

O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS DIREITOS COLETIVOS DOS USUÁRIOS DA TELEFONIA.

DUCIRAN VAN MARSEN FARENA [\(1\)](#)

1. Participação do usuário, atuação da ANATEL e o papel do Ministério Público.

O modelo desenhado para as telecomunicações no Brasil, no tocante à proteção do usuário se assenta basicamente em dois instrumentos: a participação do usuário e a atuação da agência reguladora, a Anatel, no campo da defesa do consumidor.

A nosso ver, participação do usuário deve pressupor uma posição ativa deste na formulação de políticas e normas. Inclusive daquele que não possui telefone, alvo das metas de universalização. Assim, rigorosamente, ações que decorrem do exercício do direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, "a", CF; art. 3º XI, e 44, Lei 9.472/97), defesa ou recurso (art. 5º, inciso LV, CF); controle interno (corregedoria ou ouvidoria, art. 45 e 46, Lei 9.472/97); ou mesmo social (comunicação de irregularidades) não poderiam ser consideradas participação.

No entanto, o parágrafo terceiro ao artigo 37 da Constituição Federal aparentemente equipara as duas situações ao dispor que:

"a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública".

"Ao que se deduz do advérbio 'especialmente', ao final do § 3º do art. 37, as previsões elencadas em seus incisos são exemplificativas de prioridades, e a lei integradora poderá acrescentar outras formas de participação dos usuários, desde que da mesma natureza" [\(2\)](#)

As verdadeiras formas de participação - na nossa linha de raciocínio - que estariam franqueadas pela abertura do citado preceito constitucional, seriam a consulta pública, a audiência pública (prevista expressamente no art. 4º § 3º da Lei n. 9427/96, que instituiu a Aneel) e a participação de representantes dos usuários nos órgãos consultivos e decisórios.

Algumas dessas possibilidades estão contempladas na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97): arts. 19, III, e 42 (consulta pública); 34 e 35 (participação de entidades representativas dos usuários no conselho consultivo, cujas funções são basicamente de aconselhamento e opinião).

As consultas e audiências públicas seriam, nessa perspectiva, o instrumento mais importante de participação. No entanto, essas possibilidades têm sido frustradas pela forma como tais procedimentos são conduzidos pela agência reguladora, e também, em parte, pela ausência de entidades civis especificamente voltadas para a defesa dos usuários de serviço público.

De antemão, o usuário já sabe que formular uma proposta numa consulta pública ou participar de uma audiência pública é perda de tempo. No primeiro caso, porque não há transparência no trâmite que converte as propostas em normas; no segundo, porque somente aspectos técnicos (freqüentemente incompreensíveis para o leigo) são levados a debate nas tais audiências públicas (onde também não é raro não aparecer ninguém, além dos próprios funcionários da Anatel e empresas interessadas).

Em audiência pública sobre televisão digital realizada em Brasília, conforme noticiou a imprensa, "os técnicos da Anatel organizaram o encontro de modo a restringir o debate às questões eminentemente técnicas que ocupam boa parte do relatório preparado pelo CPqD. Uma liminar da 9ª Vara da Justiça Federal, questionando a forma de encaminhamento da reunião, provocou a interrupção da sessão." (3)

Em suma, não se discute o direito do usuário, nem as repercussões da regulação pretendida na vida deste, funcionando apenas a audiência pública para forjar uma aparência de legitimação para o processo.

No que tange à atuação da Anatel na promoção dos direitos do consumidor, o quadro não é mais animador.

As atribuições da agência estão previstas no art. 19 da LGT segundo o qual compete à Anatel reprimir infrações dos direitos dos usuários (inciso XVIII).

Ocorre que o Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997 (Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações) em seu artigo 19, dispõe:

"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".

Tal dispositivo regulamentar, ofertando à Agência competência exclusiva e aos demais entes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor competência supletiva, é desenganadamente ilegal, posto que contraria o art. 55, *caput*, e § 1º da Lei n. 8.078/90 (CDC).

O *caput* do art. 55, ao mencionar o caráter concorrente da atribuição da União, Estados, e Distrito Federal em suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixar normas "relativas à produção, industrialização,

distribuição e consumo de produtos e serviços" , reflete apenas a competência constitucional prevista para estes entes (art. 24, V, CF). Seu parágrafo primeiro estabelece que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo". Observe-se que a Anatel não é órgão do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), o qual é integrado por órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e entidades privadas de defesa do consumidor. À exceção das últimas, todos podem aplicar as penalidades previstas no art. 56 do CDC, sendo verdadeiro absurdo, até sob o plano federativo, que as atribuições outorgadas por lei lhes sejam subtraídas pela agência mediante decreto. (4)

O correto seria dizer que a competência da agência, no que tange à aplicação das sanções previstas no CDC, esta sim, é supletiva (ou complementar) frente aos órgãos do SNDC, o que não implica dizer que a agência não tenha um importante papel, posto que lhe cabe observância do Princípio Constitucional da Defesa do Consumidor (art. 5º, LGT), bem como de todos os princípios da Política Nacional de Relações de Consumo, em especial os inciso I (reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo) e II, "b" (ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, pela presença do Estado no mercado de consumo).

Enfim, insta notar que a LGT - que nada dispõe sobre competência exclusiva da agência para sancionar infrações ao direito do consumidor - ressalva expressamente as competências legais do CADE.

O artigo 19 do Decreto n. 2.338/97 somente se presta a argumento de defesa dos prestadores de serviço de telecomunicações, para forrarem-se de responder por seus atos perante os órgãos federais, estaduais e municipais de defesa do consumidor.

Curiosamente, não é incomum que a agência procure furtar-se às suas obrigações com o usuário consumidor alegando não se tratar de assunto da sua alçada. A "competência" só aparece quando o interesse da prestadora está afetado por uma decisão judicial, por exemplo. A ANATEL não tem competência para impedir uma lesão ao usuário, mas tem para dar causa a ela.

A Anatel, como se vê, no presente momento, não ostenta um histórico invejável no que tange à defesa do usuário consumidor. Ressente-se esta, logo de saída, da própria indistinção do conceito de usuário na regulamentação. Um fornecedor de serviço, como por exemplo, os provedores de serviço de valor adicionado, considerados usuários pela legislação (art. 61, § 1º da LGT) é, assim, equiparado ao assinante, consumidor dos serviços oferecidos por aquele, numa inteligência que faz *tabula rasa* de qualquer vulnerabilidade. Não vê, pois, a agência nenhum problema em defender o "acesso livre" do provedor de 0900 contra

bloqueios determinados por causa de reclamações de consumidores, como ocorreu em um caso concreto, submetido à sua apreciação.

Neste cenário, avulta a atuação do Ministério Público, quer orientando e aplicando as sanções do CDC, quando atua como ente do SNDC, quer no exercício da tutela coletiva buscando em juízo fazer valer ao usuário da telefonia os direitos que lhe são negados na regulamentação deficiente ou ignorados na estrutura que não contempla sua participação eficaz.

2. Os direitos do usuário da telefonia fixa.

A nomenclatura técnica para a telefonia fixa é "Serviço Telefônico Fixo Comutado", definido como o serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia. São modalidades do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral o serviço local, o serviço de longa distância nacional e o serviço de longa distância internacional. O STFC é classificado, quanto à sua abrangência, como serviço de telecomunicações de interesse coletivo (Arts. 3º, XX, 6º e 8º da Resolução n. 85/98).

Em linhas gerais, podemos enunciar, de forma não exaustiva, os seguintes direitos do usuário do serviço de telefonia fixa:

a) Direito à proteção do Estado no mercado regulado (art. 4o., CDC). Esta proteção, como vimos, é dever do Estado, por intermédio de todos os seus órgãos, sejam eles dedicados à defesa do consumidor ou à tarefa regulatória. Não cabe, assim, nenhum refúgio para a "racionalidade técnica" isenta de preocupações com a defesa do consumidor. Desse modo, o usuário tem direito à intervenção da agência reguladora em seu favor, assegurando-lhe direitos e coibindo abusos, em articulação (afastada qualquer supremacia) com os órgãos integrantes do SNDC.

b) Direito ao reconhecimento de sua vulnerabilidade (Art. 4o, I, CDC). O consumidor não pode ser considerado "igual" à prestadora de serviços ou outros usuários que assumam, perante ele, a condição de fornecedor, por meio do serviço de telefonia. Tampouco pode ser tratado com indiferença. Atentam contra a vulnerabilidade dispositivos regulamentares que põem em pé de igualdade o consumidor e a prestadora de serviço, remetendo seus conflitos à "negociação" ou arbitragem. Veja-se o nosso comentário ao § único ao art. 61 da Resolução n. 85/98, *infra*.

c) Direito de acesso (Art. 3o., I, LGT). O direito de acesso não pode ser dissociado da questão da modicidade tarifária. A migração de usuários de uma modalidade de serviço (terminal fixo) para outra (celular pré-pago, considerado serviço de interesse restrito, e prestado sob regime privado), não caracteriza "universalização", mas sim denota a existência de barreiras no acesso ao serviço essencial. O que importa, aqui, é a consideração desse direito quanto ao serviço prestado no regime público. Contudo, desde o princípio, o modelo não foi vocacionado para permitir maior acesso dos brasileiros ao serviço de telefonia, mas sim, para permitir a exploração

econômica lucrativa dos segmentos empresarial e doméstico de alto padrão aquisitivo.

d) Direito à liberdade de escolha (Art. 3º, II, LGT). Conseqüência lógica da competição é o direito de o usuário escolher sua prestadora de serviço. O novo regime jurídico do serviço de telecomunicações, disserta Floriano Azevedo Marques Neto, pressupõe um equilíbrio entre a competição e a universalização **(5)**. "A incidência regulatória, portanto, permite que se imagine alguns prestadores olhando mais para a competição, para estudos de mercado vantajosos, e outros prestadores olhando para a perspectiva da universalização" **(6)**. Ao menos no que tange à telefonia local, essa possibilidade permanece - e, ao que tudo indica, permanecerá - apenas na imaginação. "Espelhos" como a Vésper abandonaram até mesmo o discurso de competição. O modelo de duopólio baseado nas "empresas espelho" como alternativa ao poderio das antigas estatais fracassou. Como resultado, o usuário não tem liberdade de escolha, encontra-se sujeito a prestador único e não vê a qualidade melhorar nem o preço dos serviços diminuir.

e) Direito a um serviço adequado, eficiente e seguro (Art. 22, CDC). Adequação pressupõe respeito pelos direitos dos usuários. A adequação do serviço significa, num mercado regulado, adequação do regulamento. Não raro ocorre que o serviço é inadequado porque o regulamento não garante o direito do consumidor, ou, pior, "autoriza" o desrespeito ao CDC.

f) Direito à continuidade ou não suspensão do serviço (Art. 22, CDC, Art. 3º., VII, LGT). Onde resulta ilegal a suspensão do serviço pelo não pagamento de cobranças diversas e serviços de valor adicionado incluídos na fatura telefônica, representando verdadeira venda casada (art. 39, I, CDC).

g) Direito à modicidade tarifária (Art. 6º, § 1º, Lei n. 8987/95). Um dos principais gravames à modicidade tarifária é a forma pela qual os contratos, a regulamentação e a própria agência valorizam alegações de rompimento de equilíbrio econômico e financeiro em favor da prestadora. A modicidade necessita de parâmetros claros (da forma que ocorre com o direito das concessionárias) cuja ausência tem tornado este direito uma declaração desprovida de qualquer eficácia jurídica ou fática.

h) Direito à informação (Art. 6º, III, CDC). Direito ao conhecimento das condições de prestação do serviço e também de seus direitos, em linguagem clara e acessível.

i) Direito à privacidade (Art. 3º, V, VI e IX, LGT). Não deve o assinante ser obrigado nem induzido a fornecer informações pessoais às prestadoras de serviço, além daquelas imprescindíveis para o próprio serviço em si, excluída finalidade comercial.

j) Direito de contestação e petição (Art. 3º., X e XI, LGT). Seus principais aspectos são: o direito do usuário de obter resposta às suas reclamações à agência ou ao fornecedor, posicionamento quanto à sua razão ou desrazão, o direito a conhecer os fundamentos da decisão de seu

interesse; o direito de acesso aos dados técnicos que embasaram esta decisão (perícias, etc.).

k) Direito à prevenção e efetiva reparação dos danos materiais e morais. (Art. 6o., VI e VII, 7O, § único, do CDC e 3o., XII da LGT). A prevenção deve estar à cargo da agência reguladora, e as melhores vias são uma regulamentação adequada, que respeite os direitos do consumidor e a ação administrativa reparadora, no caso de lesão. No plano Judiciário, este direito reflete-se na necessidade de inversão do ônus da prova, face à patente desigualdade em que se encontra o usuário, diante da capacidade técnica das prestadoras.

Lamentavelmente, bem diverso é o panorama que a realidade nos mostra quanto à efetividade dos direitos do usuário consumidor:

a) Desproteção regulamentar. Intervenção da agência em prol do infrator. O regulamento é específico quando se trata do direito da prestadora (ex. recomposição do equilíbrio econômico e financeiro), e vago ou omissivo quando se trata de direito do usuário. Quando não consagra a violação do Código de Defesa do Consumidor. A intervenção da agência é no sentido de defender a prestadora e suas práticas.

b) Não reconhecimento da vulnerabilidade do usuário. A agência respalda a prestadora quando esta alega que não há prova em favor do usuário (ex. o assinante deve provar que não fez as ligações contestadas). Todos os instrumentos de facilitação de defesa são colocados ao dispor da prestadora, e não do usuário.

c) Não reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. O estatuto consumerista aplica-se no que não contraria a regulamentação "técnica" da agência. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que se celebram os benefícios da privatização - que deveriam aproximar as prestadoras dos fornecedores do mercado e suas regras - ente regulamentador e prestadoras porfiam por privilégios de exceção e prerrogativas de império próprias do regime estatal, a começar pela própria "não aplicação" do CDC. Por outro lado, não raro a regulamentação ludibria o Código de Defesa do Consumidor, funcionando como verdadeiro salvo-conduto para lesar o usuário, como é o caso notório do art. 65 da Resolução n. 85, que tem sido utilizado para fundamentar a não devolução em dobro de valores cobrados indevidamente.

d) Ausência de competição. Conforme noticiou a imprensa:

"O modelo de competição na telefonia fixa imaginado e prometido pelo governo na época da privatização da Telebrás por enquanto fracassou. As empresas espelhos não conseguem enfrentar as antigas estatais - e, na verdade, não têm essas disposições. Os números mostram a desigualdade. A Telefônica instalou no Estado de São Paulo, em março, 330 mil telefones para uma rede total de 12,5 milhões. Desde o início de operações, em janeiro de 2000, a Vésper, sua empresa-espelho conseguiu instalar uma

rede para apenas 250 mil. A Vésper é, também, empresa-espelho da Telemar, companhia que atende o Rio e mais 15 Estados." (7)

Por outro lado, fusões a nível internacional ou mesmo interno, a partir de janeiro de 2002, quando deve começar o regime de liberdade para as empresas que cumprirem as metas de desempenho, podem determinar a consolidação definitiva dos monopólios privados.

e) Ausência de universalização e melhoria dos serviços. Renúncia a atividade fiscalizadora, que é remetida à "população". No tocante ao cumprimento das metas, o horizonte não traz melhores perspectivas:

"As companhias não conseguem, por exemplo, segundo a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), atingir um índice razoável de ligações completadas à noite. Além disso, não cumprem o prazo máximo de 72 horas para fazer a transferência de linhas. E há quem duvide que, até o fim do ano, possam instalar um telefone em 15 dias a contar do pedido, como exige a Anatel. Esses são considerados 'os três gargalos' da telefonia fixa." (8)

A agência não fiscaliza, e cabe à população, especialmente dos rincões mais distantes do país, adivinhar quais são as metas de universalização e denunciar seu descumprimento:

"O presidente da Anatel (...) admite que algumas metas de universalização da telefonia não estão sendo cumpridas. Concorde ainda que a agência não tem pessoal suficiente para fiscalizar a atuação das teles nas mais de 5.500 cidades do Brasil. Por isso, ainda há diversos casos de cidades com mais de mil habitantes que ainda não têm telefone, de locais com menos de um telefone público a cada 800 metros e de escolas e hospitais sem sistema de comunicação, admite a Anatel. (...) O presidente da Anatel considera que cabe à população denunciar à agência os problemas das telecomunicações".

(9)

Nos centros urbanos, o serviço só tem piorado. O setor de telecomunicações lidera o cadastro de reclamações fundamentadas do Procon-SP. (10)

e) Inversão tarifária. Transferência de ônus dos setores competitivos para os assinantes residenciais de baixo poder aquisitivo ou sujeitos ao monopólio. O setor residencial não interessa para as prestadoras, em termos de investimentos e melhorias; funciona apenas como mercado cativo, a ser superexplorado através do aumento do valor da assinatura, ampliação do consumo mínimo de pulsos, aumentos tarifários e oferta de acessórios. As operadoras nem disfarçam sua prioridade ao segmento empresarial e de longa distância:

"O grande interesse das três companhias de telefonia fixa não estará, porém, no serviço telefônico residencial em geral. 'É o mercado corporativo e de longa distância que nos motiva', diz Stael Prata Filho, vice-presidente de negócios de grande público da Telefônica. 'Não há sentido econômico em duplicar a infra-estrutura para atender o público residencial no país inteiro. Só compensa se for para uso corporativo e residencial de classes A e B', diz Henrique Neves, presidente da Brasil Telecom Participações." (...) (11)

No tocante à inversão tarifária, a questão foi bem apreciada pela Juíza Federal Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa, ao sentenciar a ação civil pública n. 98.0029238-1:

"Com efeito, a motivação dada pela União para o aumento das tarifas foi o programa de redução do Custo Brasil (...) Chega a reconhecer que *"por força desta nova política, a conta dos assinantes residenciais sofreu uma elevação média de 23%, enquanto no segmento de negócios as contas médias dos assinantes não residenciais e tronco tiveram respectivamente elevação de 4% e redução de 8%"* (fl. 136).

Em outras palavras, no setor de negócios - em que se concentra o capital - houve redução; no setor residencial, aumentou (...) Já outros serviços não tiveram aumento fazendo com que se reduzisse "o custo da tarifa de quem tem capacidade financeira e alternativa de escolha, aumentando-o para quem necessita do serviço como utilidade indispensável para a vida, e não tem escolha" (fl. 160).

(...) No caso, vê-se que a União Federal tentou equiparar o bem comum à redução do Custo Brasil o que, na prática, já se mostrou ser um sofisma.

Pior, *"o fez, em sacrifício do usuário que não tem escolha, que não é responsável pelo Custo Brasil, que não negocia, que necessita do telefone basicamente para ligações locais, e que, enfim, só se " beneficia " da modernidade em uma coisa: AUMENTO DE TARIFA"* (fls. 160/ 161).

A voracidade arrecadatória do Poder Público é tamanha que não tem escrúpulos em justificar os aumentos de tributos e preços públicos em interesses públicos e coletivos que a final nunca são atingidos. No caso dos tributos, pelo menos, há todo um rol de garantias do cidadão. Quanto aos preços públicos, porém, sem o rigor tributário, os cidadãos poderiam ficar sujeitos a abusos e à freqüente ignorância à lei, no caso, todos os preceitos já referidos que limitam a discricionariedade administrativa na sua fixação ? Certamente não!".

f) Encargos "colaterais". Transferência ilegal de carga tributária para as faturas; criação ilegal de tarifas; criação unilateral de seguros e outros, a serem excluídos por iniciativa do usuário. Vários exemplos podem ser lembrados a respeito: a transferência ilegal e inconstitucional dos encargos do Cofins e do PIS/PASEP aos assinantes dos serviços de telefonia, sob as bênçãos da Anatel; os seguros, secretárias eletrônicas e outras "facilidades" (geralmente desnecessárias) cujo custo aparece na conta sem solicitação, e cuja dificuldade para exclusão explica-se pela finalidade única de aumentar os encargos do serviço; as tarifas ilegalmente criadas, tais como as de bloqueio por falta e pagamento e de religação (isto é, o consumidor paga para a empresa suspender o serviço e paga por religá-lo) etc.

g) Ausência de verificação real do equilíbrio econômico e financeiro bem como do cumprimento de metas. Não realiza a Agência auditoria isenta para avaliar a evolução do equilíbrio econômico e financeiro. Como

resultado, os aumentos solicitados são invariavelmente concedidos. De idêntica forma, a avaliação de cumprimento de metas é feita com base em dados fornecidos pelas próprias prestadoras.

h) Transformação do serviço de telefonia em veículo de cobrança coativa de serviços privados (serviços de valor adicionado: 0900, 900, 145), doações mais ou menos espontâneas e cobranças de todo o gênero. A conta telefônica se torna veículo para todo tipo de cobranças, e a continuidade do serviço, a garantia do pagamento. No caso de inclusão de doações, compras, assinaturas, prestações de compra de bens e empréstimos, a prestadora chega ao cúmulo de, empregando o argumento típico das administradoras de cartão de crédito, afirmar que só a loja, o banco, a editora ou o beneficiário da doação podem autorizar o estorno da cobrança em conta! [\(12\)](#)

i) Desinformação. Jamais houve preocupação da agência em divulgar os direitos do usuário (mediante, por exemplo, uma cartilha do usuário, em linguagem didática) mesmo naquilo que é o mais essencial. Nesse cenário, disseminam-se as práticas lesivas das prestadoras contra o consumidor. Administrativamente ou em juízo, a desinformação prevalece e o reclamante acaba seguindo a linha de raciocínio desejada pelas prestadoras. Exemplo típico é a contestação de ligações de serviços de valor adicionado, onde o consumidor acaba argumentando que não fez as ligações, o que o coloca em manifesta desvantagem diante da "prova" de haverem estas se originado na linha de sua responsabilidade. Com isso, permanece na penumbra a verdadeira questão: a impossibilidade de suspensão do serviço público pelo não pagamento de débitos relativos a serviço meramente privado.

j) Violação da privacidade pela formação ilegal de cadastros e perfis de consumo. A vocação do sistema, como vimos, é para o segmento empresarial e o assinante residencial de alto poder aquisitivo. Interessa à prestadora identificar esse usuário da forma mais completa possível, ainda que violando direitos relativos à privacidade. A própria utilização da linha é mapeada para a formação do perfil do usuário. Da mesma forma, a prestadora estimula a complementação dos dados cadastrais, enviando questionários aos assinantes (contendo itens como casa própria, carro, escolaridade, etc.) cujo retorno é estimulado através da entrega de brindes. Tais questionários, evidentemente, não informam qual o uso que se fará dessas informações, nem tampouco se serão comercializadas.

k) Ausência de direitos na contestação de débitos e reclamações à Anatel. A regulamentação é inócua no que diz respeito aos direitos do usuário na contestação de débitos. Praticamente só se lhe assegura um direito: o de receber uma resposta qualquer. A própria agência dispensa-se de apreciar o caso trazido pelo usuário, encaminhando a reclamação à prestadora. A respeito, ver nosso comentário aos artigos 64 e seguintes da Resolução n. 85/98, *infra*.

I) Não reparação dos danos. A agência considera a reparação dos males causados aos usuários como assunto que lhe é alheio. Resta ao usuário buscar por conta própria a reparação, e aos legitimados buscar a reparação de danos coletivos. Por outro lado, a agência é uma das maiores responsáveis, por ação ou omissão, por danos ao consumidor, cabendo também sua responsabilização, ao lado do prestador de serviços.

3. A resolução n. 85/98 (STFC): exemplo de regulamentação inadequada.

Conforme dissemos, serviço adequado pressupõe regulamentação adequada. Não é o que ocorre contudo, quando nos deparamos com uma regulamentação como o a Resolução n. 85, de 30 de dezembro de 1998 (Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado), que teoricamente deveria resguardar os direitos do consumidor usuário da telefonia fixa.

Este breve apontamento comporta apenas o exame de algumas disposições do prefalado regulamento onde a lesividade e a displicência para com o interesse do usuário saltam aos olhos.

Oportuno, assim, começar com o artigo 51, da Seção II (Do Contrato de Prestação de Serviço), onde se declara que "aplicam-se ao contrato de prestação de STFC, *no que couber*, as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 1990" (destacamos). Isto é, o regulamento impondo restrições à aplicação da lei....

Esse ponto de partida dá o tom de muitas disposições lesivas e contrárias ao CDC, e de muitos posicionamentos adotados pela agência no que tange ao contrato de prestação de serviços de telefonia.

Vejamos alguns dispositivos que tratam da cobrança dos serviços e suspensão destes, verdadeiros nós cegos do sistema de telefonia, e que têm sido fonte de infundável arbítrio para os prestadores de serviço:

"Art. 54. O documento de cobrança apresentado pela Prestadora ao Assinante deve corresponder a 30 (trinta) dias de prestação de serviço, e deve discriminar, de maneira detalhada, clara e explicativa, todo e qualquer registro relacionado à prestação do serviço no período, os descontos concedidos, impostos e eventuais encargos, conforme regulamentação específica.

Parágrafo único. A cobrança de valores referentes a utilização de serviços de valor adicionado, quando permitida pela regulamentação, deve ser realizada por meio de documento de cobrança que contenha as informações relativas a utilização do STFC e do serviço de valor adicionado correspondente, com identificação do respectivo provedor".

Comentário: o caput é uma autêntica contradição: dá com uma mão e tira com a outra. A "regulamentação específica", no caso, pode tudo, inclusive subtrair a discriminação detalhada, clara e específica. É o que ocorre no caso da não discriminação dos pulsos.

O parágrafo único autoriza à prestadora operar como escritório de cobrança de serviços privados - os serviços de valor adicionado - em proveito de

terceiros. Tais cobranças não deveriam constar da conta telefônica, assim como quaisquer outras, relativas à empréstimos, assinaturas, doações, etc.

"Art. 61. As Prestadoras de STFC nas modalidades Local e de Longa Distância Nacional devem apresentar a cobrança ao Assinante no prazo máximo de 90 (noventa) dias e as de Longa Distância Internacional no prazo máximo de 150 (cento e cinqüenta) dias, contados da efetiva prestação do serviço.

Parágrafo único. As cobranças de serviços prestados após os prazos estabelecidos neste artigo devem ser objeto de negociação entre a Prestadora e o Assinante".

Comentário: Sobressai, em primeiro lugar, o absurdo de permitir à prestadora transferir ao usuário o ônus da sua ineficiência! Para efeito de cobrança, não vale a decantada eficácia dos modernos sistemas digitais: a fórmula de inserção das chamadas continua sendo transportada a lombo de burro.

A norma desfigura completamente o direito básico do consumidor à proteção contra prática abusiva no fornecimento do serviço de telefonia, na verdade favorecendo-a (art. 6º, IV, art. 39, caput, CDC).

Nem se objete que o prazo é favorável ao assinante. Enquanto não recebe a fatura, ele fica também sem registro da utilização do serviço. É estimulado a consumir mais, obrigado a adivinhar o consumo retroativo de seu aparelho (não raro usado por várias pessoas) ou ainda estabelecer insana vigilância sobre este. Em qualquer caso, deverá formar poupança correspondente ao consumo suposto até receber a conta. Fica impedido de cobrar as ligações de terceiros, porque não dispõe da fatura. Para a prestadora, por razões de custo bancário, é da máxima conveniência proceder a cobranças de valores mais elevados. Enfim, sempre há a possibilidade de "equivocos" no registro de chamadas - sempre em desfavor do usuário - que terá menor possibilidade de controlar ou perceber, dada a quantidade de ligações e o tempo decorrido. Ou estará impossibilitado de qualquer contestação, quando se trata, por exemplo, de cobrança retroativa de pulsos!

Some-se a isto que nenhuma garantia é assegurada ao usuário de que haverá parcelamento dessa conta acumulada, ao menos em período idêntico ao atraso, a fim de evitar desequilíbrios no seu orçamento e possibilitar a manutenção do serviço. Tampouco garantia de não incidência de juros em eventual parcelamento amigável.

O parágrafo único coroa este desfile de insensatez. O assinante é convocado à negociação com a prestadora! Mais uma vez, nenhum limite temporal para as cobranças na fatura - que podem retroagir a cinco, dez anos. E mesmo nesse caso, faltou vergonha para incluir o dever de continuidade do serviço!

Na prática, a prestadora manda uma carta comunicando o débito passado, inserido na conta (cobrança que pode remontar a quase dois anos, como ocorreu com conhecida prestadora). Esta é a negociação. Se o assinante não a aceita, o serviço é suspenso.

Tudo em detrimento da vulnerabilidade do consumidor, princípio reitor-nunca é demais enfatizar - de toda a atividade estatal, seja ela de defesa do consumidor ou outra qualquer (art. 4º, inciso I, CDC).

Em suma, o assinante paga pela ineficiência e pela conveniência da prestadora.

Na verdade, nenhuma cobrança retroativa ou fora do prazo mensal deveria ser admitida, o que funcionaria até como fator de eficiência dos serviços, nesta era pretensamente digital. A prestadora ineficiente que vá ao Poder Judiciário e cobre pessoalmente do usuário, provando cumpridamente as ligações efetuadas.

Art. 62. "O Assinante tem o direito de questionar os débitos contra ele lançados pela Prestadora, não se obrigando a pagamento dos valores que considere indevidos.

Parágrafo único. O pagamento dos valores questionados pelo Assinante somente poderá ser exigido pela Prestadora quando esta comprovar a prestação dos serviços objeto do questionamento."

Comentário: "garantia" totalmente vã. A prestadora, em qualquer hipótese, sempre terá condições de "comprovar" a prestação dos serviços objeto do questionamento. O assinante é que não terá condição nenhuma de provar o contrário, posto que não lhe é assegurado o direito à perícia isenta, a conhecer os resultados da perícia da empresa, a critérios translúcidos de avaliação técnica, acesso aos bancos de dados e documentos relativos à utilização dos serviços.

Na prática, a empresa simplesmente desestima a reclamação do usuário afirmando que a análise técnica (a respeito da qual nada se sabe) confirmou a origem das ligações. E no juizado especial cível invariavelmente alega que a matéria é complexa, dependente de provas que o rito especial não comporta.

Art. 64. "O Assinante tem prazo de até 120 (cento e vinte) dias para contestação do débito perante a Prestadora, sem prejuízo de outras medidas previstas na Lei 9.472, de 1997, e nos Regulamentos editados pela Agência".

Art. 65. "A devolução de valores cobrados indevidamente deve ocorrer em até 30 (trinta) dias após a contestação da cobrança indevida, preferencialmente em documento de cobrança de prestação de serviços.

Parágrafo único. Os valores cobrados indevidamente devem ser devolvidos, acrescidos dos mesmos encargos aplicados pela Prestadora aos valores pagos em atraso".

Comentário: O artigo 64 causa imenso pasmo. A prestadora não tem limite temporal para cobranças retroativas. Mas o assinante tem 120 (cento e vinte) dias para contestá-las. Isto é, se uma prestadora cobra ligações antigas de um, dois anos, o consumidor tem 120 dias para contestá-las....

O parágrafo único do artigo 65 colide frontalmente com o artigo 42, parágrafo único, do CDC, segundo o qual "o consumidor cobrado em quantia

indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

Este dispositivo do CDC, como é sabido, aplica-se a qualquer cobrança indevida, não estando preso ao caput do artigo 42, que trata especificamente de consumidor inadimplente. Da devolução em dobro, somente se exonera o fornecedor se provar que o engano foi justificável. Engano justificável não é, a toda evidência, aquele que decorre da ineficiência do fornecedor. Não é justificável a "falha de sistema" que levou à inclusão de uma ligação que o usuário não efetuou, nem o erro de licitude que levou à imposição, pela prestadora, de ilegal tarifa de bloqueio ou religação.

Não deixou o parágrafo único do artigo 65 do Regulamento de ajudar, e muito, as prestadoras, que nele se abrigaram para fugir à sanção prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC.

Art. 67. "A Prestadora pode suspender o provimento do serviço ao Assinante que não honrar o pagamento de débito diretamente decorrente da utilização da modalidade do serviço prestado, após transcorridos 30(trinta) dias de inadimplência.

§1º A inadimplência se caracteriza pelo não pagamento de débito objeto de documento de cobrança, de periodicidade regular, de prestação de serviço, sem contestação pelo Assinante".

Comentário: Notável, nesse dispositivo, o caráter excessivamente aberto do que caracteriza inadimplência. Ali não está dito que inadimplência é apenas o não pagamento de *débito tarifário, isto é, o valor pago pelo assinante à prestadora*, nos termos do contrato (art. 3º, XXI, Res. n. 85/98). Muito ao revés; inadimplência se configura pelo não pagamento de débito (qualquer que seja ele) desde que seja "objeto de documento de cobrança", vale dizer, esteja incluído na fatura.

Logo, inadimplente (e portanto sujeito à suspensão do serviço) é qualquer um que não pague qualquer débito incluído na conta: serviços de valor adicionado (0900: telessexo, telessorteio), assinaturas, prestações, parcelas de empréstimos, doações, premiadas ou não... tal dispositivo foi concebido com uma única e exclusiva razão: reforçar a noção de que tudo que vem na fatura é obrigatório, e portanto deve ser pago sob pena de desligamento da linha. Aliás, todo o discurso dos artigos seguintes do regulamento é sempre em termos de "débitos vencidos" sem jamais especificar a natureza - tarifária ou não tarifária - desses débitos.

E letra morta resta a disposição do artigo 3º VII, da LGT.

4. A ilegalidade da "negativação" do nome do usuário em cadastros restritivos de crédito.

A prefalada Resolução n. 85 inova artificialmente a Lei n. 9472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) ao autorizar a inserção do nome do usuário inadimplente em cadastros restritivos de crédito:

"Art. 70. Transcorridos 30 (trinta) dias de suspensão total do provimento do serviço em determinada modalidade do STFC, por inadimplência, a Prestadora pode rescindir o contrato de prestação de serviço.

Parágrafo único. Rescindido o contrato de prestação de serviço, por inadimplência, a Prestadora pode incluir o registro de débito em sistemas de proteção ao crédito" (destacamos).

Com base nesse artigo, as prestadoras de telefonia móvel e fixa vêm negativando o nome de usuários de seus serviços como forma de impeli-los ao pagamento de contas atrasadas (não raro por incompetência da empresa, que não enviou a tempo as faturas, deixando acumular o crédito...)

Tal dispositivo regulamentar, contudo, é de flagrante ilegalidade.

Consistindo a negativação em uma punição a ser aplicada ao usuário faltoso, deveria, na pior das hipóteses, constar em lei sua previsão, o que incoorre no texto da LGT.

Não poderia o regulamento, simplesmente, criar, de forma autônoma, a punição não autorizada em lei.

De mais a mais, importa notar que tais cadastros restritivos (SPC, SERASA) não foram criados para qualquer finalidade, mas com o fim específico de defender o crédito. Assim, o propósito da inscrição do nome da pessoa é impedir a continuidade do fornecimento do crédito, e não recuperar créditos não honrados - o que pode até ser um efeito indireto, se a pessoa volta a necessitar de crédito, mas, basicamente, para essa recuperação o credor tem a via judicial como saída.

Efetivamente, o crédito comum não conta com nenhum outro instrumento para impedir a continuidade, isto é, que o inadimplente vá buscar crédito em outras fontes, mas o serviço de telefonia dispõe da faculdade de suspensão daquele inadimplente (art. 3o, inciso VII da LGT e art. 67 da Resolução n. 85/98). Opera, assim, a inserção do nome do inadimplente no cadastro restritivo como suspensão da continuidade do crédito por parte dos agentes do mercado. Ora, no caso das prestadoras, se elas já têm um meio imediato de impedir a continuidade do serviço ao inadimplente e de obrigá-lo ao pagamento do débito atrasado, se este usuário voltar a necessitar do serviço público, porque ainda negativar o nome do assinante ?

Caracteriza-se, pois, a negativação do nome do usuário como prática abusiva (conforme o caput do art. 39, CDC, que é norma de teor aberto) e um "bis in idem" contra o usuário, na medida em que a prestadora de serviço público já dispõe da faculdade da suspensão do serviço que equivale, para o fornecedor de crédito comum, à negativação do nome.

Enfim, note-se que a prestação de um serviço público (que é um dever da concessionária) não pode ser equiparada a uma operação de crédito.

A inscrição nas centrais de restrição do crédito e a divulgação de tais informações constitui, dessa forma, prática abusiva que tem por fim constranger o usuário a pagar o devido ou o indevido, incidindo plenamente o art. 42 da Lei nº 8.078/91 (Código de Defesa do Consumidor):

"ART. 42: Na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça."

Cada dia que passa, a telefonia torna-se fonte de problemas para autoridades regulatórias e defensores do consumidor (órgãos do SNDC, Ministério Público), e fica mais evidente o choque de prioridades entre estes. Cumpre ao Ministério Público restaurar o império da legalidade e recolocar o consumidor na posição que lhe foi conferida pela Constituição, e da qual foi injustamente abatido em nome de políticas descompromissadas com o interesse do usuário e, quiçá, com o próprio interesse público.

Notas:

- 1)** Procurador da República. Doutor em Direito Econômico pela USP. Diretor do Brasilcon.
- 2)** MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação, in Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, pag. 59.
- 3)** Anatel sem modelo, Folha de São Paulo, 31 de maio de 2001, pag. A2.
- 4)** Art. 56 "As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo".
- 5)** Direito das Telecomunicações e a ANATEL, in Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, pag. 306..
- 6)** MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Obra citada, pag. 307.
- 7)** *Competição na telefonia fixa ainda está distante*. Gazeta Mercantil, 2.04.2001, pag. C-1.
- 8)** Idem, ibidem.
- 9)** *Não há como fiscalizar, afirma Anatel*. Folha de São Paulo, 30 de abril de 2000, pag. 2-3.
- 10)** *Telefonia, a campeã de queixas*. Jornal da Tarde, 13 de março de 2001, pag. 6- A.
- 11)** *Competição na telefonia fixa ainda está distante*. Gazeta Mercantil, 2.04.2001, pag. C-1.
- 12)** Veja-se, a propósito, o nosso estudo *Os serviços de valor adicionado na Lei Geral de Telecomunicações - o caso do 0900*, publicado na Revista de Direito do Consumidor n. 38, abril-junho 2001, pags. 271/286.