESC de proposição legislativa que vise alterar a legislação ambiental para dar celeridade ao processo de licenciamento de instalação de novas antenas.



5.3 O Papel fiscalizador da ANATEL

Com objetivo de obter o conhecimento real a respeito dos serviços de telefonia móvel, havia a expectativa em relação ao papel da Agência Reguladora responsável pelo controle da atividade. Dessa forma, a CPI insistiu na participação da ANATEL, convidando o representante para colaborar com os trabalhos da Comissão.

Em suas intervenções perante a CPI, a ANATEL demonstrou a dificuldade em desempenhar suas funções, haja vista a ausência de recursos técnicos e de pessoal em seu quadro.

O trabalho da Agência Reguladora é considerado, na prática, de pouquíssima eficiência. Sua inércia estimula o desrespeito por parte das operadoras, diante de métodos de fiscalização absolutamente ineficientes, o que finda por promover a blindagem dessas empresas frente à sociedade, que acaba padecendo com o mau serviço prestado.

As inúmeras reclamações refletem o que a CPI tem demonstrado quanto à falta de fiscalização da Anatel sobre as operadoras de telefonia móvel em Santa Catarina, conseqüentemente tem ocasionado uma grande demanda de reclamações para os PROCONs solucionarem, conforme relatou a Diretora do PROCON/SC (fl.432).

Ainda, lembrou a referida Diretora que no Estado de Santa Catarina são 295 Municípios, enquanto em apenas 69 existem PROCONs (fls. 432).

Como já foi relatado pela CPI, o elevado número de reclamações é verificado, também, pelo Judiciário Catarinense, sendo que as ações nos Juizados Especiais Cíveis e nas Varas da Fazenda Pública relacionados com processos contra operadoras são elevados, conforme demonstra a Planilha elaborada com base em relatórios estatísticos, gerados nos dias 3 e 4 de julho de 2013 pelo Sistema de Automação do TJ/SC, sobre o total de processos distribuídos a respeito da telefonia móvel (fls.504/505).

A falta de uma superintendência da ANATEL no Estado de Santa Catarina compromete a fiscalização do serviço de telefonia celular. Segundo afirmou a Diretora do PROCON/SC (fl. 432), “a ANATEL é um órgão fiscalizador, é a Agência Reguladora Nacional de Telecomunicações. A Agência expede normas, faz os editais de permissão e concessão, e, como órgão fiscalizador, em Santa Catarina não temos uma superintendência da Agência (...). Todas as queixas sobre os problemas de sinal recaem sobre os PROCONs, que não têm condições técnicas de verificar a qualidade do sinal, algo que é de responsabilidade da Anatel”.

Diante disso, a CPI, sugere a ALESC o encaminhamento de uma INDICAÇÃO ao Ministério das Comunicações, solicitando a instalação urgente de um escritório da ANATEL no Estado de Santa Catarina para fiscalizar com rigor a prestação de serviços de telecomunicações.

ANEXO B – CPI DA TELEFONIA PARANÁ

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ
3ª Sessão Legislativa - 17ª Legislatura



2013

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO
DA TELEFONIA MÓVEL

Presidente: Deputado Leonaldo Paranhos; Vice Presidente: Deputado Professor Lemos
Relator: Deputado Nereu Moura; Relator Adjunto: Deputado Gilberto Martin;
Membros Efetivos: Deputado Luiz Carlos Martins;
Deputado Bernardo Ribas Carli; Deputado Roberto Acioll.

6 – Das Conclusões.

A Comissão Parlamentar de Inquérito da Telefonia Móvel, entende que cumpriu sua missão e, diferentemente das conclusões de outras CPIs anteriores, procurou ultimar suas conclusões não somente em um documento relatorial, e sim procurou promover ações resolutivas, em benefício da população, do Estado, dos consumidores e também em benefício da atividade das operadoras.

No transcurso das investigações, deparou-se com irregularidades, reclamações e denúncias, transformando estes elementos em atitudes saneadoras efetivas, impondo um Termo de Ajustamento de Conduta, que unido às conclusões abaixo expostas, redundou em:

- Aferição do grau de satisfação dos consumidores;
- Identificação da problemática geradora da insatisfação;
- Imediata resolutividade das reclamações recebidas pela CPI;
- Instalação de Mutirão para amplo atendimento dos consumidores no âmbito territorial do Paraná;
- Melhoria dos Serviços de Atendimento ao Consumidor, com disponibilização de histórico sequencial de protocolos aos reclamantes;
- Instalação de novos canais de atendimento aos consumidores, para recepção de reclamações, como Correios, via *chat online e e-mail*;

- Instituição do PROCON Assembleia, que transforma os gabinetes parlamentares em canais de recepção das demandas dos consumidores paranaenses;
- Proposição de um "PACTO ESTADUAL DE ANTENAS", para incentivar e viabilizar a ampliação da infraestrutura da rede de telefonia móvel existente, estabelecendo uma mesma linguagem legislativa dentre os Municípios do Paraná;
- Solicitação de manifestação da Representação Brasileira no Parlamento do MERCOSUL, objetivando a harmonia entre as Prestadoras do Serviço Móvel Pessoal, no que se refere o serviço de *roaming*, no âmbito do MERCOSUL.

Nesse sentido, passamos então a apresentar, pormenorizadamente, as Conclusões desta Comissão Parlamentar de Inquérito.

6.1. – Conclusão Número 01:

"Os consumidores usuários do Serviço Móvel Pessoal (SMP) no âmbito territorial do Estado do Paraná, segundo dados da Anatel do mês de Abril, são cerca de 14.310.174 de usuários, e conforme resultado de amostragem coletada pela CPI, demonstraram insatisfação com os serviços prestados pelas operadoras de telefonia móvel."

O fato determinado a apurar por meio de inquérito pela unanimidade dos Parlamentares desta Assembleia Legislativa, sinteticamente expresso no Ato do Presidente Nº 20/2012, tem a finalidade de *"investigar e fiscalizar a baixa qualidade do serviço e as sucessivas quedas de sinal das empresas de telefonia móvel no Estado do Paraná"*. Para tanto, após intensas diligências nos Municípios mais populosos, com maior concentração de usuários, que foram realizadas por meio de Unidade Móvel, procedimentos integralmente apresentados nos itens 3.2 a 3.15, deste Relatório, foram obtidos os seguintes resultados:

Distribuição das Reclamações dentre as Operadoras:

Operadora



6.2 – Conclusão Número 02:

“Os resultados demonstrados nas Conclusões do Item 6.1, (insatisfação do consumidor), ocorrem em virtude da falta de investimentos no Paraná, que acompanhem o crescimento do número de usuários.”

Há falta de Estações Rádio Base (ERBs), como bem demonstrado nos itens 3.2 a 3.15 deste Relatório, onde ficou conotado o elevado índice de Habitantes por ERB, em todos os Municípios percorridos pela Unidade Móvel da CPI e suas Regiões de abrangência.

Vale ressaltar que, segundo o Deputado Federal (SP) Reinaldo Nogueira, as empresas de telefonia móvel tem faturamento anual superior a R\$ 287 bilhões (<http://www.youtube.com/watch?v=VhiCprbevE>), sendo que os dados apresentados por empresa de consultoria privada (<http://www.teleco.com.br/opcelular1.asp>) também corroboram nesse sentido, observa-se:

Receita Líquida do Celular

R\$ Milhões	1T12	2T12	3T12	4T12	1T13	ΔTrim	ΔAno
Vivo	5.106	5.128	5.341	5.823	5.636	(3,2%)	10,4%
TIM	4.187	4.269	4.495	4.821	4.515	(6,4%)	7,8%
Oi	2.964	3.161	3.338	3.344	3.185	(4,8%)	7,5%
Claro	3.255	3.137	3.095	3.273	3.148	(3,8%)	(3,3%)

Nota: Receitas da Vivo não inclui receitas de interconexão da Vivo Fixo, ao contrário das demais operadoras. Receita da Claro não inclui longa distância e a soma da receita líquida de serviços e de aparelhos apresenta diferenças em relação à receita líquida total.

Receita Líquida de Serviços

R\$ Milhões	1T12	2T12	3T12	4T12	1T13
Vivo	4.924	4.960	5.078	5.474	5.271
TIM	3.734	3.706	3.873	4.116	3.891
Oi	2.939	3.027	3.203	3.149	3.037
Claro	3.057	2.914	2.904	2.995	2.936

Receita Líquida de Aparelhos

R\$ Milhões	1T12	2T12	3T12	4T12	1T13
Vivo	181	169	263	349	366
TIM	453	563	622	706	624
Oi	25	134	135	195	148
Claro	194	223	192	272	211

Tendo em vista o acima apresentado, e segundo a revista Exame da Editora Abril, em seu portal digital, a operadora TIM "prevê" investimentos de apenas R\$ 10,7 bilhões compreendidos entre os anos de 2013 e 2015. No ano de 2012, a operadora investiu R\$ 3,4 bilhões, o que demonstra a discrepância entre os valores de faturamento líquido e de investimentos diretos.

Segundo dados do jornal Valor Econômico, a operadora Oi contabilizou uma receita líquida de R\$27,5 bilhões no ano de 2012, receita oriunda somente da venda de serviços. As cifras aqui apresentadas se distanciam exponencialmente do previsto pelo Ministro das Telecomunicações, Paulo Bernardo, o qual afirma que para a melhoria do serviço de telefonia móvel as empresas deveriam investir R\$25 bilhões ao ano, conforme matéria veiculada em edição *online* do Correio Braziliense, observa-se:

"O ministro das Comunicações, Paulo Bernardo, reconheceu ontem (30/5) que as operadoras de telefonia e internet precisam investir mais para melhorar a qualidade dos serviços prestados. Durante audiência pública na Câmara, ele informou que o setor requer investimento anual de R\$ 24 bilhões a R\$ 25 bilhões, ante a média de R\$ 17 bilhões dos últimos anos.

Paulo Bernardo assegurou que o setor é uma prioridade de governo, sendo uma prova disso as novas exigências e a redução de impostos para favorecer a expansão da infraestrutura. ["O setor precisa aumentar investimentos como um todo..."]

(Correio Braziliense – 30/05/2012)

Diante das informações acima expostas, e das sintéticas informações enviadas pelas operadoras Tim e Claro, em cumprimento às determinações do Termo de

☒ telefonia móvel, somando-se a isto o fato de que, como agência "reguladora", não deve se posicionar sempre em polo passivo, tendo em vista que a mesma também está enquadrada no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 22.

"Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, **eficientes**, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. (grifo nosso)

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código."

☒ Acrescenta-se que, as pesquisas de satisfação apresentadas pela Anatel, são dubitáveis tendo em vista que os dados das pesquisas são realizados e remetidos pelas próprias operadoras. Arelado a isso, o fato de que as pesquisas disponibilizadas pelo sítio eletrônico da Anatel, em sua maioria, dizem respeito somente ao nível de "Satisfação" dos usuários e não de "Insatisfação", o que de fato interessa para a população consumidora usuária deste serviço.

☒ *Importante salientar que, no entendimento desta CPI, a Anatel é conivente e omissa nos casos de oferta e publicidade falsa ou enganosa, visto que permite a veiculação por parte das operadoras, de promessas que não podem ser cumpridas, saliente-se que no polo ativo de ações judiciais, figuram na maioria das vezes o Ministério Público, as Associações Civas de Defesa do Consumidor e também, o PROCON (<http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2013-06-05/operadora-oi-e-condenada-pela-justica-por-propaganda-enganosa>), e não a Anatel, em descumprimento de sua função.*

☒ Detectamos também omissão e morosidade na iniciativa de fiscalização, em especial nos seguintes casos:

- Planos de conversação ilimitada;
- Oferta de serviços que posteriormente não podem ser entregues;
- Plano de Internet ilimitada;
- Oferta de Tecnologia 4G;
- Velocidade de Internet não entregue conforme prometido;
- Desinformação de valores cobrados nas tarifas de completamento de chamadas; neste tocante enfatiza-se que recentemente operadora foi condenada pela Justiça

Ajustamento de Conduta, que solicitou apazadamente a apresentação de plano de investimentos e melhorias no âmbito territorial do Estado do Paraná, temos a concluir que tais intenções de investimentos, não contemplam as necessidades de implantação de novas antenas para cobertura das áreas hoje descobertas, assim como também não contemplam a necessidade de melhoria dos serviços prestados, não só diretamente no que tange ao sinal, mas também ao atendimento dos consumidores, principalmente nos serviços de teleatendimento (*call-centers*), além de outros canais tão necessários à contemplação dos interesses dos usuários.

Assim sendo, conclui-se também que as operadoras têm que objetivar a inserção de quantidade de antenas, até que se atinja a meta de no máximo 1000 usuários por antena.

Para que a meta supracitada seja atingida, entende-se necessária a aprovação de indicação legislativa, apoiada pela unanimidade dos parlamentares da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, assim como também, de aprovação de requerimento de Plenário, ambos solicitando a imediata intervenção do Ministério das Telecomunicações, no sentido do estabelecimento legislativo de tais limites, ou como medida saneadora, o envio de cópia do presente Relatório à Comissão de Legislação Participativa do Congresso Nacional, objetivando que esta tome a iniciativa legislativa de alteração da "Lei Geral das Telecomunicações", com vistas à imposição de regra limitando o número de usuários por antena instalada.

6.3 – Conclusão Número 03:

"A ANATEL não cumpre com sua função de órgão regulador."

A Anatel herdou do Ministério das Telecomunicações os poderes de outorga, regulamentação e fiscalização dos serviços de Telefonia Móvel, competindo à Anatel adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade. Suas decisões só podem ser contestadas judicialmente.

Importante salientar, que a Anatel não cumpre o papel de Agência Reguladora, atuando sempre em polo passivo e prevaricando (art. 319 do Código Penal) em suas obrigações. A conduta da agência pode ser considerada dubitável, sendo que um órgão com atribuição regulamentadora deixa de fiscalizar com eficácia as operadoras de

do Paraná, a pagar multa no valor de R\$ 5,54 milhões no mês de Junho/2013; (<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/06/operadora-oi-e-condenada-pagar-r-55-mi-por-propaganda-enganosa.html>)

Presume-se portanto, que a Anatel, sendo a responsável pela regulamentação e fiscalização dos serviços de telefonia móvel, observa e toma conhecimento das referidas práticas, porém mantém-se omissa e conivente frente as infrações, cometendo omissão de autoridade competente.

Neste sentido, a CPI entende que o Ministério Público Federal deve tomar as respectivas medidas, com vistas a representação judicial no foro competente contra o Presidente do Conselho Diretor Nacional da Anatel, Senhor Doutor João Batista de Rezende.

6.4 – Conclusão Número 04:

“Existe disparidade entre os requisitos impostos pelas normas regulamentadoras municipais para instalação de Antenas. Esta situação cria dificuldades para as operadoras promoverem a ampliação de suas redes de telefonia móvel”

O Estado do Paraná possui um total de 399 Municípios, cada um tendo suas peculiaridades intrínsecas à sua conformação geográfica. É natural que busquem em suas Leis Orgânicas, regulamentações de autoria de suas egrégias Câmaras Municipais, visando o zelo pelos seus padrões sanitários, urbanísticos e ambientais.

Durante o período de inquérito da CPI da Telefonia Móvel, os Membros da Comissão já tinham conhecimento de que as operadoras de telefonia móvel enfrentavam dificuldades para instalação de antenas, em razão da discrepância entre Leis Municipais, situação que, promove o emperramento dos processos de instalação de antenas, devido aos mais diversos motivos. Assim sendo, os Membros da Comissão realizaram um levantamento das normas gerais municipais relacionadas à instalação de ERBs para confirmar a existência do problema, vide item 4.3., do Banco de Dados.

Foi constatada a existência de diversos tipos de empecilhos para a implantação de infraestrutura de redes de telefonia móvel. Alguns Municípios, como Foz do Iguaçu, possuem regulamentação específica para a matéria, no entanto a Lei Municipal, é demasiadamente restritiva, impedindo a instalação de antenas nas proximidades de escolas, creches ou hospitais, o que limita a quantidade de terrenos para a instalação de antenas.

- X – Interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI – Intervenção administrativa;
- XII – Imposição de contrapropaganda.

No intuito de promover melhorias e aprimorar os Serviços de Atendimento aos Consumidores, e para saneamento imediato da omissão acima exposta, e como medida resolutiva e alternativa às sanções administrativas mencionadas, os Membros Efetivos da CPI deliberaram pela imposição de um Termo de Ajustamento de Conduta, constante no doc. 115, do item 4.3 deste Relatório, (Banco de Dados da CPI), compromisso este, que foi assinado por todas as operadoras, nos seguintes termos:

Termo de Ajustamento 05:

As operadoras se comprometem no prazo de até **90 dias a contar da assinatura deste Aditivo**, a promover a otimização de todos os seus canais de comunicação com seus consumidores, em especial os canais de que utilizam da *web*, aprimorando os canais *on line*, como *site* e ou outros similares, para servirem de meio de acesso imediato para formalização de reclamações dos usuários, com geração imediata de protocolo em tela que deve ser encaminhado imediatamente por meio de resposta automática via *sms* ou via *e-mail*, assim como também a instituição, no prazo de 6 (seis) meses, de *chat on line* para realização de reclamações, disponibilizando em todos os meios de comunicação com os consumidores, informações sobre como obter o histórico das reclamações intrinsecamente ligadas **ao consumidor**, fazendo constar confirmação do recebimento da mensagem via *e-mail* ou *sms*.

6.7 – Conclusão Número 07:

“As operadoras não enviam cópia escrita dos contratos assinados aos consumidores, desrespeitando o Código de Defesa do Consumidor e a Resolução 477/2007 da Anatel”

Durante as diligências realizadas pela CPI, diversos consumidores relataram sobre a dificuldade de ter acesso às cópias dos contratos celebrados com as fornecedoras dos serviços de telefonia celular. A dificuldade de obter cópia dos contratos ocasiona a omissão de dados e informações importantes aos consumidores, sendo que os mesmos se sentem inseguros para acionarem os mecanismos de defesa do consumidor, em razão da desinformação sobre seus direitos contratuais e os deveres da contratada.

É importante ressaltar, que é de integral responsabilidade das operadoras a disponibilização da cópia dos contratos aos consumidores, na forma da Resolução N° 477, de 7 de Agosto de 2007, da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, que

6.8 – Conclusão Número 08:

“Denúncia sobre Funcionários corruptos e mal-intencionados de lojas físicas, no momento da venda de Planos de Serviços, se utilizam de Cadastro de Pessoa Física de terceiros para contratualização com consumidores, cujos nomes encontram-se nos Serviços de Proteção ao Crédito.”

A CPI, no transcorrer de suas investigações, deparou-se com grave crime, denunciado tanto por pessoa a qual foi ofertado por funcionário de loja física, a utilização de CPF de terceiro, quando informou não poder contratualizar, em virtude de seu nome constar com restrição no Sistema de Proteção ao Crédito, conforme vídeo denúncia doc 0073, do item 4.5, deste Relatório, assim como também, foi recepcionado via *site* da CPI e via diligência da Unidade Móvel, reclamações de vítimas, dando conta do uso indevido de seus Cadastros de Pessoa Física.

Nesse sentido, esta CPI entende necessária, a intervenção do Ministério Público, para que promova profunda investigação e abertura de inquérito, para responsabilização, tanto dos funcionários das operadoras envolvidos nas irregularidades, como também dos usuários coniventes com tal prática, sendo importante salientar, que tal situação ocorre, sem dolo ou culpa das operadoras.

A prática acima mencionada, é crime previsto no Código Penal, conforme os artigos 298 e 299, abaixo citados integralmente:

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 299- Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

6.9 – Conclusão Número 09:

“As operadoras de Telefonia Móvel incidem em práticas abusivas, previstas na Seção IV do Código de Defesa do Consumidor, cobrando nas faturas, por serviços e planos não contratados e/ou solicitados por seus usuários.”

Constatou-se durante as diligências realizadas pela Unidade Móvel da CPI, número elevado de usuários deste serviço, que apresentaram faturas constando cobrança por serviços não solicitados ou contratados pelo consumidor, tais como, seguros, pacote de SMS, pacote de internet, envio de publicidades, dentre outros, o que incide em prática abusiva, transgredindo o Código de Defesa do Consumidor, nos incisos III, IV e VI, do artigo 39, que consta com a seguinte redação:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

A CPI entende importante salientar, os preceitos contidos no Parágrafo único, do artigo 39, do CDC, *in verbis*:

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

6.10 – Conclusão Número 10:

“A CPI detectou, no Município de Foz do Iguaçu, problemas relacionados à cobrança indevida pelo serviço de *Roaming* Internacional.”

Na diligência realizada, no Município de Foz do Iguaçu, pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Telefonia Móvel, constatou-se grande número de cobranças indevidas, aos usuários do SMP – Serviço Móvel Pessoal, pelo serviço de *roaming* internacional, sendo que, o usuário sem sair de território nacional é cobrado *roaming* pelas Prestadoras do Serviço. Fato este relatado por diversos usuários, que apresentaram as faturas constando cobranças pelo serviço, e também já confirmado por organismos de imprensa, por órgãos municipais e estaduais. Em Abril de 2012, as Comissões de Defesa do Consumidor, Obras Públicas, Transporte e Comunicação da Assembleia Legislativa do Paraná, solicitaram a tomada de providências por parte das operadoras. A Câmara de Vereadores do Município de Foz do Iguaçu, também requisitou esclarecimentos e solução das operadoras de telefonia.

ANEXO C – CPI DA TELEFONIA RIO GRANDE DO SUL

Como dito anteriormente, a independência das agências reguladoras nunca foi consenso na sociedade norte-americana, principalmente por editarem normas sem serem representantes eleitos pelo povo. Observa-se um intenso debate sobre qual o grau de regulação estatal. As crises econômicas indicam no sentido de fortalecer a regulação estatal da economia, ou seja, o modelo de agências totalmente independentes e com pouco controle político e judicial é algo do passado.

O Brasil copiou um modelo alienígena já superado na sua própria matriz. Tentou implantá-lo em uma realidade cultural diferenciada da sua origem, cujos resultados estão aos olhos vistos de toda a sociedade brasileira. Tudo reforça o argumento de que não houve somente motivações ideológicas, mas também resquício do mito da infalibilidade dos técnicos

(15.7) VÍCIO DE ORIGEM 05: A INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS VIRA PROTEÇÃO AO PODER ECONÔMICO.

A independência idealizada das agências reguladoras brasileiras seria uma espécie de imunidade contra a política, ou seja, dos representantes eleitos pelo povo, a fim de que a regulação do serviço seja tratada como assunto técnico para garantir segurança jurídica aos investidores e a prestação de serviço adequado aos usuários. Contudo, a história tem demonstrado o contrário. A infalibilidade das soluções técnicas baseadas na ciência é um mito, especialmente quando se trata de agências reguladoras, principalmente, quando querem se impor como um "quarto poder". Sua imparcialidade é questionada, pois acaba protegendo quem tem o dever de fiscalizar. Essa é a opinião do Jurista MARCELO FIGUEIREDO em sua obra AS AGÊNCIAS REGULADORAS página 164:

"No que toca ao fenômeno das agências, nossa maior preocupação é seu forte crescimento na América. Podemos dizer que há quem as denomine de "quarto poder", e as considere entidade autônoma, no geral, com decisivo poder de regulação de um determinado setor da economia nacional, fenômeno não destituído de problemas, nas palavras de Lee Leovinger, Juiz e Ex-Superintente da Divisão Anti-Truste do Departamento de Justiça nos anos 1970:

“Por desgraça, a verdade de toda a agência governamental é que acaba representando a indústria ou o grupo que supõe e devam controlar. Todas essas agências estavam muito bem quando se estabeleceram, mas não tardaram muito a infiltrar-se nelas os elementos as controlam, e que agora as dirigem, em maior ou menor escala. Não se trata de uma questão de venalidade. Ademais, o pessoal das agências acaba se associando com algum representante de algum grupo de interesse especial e todos acabam pensando da mesma forma. Toda companhia afetada por um controle governamental, e que é bastante forte para fazê-lo, contrata um indivíduo – ou talvez quatro ou cinco – por 30 a 70 mil dólares ao ano, para averiguar o que está ocorrendo. E é claro que cumpre a missão. Obtêm favores pra os funcionários das agências, desenvolvem grande amizade. Como ocorre ordinariamente com gente de pouco poder aquisitivo, alguns funcionários se impressionam com a convivência com grandes homens de negócio, empresários poderosos e com a facilidade de viver em um novo mundo de luxo que não conheciam até então. Cedo ou tarde, todas essas agências acabam por cair a serviço dos mandantes que a representam com inteira satisfação.”

Essa é a opinião do Procurador da República Alexandre Amaral Gravronski, em seu depoimento prestado na data de 13 de maio de 2013 perante esta CPI, referente a captação de agentes:

O SR. ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI – Bem, a avaliação quanto à atuação da Anatel. É um problema mundial, não é só um problema nacional as dificuldades que se enfrenta em relação às agências reguladoras. Isso não é uma peculiaridade brasileira. Nos Estados Unidos, por exemplo, há muita doutrina sobre o fenômeno, que se faz referência aqui também, da chamada captura das agentes.

O que é captura das agentes? Ela não é necessariamente corrupção, não é necessariamente uma... algo necessariamente ilícito. É do fenômeno. É do fenômeno

econômico. E vale a pena, então, que reflitamos um pouco sobre isso.

Existe uma agência que está sempre em contato com as prestadoras. Então, sempre tem... eu costumo brincar que toda prestadora tem um diretor de relações institucionais, que ganha a mesma coisa ou mais que um procurador da República, única e exclusivamente para fazer relação institucional com a agência. Então, é uma pessoa cuja principal função é estar na agência conversando com todos os seus superintendentes, com todos os seus diretores, com todo mundo sobre aquilo que interessa à empresa.

Independente – eu não estou aqui falando e não seria leviano em afirmar – de alguma corrupção nesse sentido, a pessoa está sempre lá, é simpática, conversa, né, mostra o seu ponto de vista. Isso naturalmente acaba aproximando a agência do interesse daquela prestadora que tem lá, né, o seu diretor de relações institucionais vocalizando os interesses da empresa.

De outro turno, um fenômeno, também, que não é peculiaridade no Brasil é o fenômeno da troca, né. Então, uma hora o profissional está na agência, outra hora ele sai da agência e vai para ser diretor numa prestadora.



Não se está aqui fazendo nenhuma acusação genérica de venalidade ou ilicitude em relação da captação de agentes. Não é esse o teor da crítica. O que se critica é a fácil sensibilização por parte do poder econômico, em total prejuízo dos usuários do serviço público, convicção essa que é baseada em fatos concretos apurados pelo Tribunal de Contas da União – TCU, revelado em depoimento perante esta CPI. Tudo isso reforça a necessidade de controle político via Poderes Executivos e Legislativos e também controle judicial dos atos da ANATEL como forma de contrapeso a esse fenômeno que não é só da ANATEL, nem das agências reguladoras brasileiras, mas comum em muitos países, como EUA.

(15.8) A REGULAÇÃO DA ANATEL NÃO TINHA COMO FOCO O USUÁRIO DO SERVIÇO DE TELEFONIA.

A atuação da ANATEL é fiscalizada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, visando a melhorar a qualidade dos serviços públicos oferecido à sociedade. Nesse sentido, o TCU acompanhou o processo de desestatização e de regulação desde a privatização das empresas estatais de telefonia. Contudo, atualmente não fiscaliza as operadoras de telefonia, ao passo que no modelo anterior fiscalizava essas prestadoras por serem empresas estatais.

Na data de 17/06/2013, esta CPI ouviu como convidado o TCU, através do Secretário de Fiscalização de Desestatização e Regulação do Setor de Energia e de Telecomunicação, **Sr. Marcelo Barros da Cunha**. O objetivo da oitiva não foi no sentido de tomar ciência do serviço em si de telefonia, para não adentrar em matéria de direito regulatório, mas sim como a ANATEL se posicionava em relação à qualidade do serviço quanto à percepção do usuário. E as revelações feitas por esta autoridade convidadas são reveladoras, de como a ANATEL se relacionava com os usuários do serviços de telefonia.

A base do depoimento é o ACÓRDÃO DO TCU nº 2109/2006 – PLENÁRIO, referente a auditoria com início de 2005, com objetivo de avaliar a atuação da ANATEL no acompanhamento da qualidade da prestação de serviço dos serviços de telefonia fixa e móvel. A atuação do TCU deu-se por solicitação da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados. Para não deixar passar em branco, mostra-se que os fatos ora investigados não são novos. Mostra, ainda, que já era assunto que sensibilizava a esfera política na ótica da defesa do consumidor.

O TCU realizou investigação sobre a atuação da ANATEL em seu papel institucional de acompanhar e garantir a qualidade da prestação do serviço, verificando: (1º) processo de regulamentação; (2º) processo de fiscalização e acompanhamento; (3º) medidas sancionatórias e demais medidas administrativas; (4º) atuação da ANATEL na defesa dos direitos e interesses dos usuários.

Na definição e avaliação dos parâmetros da qualidade dos sistemas de telefonia fixa e móvel a atuação do TCU se baseou a auditoria: (1º) a qualidade se refere à operação da rede e a percepção do serviço pelo usuário; (2º) o usuário deve ser a principal referência ao se buscar determinar um padrão de qualidade para os serviços de telecomunicações; (3º) regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade.

O TCU fez o monitoramento entre 2008 e 2012 e revelou que grande parte das constatações permanecem válidas (Acórdão 1864/2012 – Plenário).

Vejamos os trechos mais significativos do depoimento do trabalho desenvolvido pelo TCU, cujo foco foi o seguinte: **A QUALIDADE DO SERVIÇO DEVERIA SER A PERCEPÇÃO QUE O USUÁRIO TEM SOBRE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E NÃO APENAS ASPECTOS TÉCNICOS:**

“Então, é importante ressaltar, quando falamos de qualidade, o que nós queremos dizer com isso: qualidade na prestação de serviço de telecomunicações. A qualidade e o que foi verificado, uma definição do que seriam parâmetros de qualidade, ela não se resume ao mero cumprimento de aspectos técnicos, aspectos quanto à operação de rede, mas ela envolve também a percepção que o usuário tem na prestação do serviço. Então, nesse sentido, uma definição completa de qualidade não envolve apenas a verificação, por exemplo, do tempo para o completamento de uma chamada telefônica, mas também deve considerar a percepção que o usuário tem sobre a prestação do serviço, como, por exemplo, recorrência de erros de cobrança, recorrência de erros na sua conta telefônica. Esse é um aspecto de qualidade que precisa também ser espelhado na regulação do serviço. Por isso o usuário deve ser a principal referência ao se buscar o estabelecimento de padrões de qualidade, não apenas estudos técnicos.

(...)

Então, já trazendo o que foi constatado nesse trabalho, que foi extenso. No que tange à regulamentação, observou-se que a Anatel, à época, continha em seus regulamentos sobre qualidade aspectos técnicos fundados em estudos técnicos, na prestação do serviço, porém desconsiderava a ótica do usuário.

Portanto, como colocamos aqui, a regulamentação vigente era adequada para garantir a qualidade técnica da prestação do serviço, porém era insuficiente para garantir

essa qualidade percebida do usuário.

Na auditoria feita pelo TCU, quanto ao exercício da regulação normativa da ANATEL, constatou que:

- a regulação vigente é adequada para garantir a qualidade técnica da rede mas insuficiente para garantir a qualidade percebida pelos usuários;
- indicadores de qualidade de rede baseados em estudos e referências técnicas;
- os cumprimentos das metas de qualidade não são consistentes com o volume de reclamações dos usuários;
- ausência de planejamento integrado das ações de regulação;
- não sistematização de demandas para revisão da regulação dos serviços;
- não consideradas adequadamente demandas importantes dos usuários;
- falta de tempestividade.

Até a realização da fiscalização do TCU a ANATEL editava regulamentos de serviços que não tinham como objeto a proteção dos usuários dos serviços de telefonia. **Ora, o usuário é a razão de ser desses serviços. É para quem se destina e é quem paga a conta.** Realmente, o que foi dito no item anterior, não no sentido de venalidade, mas de sensibilidade ao poder econômico, é fato e não mera opinião desprovida de prova

Como agência reguladora, a ANATEL não se limita apenas a editar normas de regulação dos serviços de telecomunicações, dentro dos limites legislativos traçados pelo marco regulatório das telecomunicações – LGT. Tão importante quanto a atribuição de regulação é a de fiscalização. Infelizmente, segundo o TCU, melhor sorte não possui a ANATEL. É que a sua fiscalização também não se direciona ao usuário do serviço de telefonia, segundo o TCU, conforme afirmou o seu representante perante esta CPI:

“Quanto ao aspecto de fiscalização, o que se verificava era, na verdade, um próprio reflexo do que já se via no processo de regulamentação. **A Anatel não tinha uma cultura de fiscalização orientada ao usuário.** Então, o que ela fazia era,

na verdade, **fiscalizar se aqueles parâmetros técnicos da regulamentação estavam sendo cumpridos, porém ela não conseguia acompanhar a qualidade nos aspectos que mais sofriam reclamações dos usuários.** Ela também **não conseguia monitorar a satisfação do usuário.** Nesse ponto é importante ressaltar que, em 2002, a agência havia feito uma pesquisa de satisfação dos usuários e que foi verificado que esse instrumento seria benéfico, no sentido de identificar os aspectos de qualidade que eram mais valorizados pelos consumidores do serviço. Porém, a Anatel não havia repetido essa pesquisa de satisfação. Isso foi identificado em 2005. Acabou por ser recomendado pelo tribunal que fizesse em 2006 e somente em 2012 ela executou sua segunda pesquisa de satisfação, a qual teve os resultados divulgados este ano. Então, um lapso temporal muito grande que a Anatel permaneceu sem se utilizar desse instrumento.”



E o mais grave, a ANATEL exercia sua fiscalização com base em dados das próprias Operadoras, o que tornava ineficiente a ação fiscal, conforme relatou o TCU:

A fiscalização também era extremamente dependente dos dados fornecidos pelas empresas, a exemplo de dados sobre reclamações feitas no serviço de atendimento das próprias empresas. A Anatel não possuía um instrumento para monitorar quais eram os motivos de reclamação feitos por consumidores nas empresas. Também não conseguia identificar causas sobre problemas, por exemplo, com faturamento, com emissão de contas. Nisso, a Anatel simplesmente ficava dependente de tudo que era informado pelas prestadoras.

Em síntese, as **falhas da fiscalização** dos serviços pela ANATEL, detectada pelo TCU seriam as seguintes:

- ausência de uma cultura de fiscalização orientada ao usuário do serviço;
- estratégias limitada de acompanhamento da qualidade;
- não monitora a satisfação do usuário;

- dependente de dados informados pelas Operadoras;
- não fiscaliza sistemas informatizados de faturamento;
- não acompanha dados de atendimento das operadoras (call center);
- amostragem inadequada nas metodologias para acompanhamento e controle das obrigações das operadoras;
- falta de acompanhamento da resolução dos problemas apontados;
- inadequação na divulgação dos indicadores de qualidade.

O direito regulatório é acompanhado por um direito administrativo sancionador. Sem esse, o direito regulatório é inócuo. Aqui também a ANATEL não conseguiu mostrar eficiência alguma, no que o Estado brasileiro desde o período colonial sempre foi eficiente: cobrar tributos e aplicar multas. As deficiências apontadas pelo TCU em relação ao direito administrativo sancionador são os seguintes:

- falta de efetividade das medidas sancionatórias e demais medidas administrativas;
- PADOs não apresentam tempestividade necessária para garantir a efetividade do processo sancionatório;
- ausência de critérios para fixação de valores das multas;
- baixa materialidade e cobrança ineficiente das sanções aplicadas;
- pouco uso de medidas alternativas, como das medidas cautelares administrativas, mais efetivas que os PADOs para correção de desvios;
- não integração de sistemas informatizados para o acompanhamento dos PADOs;
- utilização de outras medidas coercitivas devem ser reforçadas.

Nesse item, é importante destacar que a ineficiência da ANATEL em matéria de direito administrativo sancionador não pode ser debitada exclusivamente a essa agência reguladora. Há um vício autoritário na Administração Pública brasileira de editar regulamentos autônomos, ou seja, de normas secundárias que criam obrigações de fazer e não fazer e, ainda,

estabelecendo punições no Mundo Jurídico. E esse vício se dá de forma sutil. São criadas leis com redações de tipos punitivos em branco, demasiadamente abertos que são, posteriormente, objeto de detalhamento por regulamentos do Poder Executivo. No nosso entender, esse tipo de regulamento invade a Reserva Legal. É ilegal esse tipo de punição e sanção editada por ato administrativo. No caso concreto, o que vem ocorrendo é que passa a ser questionada judicialmente pelas operadoras sancionadas a legalidade dos atos. É tema de alta complexidade jurídica e o processos judiciais acabam se eternizando. Toda a punição deve ser pautada pela legalidade e na culpabilidade do agente. É da essência do Estado Democrático de Direito.

Por último, quanto ao item **educação dos usuários** da auditoria do TCU, se a ANATEL é ineficiente para regular, fiscalizar e aplicar sanções com base na percepção do usuários sobre os serviços, não se podia esperar algo positivo nesse item, conforme afirmou Marcelo Barros da Cunha:

“A Anatel ainda não investia numa política de educação dos usuários. O que nós verificamos na auditoria é que a estratégia de que a Anatel se utilizava, muitas vezes, era a divulgação de cartilhas ou inserções pequenas em seu *site*, mas ela não conseguiu utilizar instrumentos mais efetivos para trazer à população informações sobre os seus direitos na prestação do serviço.”

Em síntese, quanto a esse item educação dos usuários, as conclusões do TCU são as seguintes:

- falta de participação mais efetiva dos usuários nas decisões da ANATEL;
- baixa participação da sociedade no processo de consulta pública dos regulamentos referentes a qualidade do serviço;
- falta de política de educação aos usuários em relação à qualidade dos serviços;
- melhoria no ranking de qualidade disponibilizado no sítio da ANATEL;
- importância de uma política de educação dos direitos e deveres dos usuários e operadoras para melhoria da qualidade.

Em relação ao ACÓRDÃO 2109/2006 do Plenário, o TCU determinou à ANATEL que:

(1º) apresentasse proposta de revisão da regulamentação relativa à qualidade, com vistas a adequá-la a padrões compatíveis com exigências dos usuários do serviço;

(2º) desenvolvesse plano de revisão dos processos de fiscalização das metas de qualidade e plano de reformulação dos processos sancionatórios, explicitando as soluções e cronogramas de implementação de ações;

(3º) formulasse e apresentasse ao TCU diretrizes para promoção de uma política de informação e educação dos usuários de serviços de telecomunicações;

O TCU proferiu recomendação à ANATEL com o intuito de contribuir para o aperfeiçoamento do processo regulatório. Entre esses, o representante do TCU, Marcelo Barros da Cunha, destacou:

(1º) o acompanhamento em tempo real das reclamações registradas nos **call centers** das Operadoras e obtenção de informações tempestivas sobre a tramitação das reclamações de usuários da ANATEL;

(2º) coibir a demora do atendimento junto ao call center.

E o TCU vem fazendo o monitoramento da ANATEL no cumprimento do ACÓRDÃO 2109/2006 do Plenário, cujas principais constatações são: **(1º) o baixo grau de cumprimento as determinações, "morosidade excessiva no trato das questões suscitadas pelo TCU; (2º) os avanços na melhoria da qualidade do atendimento aos usuários foram tímidos.**

Os esforços da ANATEL são lentos diante da rapidez do mundo real e das relações de consumo que se operam no mercado. E ainda assim, a maior parte das recomendações do TCU não foram cumpridas pela ANATEL. O percentual **era apenas de 27%**. As que foram implementadas ainda o foram de modo **tímido**, conforme destacou em seu depoimento o representante do TCU, Marcelo Barros da Cunha:

"Então, nas próximas transparências eu vou trazer o estado das determinações e recomendações proferidas, conforme o verificado nesse trabalho. Aqui neste gráfico em pizza, como eu disse, eu mostro o baixo grau de cumprimento da Anatel em relação às determinações e recomendações feitas pelo TCU. Então, no gráfico de cima, eu tenho as determinações que foram feitas, que têm caráter cogente. Somente 27% delas haviam sido integralmente cumpridas,

ANEXO D – RECURSO ESPECIAL 984.005-PE

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 984.005 - PE (2007/0219015-0)
RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : TIM NORDESTE TELECOMUNICACOES S/A
ADVOGADO : URBANO VITALINO DE MELO NETO E OUTRO(S)
RECORRENTE : BSE S/A - CLARO
ADVOGADOS : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTRO(S)
GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA JURÍDICA DOS CONSUMIDORES. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PLANO BÁSICO DE SERVIÇO ("CELULAR PÓS PAGO"). NEGATIVA DE ACESSO A CONSUMIDOR EM SITUAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA PERANTE TERCEIROS. DISPONIBILIZAÇÃO APENAS DO PLANO ALTERNATIVO ("CELULAR PRÉ-PAGO"). TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO.

1. O Ministério Público está legitimado a promover judicialmente a defesa de direitos dos consumidores, inclusive os individuais homogêneos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos artigos 127 e 129, III, da Constituição da República, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

2. Ao considerar ilegítimo o tratamento discriminatório dado a consumidores de telefonia móvel situação de inadimplência perante terceiros (cujo acesso seria restrito ao plano "pré-pago", mas não ao "pós-pago"), o acórdão recorrido não negou a competência regulatória conferida à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL pela Lei 9.472/97. Não se pode confundir a competência para expedir normas - que o acórdão não infirmou -, com a legitimidade da própria norma editada no exercício daquela competência - essa sim negada pelo acórdão.

3. Não se pode afirmar, também, que, ao assim decidir, o acórdão tenha violado o princípio da livre iniciativa ou o da intervenção estatal mínima ou o do regime privado da prestação do serviço, enunciados nos artigos 126 a 128 da Lei 9.472/97. Tais princípios, de origem constitucional, não têm caráter absoluto. Pelo contrário, como todo o princípio, a relatividade é da sua natureza, uma vez que sua aplicação não dispensa, nem pode dispensar, um sistema metódico de

Superior Tribunal de Justiça

harmonização com outros princípios da mesma hierarquia, igualmente previstos naquela Lei, como o do respeito ao usuário e da função social do serviço de telefonia (art. 127). Deverão ser também harmonizados com os direitos dos usuários, notadamente o "de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço" (artigo 3º, III), bem como com o das obrigações das prestadoras, nomeadamente as de universalização do serviço, assim consideradas "as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público" (artigo 79, § 1º). Registre-se que a Lei, em seu artigo 126, enfatiza expressamente que os serviços de telecomunicações são ainda submetidos aos princípios constitucionais da atividade econômica, entre os quais se insere o da defesa do consumidor (artigo 170 da Constituição da República).

4. Na verdade, a controvérsia a respeito da legitimidade ou não do tratamento discriminatório a consumidores em situação de inadimplência "perante terceiros" assumiu, no caso, um perfil eminentemente constitucional, não só por exigir juízo de ponderação e de harmonização entre os princípios e valores decorrentes da Constituição, mas sobretudo porque seu desenlace envolve necessariamente juízo sobre a adequada aplicação do princípio constitucional da isonomia.

5. Recursos especiais desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Sustentou oralmente o Dr. ARMANDO VERRI, pela parte RECORRENTE: BSE S/A - CLARO.

Brasília, 13 de setembro de 2011

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2007/0219015-0 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 984.005 / PE

Número Origem: 200283000056749

PAUTA: 06/09/2011

JULGADO: 06/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. .

Secretária

Bela. MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TIM NORDESTE TELECOMUNICACOES S/A
 ADVOGADO : URBANO VITALINO DE MELO NETO E OUTRO(S)
 RECORRENTE : BSE S/A - CLARO
 ADVOGADOS : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTRO(S)
 GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)
 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços -
 Concessão / Permissão / Autorização - Telefonia

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 984.005 - PE (2007/0219015-0)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : TIM NORDESTE TELECOMUNICACOES S/A
ADVOGADO : URBANO VITALINO DE MELO NETO E OUTRO(S)
RECORRENTE : BSE S/A - CLARO
ADVOGADO : RICARDO AZEVEDO SETTE E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator): Cuida-se de recursos especiais interpostos por TIM NORDESTE TELECOMUNICACOES S/A e por BSE S/A - CLARO, ambos com amparo nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no intuito reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no âmbito de ação civil pública, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. HABILITAÇÃO DE LINHA. CONDICIONAMENTO À INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO.

- Os serviços de telecomunicações são públicos, ainda que prestados sob as regras do regime privado instituído na Lei 9.472/97.

- É vedado às concessionárias de serviço de telefonia móvel condicionar a habilitação de linha no plano básico à inexistência de restrição creditícia e à apresentação de comprovantes de crédito em nome do interessado.

- Procedência do pedido e condenação da ANATEL à indenização dos prejuízos decorrentes de sua omissão.

Consoante noticiam os autos, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou ação civil pública, em 18.04.2002, em face de BSE S/A (nome fantasia de BCP TELECOMUNICAÇÕES), de TELPE CELULAR (empresa controlada pela TELE NORDESTE CELULAR PARTICIPAÇÕES, nome fantasia de TIM TELECOMUNICAÇÕES) e da AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, por considerar abusiva a prática de condicionar a habilitação de celular pós-pago (cuja tarifa é menor que a do pré-pago) à inexistência de restrição do crédito dos consumidores ou à apresentação de comprovante de crédito (cartão de banco ou cartão de crédito). Na exordial, consignou o parquet federal que o intuito da ação civil pública é "a salvaguarda dos interesses e direitos advindos de uma relação de consumo, para afastar a imposição ilegal que está a inviabilizar a regular prestação de um serviço público concedido, e que, frente ao mundo moderno, de extrema relevância, (...) e ainda causando prejuízos a consumidores que estão impedidos de usufruir de tarifa mais razoável", como soem ser as tarifas cobradas nos planos de telefonia móvel pós-paga. Como causa de pedir, aduziu que a Lei 9.472/97 assegura ao usuário de serviços de telecomunicações o direito de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço (artigo 3º, inciso III) e preconiza o acesso de qualquer pessoa ao serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização ou condição sócio-econômica (artigo 79, § 1º). Ao final, requereu a procedência do pedido para:

Superior Tribunal de Justiça

- a) - condenar as demandadas a não condicionarem o procedimento de habilitação de celular pelo Plano Básico de Serviço (pós-paga) no Estado de Pernambuco à inexistência de restrição creditícia em qualquer órgão;
- b) - condenar as rés a não condicionarem o procedimento de habilitação de celular pelo Plano Básico de Serviço (pós-paga) no Estado de Pernambuco à apresentação de qualquer comprovante de crédito, a exemplo de conta-poupança, conta-corrente, cartão de crédito;
- c) - condenar a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL a fiscalizar e coibir as concessionárias de telefonia móvel no Estado de Pernambuco a não condicionarem o procedimento de habilitação de celular pelo Plano Básico de Serviço (pós-paga) à inexistência de restrição creditícia em qualquer órgão, bem como a não condicionarem o procedimento de habilitação de celular pelo Plano Básico de Serviço (pós-paga) à apresentação de qualquer comprovante de crédito, a exemplo de conta-poupança, conta-corrente, cartão de crédito;
- d) - condenar a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL ao pagamento de quantia a ser determinada por esse Juízo, a ser revertida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto 1.306/94, em razão dos prejuízos que a omissão da ré resultou aos interesses e direitos dos consumidores de telefonia móvel no Estado de Pernambuco;

Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente, sob o fundamento de que "não há ilegalidade na prévia consulta a cadastros de inadimplência, antes de se deferir a habilitação do serviço", máxime tendo em vista que a atividade de prestação de serviços de telefonia celular é regida pelos princípios gerais da atividade econômica, não lhe sendo aplicável o dever de universalização. De acordo com a sentença, como "a empresa presta seu serviço (e suporta os ônus disso decorrentes) para posteriormente ser remunerada, não se lhe pode exigir a abstenção da consulta aos cadastros em comento, favorecendo a inadimplência".

O Tribunal de origem deu provimento à apelação interposta pelo Ministério Público Federal, para julgar procedente a pretensão, tal como formulada na inicial, "ficando as empresas BSE S/A e TELPE CELULAR S/A impedidas de condicionarem a habilitação de linha celular no plano de serviço básico à apresentação de comprovantes de crédito ou à inexistência de restrição creditícia em nome do interessado, salvo a relacionada a dívida com a própria concessionária, e a ANATEL obrigada a fiscalizar e coibir práticas desta ordem e ao pagamento de indenização, de acordo com o art. 95 do CDC, pelos danos causados aos consumidores que se habilitarem, a ser apurada em liquidação por artigos".

Foram opostos embargos de declaração pelas concessionárias, tendo sido alegado, em síntese, que: (i) fora desconsiderada a Resolução ANATEL 316/2002, norma superveniente que faculta às operadoras de telefonia móvel negar a habilitação de serviços pós-pagos a pessoas cujos nomes constem dos registros de proteção ao crédito; e (ii) não fora dispensado tratamento diferenciado a usuários em situações distintas. Requereram, outrossim, o prequestionamento de dispositivos legais e constitucionais. Por sua vez, a ANATEL opôs embargos de declaração, aduzindo: (i) omissão quanto ao exame do dispositivo que afasta a responsabilidade do Ente Público (artigo 25 da Lei 8.971/95); (ii) contradição com a prova produzida, porquanto não evidenciada culpa grave ou inércia injustificável do Estado; (iii) omissão quanto à distribuição entre as litisconsortes passivas da obrigação de indenizar; e (iv) obscuridade quanto ao limite temporal da condenação.

Foi negado provimento aos embargos de declaração de TELPE Celular S/A e de BSE S/A e dado parcial provimento aos embargos da ANATEL, tão-somente para esclarecer estarem passíveis de indenização apenas os danos ocorridos a partir de 18.04.1997. Na oportunidade, o Tribunal de origem assentou que a Resolução ANATEL 316/2002 não prevalece sobre o disposto nos artigos 2º, I, 3º, I e III, e 19, XVIII, da Lei 9.472/97, sendo certo que "a tentativa de regulamentar prática comercial lesiva a direito legalmente

Superior Tribunal de Justiça

consagrado aos usuários de telefonia serve, quando muito, para patentear a condescendência da autarquia federal encarregada de fiscalizar o setor". Acrescentou, ainda, que a obrigação de indenizar os danos eventualmente advindos ao usuário de telefonia é solidária, sobressaindo a higidez da pretensão do Ministério Público de pleitear a indenização apenas da ANATEL, limitado o pagamento aos danos não alcançados pela prescrição quinquenal (artigo 1º do Decreto 20.910/32).

No recurso especial da BSE S/A (CLARO) sustenta-se, preliminarmente, violação dos artigos 165, 458 e 535, do CPC, o que enseja a nulidade do acórdão recorrido, porquanto não supridas as omissões apontadas nos embargos de declaração acerca do disposto (i) no artigo 22 da Resolução 316/2002 (que autoriza o tratamento diferenciado ao consumidor em situação de inadimplência); (ii) no artigo 267, inciso VI, do CPC, "especialmente quanto à ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para defender supostos direitos individuais homogêneos disponíveis, bem como da falta de interesse de agir do parquet"; e (iii) nos artigos 128 da Lei 9.472/97 e 170 da Constituição (princípios da livre iniciativa e da intervenção mínima que norteiam a atividade empresarial). Quanto ao mérito, a BSE S/A (CLARO) aponta ofensa aos artigos: (i) 267, VI, do CPC (o Ministério Público não possui legitimidade ativa para defender direitos individuais homogêneos disponíveis, bem como não ostenta interesse de agir, porque os consumidores supostamente lesados não auferirão qualquer benefício com a procedência da ação civil pública); (ii) 8º e 19, inciso X, da Lei 9.472/97, "que dispõem sobre a criação da ANATEL e sua competência para editar normas ('regular') a respeito dos serviços de telecomunicações no país, especialmente aqueles prestados no regime privado", ao ter sido afastada a norma prevista no artigo 22 da Resolução ANATEL 316/2002, que autoriza o tratamento diferenciado ao consumidor em situação de inadimplência; (iii) 128 da Lei 9.472/97, que preconiza os princípios da livre iniciativa e da intervenção mínima (do Poder Público na esfera privada), sobressaindo o fato de que, "quando da habilitação de uma estação móvel na modalidade pós-paga, a operadora concede um crédito ao assinante, consubstanciado na concessão de prazo para pagamento do serviço fruído", sendo certo que "a concessão indiscriminada do serviço imporia ônus injustificados, até mesmo inviabilizando a prática de descontos e, conseqüentemente, a modicidade das tarifas, na medida em que as perdas tarifárias decorrentes de tal comportamento haveriam de ser compensadas pelos usuários adimplentes". De acordo com a recorrente, não há ofensa ao princípio da igualdade no caso, uma vez que "o potencial usuário, que possui o nome negativado nas instituições de proteção ao crédito e/ou não reúne condições para arcar com o custo do serviço pós-pago, está em situação jurídica completamente distinta daquele que não possui qualquer restrição creditícia e possui capacidade financeira para arcar com tal serviço". Conclui que "a conduta da CLARO, de direcionar o potencial usuário de seus serviços, que tenha restrições creditícias e/ou não demonstre capacidade financeira, ao plano de serviço que lhe é mais apropriado (ou seja, a um "Plano Alternativo de Serviço" na modalidade pré-paga), é absolutamente legítima e legal".

A TIM NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES S/A, em seu recurso especial, aponta negativa de vigência dos artigos 1º do Decreto 2.534/98, 126 e 127 da Lei 9.472/97, uma vez que o serviço de telefonia móvel celular submete-se ao regime de direito privado, não caracterizando serviço essencial, sujeito ao princípio da universalização, revelando-se, assim, legítima a conduta de condicionar a contratação do plano pós-pago à ausência de restrição creditícia e/ou à comprovação de capacidade financeira. Segundo a sociedade empresária, caracterizam-se como abusivas as práticas que colocam a parte mais vulnerável da relação jurídica (o consumidor) em situação desfavorável, "o que não se configura no caso concreto,

Superior Tribunal de Justiça

tendo em vista que a vulnerabilidade está mais para a empresa que teme um prejuízo econômico irreparável, do que para uma pessoa que por motivos alheios à responsabilidade da recorrente, encontra-se nos registros de devedores".

Apresentadas contra-razões pelo Ministério Público Federal, segundo o qual ambos os recursos especiais devem ser desprovidos, porque: (i) devidamente abordadas as questões suscitadas no âmbito dos embargos de declaração dos recorrentes; (ii) o Ministério Público detém legitimidade para atuar na defesa de interesses individuais homogêneos decorrentes de relação de consumo (artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC), por meio de ação civil pública; (iii) "inexiste violação à competência da ANATEL para editar normas e regulamentar os serviços de telecomunicações, haja vista que a ANATEL deve atuar dentro dos preceitos legais", sobressaindo o fato de que "a própria ANATEL expediu o Ofício Circular 15/98, em 12/11/98, no qual destacou que 'não existe sustentação legal para que uma prestadora de serviços de telecomunicações negue-se a firmar contrato de assinatura com um interessado cujo nome esteja registrado, em serviços de proteção ao crédito, por razões de dívidas contraídas com outras entidades que não a própria operadora"; e (iv) a Lei 9.472/97 reconhece ao usuário, expressamente, o direito de acesso aos serviços de telecomunicações e o de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço (artigo 3º, incisos I e III).

As fls. e-STJ 1.220/1.247, consta recurso extraordinário interposto pela BSE S/A (CLARO), admitido na origem.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo desprovimento de ambos os recursos, nos termos da seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TELEFONIA MÓVEL. CONDICIONAMENTO DE HABILITAÇÃO DE LINHA NO PLANO BÁSICO À INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO CREDITÍCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ausência de violação aos arts. 165, 458 e 535, II, do CPC. Acórdão recorrido que resolveu a controvérsia a contento, manifestando-se sobre todos os pontos que lhe foram devolvidos.
2. Legitimidade ativa do MP para propor ação civil pública com vistas a tutelar direitos individuais homogêneos, porquanto caracterizado o relevante interesse social subjacente. Precedentes do STF.
3. Ao disciplinar os serviços públicos de telecomunicações, a Lei 9.472/97 é expressa em realçar a necessidade de sua universalização e de repúdio a condutas abusivas aos direitos de consumidores, rechaçando a possibilidade de adoção de medidas restritivas de conteúdo econômico-financeiro ao acesso a tais prestações.
4. Parecer do MPF pelo conhecimento e improvemento de ambos os recursos especiais.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 984.005 - PE (2007/0219015-0)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : TIM NORDESTE TELECOMUNICACOES S/A
ADVOGADO : URBANO VITALINO DE MELO NETO E OUTRO(S)
RECORRENTE : BSE S/A - CLARO
ADVOGADO : RICARDO AZEVEDO SETTE E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA JURÍDICA DOS CONSUMIDORES. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PLANO BÁSICO DE SERVIÇO ("CELULAR PÓS PAGO"). NEGATIVA DE ACESSO A CONSUMIDOR EM SITUAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA PERANTE TERCEIROS. DISPONIBILIZAÇÃO APENAS DO PLANO ALTERNATIVO ("CELULAR PRÉ-PAGO"). TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO.

1. O Ministério Público está legitimado a promover judicialmente a defesa de direitos dos consumidores, inclusive os individuais homogêneos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos artigos 127 e 129, III, da Constituição da República, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

2. Ao considerar ilegítimo o tratamento discriminatório dado a consumidores de telefonia móvel situação de inadimplência perante terceiros (cujo acesso seria restrito ao plano "pré-pago", mas não ao "pós-pago"), o acórdão recorrido não negou a competência regulatória conferida à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL pela Lei 9.472/97. Não se pode confundir a competência para expedir normas - que o acórdão não infirmou -, com a legitimidade da própria norma editada no exercício daquela competência - essa sim negada pelo acórdão.

3. Não se pode afirmar, também, que, ao assim decidir, o acórdão tenha violado o princípio da livre iniciativa ou o da intervenção estatal mínima ou o do regime privado da prestação do serviço, enunciados nos artigos 126 a 128 da Lei 9.472/97. Tais princípios, de origem constitucional, não têm caráter absoluto. Pelo contrário, como todo o princípio, a relatividade é da sua natureza, uma vez que sua aplicação não dispensa, nem pode dispensar, um sistema metódico de harmonização com outros princípios da mesma hierarquia, igualmente previstos naquela Lei, como o do respeito ao usuário e da função social do serviço de telefonia (art. 127). Deverão ser também harmonizados com os direitos dos usuários, notadamente o "de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço"

Superior Tribunal de Justiça

(artigo 3º, III), bem como com o das obrigações das prestadoras, nomeadamente as de universalização do serviço, assim consideradas "as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público" (artigo 79, § 1º). Registre-se que a Lei, em seu artigo 126, enfatiza expressamente que os serviços de telecomunicações são ainda submetidos aos princípios constitucionais da atividade econômica, entre os quais se insere o da defesa do consumidor (artigo 170 da Constituição da República).

4. Na verdade, a controvérsia a respeito da legitimidade ou não do tratamento discriminatório a consumidores em situação de inadimplência "perante terceiros" assumiu, no caso, um perfil eminentemente constitucional, não só por exigir juízo de ponderação e de harmonização entre os princípios e valores decorrentes da Constituição, mas sobretudo porque seu desenlace envolve necessariamente juízo sobre a adequada aplicação do princípio constitucional da isonomia.

5. Recursos especiais desprovidos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Não há nulidade por omissão no acórdão recorrido, que decidiu de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta.
2. É pacífica a jurisprudência do STJ que afirma a legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública ou coletiva para tutelar, não apenas direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, inclusive quando decorrentes da prestação de serviços públicos. Trata-se de legitimação que decorre, genericamente, dos artigos 127 e 129, III da Constituição da República e, especificamente, do artigo 82, I do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Reporto-me, nesse sentido, a precedente em caso análogo, de que fui relator nesta Primeira Turma, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA (CF, ART. 129, III, E LEI 8.078/90, ARTS. 81 E 82, I). CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIA. EXIGÊNCIA DE TARIFA (PEDÁGIO) PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONCEDIDO QUE PRESCINDE, SALVO EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL, DA EXISTÊNCIA DE IGUAL SERVIÇO PRESTADO GRATUITAMENTE PELO PODER PÚBLICO.

1. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor.

(...) (REsp 417.804/PR, DJ 16/05/2005, p. 230).

Superior Tribunal de Justiça

Sustentei, no voto de relator então proferido:

3. O Ministério Público tem legitimidade para propor ações civis públicas em defesa de direitos coletivos e difusos (CF, art. 129, III), inclusive de consumidores. A Lei 8.078/80 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) o legitima também, de modo expresso, a tutelar seus direitos individuais homogêneos (art. 82, I), ainda que disponíveis. Para que se possa fazer juízo sobre a compatibilidade dessa norma de legitimação com as funções institucionais do órgão legitimado, especialmente a do art. 127 da CF, é importante ter presente a forma de sua atuação em juízo, segundo as especiais características da demanda coletiva disciplinada naquele Código. Trata-se de ação promovida em regime de substituição processual, vale dizer, “proposta em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores” (art. 91). Os titulares do direito não são sequer indicados ou qualificados individualmente na petição inicial, mas simplesmente chamados por edital a intervir como litisconsortes, se assim o desejarem (art. 94). É que o objeto da ação, na sua fase cognitiva inicial, mais que obter a satisfação do direito pessoal e individual de cada consumidor, consiste em obter o reconhecimento da responsabilidade do demandado pelas consequências do ato lesivo, em sua integralidade.

É importante assinalar esse detalhe: os objetivos perseguidos na ação coletiva são visualizados, não propriamente pela ótica individual e pessoal de cada prejudicado, e sim pela perspectiva global, coletiva, impessoal, levando em consideração a ação lesiva do causador do dano em sua dimensão integral. Isso fica bem claro no dispositivo que trata da sentença, objeto final da fase de conhecimento: “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (art. 95). A condenação genérica, acentue-se, fixará “a responsabilidade do réu pelos danos causados” e não os prejuízos específicos e individuais dos lesados. Caberá aos próprios titulares do direito, depois, promover a ação de cumprimento da sentença genérica, compreendendo a liquidação e a execução pelo dano individualmente sofrido (art. 97).

Pois bem, é neste contexto que se insere a legitimação do Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. A ele, a quem a lei já conferira o poder-dever para, na condição de interveniente (custos legis) officiar em todas as causas “em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (CPC, art. 82, III), a Constituição veio atribuir, entre outras, a incumbência mais específica de defender “interesses sociais” (CF, art. 127), sem traçar qualquer condição ou limite processual a essa atribuição. “Interesses sociais”, como consta da Constituição, e “interesse público”, como está no art. 82, III, do CPC, são expressões com significado substancialmente equivalente. Poder-se-ia, genericamente, defini-los como “interesses cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde”, como o fez J. J. Calmon de Passos, referindo-se a interesses públicos (“Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do CPC”, Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 268, p. 55). Relacionam-se assim, com situações, fatos, atos, bens e valores que, de alguma forma, concorrem para preservar a organização e o funcionamento da comunidade jurídica e politicamente considerada, ou para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento.

É claro que estas definições não exauram o conteúdo da expressão “interesses sociais”. Não obstante, são suficientes para os limites da conclusão que, por ora, se busca atingir, a saber: a proteção coletiva dos consumidores constitui não apenas interesse individual do próprio lesado, mas interesse da sociedade como um todo. Realmente, é a própria Constituição que estabelece que a defesa dos consumidores é princípio fundamental da atividade econômica (CF, art. 170, V), razão pela qual deve ser promovida, inclusive pelo Estado, em forma obrigatória (CF, art. 5º, XXXII). Não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal.

Compreendida a cláusula constitucional dos interesses sociais (art. 127) nessa dimensão,

Superior Tribunal de Justiça

não será difícil concluir que nela pode ser inserida a legitimação do Ministério Público para a defesa de "direitos individuais homogêneos" dos consumidores, o que dá base de legitimidade ao art. 82, I da 8.078/90, especialmente quando se considera o modo como esta legitimação vai se operar processualmente: (a) em forma de substituição processual, (b) pautada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos subjetivos lesados e (c) em busca de uma sentença condenatória genérica.

No caso específico, em que se busca tutela dos consumidores, em face da cobrança de tarifa de pedágio por serviço público concedido, caracteriza-se situação de interesse social, apta a legitimar a propositura de demanda pelo Ministério Público.

No mesmo sentido, entre outros julgados desta Corte: AgRg no AgRg no REsp 1.167.377/SC, Min. Humberto Martins, DJe 03/05/2011; e AgRg no REsp 1.150.965/PR, Min. Herman Benjamin, DJe 25/04/2011.

3. A Lei 9.472/97, ao criar a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, órgão regulador das telecomunicações (artigo 8º), conferiu-lhe, entre outras, a competência para expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações (artigo 19, inciso X). No exercício dessa competência, o Conselho Diretor da ANATEL editou a Resolução 316/2002 (Regulamento do Serviço Móvel Pessoal - SMP), definindo o "Serviço Móvel Pessoal" como serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo, prestado em regime privado, cuja exploração reclama autorização prévia da ANATEL (artigo 4º). E, ao tratar das regras aplicáveis a todos os Planos de Serviços do "Serviço Móvel Pessoal", dispôs a Resolução, no seu artigo 22, o seguinte:

É obrigatório o atendimento de pessoa natural ou jurídica pela prestadora, que se encontre em situação de inadimplência inclusive perante terceiros, no mínimo mediante Planos Alternativos de Serviço.

Alega, assim, a BSE (CLARO), que esse artigo 22 autoriza o tratamento diferenciado ao consumidor em situação de inadimplência, "inclusive perante terceiros", o que reveste de licitude a prática de condicionar a habilitação de celular pós-pago à inexistência de restrição do crédito ou à comprovação de capacidade financeira. Ao negar a aplicação desse dispositivo, o acórdão recorrido teria, assim, violado a norma de competência prevista nos artigos 8º e 19, inciso X, da Lei 9.472/97. Não procede esse argumento. Ainda que tenha considerado incompatível com os preceitos normativos superiores o artigo 22 da Resolução 316/2002 da ANATEL, o acórdão recorrido de modo algum negou a essa Agência a legitimidade de regular, inclusive editando normas, os serviços de telecomunicações. Não se pode confundir a competência para expedir normas - que o acórdão não infirmou -, com a legitimidade da própria norma editada no exercício daquela competência - essa sim negada pelo acórdão. Não houve, pois, ofensa aos dispositivos legais citados.

4. Alega-se, outrossim, que foram violados os artigos 126 a 128 da Lei 9.472/97, que assim dispõem:

Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

Superior Tribunal de Justiça

- I - a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade;
- II - a competição livre, ampla e justa;
- III - o respeito aos direitos dos usuários;
- IV - a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público;
- V - o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços;
- VI - a isonomia de tratamento às prestadoras;
- VII - o uso eficiente do espectro de radiofrequências;
- VIII - o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;
- IX - o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;
- X - a permanente fiscalização.

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

- I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;
- II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;
- III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;
- IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;
- V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

No entender da recorrente BSE (CLARO) o acórdão violou o disposto no artigo 128 da Lei 9.472/97, que preconiza os princípios da livre iniciativa e da intervenção mínima do Poder Público na esfera privada. Sustenta que, "quando da habilitação de uma estação móvel na modalidade pós-paga, a operadora concede um crédito ao assinante, consubstanciado na concessão de prazo para pagamento do serviço fruído", sendo certo que "a concessão indiscriminada do serviço imporia ônus injustificados, até mesmo inviabilizando a prática de descontos e, conseqüentemente, a modicidade das tarifas, na medida em que as perdas tarifárias decorrentes de tal comportamento haveriam de ser compensadas pelos usuários adimplentes". Por sua vez, a TIM NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES S/A aponta como violados os artigos 126 e 127 da Lei 9.472/97, sob o argumento de que o serviço de telefonia móvel celular submete-se ao regime de direito privado, não caracterizando serviço essencial, sujeito ao princípio da universalização, revelando-se, assim, legítima a conduta de condicionar a contratação do plano pós-pago à ausência de restrição creditícia e/ou à comprovação de capacidade financeira.

Não há, no acórdão, a violação apontada, até porque nenhum dos dispositivos legais indicados tratam, diretamente, da situação jurídica controvertida. Não se pode dizer que o acórdão, ao considerar ilegítimo o tratamento desigual atribuído a certos consumidores (inadimplentes "perante terceiros") tenha ofendido o princípio da livre iniciativa ou da intervenção estatal mínima ou do regime privado da prestação do serviço. É preciso considerar que tais princípios, de origem constitucional, não têm caráter absoluto. Pelo contrário, como todo o princípio, eles assumem, por natureza, caráter relativo, uma vez que sua aplicação não dispensa, nem pode dispensar, um sistema metódico de harmonização com outros princípios da mesma hierarquia, igualmente previstos na própria Lei 9.472/97, como o do respeito ao usuário e da função social do serviço de telefonia (artigo 127). Deverão ser

Superior Tribunal de Justiça

também harmonizados com os direitos dos usuários, notadamente o "de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço" (artigo 3º, III), bem como com o das obrigações das prestadoras, nomeadamente as de universalização do serviço, assim consideradas "as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público" (artigo 79, § 1º). Registre-se que a Lei, em seu artigo 126, enfatiza expressamente que os serviços de telecomunicações são ainda submetidos aos princípios constitucionais da atividade econômica, entre os quais se insere o da defesa do consumidor (artigo 170 da Constituição da República).

Na verdade, a controvérsia, como colocada, assumiu um perfil eminentemente constitucional, não só por exigir juízo de ponderação e de harmonização entre os princípios e valores antes referidos, mas sobretudo pela inafastável constatação de que seu desenlace envolve necessariamente juízo sobre a adequada aplicação do princípio constitucional da isonomia. Essa é, no fundo, a real natureza da controvérsia. Quanto às questões infraconstitucionais, conforme enfatizado, não há como afirmar que o acórdão tenha operado violação aos dispositivos de lei federal indicados nos recursos.

5. Diante do exposto, nego provimento a ambos os recursos especiais. É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0219015-0 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 984.005 / PE

Número Origem: 200283000056749

PAUTA: 06/09/2011

JULGADO: 13/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TIM NORDESTE TELECOMUNICACOES S/A
 ADVOGADO : URBANO VITALINO DE MELO NETO E OUTRO(S)
 RECORRENTE : BSE S/A - CLARO
 ADVOGADOS : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTRO(S)
 GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)
 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços -
 Concessão / Permissão / Autorização - Telefonia

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. ARMANDO VERRI, pela parte RECORRENTE: BSE S/A - CLARO.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 984.005 - PE (2007/0219015-0)
RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : TIM NORDESTE TELECOMUNICACOES S/A
ADVOGADO : URBANO VITALINO DE MELO NETO E OUTRO(S)
RECORRENTE : BSE S/A - CLARO
ADVOGADOS : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTRO(S)
GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, faço essas observações, portanto sem aplicação à decisão deste julgamento, e, tendo em vista as peculiaridades, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.
2. Essas matérias não foram objeto do recurso. Então, não há como sequer ser apreciadas.
3. É assim que voto.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 984.005 - PE (2007/0219015-0)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : TIM NORDESTE TELECOMUNICACOES S/A
ADVOGADO : URBANO VITALINO DE MELO NETO E OUTRO(S)
RECORRENTE : BSE S/A - CLARO
ADVOGADOS : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTRO(S)
 GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

O SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (PRESIDENTE): Srs. Ministros, como há a questão discriminatória entre o pós-pago e o pré-pago das exigências, estando em RE, que decidirá realmente se essas exigências não ofendem a discriminação entre os usuários só porque optaram pelo pós-pago e pré-pago, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator pelo desprovisionamento dos recursos especiais, porque, no final deste REsp, haverá uma solução que atenderá ao usuário e às operadoras.

ANEXO E – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO-APELAÇÃO CÍVIL 319130 –PE



República Federativa do Brasil
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 Gabinete do Desembargador Federal Rivalvo Costa

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 319130 - PE

APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 APDO : ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
 REPTE : PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 APDO : BSE S/A
 ADV/PROC : CARLOS SUPPLY DE FIGUEIREDO FORBES E OUTROS
 APDO : TIM NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES S/A
 ADV/PROC : NOBERTO JOSE LOPES DA SILVA E OUTROS
 EMBTE : ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
 RELATOR : DES. FEDERAL EDILSON NOBRE (CONVOCADO)

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
 OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE.

- Acórdão que julga procedente ação civil pública para impedir que a habilitação de linha telefônica celular pós-paga seja condicionada à inexistência de restrição junto aos serviços de proteção ao crédito, condenando a ANATEL a indenizar os danos que venham ser apurados em liquidação por artigos.

- Inexistência de omissão ou contradição.

- Obscuridade quanto ao âmbito temporal da condenação, ensejando a necessidade de esclarecer que os danos passíveis de indenização são apenas aqueles não alcançados pela prescrição quinquenal estabelecida no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

A C Ó R D ã O

Vistos, etc.

GH

AC319130 - PE



República Federativa do Brasil
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Rivalvo Costa

DECIDE a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração das empresas TELPE CELULAR S/A e BSE S/A e dar provimento, em parte, aos embargos de declaração da ANATEL, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 01 de junho de 2006
(data do julgamento)

Des. Federal Edilson Nobre
Relator Convocado



República Federativa do Brasil
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 Gabinete do Desembargador Federal Rivalvo Costa

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 319130 - PE

R E L A T Ó R I O

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (CONVOCADO): A empresa TELPE CELULAR S/A opõe embargos de declaração a acórdão sintetizado na seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. HABILITAÇÃO DE LINHA. CONDICIONAMENTO À INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO.

- Os serviços de telecomunicações são públicos, ainda que prestados sob as regras do regime privado instituído na Lei nº 9.472/97.

- É vedado às concessionárias de serviço de telefonia móvel condicionar a habilitação de linha no plano básico à inexistência de restrição creditícia e à apresentação de comprovantes de crédito em nome do interessado.

- Procedência do pedido e condenação da ANATEL à indenização dos prejuízos decorrentes de sua omissão."

Alega que a sua condenação não condiz com a prova dos autos nem com o raciocínio desenvolvido ao longo do voto condutor do acórdão. Este haveria ainda desconsiderado a Resolução ANATEL nº 316, de 27/09/02, norma superveniente que possibilitou às operadoras de telefonia móvel negarem a habilitação de serviços pós-pagos a

OH

AC319130 - PE



República Federativa do Brasil
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Rivalvo Costa

pessoas cujos nomes constem dos registros de proteção ao crédito - fls. 932-938.

Este último argumento também inspira os embargos opostos pela empresa BSE S/A. Nestes se reclama, ainda, expresse pronunciamento da Turma sobre os artigos: 267, IV, do CPC, referente à falta de legitimidade ativa; 128 da Lei nº 9.472/97 e 170 da Constituição Federal, porquanto não evidenciado nenhum dispositivo legal contrário à conduta das apeladas; 5º da Constituição Federal, pois o acórdão não admitiu tratamento diferenciado a usuários em situações distintas; e 21 da Constituição Federal e 8º e 19 da Lei nº 9.472/97, relativos à competência normativa da ANATEL - fls. 965-979.

A ANATEL também embargou o acórdão, alegando: omissão quanto ao exame do dispositivo que afasta a responsabilidade do Ente Público (Lei nº 8.971/95, art. 25); contradição com a prova produzida, pois não evidenciada culpa grave ou inércia injustificável do Estado; omissão quanto à distribuição entre as litisconsortes passivas da obrigação de indenizar; e obscuridade quanto ao limite temporal da condenação - fls. 1.026-1.035.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

1



República Federativa do Brasil
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 Gabinete do Desembargador Federal Rivalvo Costa

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 319130 - PE

V O T O

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (CONVOCADO): Mesmo para fins de pré-questionamento, os embargos de declaração devem demonstrar a existência de um dos requisitos de admissibilidade específicos desse recurso (obscuridade, contradição ou omissão).

Não se caracteriza como omissão suprível por embargos de declaração a ausência de menção explícita aos dispositivos legais e constitucionais cuja violação se pleiteia, sendo suficiente a apreciação da questão jurídica subjacente para que haja pleno exame da lide, inclusive para fins de pré-questionamento, conforme posicionamento uniformizado da Seção Especial do col. STJ, esposado no EREsp. nº 166.147 - SP, rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, j. em 15/12/99.

Discutia-se nos autos, fundamentalmente, o comportamento das concessionárias de serviço de telefonia móvel ao condicionarem a habilitação de linha celular no plano básico à inexistência de restrição creditícia e à apresentação de comprovantes de crédito em nome do interessado.

A legitimidade ativa do Ministério Público Federal restou assim afirmada no acórdão:

"Conforme apurado em inquérito civil oportunamente instaurado, não se trata de atos isolados, mais de prática generalizada endereçada a todos que almejam tornar-se assinantes do plano



República Federativa do Brasil
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 Gabinete do Desembargador Federal Rivalvo Costa

básico de telefonia celular, cuja principal característica reside no fato de o pagamento dos serviços ser posterior à respectiva prestação.

O interesse preponderante em discussão, portanto, não é o de indivíduos perfeitamente identificados, mas o de todo um grupo de pessoas indeterminadas, ainda que determináveis, ligadas aos prestadores de serviço de telefonia por um vínculo nascido diretamente da lei disciplinadora das relações de consumo.

Tais características descrevem autêntico interesse coletivo, passível de proteção pela via da ação civil pública, estando para tanto legitimado o Ministério Público (CDC, arts. 81, II, e 82, I c/c arts. 129, III da CF/88)."

Quanto ao mérito da lide, ficou dito:

"a legislação não erige qualquer condição de ordem econômica para que o virtual interessado se torne assinante do plano de serviço básico. Pelo contrário, reconhece-lhe, expressamente o direito 'de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza' e o 'de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço' (Lei nº 9.472/97, art. 3º, I e III).

Em complemento, atribui ao Poder Público o dever de 'garantir, a toda a população o acesso às telecomunicações, a tarifa e



República Federativa do Brasil
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 Gabinete do Desembargador Federal Rivalvo Costa

preços razoáveis, em condições adequadas'
 (Lei nº 9.472/97, art. 2º, I).

Confia, ainda, à ANATEL o poder de
 'adotar as medidas necessárias para o
 atendimento do interesse público e para
 o desenvolvimento das telecomunicações
 brasileiras' e, especialmente, 'reprimir
 infrações dos direitos dos usuários'
 (Lei nº 9.472/97, art. 19, XVIII)."

A Resolução nº 316/02 da ANATEL não há
 de prevalecer sobre os dispositivos legais
 mencionados, devendo, pelo contrário, a eles se
 adequar. A tentativa de regulamentar prática
 comercial lesiva a direito legalmente consagrado
 aos usuários de telefonia serve, quando muito,
 para patentear a condescendência da autarquia
 federal encarregada de fiscalizar o setor.

Ao contrário do que sugere a TELPE
 CELULAR S/A, os fatos narrados na inicial
 encontram-se satisfatoriamente provados.

Mesmo quando seus empregados procuraram
 negar a prática abusiva acabaram por evidenciá-la
 ao confirmar que a habilitação de linhas pós-pagas
 era precedida de consulta aos serviços de proteção
 ao crédito, procedimento este injustificável,
 considerando-se que o interessado na assinatura
 não buscava crédito, mas apenas o acesso a um
 serviço público.

Do depoimento prestado por PAULO VALÉRIO
 REGO DE MOURA no inquérito civil, restou
 evidenciado que os interessados que procuram o
 atendimento da TELPE CELULAR S/A "vão para a mesa
 sem saber que a consulta será realizada"; que o
 intuito da pesquisa era "tentar reverter a



República Federativa do Brasil
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Rivalvo Costa

habilitação no sistema pós-pago para o pré-pago"; e que a habilitação no sistema pós-pago só se dava se o cliente insistisse - fl. 185.

Esta última afirmação não só é reiterada pela depoente ADRIANA ROCHA DA SILVA como por ela complementada ao recordar dois casos nos quais o acolhimento da preferência dos interessados pelo serviço pós-pago ficou condicionado à solução das respectivas pendências - fl. 186.

De forma mais contundente, informou o depoente MAURÍCIO FERREIRA DA SILVA, com relação ao serviço pós-pago, que, além de ser consultado um sistema interno para saber se o interessado não tem débito com a empresa, "é feita consulta ao SERASA e ao SPC" e, "havendo restrições em um desses três bancos de dados, não é feita a habilitação", salvo "havendo grandes questionamentos pelo cliente de que não poderia estar no SPC ou SERASA, bem como estão questionando a restrição perante a justiça", hipótese em que habilitação é feita, assim mesmo, após "consultada a supervisão" - fl. 184.

A responsabilidade da ANATEL também restou satisfatoriamente evidenciada, sendo certo que houvesse ela tomado as providências que lhe cabiam, tão logo noticiada dos fatos, há muito haveria cessado a prática combatida na inicial.

O art. 25 da Lei nº 8.971/95 em nada elide esta responsabilidade.

A obrigação de indenizar os danos eventualmente advindos ao usuário de telefonia é solidária, respondendo cada um dos co-obrigados pela totalidade da dívida. Nada, portanto,



República Federativa do Brasil
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Rivalvo Costa

invalida a pretensão do Ministério Público de pleitear a indenização dos danos apenas à ANATEL.

Cumpra, no entanto, esclarecer que os danos passíveis de indenização são apenas aqueles não alcançados pela prescrição quinquenal estabelecida no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, ou seja, os configurados a partir de 18/04/97.

Por fim, o acórdão embargado é claro ao restringir o pagamento da indenização apenas aos consumidores que se habilitarem na execução.

Com estas considerações, nego provimento aos embargos de declaração das empresas TELPE CELULAR S/A e BSE S/A e dou provimento, em parte, aos embargos da ANATEL, tão-somente para esclarecer estarem passíveis de indenização apenas os danos ocorridos a partir de 18/04/97.

É como voto.

Des. Federal Edilson Nobre
Relator Convocado