

Agências reguladoras: fiscalização dos serviços públicos e defesa do consumidor.

Duciran Van Marsen Farena

Procurador da República-PB

Doutor em Direito Econômico -USP

Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da UFPB.

SUMÁRIO 1. Fiscalização e serviço adequado. 2. Agências reguladoras e fiscalização. 3. Regulação, fiscalização e responsividade. 4. Fiscalização e transparência. 5. Fiscalização e queixas dos consumidores. 6 – Fiscalização e processo sancionatório 7. Conclusão.

Palavras-Chave: Agências reguladoras, regulação, fiscalização, direitos dos consumidores, serviço adequado.

1. Fiscalização e serviço adequado.

A fiscalização é uma das manifestações do poder de polícia do Estado, atividade da administração destinada a promover o respeito às normas jurídicas e regulamentares, e ao interesse público, funcionando como mecanismo de repressão de abusos de direito. Sob este aspecto, corresponde ao poder-dever de estabelecer parâmetros de comportamento conforme a norma, restringindo o campo de ação do fiscalizado, e punindo as transgressões.

No campo dos serviços públicos concedidos a particulares, a fiscalização envolve dois aspectos fundamentais: o cumprimento dos contratos de concessão e dos regulamentos que estabelecem os deveres dos prestadores de serviço perante os usuários. Com efeito, aqui não se trata apenas de evitar condutas individuais contrárias ao interesse público, mas em promover ativamente a qualidade dos serviços, tal como previsto no contrato de concessão e legislação pertinente – inclusive o Código de Defesa do Consumidor – o que torna a fiscalização tarefa essencial para a

atuação eficiente do ente regulador.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “regular significa organizar determinado setor. As agências reguladoras estabelecem normas, regras para o setor e também atuam no caso concreto. Tanto podem regular o objeto da concessão quanto podem atuar como poder de polícia. No caso das concessões, a agência assume o papel do poder concedente. Ela elabora o edital, celebra o contrato, fiscaliza a execução dos serviços, regulamenta e implementa a política tarifária. Quando se fala em papel de agências reguladoras, o que se tem em foco são as cláusulas regulamentares da concessão. Se não existe agência reguladora, o próprio Poder Público assume suas funções originais e regula o setor.”¹

Para Egon Bockmann Moreira, “o conceito de regulação econômica compreende quando menos três subconceitos: regulamentação normativa, supervisão fiscalizatória e sanção punitiva. O primeiro deles refere-se à via normativa, geral e abstrata (ou excepcionais leis-medida). O segundo reporta-se ao controle fático do comportamento dos agentes que se subordinam à situação do mercado regulado; à fiscalização em sentido estrito. Por fim, a sanção é a punição contra as infrações das normas dantes estabelecidas”². Estas três vertentes, segundo o mesmo autor, comporiam o “ciclo regulatório”. Não se cuida, evidentemente, apenas de evitar condutas contrárias ao interesse público por parte dos concessionários privados, mas de torná-los agentes ativos da realização deste interesse, conforme definido nos contratos de concessão, dentre o qual sobressai a satisfação do consumidor.

A obrigação de respeitar os direitos do consumidor é a mesma, que se trate de serviços públicos prestados por empresas sob controle acionário estatal, quer prestados por concessionários privados (art. 22, Lei nº 8.078/90). No entanto, a despeito de que também as estatais podem desviar-se do serviço adequado e do próprio interesse público, foi a privatização da prestação dos serviços, que inspirou a criação das agências reguladoras, como autoridade independente, capaz de conciliar o interesse público, as obrigações decorrentes da concessão e o interesse do consumidor com a liberdade para a gestão lucrativa do negócio, típica das empresas privadas.

Em qualquer caso, o controle do cumprimento das normas regulamentares relativas à prestação do serviço e à proteção do consumidor torna-se um dos objetivos preponderantes da atividade de fiscalização, tudo com vistas a tornar realidade a prestação do serviço adequado (inciso IV ao parágrafo único ao art. 175, Constituição Federal), que é um direito do usuário e dever do Poder Concedente.

É função do Estado garantir, mediante a fiscalização, a prestação do serviço adequado, definido no parágrafo 1º ao art. 6º da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões de Serviços Públicos)

¹ O Equilíbrio Econômico-financeiro e o Controle das Agências Reguladoras. In: O Controle Externo da Regulação dos Serviços Públicos, Tribunal de Contas da União e Instituto Serzedello Corrêa, Brasília, 2002. Disponível em <http://www.portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2059166.PDF>, acesso em 17.07.2011.

² Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções. In: Temas de Direito Regulatório – Sérgio Guerra, Coordenador. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, pag. 181.

como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Dentre estas condições, merecem atenção especial a cortesia e a modicidade tarifária.

A cortesia significa o bom tratamento do usuário, e não o mero uso de fórmulas protocolares pelo atendente. Obrigar o usuário a atravessar menus eletrônicos intermináveis não é cortesia. Impedir o uso da internet para formalizar reclamações, pedidos de cancelamento e mudança nos serviços é desrespeitar o dever de cortesia, assim como obrigar o usuário a repetir infinitas vezes sua reclamação enquanto as ligações são transferidas de atendente para atendente.

Por outro lado, a modicidade tarifária, este princípio tão negligenciado – em nome da “saúde financeira das empresas” ou “equilíbrio econômico e financeiro da concessão” - significa que a tarifa não pode ser tão elevada a ponto de inviabilizar o acesso do usuário ao serviço público, considerada sempre a realidade do público consumidor. Doutra parte, também a administração deve ter um controle suficiente do custo da prestação do serviço pelo concessionário a fim de conhecer efetivamente o ponto de equilíbrio da concessão, e estabelecer o nível tarifário eficiente. Malgrado as dificuldades para este tipo de aferição, deve a agência verificar a efetiva magnitude dos custos de operação do concessionário, coibindo o lucro abusivo, e promovendo as revisões tarifárias devidas sempre que identificados ganhos excessivos.

Um sintoma claro de falta de modicidade ocorre quando contingentes inteiros de consumidores são obrigados a abandonarem o serviço, por não poderem arcar com os valores das tarifas, ou então o número de consumidores com acesso permanece estagnado. É o que ocorre hoje com o serviço telefônico fixo comutado (STFC), em que grande número de consumidores se vê obrigado a trocar seu terminal fixo pelo celular pré pago, e a base de usuários não cresce há mais de dez anos, em que pese o avanço econômico da última década.

Lamentavelmente, a política tarifária, em que pesem as disposições dos arts. 9º a 13º da Lei nº 8.987/95, na prática tem se limitado à concessão automática de aumentos, sem qualquer avaliação da realidade dos custos e ganhos das prestadoras, ignorando-se não só os mecanismos de revisão das tarifas, previstos no § 2º do art. 9º da Lei de Concessões e nos contratos, mas também os fatores de reajuste que poderiam agir em prol do usuário. A ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações, por exemplo, mesmo quando autorizou substituições de obrigações onerosas (como a troca da lista telefônica impressa, de distribuição gratuita, por serviço "102" gratuito), jamais calculou ou identificou qualquer ganho de produtividade que pudesse ser compartilhado ou mesmo revertido em prol do usuário. Contudo, de acordo com o art. 108 da Lei nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações – todos os ganhos que não decorram da eficiência empresarial, como é o caso de uma alteração do regulamento que suprima à empresa uma despesa, devem ser repassados integralmente aos consumidores, mediante retirada da importância do valor da tarifa.

2. *Agências reguladoras e fiscalização.*

Uma mudança de paradigma quanto à prestação dos serviços públicos se operou no Estado

brasileiro, a partir das privatizações empreendidas na última década do século passado, em que tarefas antes cometidas ao poder público passaram às mãos da iniciativa privada. O mercado, nessa visão, era visto como a solução para os problemas de atraso e inacessibilidade de serviços públicos como a eletricidade, os transportes e a telefonia. Restou ao Estado a função regulatória, conferida a agências que se inspiraram no modelo americano, mas que aqui foram implantadas de forma que a atividade de “organização do setor” (outorgas, fusões, etc.) acabou sobrepujando a atividade de fiscalização, fenômeno patente especialmente nas agências reguladoras de serviços públicos antes considerados exclusivos do poder público.

A privatização entregou ao mercado o controle econômico e financeiro de serviços públicos essenciais, muitos deles monopólios naturais. A criação – nem sempre simultânea – de agências reguladoras destinou-se à correção das “falhas de mercado” que representariam obstáculo à eficiência ótima na prestação desses serviços, após o investimento inicial aportado pela iniciativa privada. A separação entre o poder concedente e a atividade regulatória funciona também como um atrativo para o investimento de longo prazo, na medida em que concorre para afastar injunções políticas que possam comprometer a rentabilidade do negócio.

Nesse modelo, as agências, dotadas de independência, mandatos fixos e autonomia, protegidas contra as ingerências políticas do executivo, desempenhariam múltiplas atividades, tais como a manutenção da integridade dos contratos, a promoção da competitividade, a fiscalização, funcionando ainda como “autoridade moral” para mediação de conflitos entre as prestadoras. Dentre as agências reguladoras, a ANATEL é aquela cuja legislação, a Lei nº 9.472/97, mais se aproximou do paradigma, especificando-lhe este diploma legal a sua natureza jurídica, regime e características de independência, ausência de subordinação, mandato fixo dos dirigentes e autonomia financeira:

*“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.
(...)”*

*§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.
(...)”*

Art.9º - A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

As agências reguladoras deveriam ser a primeira instância de defesa do usuário de serviços públicos; no entanto, uma vez implantadas, as agências brasileiras reguladoras de serviços exclusivos (i.e., titularizados pelo Estado) negligenciaram este dever, priorizando a “regulação

consensual” ou *soft law*, muitas vezes aplicada sem traumas porque adequada aos interesses dos regulados. A fiscalização, parte do poder da concessão atribuído às agências, passou a enfrentar a maior parte dos problemas ligados à prestação dos serviços que afetam o consumidor. A capacidade de regulamentar – o poder normativo – não foi acompanhada dos necessários aperfeiçoamento e aparelhamento da fiscalização, reduzida esta última a instrumentos defasados, anti-econômicos e ineficazes, como constatado por auditoria operacional do TCU na ANATEL (Acórdão 1091/06)³.

As agências, ao menos em parte, imunizaram-se quanto ao poder de atração do executivo, mas não do mercado, graças às regras frouxas de quarentena e preservação de interesses, que ensejaram a chamada “porta giratória”: diretores e técnicos que antes formavam parte dos quadros da autarquia, pouco tempo depois transitam em seus corredores na defesa de interesses daqueles cuja ação antes regulavam ou fiscalizavam. Enfim, os órgãos de representação dos consumidores quando não inexistentes, foram amesquinados em suas funções, como é o caso do Conselho Consultivo da ANATEL (art 35, Lei nº 9.472/97), praticamente desprovido de poder decisório e de qualquer possibilidade de cumprimento de suas relevantes missões, não possuindo nem mesmo garantia de acesso a informações técnicas da própria agência.

As reguladoras de serviços públicos não exclusivos do Estado ou de atividade econômica (como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS), por não atuarem em um mercado limitado por barreiras de entrada e portanto não facilmente sujeito à “modelagem”, não podiam descuidar da fiscalização sem risco de perder a sua própria razão de ser, e dessa forma, embora com instrumentos igualmente anacrônicos, continuaram o esforço fiscalizatório de suas predecessoras.

Já as agências reguladoras de serviços públicos (em especial a ANATEL), dedicaram-se à regulação técnica do mercado, acreditando que esta missão, desempenhada com perfeição suficiente, tornaria a necessidade de fiscalização apenas marginal no contexto de seus objetivos. As atividades fiscalizatória e sancionatória, nesta visão, ficariam em segundo plano diante de instrumentos modernos de indução de comportamento, ajustados ao mercado, e capazes de propiciar as desejadas melhorias na prestação do serviço e no atendimento ao usuários. Assim é que na ANATEL sequer existe uma gerência específica para fiscalização – até hoje realizada no âmbito da Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização (SRF). Já a fiscalização do espectro, herdada do antigo DENTEL, nunca dispensou os velhos métodos coercitivos. A fiscalização dos serviços telefônicos, quanto ao cumprimento dos deveres perante o usuário e as metas de universalização e qualidade, quase inexistente nos primeiros anos da agência, segue ainda claudicante e atrelada à radiofrequência.

Auditorias operacionais realizadas pelo TCU (Acórdãos 1196/05, 1091/06 e 2109/06, dentre outras) revelaram a incapacidade da ANATEL de averiguar se as metas de qualidade e universalização da telefonia estão mesmo sendo cumpridas, sendo significativos os achados em termos de incertezas e lacunas no processo de coleta de dados e verificação de sua realidade e legitimidade mediante vistorias *in loco*. Conforme consta da decisão TCU-Plenário nº 215/2002,

³ <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao:plenario:acordao:2006-07-05:1091>, acesso em 07.08.2012

Relator Ministro Iram Saraiva, *“Verificou-se que os indicadores informados pelas operadoras à ANATEL não traduzem todas as obrigações a que estão sujeitos os operadores de telecomunicações. Assim, mesmo que todos os indicadores apontem para um total cumprimento de metas, não há evidências de que estariam todas sendo efetivamente cumpridas, o que indica a necessidade de ações de verificação complementares por parte da ANATEL. A equipe de auditoria entende ser fundamental a adoção, por parte da Agência, das demais formas de acompanhamento, principalmente a realização de fiscalizações in loco (...)*⁴

Desde então, a situação pouco mudou – os indicadores da ANATEL continuam celebrando cumprimento quase integral de metas, em aberta contradição com os dados do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC) que evidenciam, há anos, as empresas de telefonia como campeãs de reclamações dos consumidores⁵.

3. Regulação, fiscalização e responsividade.

A regulação tem sido entendida como uma das formas de intervenção do Estado no domínio econômico, vale dizer, no mercado, espaço de ação atribuído à iniciativa privada. A regulação substitui de certa forma a proteção com que o consumidor contava (embora isto nem sempre tenha ocorrido) com a execução dos serviços públicos pelo Estado ou por delegatários estatais, os quais não tinham o lucro como objetivo primordial, evitando que a transferência desses serviços a prestadores privados seja prejudicada pelo advento das conhecidas imperfeições do mercado.

Assim a regulação deve assegurar a competitividade dos serviços; propiciar a correção das assimetrias de informação entre consumidor e fornecedor, e entre os próprios fornecedores; propiciar a internalização de “externalidades” (custos não absorvidos pela formação de preços no mercado, como a poluição), evitar práticas abusivas no mercado e contra os consumidores, etc., enfim, um conjunto de ações voltadas para a efetividade da prestação dos serviços públicos.

Para que esta tarefa seja bem desempenhada, é necessário aliar um conjunto de funções, tradicionais e novas. “A noção de regulação implica a integração de diversas funções: pressupõe que um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar um certo equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes. Este quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, constatadas geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta de suas regras; e pela composição dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nestas duas últimas hipóteses, a decisões individuais. Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, a de

⁴ **Diário Oficial da União (DOU) de 11/04/2002, Pg. 139. Seção 1.**

⁵ Em 2009, segundo o Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas divulgado naquele ano, o setor de telecomunicações liderava as reclamações, com 39,4% das demandas. “Telefonia e bancos lideram ranking das empresas mais reclamadas”, 02/12/2009, Disponível em <http://portal.mj.gov.br/direito> do consumidor/notícias, acesso em 11.10.2011.

assegurar sua aplicação e o de reprimir as infrações”⁶.

O poder de reprimir infrações (poder sancionador) depende da ação de fiscalização da administração, de sorte a verificar o cumprimento, pelo regulado, das regras de prestação do serviço. Mesmo no caso de denúncias, estas deverão ser verificadas pelos fiscais da administração, que deverão constituir um corpo forte e preparado para realizar as investigações necessárias que apurarão desvios de conduta. Nos artigos 29 e 31 da Lei nº 8987/95 estão disciplinados não só o dever do poder público de fiscalizar, mas também as obrigações do ente regulado concernentes à fiscalização⁷:

As funções de fiscalização e de regulação são indissociáveis, e tanto melhor será a regulação quanto mais eficiente for a fiscalização. Se esta for ineficaz, o trabalho regulatório estará comprometido, pela necessidade de busca constante de novos aperfeiçoamentos para solução de problemas que na verdade são causados pelas deficiências da fiscalização ou do processo sancionatório. Além de que a regulação deve ser feita de tal forma que possibilite uma fiscalização eficiente, também o atendimento ao usuário, via call centers, constitui uma importante fonte de informações que podem levar a ações fiscalizatórias das agências reguladoras, nos setores ou empresas que apresentarem maior número de queixas ou reclamações.

A jurisprudência dos nossos tribunais vem censurando a postura de certas agências reguladoras que abandonam a tarefa fiscalizatória, sob o argumento da falta de recursos – travestido sob a nomenclatura de “reserva do possível”:

“Há lei a impor ao recorrido (órgão regulador) a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como reprimir infrações aos direitos dos usuários (art. 19 da Lei n. 9.472/1997). Assim, não há discricionariedade quanto à fiscalização. A discricionariedade porventura existente circunscrever-se-ia à escolha do meio pelo qual a fiscalização será exercida; mesmo assim, o administrador está de tal modo vinculado à finalidade legal que o meio deverá, necessariamente, ser o mais eficiente. Isso se deve ao

⁶ Alexandre Santos de Aragão, Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas. In José Eduardo Martins Cardoso et alli, org. Curso de Direito Administrativo Econômico. Vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pag. 418.

⁷“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; (...)

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Art. 31. Incumbe à concessionária: (...)

III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato; (...)

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;

fato de que a discricionariedade administrativa, antes de tudo, é um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre, entre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. Quanto à invocação da reserva do possível para justificar a ausência da fiscalização, ela não pode ser apresentada de forma genérica, sem provas da falta de recursos financeiros. Ademais, exige considerações sobre a situação orçamentária do ente público, a esbarrar na proibição constante da Súm. n. 7-STJ. Precedente citado: AgRg no Ag 1.014.339-MS, DJe 24/9/2008. REsp 764.085-PR, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 1º/12/2009⁸.

A toda evidência, o dever de fortalecimento do papel regulador do Estado (Lei nº 9.472/97 art. 2º, IV), não significa apenas a capacidade do estado de fomentar os investimentos privados necessários para o crescimento do país, mas também a proteção daquele que deve ser o destinatário de qualquer serviço público: o consumidor. Consumidor que não deve ser confundido com “usuário” do serviço, pois este pode ser o próprio Estado, quando contrata serviços de telefonia, por exemplo; mas sim aquele que segundo o Código de Defesa do Consumidor encontra-se em uma situação de vulnerabilidade perante o fornecedor: art. 4º. Inciso I, da Lei 8.078/90. Este dispositivo cria, para o poder público – seja da administração direta, ou agências reguladoras – um dever de proteção, de atuação proativa na promoção de seus direitos do consumidor usuário de serviços públicos.

Não há como fortalecer o papel regulador sem que haja uma fiscalização e processo sancionatório eficazes, capazes de evitar um clima de impunidade que uniformiza as práticas abusivas, posto que estas tendem a ser adotadas por todas as empresas, na medida em que vêm perspectiva de lucros e ausência de punição na conduta daquela “pioneira” que primeiro aventurou-se a testar o poder da agência.

Se a regulação tem em vista a criação do ambiente competitivo, mediante regulamentação adequada, a fiscalização visa promover o cumprimento dos deveres do concessionário, quanto ao interesse público, ao desenvolvimento econômico, à qualidade dos serviços, e à proteção do consumidor, que também integra o marco regulatório, ao contrário da visão reducionista que ali vislumbra apenas a lei específica, os regulamentos do serviço e o contrato, como se não existissem Código de Defesa do Consumidor e Constituição.

A fiscalização deve ser o elo de ligação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa do consumidor, na medida em que o consumidor usuário pode contribuir com esta atividade, denunciando abusos e irregularidades. Com efeito, o art. 7º. da Lei nº 8.987/95 estabelece que “Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: (...) IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço”.

⁸Informativo STJ n. 0418, Período: 30 de novembro a 4 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp?livre=@cod=0418>, acesso em 18/01/2012

Destarte, é imprescindível que a fiscalização esteja em interação contínua com as ouvidorias e os setores de atendimento ao usuário do ente regulador. Com efeito, as reclamações apresentadas pelo usuário ao call center ou setor de atendimento ao usuário devem fornecer coordenadas para a fiscalização identificar os problemas de massa e agir, sem embargo da resposta individualizada que é devida a cada cidadão que acessa as centrais de atendimento dos órgãos públicos – muitas vezes depois de atravessar, sem qualquer resposta satisfatória, o martírio dos call centers dos concessionários, sendo transferido daqui para acolá, obrigado a aguardar indefinidamente, ou mesmo tendo sua linha convenientemente "derrubada".

A resposta da administração não pode ser similar à do prestador. O consumidor, que já sofreu com o descaso por parte da concessionária, precisa acreditar que não terá tratamento idêntico por parte da administração. Se a prestadora não é capaz de satisfazer ao dever de responsabilidade – isto é, a capacidade de dar uma resposta pronta à reclamação ou solicitação do consumidor, a agência reguladora não deve incorrer no mesmo erro. O usuário precisa saber que foi ouvido e sua reclamação levada em conta, ainda que não obtenha o resultado desejado. Do contrário, teremos a perpetuação da sensação de impunidade, o desencanto com a administração e a judicialização de problemas do consumidor.

4. Fiscalização e transparência.

A agência reguladora tem o dever de promover a transparência de seus atos. Transparência não significa apenas a motivação técnica ou jurídica, que podem ser incompreensíveis aos leigos, nem tampouco publicação dos atos. Trata-se da obrigação de tornar seus atos inteligíveis perante a população, reduzindo-lhes a complexidade técnica, inclusive mediante publicação de infográficos ou tabelas para auxiliar a compreensão. Somente assim poderá ser viabilizada a contribuição do usuário na tarefa de fiscalização dos serviços.

O dever de transparência, inerente a toda administração pública, para a agência significa a inversão do ônus do entendimento - o esforço deve ser da administração, em traduzir de forma compreensível aos leigos suas decisões, e não do cidadão em compreendê-las. Súmulas de entendimento podem ajudar o consumidor e os prestadores de serviço a entenderem seus direitos; dúvidas e disputas na Justiça (sem liminares) não devem servir de pretexto para que se suspenda a aplicação de artigos da regulamentação ou a atividade de fiscalização. Quando as sessões do Supremo Tribunal Federal são televisionadas, não é possível que agências reguladoras, sob o argumento de preservar “dados empresariais sigilosos”, recusem acesso às sessões do seu Conselho Diretor.

A necessidade de divulgação e transparência ainda mais se sobressai, quando se verifica que determinadas obrigações dos prestadores dependem de uma iniciativa do próprio usuário, tal como ocorre com as metas da telefonia de implantação de telefones públicos adaptados, nas quais é exigida solicitação do interessado (art. 10 do PGMU I, Decreto n. 4769/03) Vale dizer, se não há a solicitação, a meta ficará descumprida, sem responsabilidade da prestadora.

O consumidor deve ter ainda ter acesso aos elementos de suas reclamações administrativas, sempre que necessário para a defesa de seus direitos. Muitas vezes, a chamada ao call center da operadora é a única prova disponível dos problemas suportados e das tentativas de solução da questão. Assim sendo, os usuários devem ter acesso às gravações de suas chamadas não só ao call center das agências, mas também aos Serviços de Atendimento ao Consumidor (SAC) das prestadoras de serviço.

No caso da telefonia, trata-se de direito assegurado pela regulamentação dos serviços fixo (Serviço Telefônico Fixo Comutado, regulamentado pela Resolução nº 426/07, art. 17, §. 7o) e móvel (Resolução nº 477/07 art. 15, §. 3o a 8o) e também pelo chamado Decreto dos SACs - Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008, em seu art. 15, § 3o. No entanto, muitas vezes há desconhecimento quanto a este direito, ou mesmo sua negativa pura e simples pelos prestadores de serviço, à míngua de uma fiscalização eficiente e sanções exemplares aos infratores.

5. Fiscalização e queixas dos consumidores.

É clássica – e equivocada – a noção inúmeras vezes repetida de que a agência funcionaria como elemento de “equilíbrio” na relação usuário-operadora, como se o usuário consumidor estivesse em pé de igualdade com esta, e em total desconsideração para com sua hipossuficiência e vulnerabilidade, e com o dever da agência de dar um tratamento diferenciado na proteção dos interesses deste frente ao prestador do serviço.

Propugna-se pela “neutralidade” da agência diante do usuário e do fornecedor, mas a indiferença para com os interesses do consumidor significa apenas a captura – a começar pela captura técnica – da agência pelos interesses do setor regulado, os quais têm mais fluidez para apresentarem-se como “soluções técnicas” diante do regulador. Na verdade, a defesa do consumidor é o melhor antídoto contra a captura. Jamais se viu um dirigente de agência reguladora abandoná-la para dedicar-se a sua carreira nos órgãos de defesa do consumidor...

A ausência de uma política de defesa do consumidor, planejada e divulgada, pelas agências reguladoras desrespeita o art. 4º, II, 'd', do CDC, que preconiza ação governamental para proteger efetivamente o consumidor no mercado de consumo. Esta política deve ser integrada a um aprimoramento da fiscalização, não só em termos materiais mas também em eficiência sancionatória, sem a qual nenhuma melhoria dos serviços será sentida por qualquer consumidor.

Não raro, a atividade de fiscalização não somente é negligenciada, mas vista até com desconfiança, como se as multas decorrentes da constatação de infrações representassem quebra do equilíbrio econômico e financeiro da concessão, ou uma ameaça à saúde financeira das empresas. A aplicação de qualquer norma, mesmo que preexistente ao contrato e à própria privatização – como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, é tida como “modificação” das condições de prestação do serviço capaz de alterar o equilíbrio do contrato. A conclusão pelo desequilíbrio muitas vezes é automática, diante de qualquer obrigação para as empresas, sem qualquer espécie de estudo ou análise técnica a aferir a efetiva ocorrência desse impacto e de sua dimensão.

Problema recorrente na fiscalização é a dependência de dados que são fornecidos pelos entes regulados, os quais não raro são de difícil verificação objetiva sem acesso completo aos sistemas das prestadoras. Esta carência dificulta bastante a fiscalização do cumprimento de normas como a obrigação de entregar ao consumidor o conteúdo das chamadas realizadas aos SACs, estabelecida no já mencionado Decreto nº 6.523/08. É comum que as prestadoras neguem o contato do consumidor, ou aleguem problemas técnicos na gravação das chamadas. A fiscalização fica obrigada a entrar em contato com o usuário, muitas vezes inacessível (sua linha foi cancelada, por exemplo) para conferir a veracidade da informação apresentada pela prestadora. Problema que seria superado com o acesso pela fiscalização em tempo real ao conteúdo das chamadas realizadas pelos usuários, o que ainda não ocorre. No entanto, a regulamentação dos serviços de telefonia prevê o dever das prestadoras de providenciar os meios eletrônicos e sistemas necessários para o acesso da ANATEL, em tempo real, a todos os registros relacionados às reclamações, solicitações de serviços, pedidos de rescisão e pedidos de informação, na forma adequada à fiscalização da prestação do serviço (§5º do art. 17 da Resolução n. 426/07, Regulamento do STFC e §15º do art. 15 da Resolução 477/07, Regulamento do Serviço Móvel Pessoal). A despeito disso, o monitoramento remoto dos call centers ainda não foi implantado, em razão de alegações suscitadas pelas empresas quanto à “violação do sigilo das comunicações”.

A articulação entre os canais de atendimento ao usuário dos entes reguladores e os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC (Procons) é muito importante. A base de dados do SINDEC – Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, poderia ser extremamente útil na identificação de infrações de massa e infratores, permitindo ações mais céleres e eficazes da fiscalização.

Enfim, as agências devem primar pela responsividade de seus canais de atendimento ao usuário. Não basta apenas, como ocorre na ANATEL, o registro da queixa do usuário, e o envio da resposta da prestadora ao reclamante, sem que haja qualquer outra consequência posterior, nem mesmo para fins de identificação de problemas de massa e direcionamento de ações da fiscalização. Curiosamente, a ANATEL também considera solucionados os problemas quando o usuário não torna a ligar, de onde a discrepância entre os seus registros - em que há 80 ou 90 por cento de casos solucionados, e os do SINDEC, onde, ano a ano, as operadoras de telefonia pontificam como campeãs de reclamações não solucionadas.

6 - Fiscalização e processo sancionatório

A fiscalização será um inútil trabalho de Sísifo se o processo sancionatório que deve se seguir à identificação de infrações for ineficiente. Cabe à agência reguladora fiscalizar as condições da prestação do serviço e aplicar sanções às concessionárias, por meio de um processo sancionatório célere e descomplicado. O processo sancionatório das agências, respeitando os imperativos constitucionais da ampla defesa e contraditório, não pode reproduzir as mazelas dos processos judiciais, criando, por exemplo, inúmeras instâncias revisoras.

Por outro lado, há casos nos quais o descumprimento implica em ganhos imediatos para o

infrator, como por exemplo, nas cobranças indevidas enviadas a milhares de usuários. A simples instauração de um procedimento é insuficiente para inibir a ação lesiva dos entes regulados cortando imediatamente os ganhos que levam à continuidade das infrações. Acresce, assim, a importância do uso de cautelares, em casos de lesões de massa que precisam ser imediatamente coibidas, a fim de que a apropriação de renda dos consumidores ao longo do tempo não compense amplamente eventuais sanções pecuniárias nos procedimentos administrativos de descumprimento de obrigação, especialmente se o julgamento definitivo for demorado. A instauração sucessiva de procedimentos por agências como a ANATEL na tentativa de coibir práticas recorrentes somente tem reforçado a idéia de sua ineficácia, longe de representar instrumento efetivo de mudança de comportamento dos regulados.

No caso da ANATEL, a aplicação de medidas cautelares tem sido bastante esporádica. Em 2004, a agência determinou a suspensão da comercialização e ativação de novas estações de uma operadora no Distrito Federal, enquanto não demonstrasse ter capacidade de prestar o serviço oferecido. Em 2009 em meio à enorme repercussão dos transtornos causados por sucessivas panes do serviço de banda larga SPEEDY, o Conselho Diretor da ANATEL determinou a suspensão temporária da comercialização do serviço.

Enfim, em agosto de 2012, sob crescente pressão para que adotasse providências diante da avalanche de queixas contra as prestadoras de serviços móveis, a ANATEL suspende a comercialização de chips das piores operadoras em cada Estado da Federação, classificadas conforme indicadores de desempenho e volume de reclamações. O retorno das vendas ocorre 11 dias depois, depois da apresentação de um plano de melhoria dos serviços pelas empresas.

A empresa mais atingida pela suspensão é a TIM, que ingressa com mandado de segurança contra a agência. A liminar postulada é negada, em decisão da 4ª Vara Federal do Distrito Federal, que reafirmou o poder da agência de aplicar medidas cautelares e a importância do critério de aferição da qualidade do serviço pelas reclamações dos usuários:

“A reclamação dos usuários não pode ser interpretada como um critério subjetivo, (a)-técnico. A prestação adequada do serviço é, no fundo, o basilar princípio que informa o serviço público/coletivo. A reclamação dos consumidores é a constatação de que o serviço não está sendo prestado de maneira adequada. Nada mais apropriado, portanto, que se utilize na medida a reclamação do consumidor” (Juiz Substituto Tales Krauss

Queiróz, 23/07/2012, proc n°: 36321-34.2012.4.01.3400).

Outro problema que compromete a eficácia da fiscalização em defesa do consumidor, consiste na “absorção” de fraudes apuradas (por exemplo, envio de dados incorretos quanto ao solucionamento de problemas) pelo “descumprimento global de metas”, quando na verdade ambos deveriam ter tratamento sancionatório separado. Sob pena de representar verdadeiro estímulo à empresa que deliberadamente envia dados falsos com vistas ao atingimento artificial de metas, fato grave que demanda até mesmo o envio de elementos ao Ministério Público para averiguação da eventual responsabilidade criminal⁹. Outro fator de desmoralização é o tratamento individualizado de lesões que a fiscalização apurou terem caráter coletivo, atingindo todos ou praticamente todos os usuários da prestadora (como por exemplo, o desrespeito ao artigo 7o-A da Lei nº 8.987/95, que obriga o concessionário a oferecer seis datas distintas para vencimento de seus débitos) resultando em aplicação de penas insignificantes, correspondentes apenas ao pequeno universo de efetivos “reclamantes”.

Enfim, agora desacreditando a atividade de sancionamento estão as “anistias brancas” em que multas já com trânsito em julgado administrativo, relativas a infrações amplamente comprovadas e lesivas ao usuário, são trocadas por “metas” que vão demandar novo trabalho de aferição e fiscalização, recaindo no já mencionado trabalho de Sísifo, além de que o principal lesado, o consumidor, não é nunca indenizado ou ressarcido por aquelas lesões, cujas penalidades foram convertidas em etéreas metas de difícil avaliação quanto aos benefícios reais ao maior prejudicado.

7. Conclusão

A presença recorrente de prestadores de serviços regulados nas listas oficiais dos maiores destinatários de queixas do consumidor demonstra o quão longe ainda estamos de um verdadeiro respeito ao consumidor, em que pesem os quase vinte anos decorridos desde a privatização. Longe da promessa histórica de “proteção pelo mercado”, o consumidor na verdade anseia, e tem direito, à proteção do Estado no mercado regulado, revelando o grande débito para com este que têm as agências reguladoras, em especial aquelas de serviços que antes eram exclusivos do Estado.

Para este cenário contribui uma fiscalização deficiente, aliada a um processo sancionatório moroso e ineficaz. As agências reguladoras perdem credibilidade como órgão de proteção do consumidor, e passam a ser vistas como mero apêndice dos setores regulados.

⁹ A constatação de ocorrências como estas motivou a Recomendação GT-Telefonia n.º 01/09, encaminhada em 15 de setembro de 2009 à ANATEL, a qual postula o sancionamento específico da prática fraudulenta, além da apuração do descumprimento das metas de qualidade, auditoria independente nos processos de coleta de indicadores da prestadora investigada, estudos para a revisão do sistema de recepção pela agência de dados apresentados pelas prestadoras, incorporando instrumentos de glosa de distorções, e, enfim, “que sempre que constatada fraude ou manipulação de dados de qualquer forma pelas prestadoras seja instaurado procedimento específico para a punição da conduta fraudulenta, encaminhando-se cópias do procedimento administrativo ao Ministério Público Federal para apuração da eventual responsabilidade criminal”.

Além do enriquecimento ilícito das prestadoras por práticas que se eternizam ao longo dos anos, há ainda a sobrecarga dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, como Procons e Ministérios Públicos, transformados em balcão de atendimento das prestadoras. O usuário consumidor sequer recorre aos Serviços de Atendimento Telefônico (SACs) das empresas, pois sabe que ali somente perderá tempo. Questões recorrentes, já superadas no resto do mundo, como faturamento, aqui consomem tempo e recursos dos órgãos de defesa do consumidor e do Ministério Público, diante da inefetividade da fiscalização, a morosidade do processo sancionatório, e enfim, da impunidade de tais práticas.

Urge, sem esquecer a importância do trabalho regulatório, recuperar, no âmbito das agências reguladoras, a importância da fiscalização, orientando-a também para a apuração de violações dos direitos do consumidor. Uma revisão de condutas, processos e regras, incorporando as contribuições dos usuários e órgãos de defesa do consumidor, ao lado de um processo sancionatório célere e eficaz certamente inibirá condutas violadoras dos direitos dos usuários, fomentando um ambiente de empresas de práticas saudáveis, baseado na lealdade e no respeito pelo consumidor.

8. Referências:

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

MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999

GOMES, Marcelo Barros et alli. O Controle Externo da Regulação dos Serviços Públicos, Tribunal de Contas da União e Instituto Serzedello Corrêa, Brasília, 2002. Disponível em portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2059166.PDF.

MARTINS CARDOSO, José Eduardo *et alli*. Curso de Direito Administrativo Econômico, Vol III. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

PROENÇA, Jadir Dias et alli, (org). Desafios da Regulação no Brasil. Brasília: ENAP, 2006.

GUERRA, Sérgio, Coordenador. Temas de Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

www.Anatel.gov.br

www.Contas.tcu.gov.br