

## **Conselho Consultivo da Anatel**

Comentários do Conselheiro Bernardo E. Lins, representante da Câmara dos Deputados, à proposta de regulamento para aplicação de sanções, objeto da Consulta Pública nº 847, de 2007, na reunião do Conselho Consultivo da Anatel realizada em São Paulo, em 16 de outubro de 2009

É elogiável a iniciativa da Anatel de promover uma atualização de seus regulamentos e práticas de fiscalização e de aplicação de sanções. É apreciável, também, a preocupação em assegurar a participação deste Conselho Consultivo no processo, dando sequência a uma ação proativa deste com a agência.

A fiscalização é um aspecto no qual o órgão regulador tem ficado aquém das expectativas da sociedade, o que resulta em vários problemas regulatórios, dos quais mencionarei, a título ilustrativo, os seguintes:

- A fiscalização ineficaz propicia a adoção de práticas que resultam em ganhos abusivos pelo prestador do serviço, em particular de discriminação indevida de preços. A empresa sente-se livre para oferecer preços diferentes em função de sua percepção do valor atribuído ao serviço pelo usuário, ou para utilizar a estipulação de um preço exagerado como barreira à entrada de competidores ou como bloqueio à oferta de serviços alternativos. Entendo que as difíceis negociações para contratar o acesso comunitário à internet oferecido por prefeituras sejam um exemplo disto.
- A fiscalização insuficiente compromete a qualidade dos serviços e a preservação dos investimentos em infraestrutura, na medida em que atividades que não trazem retorno pecuniário suficiente, como a oferta de telefones de uso público (TUP), tendem a ficar relegadas.

- A inexistência de procedimentos de apuração independentes, executados com regularidade, deixa o regulador refém dos dados cedidos pelas próprias operadoras, aprofundando o problema de assimetria de informações entre as partes. Essa falta de registros próprios coloca a agência em situação desfavorável na negociação de ajustes de conduta, de renovação de contratos e de revisões de planos.

Mais grave, porém, é que a precariedade dos procedimentos de fiscalização pode resultar em processos de apuração demasiadamente longos, incorretamente formados e de resultado incerto, comprometendo sua eficácia. A fiscalização é uma atividade complexa e que demanda continuamente investimentos relativamente elevados em pessoal, equipamentos, recursos e métodos para que possa ser de fato eficaz. Empresas, pessoas e instituições estão sempre acompanhando as atividades da agência e aprendendo sobre seus métodos. Aqueles que pretendem, deliberadamente, contornar as determinações do regulador o fazem de modo a evitar a revelação de seus atos. Identificar esses eventos demanda, portanto, uma contínua inovação de procedimentos e elevada dose de técnica e disciplina.

O regulamento de aplicação de sanções é apenas um dos instrumentos de que a agência deve dispor para efetuar a coleta de dados, a apuração e avaliação de infrações. Deve ser um instrumento prático, claro e de aplicação incontroversa, para que seja útil ao regulador. Caso contrário, por compor o marco no qual são executados os citados procedimentos, poderá vir a ser usado por terceiros como barreira à fiscalização em lugar de servir-lhe de suporte.

Há, nesse contexto, alguns pontos que desejo destacar na análise desse regulamento e que vejo com preocupação:

- a) **O regulamento detalha de modo suficiente apenas a sanção da multa.** É omissivo em relação às demais sanções, das quais limita-se a oferecer apenas a definição e detalhar algum aspecto de sua operacionalização, sem delimitar as motivações e condições de sua aplicação. Nos casos das sanções mais duras, cassação e e caducidade, pode-se argumentar que a lei já oferece elementos suficientes para sua aplicação, inclusive em decorrência de procedimentos bastante complexos, sendo a intervenção um exemplo. Por outro lado, a inexistência de critérios mais detalhados

para a suspensão temporária, em especial nos casos de reincidência específica, fragiliza a meu ver a posição fiscalizatória. E o silêncio em relação à advertência propicia uma demanda por atitude benevolente do regulador, em especial em vista da amplitude de critérios propiciada pelo art. 13.

- b) **A delimitação do conceito de má fé é restritiva.** O caput do art. 5º poderia ser simplificado, remetendo a expressão “dentre outros comportamentos caracterizados por fraude ou dolo” a um inciso, de modo a dar um entendimento mais transparente ao conceito.
- c) **A adoção do conceito de má fé objetiva deve ser evitada.** Trata-se de um debate que vem sendo travado na avaliação da proposta e que merece comentário. A tese é interessante, pois resultaria em atribuir má fé a pessoa jurídica. No entanto, esse tipo de inovação conceitual deve ser introduzida na lei, não em seu regulamento. Seria um elemento de controvérsia que prejudicaria a aplicação do instrumento, tornando-o mais opaco e de interpretação mais difícil. As vítimas da infração seriam, em última análise, quem mais perderiam com essa abordagem.
- d) **Dentre os critérios de agravamento da falta, inexistente a constatação de prejuízo econômico-financeiro a terceiro.** É possível aproximar tal ocorrência pela combinação de dois critérios já estatuídos, a obtenção de ganhos e o atingimento de grande número de usuários (incisos II e III, § 3º, art. 6º). De tal modo, ambos devem ser preservados, embora sua estimativa merecesse a introdução de critérios mais objetivos no regulamento.
- e) **Há um debate quanto à interrupção da suspensão temporária por dez dias.** Trata-se do dispositivo previsto no parágrafo único do art. 8º. Tal discussão é importante, na medida em que a Anatel vem enriquecendo a concepção da suspensão temporária, aplicando-a, por exemplo, às operações de vendas, sem interrupção do serviço, como ilustra o recente caso do *Speedy*. A limitação a trinta dias encontra-se prevista no art. 186 da LGT e o mecanismo de interrupção inicialmente previsto requer a mera solicitação, sem que maiores fundamentos sejam necessários à sua aplicação. Há parâmetros cabíveis para fundamentação adicional, como a qualidade da prestação do serviço, sua continuidade e viabilidade financeira..

- f) **Deve-se preservar a avaliação da importância econômica do infrator.** Há uma sugestão, em particular, de se retirar o inciso II do art. 11. O dispositivo, porém, é importante e deve ser preservado, até para que se possam delimitar outros critérios, como os do art. 6º, § 3º. Uma empresa com elevado poder de mercado sujeita o usuário a uma dependência que inexistia no mercado competitivo. Isto é agravado, nas telecomunicações, pelas externalidades positivas decorrentes das dimensões e do alcance da rede do provedor. Na ocorrência de falta, o consumidor não dispõe de opções igualmente eficazes e abrangentes, ficando refém da operadora. Por tal razão, a fiscalização deve ser redobrada e a punição de faltas deve sofrer agravante.
- g) **Há conflitos de entendimento na redação dos agravantes.** Trata-se de um problema de redação do art. 11 § 3º que, curiosamente, inexistia na redação do art. 12, que trata dos atenuantes. O inciso VI, que define “circunstâncias não contempladas”, é particularmente incômodo. Minha sugestão: apenas dois patamares de acréscimo, 5% e 35%, e apenas para os casos dos incisos I a V, que são bastante claros.
- h) **O regulamento é omissivo nos casos de descumprimento de termo de ajuste de conduta (TAC).** Pode-se argumentar que em geral a atitude de descumprimento do TAC configura falta grave, por resultar em ganhos ao infrator. No entanto, seria um episódio cujo tratamento extrapolaria a mera aplicação de multa, demandando, conforme o serviço prestado, uma postura mais dura do regulador, por exemplo pela aplicação de suspensão temporária, aspecto no qual, como já comentei na alínea “a”, o regulamento é igualmente omissivo.

Em que pese esses pontos, é meu parecer que o regulamento deva ser aprovado com a brevidade possível, por duas razões. A primeira é que seu arcabouço faculta a inserção de ajustes e aperfeiçoamentos pontuais que se tornem evidentes com o uso, o que pode ser realizado com procedimentos de consulta simplificados. E a segunda é que este regulamento não é o principal empecilho a uma adequada fiscalização. Os problemas mais graves, e remeto-me, nesse quesito, ao relatório do Ouvidor da Anatel, são a falta de pessoal em número suficiente, bem treinado e bem equipado, a falta de procedimentos operacionais adequados em várias modalidades de fiscalização e auditoria, e a falta de transparência e publicidade no fornecimento de dados pelas empresas.

Cabe considerar, nesses aspectos, que o provedor de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, qualquer que seja a natureza e tecnologia do serviço, será sempre prestador de um serviço público. Sua operação, ainda que em caráter privado, decorre da obtenção, pecuniária ou não, de uma outorga do Estado. A prestação em regime privado, mais flexível e cujos compromissos são remetidos ao contrato de prestação, não é inerente à natureza do serviço. É, mais bem, uma liberalidade do legislador, que espera, em contrapartida, um ambiente competitivo e uma oferta eficiente do serviço. Frustrados esses objetivos, perde sentido o ambiente de não interferência do regulador..

O órgão regulador deve, por princípio, defender a parte mais fraca nas relações entre agentes. Nas relações de consumo, deve proteger o consumidor diante do provedor do serviço, e tal postura, por seu mérito e eficácia, serve de fundamento ao Código de Defesa do Consumidor, uma das leis que mais benefícios tem trazido à nossa sociedade. Mas, não esqueçamos, na competição deve também proteger o pequeno empreendimento quando confrontado ao grande, capaz de miná-lo, absorvê-lo ou levá-lo à extinção por meios abusivos. E deve proteger o grande empreendimento do risco regulatório, do Estado prepotente, dos interesses alheios ao setor. E um dos instrumentos para delimitar a atuação do forte contra o fraco, preservando as regras do jogo e a disciplina dos agentes, é precisamente uma fiscalização eficiente, equânime e atuante.

A fiscalização, portanto, embora crucial à defesa do consumidor final, não se destina apenas a este. Ela é peça indissociável do marco regulatório e do ambiente empresarial saudável. Aqueles que a enfraquecem ganham no curto prazo: ganham dinheiro, ganham liberdade de movimentos, ganham oportunidades imediatas de negócio. No longo prazo, porém, a falta de fiscalização tem efeitos similares aos dos instrumentos regulatórios mal desenhados: mina a saúde empresarial do setor, destrói a competição legítima e compromete a percepção de benefícios. Abre-se, assim, espaço para a crítica ao sistema adotado e para seu desmonte.