



Marzo 2019 - ISSN: 1989-4155

CONTRIBUIÇÕES AO ENSINO-APRENDIZAGEM DE DIREITO DO CONSUMIDOR: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR-USUÁRIO EM NOVAS RELAÇÕES DE CONSUMO

**Rauciana Ferreira de Souza
José Caldas Góis Júnior
Ronaldo Bernardo Junior**

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Rauciana Ferreira de Souza, José Caldas Góis Júnior y Ronaldo Bernardo Junior (2019): "Contribuições ao ensino-aprendizagem de direito do consumidor: um estudo de caso sobre a proteção do consumidor-usuário em novas relações de consumo", Revista Atlante: Cuadernos de Educación y Desarrollo (marzo 2019). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/atlante/2019/03/ensino-aprendizagem-consumidor.html>

RESUMO

A partir de uma série de privatizações ocorridas no Brasil e com o avanço de novas tecnologias de informação e comunicação, novas relações de consumo foram estabelecidas. A fim de assegurar a proteção ao consumidor-usuário o governo nacional instituiu um novo ator para mediação, as agências reguladoras. Para fiscalização dos serviços de telefonia foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), autarquia em regime especial que enfrenta grandes desafios emergentes, dado que organizações de direito do consumidor apresentam elevados índices de reclamação referente às fornecedoras. Um importante papel das Instituições de Ensino Superior é atualizar os estudantes sobre as práticas do mercado, apontando o estado da arte da área e contribuindo na promoção da melhoria dos serviços. Compreende-se que o estudo de caso é uma metodologia de ensino que contribui na construção de pontes entre a teoria e a prática. A partir do contexto descrito, o presente artigo tem o objetivo de contribuir ao ensino-aprendizado em Direito do consumidor; para tanto, apresenta o estudo do caso da ANATEL por meio de uma perspectiva jurídica, descrevendo limites e possibilidades de atuação da agência. Espera-se que o artigo forneça subsídios ao ensino-aprendizagem de Direito do consumidor no Brasil, contextualizando a teoria com a prática de uma organização com poderes normativo, fiscalizador e sancionador.

Palavras-chave: Ensino-aprendizagem; Direito do consumidor; Estudo de caso; Agência reguladora.

ABSTRACT

Based on a series of privatizations in Brazil and the advancement of new information and communication technologies, new consumer relations were established. In order to ensure consumer-user protection the national government has instituted a new actor for mediation, regulatory agencies. For the supervision of telephone services, the National

Telecommunications Agency (ANATEL) was created, a special regime that faces major emerging challenges, since consumer law organizations have high complaints rates regarding suppliers. An important role of higher education institutions is to update students about market practices, pointing out the state of the art in the area and contributing to the improvement of services. It is understood that the case study is a teaching methodology that contributes to the construction of bridges between theory and practice. From the context described, this article aims to contribute to teaching-learning in consumer law; to do so, presents the study of the case of ANATEL through a legal perspective, describing limits and possibilities of agency performance. It is hoped that the article will have a practical contribution to the teaching-learning of consumer law in Brazil, contextualizing the theory with the practice of an organization with normative, enforcement and sanctioning powers. It is expected that the article provides subsidies to the teaching-learning of consumer law in Brazil, contextualizing the theory with the practice of an organization with normative, enforcement and sanctioning powers.

Key-words: Teaching-learning; Consumer law; Case study; Regulatory agency.

1. INTRODUÇÃO

Como a abertura do mercado de telefonia no Brasil houve a entrada de novos atores com a sofisticação das relações comerciais, de modo que com essa nova dinâmica foram estabelecidas novas relações de consumo (MARQUES, 2013). Os mercados regulados enfrentam desafios específicos para proteger o consumidor-usuário, fato que se faz presente para a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), autarquia em regime especial, responsável pela fiscalização dos serviços de telefonia no País.

Esse contexto produz uma nova dinâmica para o ensino-aprendizado do Direito, uma vez que interfere nas novas relações de consumo. Os serviços de telefonia móvel encontram amparo no art. 21, XI da Constituição da República (BRASIL, 1988), segundo o qual são considerados serviços públicos, de titularidade da União, devendo ser prestado diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, e ainda sob sua organização compete regular e explorar as atividades desse setor (JUSTEN FILHO, 2014). Há aspectos relevantes a respeito do sistema de telecomunicações brasileiro relativos ao seu contexto histórico, características e competências. Não compete a intervenção do Poder Judiciário nas decisões administrativas da ANATEL sob pena de violação da separação dos poderes, de modo que a Agência deve assegurar o funcionamento em condições de excelência, tanto do fornecedor/produzidor, como para o consumidor/usuário (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, STJ, 2011).

Uma das peculiaridades das agências é a competência regulamentar; isto é, ela pode editar normas regulamentares, pois não versa sobre competência privativa do Presidente da República. Caso contrário seria tolher a competência das entidades integrantes da Administração Pública, o que provocaria um caos pelo fato de concentrar nas mãos do Presidente o dever de editar todos os regulamentos administrativos (JUSTEN FILHO, 2014).

A ANATEL possui autonomia quanto à edição de normas específicas para a melhoria de seus serviços, tem legislação própria e centenas de atos normativos que complementam as normas gerais, sem inovar no ordenamento jurídico (ANATEL, 2018).

A partir do exposto, um questionamento emerge: qual a atuação deve ter a ANATEL na proteção do consumidor-usuário de telecomunicações frente às novas relações de consumo? Esse questionamento é importante, uma vez que esse contexto traz implicações ensino-aprendizado nas ciências jurídicas. Para trazer respostas a essa questão o presente estudo tem o objetivo fornecer subsídios ao ensino-aprendizado em Direito do consumidor; para tanto, um estudo de caso investiga o papel jurídico da ANATEL para a proteção do consumidor-usuário em novas relações de consumo. O Estudo de caso consiste em um método que pode ser utilizado para a aprendizagem baseada situações reais (MORAES, MANZINI, 2006), e um estudo de caso sobre a Anatel poderia criar pontes entre a teoria jurídica e a prática institucional estabelecida pelo governo federal.

Após esta introdução o referencial teórico no capítulo 2 fala sobre a Proteção do consumidor-usuário nas novas relações de consumo, abordando a tutela do consumidor-usuário na prestação de Serviços Públicos; em seguida são tratados o Conceito jurídico-constitucional de serviço público no direito brasileiro, a distinção Distinção entre consumidor e usuário de serviço público à luz dos comandos legais, e a Aplicação do código de defesa do consumidor aos

serviços públicos. O capítulo 3 relata o caso de estudo da ANATEL, abordando o sistema brasileiro de telecomunicações. O capítulo 4 descreve o método utilizado no presente estudo. O capítulo 5 descreve os diferentes tipos de poder exercido pela ANATEL, destacando o regime jurídico aplicável aos serviços de telefonia. Por fim, o capítulo 6 traz as considerações finais.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Proteção do consumidor-usuário nas novas relações de consumo

Os avanços tecnológicos e a globalização nos últimos tempos alteraram as relações interpessoais e, conseqüentemente, a atuação do Estado que, pressionado pelas exigências sociais, econômicas e políticas, viu-se diante da necessidade de reformar o modo de prestação dos seus serviços. Assim, aos poucos, o conceito de serviços públicos foi sendo relativizado para se adequar aos anseios da sociedade (MARQUES, 2013).

Contudo, somado à imprescindibilidade de acompanhar as inovações do mundo moderno, principalmente no ramo das telecomunicações, vieram também os problemas, haja vista que o Estado já não conseguia mais oferecer os serviços de forma eficiente a toda a coletividade. Isto, por sua vez, acabava restringindo o acesso à pequena parte da população, pelo fato de que os serviços estavam centralizados nos grandes pólos e sob o império do monopólio do Estado, incumbindo-lhe a execução e titularidade dos serviços públicos.

Devido à precariedade de serviços que, paulatinamente, foram sendo indispensáveis à manutenção e desenvolvimento do Estado, retirou-se a exclusividade de prestação, delegando a execução de serviços públicos aos particulares. Iniciou-se com isto um novo modelo, pois, a partir do momento da Reforma Estatal, surgiram outras relações que não se restringiam ao único conceito de serviço público ou até mesmo classificar todos os vínculos em que havia a presença do Estado como sendo uma estrita relação pública, uma vez que no mesmo âmbito poderia verificar tanto a presença do consumidor quanto do usuário (MANEZELLO, 2002).

A mudança de Estado, fomentada por pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais, desenvolveu a lógica do serviço público, ou seja, estes não poderiam ser mais vistos apenas sob a noção tradicional, pois passaram a ser explorados sob o regime privado, a exemplo do setor de telecomunicações. Com a mutação dos serviços públicos, o Estado se tornou incapaz de ofertar com qualidade os serviços, fazendo com que o cidadão ficasse cativo e sufocado pelo próprio Estado (GROTTI, 2002).

A par disso, evidente que essa mudança de paradigma colaborou para formação de uma sociedade mais exigente quanto à obtenção de serviços mais modernos com soluções rápidas, com qualidade e eficiência. Assim, fez-se inevitável debater a criação de uma política específica a fim de assegurar os direitos do consumidor-usuário e proporcioná-los serviços de forma adequada.

Nesse diapasão, Sodré (2009) leciona que as entidades de defesa do consumidor nasceram em resposta aos conflitos na seara consumerista, sobretudo para conquistarem a garantia dos primeiros direitos básicos, tais como o direito à segurança, à informação, à livre escolha e à participação nas decisões de consumo. Para tanto, frisa-se que a concretização de tais direitos deveria estar ligada aos programas governamentais.

No Brasil, o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à proteção e à defesa do consumidor é recente, considerando que só surgiram formalmente após a promulgação da Constituição de 1988. Na nossa lei maior, no art. 5º, XXXII, a defesa do consumidor foi elevada à condição de direito fundamental, cabendo ao Estado o dever de promover tal defesa. Igualmente, o art. 170 da CRFB/88 estatui a mesma premissa.

No que tange à elaboração do Código de defesa do consumidor (BRASIL, 1990), Filomeno (2015) o considera como um conjunto de normas específicas, que aborda temas variados, construindo-se como um microsistema jurídico, tendo em vista que se aproveita de todos os ramos do direito, modernizando institutos considerados obsoletos por suas diretrizes, a exemplo do direito administrativo.

Acerca dos direitos, Filomeno (2015) considera que a não exclusão de outras fontes do direito do consumidor, foi imprescindível devido à evolução do processo tecnológico e a complexidade das relações jurídicas de consumo advindas do progresso. Com isso, necessitou-se da presença de substrato obrigacional para obter a solução aos casos ou dos princípios da equidade, analogia e costumes.

A propósito, há diversos artigos que revelam a proximidade entre as relações de consumo e de serviços públicos, por exemplo, o art. 22 do CDC (BRASIL, 1990), ao dispor que as empresas,

órgãos públicos, concessionárias e permissionárias, estão obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos quando se tratar de serviços essenciais. Por sua vez, o art. 4º, VII do CDC (BRASIL, 1990), prevê a racionalização e melhoria dos serviços públicos como um dos princípios da política Nacional das relações de consumo, já o art. 6º, X do CDC (BRASIL, 1990), situa no rol de direitos básicos do consumidor, o direito à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos.

Além disso, pode-se afirmar que a globalização também influenciou no processo de transformação das relações políticas e jurídicas, notadamente no que diz respeito à dicotomia direito público e privado, fomentando a publicização do direito privado ou privatização do direito público, frente às novas formas de intervenção do Estado nas relações privadas.

Neste sentido, Sarmento entende que

o Estado de Bem-Estar Social atravessa atualmente uma séria crise, alimentada pelo fenômeno da globalização, e hoje se verifica uma tendência geral à redução do seu tamanho, com desestatizações e transferências para o setor privado de tarefas e atividades que eram até então desempenhadas pelos poderes públicos [...] Neste contexto, ganha força o pós-modernismo jurídico, que se mostra descrente em relação às possibilidades emancipatórias do Direito, em geral, e da Constituição, em especial (2007, p. 324),.

Com efeito, a mudança de paradigma redefiniu até mesmo a noção de interesse público, pois como se vê, a partir do desenvolvimento os interesses, por vezes, confundem-se, no setor das comunicações por haver uma relação pública, privada e de serviços regulados.

Por esse ângulo, Macedo Júnior (2002) entende que o Estado Contemporâneo assume não apenas a obrigação de regular o mercado, mas também tem o dever de garantir o bem-estar dos indivíduos, a dignidade e a qualidade mínima de vida. Nesta assertiva, há uma intenção política do Direito do Consumidor e do papel do Estado, uma vez que grande parte dos serviços são prestados mediante políticas públicas. A este respeito, o setor de comunicações exemplifica bem as lições mencionadas alhures.

Acerca disto, Sundfeld assevera que

os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. **Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de “serviço público”,** se algo ainda diz, diz pouco: admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do “direito da concorrência” (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la (2002, p. 4, grifo nosso).

Como se pode verificar, a complexidade das prestações dos serviços públicos contribui para a relativização conceitual desse instituto e, por consequência, insurge questões quanto à proteção e defesa dos usuários de serviços públicos. Deste modo, os próximos tópicos têm o intuito de apresentar os principais aspectos dos serviços públicos e de consumo.

2.2 Conceito jurídico-constitucional de serviço público no direito brasileiro

Como relatado anteriormente, os avanços tecnológicos, de certa forma, promoveram transformações estruturais no Estado e, consequentemente, configuram-se como um fator relevante para a relativização conceitual de serviços públicos.

Assim, cumpre salientar que justamente pela dinamicidade dos fatores mencionados em parágrafos anteriores, não há um conceito específico, pronto e acabado para serviços públicos. Em outras palavras, seu conceito pode ser alterado ao mesmo tempo das variações econômicas, sociais e culturais. Logo, não se encontra uma definição formal, pois se trata de uma noção abstrata, a qual cabe aos administrativistas definirem conforme melhor juízo.

Para tanto, todos que se propuseram explicar seu significado encontraram arrimo na Escola do Serviço Público, idealizada pelo francês Léon Duguit, para quem o instituto constitui o próprio fundamento do Direito Público. Nas palavras de Duguit,

o serviço público é um dado objetivo e material (ele não se cria, ele não se constata) “é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode

ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante (1926, apud GROTTI, 2017, s/p).

Conforme se depreende, a expressão serviço público é delineada pela presença de obrigações impostas aos governantes para com os governados, fato que afasta a ideia de soberania do Estado, uma vez que este é a soma de todos os serviços controlados.

Outrossim, Duguit (1926, apud CONRADO, 2013) considera a indispensabilidade como um dos elementos que caracteriza os serviços públicos, bem como a entende como formada por um conjunto de variáveis que o fizera conceituar pautado na doutrina do positivismo sociológico. Visto isto, concebe que somente os fatos passíveis de observação poderiam ser explicados com coerência, motivo pelo qual não seria possível ater-se às noções abstratas como a de soberania.

Em contrapartida, para Jéze (apud, CONRADO, 2013) a administração pode atender as necessidades de interesse geral, utilizando-se do procedimento de direito privado e o procedimento de interesse público. No entanto, somente é serviço público quando prestado sob o regime de direito público, desconsiderando, portanto, o aspecto sociológico em prol do aspecto jurídico.

No Brasil, Meireles (2016), corroborando com a concepção acima, assevera que se trata de formulação que varia de acordo com as necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade e depende, também, do contexto histórico. Justamente por isso, Meireles (2016) afirma que os serviços públicos são infindáveis, pois há serviços que são de exclusividade do Estado ou prestados em regime de concorrência entre particulares ou apenas com estes.

Nessa senda, os juristas brasileiros se pautam em três critérios norteadores para conceituarem serviços públicos, quais sejam: o critério orgânico ou subjetivo, que diz respeito à pessoa jurídica responsável pela prestação, ou seja, por este critério, serviço público é apenas aquele prestado pelo Estado. Já pelo critério formal, serviços públicos são prestados meramente sob o regime de direito público. Por último, o critério material ou objetivo leva em consideração a natureza da atividade exercida, segundo o qual, serviços públicos são aqueles destinados a atender as necessidades da coletividade (CARVALHO FILHO, 2016).

Acerca disto, é curioso pontuar que Di Pietro (2017, p. 140), utiliza todos os critérios, por entender que se trata de “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. A exemplo disto, menciona que a atribuição ao Estado abrange o elemento subjetivo ou orgânico, a sujeição ao regime de direito público caracteriza o critério formal e a destinação à coletividade o critério material (Di Pietro, 2017).

Por sua vez, Mello compreende que

serviço público é a atividade consistente na oferta de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade e cujo desempenho entende que deva se efetuar sob regime de direito público, isto é, outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular (2013, p. 686).

Considerando o conceito exposto, o autor emprega significado mais restrito, pois para Mello (2013) somente é caracterizado serviço público quando destinados a satisfazer o interesse da coletividade, do contrário, mesmo que sejam destinados ao público não podem alcançar esse requisito, pois visam o interesse privado.

Em sentido amplo, Meirelles (2016) conceitua os serviços públicos como sendo todos os serviços prestados pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

Por seu turno, Justen Filho (2014) leciona que os serviços públicos estão estritamente ligados à concretização dos direitos fundamentais, excluindo destes, as atuações de natureza legislativa, jurisdicional e funções políticas do executivo. Ademais, em sua concepção, destina-se às pessoas indeterminadas e executadas sob o regime de direito público apto a produzir a

satisfação de necessidades individuais, homogêneas e transindividuais, coletivas ou difusa e, assim como os demais, entende que o conceito é passível de relativização.

No que tange ao modo de prestação dos serviços públicos, o art. 175 da CRFB/88 prevê que compete ao Poder Público prestá-los, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão. No caso em tela, a nossa Carta Magna em seu art. 21, XI estabelece que compete à União explorar os serviços de telecomunicações diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (BRASIL, 1988).

Em apertada síntese, a concessão é a transferência dos serviços públicos feita pelos entes da Administração direta, através de delegação da atividade executória para os particulares, ressalta-se pessoa jurídica, tendo em vista que estes serão remunerados pelo pagamento de tarifas cobradas dos usuários. Excepcionalmente a Anatel, como ente da Administração Indireta, poderá delegar a execução dos serviços. Por seu turno, na permissão também se delega a atividade para particulares, pessoas jurídicas ou físicas, que serão responsáveis pelo risco da atividade exercida. Por último, a autorização, como o próprio nome sugere, compete à Administração por conveniência e por oportunidade permitir o uso de determinados bens públicos.

Assim, importa dizer que devido as mudanças tratadas anteriormente, principalmente as ocasionadas pela Reforma do Estado, este ente deixou de ser prestador para se tornar regulador. Destarte, o fator tecnológico foi relevante para formulação de um novo paradigma da Administração Pública, especialmente no que diz respeito aos serviços de telecomunicações no país.

2.3 Distinção de consumidor e usuário de serviço público à luz dos comandos legais

Feitas as devidas considerações a respeito das relações de consumo e da necessidade das políticas de proteção e defesa do consumidor-usuário de serviços públicos, no presente tópico, far-se-á a distinção entre consumidor e usuário de serviço público, tendo em vista que, por vezes, as leis os tratam como sujeitos equiparados, bem como, em outras vezes, apresentam as dicotomias existentes entre ambos.

Veja-se que, conforme mencionado alhures, o próprio CDC (BRASIL, 1990) aborda que a prestação dos serviços públicos deveria acontecer de modo eficaz, seguro, contínuo e adequado, tais como telefone, água e luz, porquanto são direitos básicos do consumidor e, por isso, deveriam ser protegidos.

Sem embargo, Filomeno (2015) assevera que para se chegar ao conceito de consumidor, fica-se à mercê do enfoque adotado a este. Consoante seus ensinamentos, o consumidor, sob o ponto de vista econômico, é apenas o indivíduo destinatário da produção de bens, independentemente de ter adquirido ou produzido. No que tange ao ponto de vista psicológico, são aqueles sobre os quais recaem o estudo sobre as causas que os levam a consumir. Já sob o ponto de vista sociológico, ser consumidor diz respeito à indivíduos que utilizam de bens e serviços e pertencem a uma determinada categoria ou classe social (FILOMENO, 2015).

Por fim, sob o aspecto literário ou filosófico, Filomeno (2015) pondera que o consumidor, muitas vezes, é associado à sociedade de consumo, consumismo ou consumerismo. Conforme seu entendimento, esse critério não é o mais adequado para conceituá-los, pois pressupõe que o homem é condenado a viver numa “sociedade opressora, voltada exclusivamente para a produção e distribuição de todos os valores com que lhe acena a sociedade produtora-consumista” (FILOMENO, 2015, p. 21).

Nesta perspectiva, Filomeno (2015, p.25) entende que consumidor “vem a ser qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços”. No entanto, convém ressaltar que o conceito positivado de consumidor está previsto no art. 2º do CDC, o qual estatui que *consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço na qualidade de destinatário final*.

No que tange à expressão destinatário final, Tartuce (2016) explicam que, segundo a teoria finalista, consumidor é o destinatário fático e econômico de um bem ou serviço, pelo que, somente os que adquirem ou contrata o produto para uso pessoal, sem ter a intenção de colocar o objeto contratado em circulação. Por sua vez, para a teoria maximalista, consumidor é todo aquele que retira o produto da cadeia principal, independentemente da finalidade, quer seja para uso próprio ou para a obtenção de lucro. Ademais, consumidor, segundo a teoria mista ou aprofundada, é visto sob o viés da vulnerabilidade, pois independentemente de ser pessoa física ou jurídica, o que interessa é que haja a demonstração de desconhecimento em face do fornecedor (TARTUCE, 2016).

Os arts. 2º, § único, 17 e 29 do CDC (BRASIL, 1990) ainda trazem hipóteses de consumidores equiparados: são eles a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que hajam intervindo nas relações de consumo pessoas determináveis ou não expostas às práticas abusivas e as vítimas do evento.

Conclui-se que quanto à conceituação de consumidor não resta dúvidas, até mesmo porque, a doutrina e jurisprudência o definem como arrimo da teoria finalista mitigada.

No entanto, considerando as disposições de alguns artigos do CDC, surge a dúvida em relação à figura do consumidor-usuário, visto que o art. 3º, por exemplo, considera fornecedor, tanto pessoa física ou jurídica de direito público, e serviço como sendo qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. O art. 4º, VII, trata a racionalização e melhoria dos serviços públicos como um dos princípios da política nacional das relações de consumo. Por fim, o art. 22, dispõe que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias são obrigados a fornecer serviços de qualidade (BRASIL, 1990).

Como já foi trabalho em tópico específico o conceito de serviços públicos, fica fácil compreender o significado de usuário de serviços públicos, sendo possível defini-los como indivíduos que utilizam os serviços públicos e possui, de igual modo, direitos e deveres atinentes aos serviços oferecidos. No que diz respeito à dicotomia, Amaral (2001) assevera que são pessoas diferentes, pelo fato de que a CRFB/88 dá tratamento distinto ao usuário e consumidor de serviços públicos, como exemplo, cita que o art. 175, II trata dos direitos dos usuários e que os artigos 170, V e 5º, XXXII, respectivamente, versam sobre a defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

Desse modo, Amaral (2001) preleciona que a relação de serviço público é formada pelo poder concedente, concessionária e usuário, enquanto a relação de consumo se caracteriza pela presença de um fornecedor, poder público e consumidor. Neste cenário, o fornecedor apenas está obrigado a prestar o serviço ao consumidor ao passo que incumbe ao poder público o dever de regular a relação contratual entre eles e proteger a parte mais fraca. No entanto, este não é o responsável pelo cumprimento das obrigações do fornecedor.

Ainda segundo Amaral (2001), na primeira relação há a celebração de contrato de concessão, enquanto na segunda, a relação do particular com a fornecedora é estabelecida diretamente entre as partes. A guisa de conclusão, entende-se que a qualidade dos serviços e proteção, quer seja do usuário ou consumidor, independe de ser prestado pelo Estado ou por seus delegados.

2.4 Aplicação do código de defesa do consumidor aos serviços públicos

A princípio, destaca-se que a problemática passou a surgir em decorrência das transformações citadas alhures, especialmente porque os serviços públicos passaram a ser prestados simultaneamente por particulares, motivo que trouxe divergências não só sob o ponto de vista conceitual, mas, também, se voltou às medidas a serem adotadas para proteger os sujeitos formadores das relações de serviços públicos.

Neste contexto, a discussão, embora que superada jurisprudencialmente, ainda é discutida no âmbito doutrinário e assenta na possibilidade de incidência do CDC sobre os serviços públicos prestados pelo Estado ou por particulares. Um dos fundamentos que dão suporte aos que concordam com a aplicação subsidiária do CDC, encontra-se no art. 22 do CDC, o qual dispõe que os órgãos públicos ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer os serviços de forma adequada sob pena de responsabilidade (BRASIL, 1990).

No entanto, para definir precisamente quais os serviços estão amparados pelo CDC, faz-se necessário compreender a classificação dos serviços públicos. Neste teor, importa destacar apenas quanto à natureza, assim, os serviços dividem-se em: *uti universi* (gerais), se caracterizam por sua natureza, mantidos mediante o pagamento de impostos e sua prestação está destinada às pessoas indeterminadas, por sua vez, os serviços *uti singuli* (individuais), possuem usuários determinados e seus prestadores são remunerados mediante o pagamento de taxas ou tarifas, a exemplo os serviços de telefonia (MEIRELLES, 2016).

No que tange ao critério remuneração, há correntes doutrinárias estendendo a aplicação do CDC a todos os serviços públicos, quer seja remunerado por tributos ou por tarifa. Já outros entendem que se aplica meramente sobre os serviços pagos por tarifa. Contudo, o art. 3º, § 2º do CDC, dispõe que serviço para fins de aplicação do código é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração. Segundo tal dispositivo, os serviços *uti universi*, pagos por impostos, estariam fora do âmbito de proteção do Código de Defesa do Consumidor.

Acerca disto, Cavalieri Filho assevera que

[...] só os serviços remunerados por tarifa podem ser regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em razão do direito de escolha do usuário, um dos direitos básicos para o reconhecimento da condição de consumidor, e ainda pelo fato de ser a remuneração exigência necessária para a caracterização do serviço sujeito ao CDC. No serviço público custeado por taxa (espécie de tributo), não há remuneração, mas sim contribuição tributária (2014, p. 280).

Deste modo, o autor conclui que a relação dos serviços públicos remunerados por tributos é administrativa tributária, porque se trata de vínculo do contribuinte com o Poder Público.

Nessa trilha, tem-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE TELEFONIA – FALTA DE PAGAMENTO – BLOQUEIO PARCIAL DAS LINHAS DA PREFEITURA – MUNICÍPIO COMO CONSUMIDOR. 1. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa. 2. Nas condições indicadas, o pagamento é contraprestação, aplicável o CDC, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso. 3. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, repudiado pelo Direito (interpretação conjunta dos arts. 42 e 71 do CDC). 4. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível. 5. Recurso especial provido.

Segundo o entendimento inserto no acórdão acima, é inquestionável que o CDC se aplica aos serviços públicos pagos mediante tarifa. No entanto, Aragão (2013) entende que a aplicação do CDC aos serviços públicos não deve ser absoluta, pois se aplicado sem cautela poderá incorrer em desnaturação da atividade como serviço público e privilegiar os interesses de consumidores individualmente considerados, bem como postergar os maiores objetivos do serviço público, o qual consiste na solidariedade social.

No mesmo sentido, Justen Filho (2014) assevera que o direito do consumidor não pode ser aplicado integralmente e por solidariedade entre os usuários do serviço público, pois não pode ser exigido vantagens especiais sob pena de inviabilizar a sua oferta em detrimento de outros sujeitos. Por esse motivo o art. 27 da Emenda Constitucional 19/1998 previu a elaboração de lei em defesa do usuário de serviços públicos, a ser elaborada no prazo de 120 dias após sua promulgação, devido a inviabilidade de aplicação automática e indiferenciada do CDC no âmbito dos serviços públicos (JUSTEN FILHO, 2014).

Por fim, a jurisprudência há muito tempo se manifesta favorável à aplicação subsidiária do CDC aos serviços públicos. No entanto, como verificado no tópico anterior, para alguns autores, como Antônio Carlos Cintra do Amaral, por entender que são relações diferentes, o códex não deveria recair sob os serviços públicos. Já no que tange aos debates iniciais houve a ênfase sobre a necessidade de criar um estatuto próprio de defesa dos usuários de serviços públicos, em razão da não concordância com a aplicação subsidiária do CDC ou da lei de concessão e permissão. Todavia, esse anseio começou a ser atendido em julho de 2017, com a vigência da lei nº 13.460/2017, que versa sobre os direitos e deveres, participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Porém, tal lei não afasta por completo a aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos.

3. CASO DE ESTUDO: A ANATEL E O SISTEMA DE TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRO

É inquestionável a relevância dos serviços de telecomunicações na sociedade, em razão de atualmente ser humanamente impossível pensar em viver sem essa tecnologia ou imaginar como era difícil a comunicação no início da formação do Estado Brasileiro. Inobstante sua chegada tenha ocorrido no século oitocentista, o estudo ficará detido ao contexto histórico mais relevante no que diz respeito ao aspecto legal para o setor, com isso, visa demonstrar o processo de consolidação da legislação dos serviços de telecomunicações no Brasil, notadamente da telefonia móvel.

Em linhas gerais, a década de 1960 é considerada o marco das telecomunicações brasileira, pois entre o período de transição do governo de Juscelino Kubitschek para Jânio Quadros, foi editado diversos decretos. Dentre eles, destaca-se o Decreto no 50.666/1961, que deu ensejo

à instauração do Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) e norteou a criação do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), regulamentado pela Lei no 4.117/1962, o qual vigorou por 35 anos, sendo o único meio legal para tratar das questões telecomunicativas.

Em seguida, no ano de 1965, houve a formação da Embratel, empresa brasileira de telecomunicações responsável pela interligação dos serviços nas cidades mais importantes do Brasil. Em outras palavras, a Embratel era responsável pelos serviços de longa distância. Já os serviços locais ficavam a encargo das empresas localizadas nos Estados. No Maranhão, a empresa recebia o nome de TELMA.

No entanto, visando melhorias e desenvolvimento do setor, no início da década de 70 foi criada pela Lei no 5.792/1972 a Empresa *holding* Telecomunicações Brasileiras S.A (TELEBRAS), única prestadora dos serviços, onde tinha como principal objetivo a expansão dos serviços, por isso as outras empresas, como a Embratel, passaram a ser subsidiárias.

Porém, por longos anos as telecomunicações estiveram sob o monopólio da União, que, aos poucos, em decorrência do crescimento destas, foi perdendo o controle de todas as atividades de telecomunicações. Mediante isto, o setor começou a inovar, passando a denominar alguns serviços de rede pública de telecomunicações.

Sobre esta vertente, Marques Neto considera que

a rede pública de telecomunicações consiste na única trama de cabos, fios, ligações e estações de comutação pela qual se cursava a telefonia. Este conduzia as noções, tão divulgada, de que o serviço de telecomunicações consistia em um monopólio natural, pois esta infra-estrutura pré-montada era única e pertencia a um único ente, o Estado. Essa foi a teoria desenvolvida pelo Ministério das Comunicações, determinando que o serviço de telecomunicações, por suas condições naturais, apenas poderia ser explorado por um prestador, ou o Estado ou um concessionário desta rede (2002, p. 303).

À época, esse controle exclusivo da União de certa forma impedia o fornecimento e serviços de qualidade e constituía um óbice ao desenvolvimento do setor. Entretanto, com o desenvolvimento tecnológico, a teoria do monopólio natural não mais subsistia, uma vez que os serviços também passaram a ser transmitidos por radiofrequência.

Por fim, a partir da década de 90, sobretudo do ano de 1995, passou-se a formular uma nova política e com a criação da Emenda Constitucional 8/95, a qual alterou o art. 21, XI da Constituição da República, estabelecendo a exploração das telecomunicações diretamente ou indiretamente pela União. Assim, iniciaram-se mais transformações, principalmente pelo fato de ter sido editada a Lei Geral de Telecomunicações – LGT no 9.472/1997, Plano Geral de Outorgas (Decreto 2.534/98) e Plano Geral de Metas de Universalização (Decreto 2.592/98).

Ressalta-se que, a Lei Geral de Telecomunicações proporcionou algumas mudanças em relação à prestação dos serviços e discriminou todas as características do novo modelo, tais como conceitos, princípios, competências e respectivas funções e a classificação dos serviços. O art. 60, § 1º da LGT, por exemplo, conceitua telecomunicações como uma *transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza*.

3.1 Noções introdutórias sobre a ANATEL

A Agência Nacional de Telecomunicações, assim como as outras agências reguladoras, foi criada a partir do Plano Nacional de Desestatização – PND, cujo principal objetivo era reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades exploradas insatisfatoriamente pelo poder público, deixando de ser, portanto, o único prestador para se tornar fiscalizador e regulador. Neste contexto, a Lei Geral de Telecomunicações no 9.472/1997 veio após a Emenda Constitucional 8/95, que alterou o art. 21, XI e XII da Constituição de 1988, o qual passou a exigir lei sobre a organização dos serviços e criação de um órgão regulador.

Desta forma, foi idealizada a Anatel para regular os serviços do setor de Telecomunicações, cuja uma das principais funções é exercer o controle sob as pessoas privadas que prestam serviços públicos mediante concessão, permissão e autorização.

Nesse cenário, o vocábulo regulação começou a fazer parte da reformulação do Estado. Segundo, Di Pietro (2009) a regulação surgiu com o movimento de Reforma do Estado, principalmente com a privatização de empresas estatais, bem como da introdução da ideia de

competição entre as concessionárias na prestação de serviços públicos. Logo, a fim de assegurar a regularidade na prestação dos serviços a melhor opção seria regular.

Desse modo, a ANATEL, conforme preconiza o art. 8º da LGT, faz parte da Administração Pública Federal indireta, denominada de autarquia em regime especial, vinculando-se ao Ministério das Comunicações. O regime especial significa que a agência possui especialidade técnica, autonomia financeira, independência administrativa e função normativa para ditar regras diante de casos que atentam contra a adequada prestação do serviço e que, conseqüentemente, trazem prejuízos aos usuários. Além disto, detém os poderes de fiscalização e sancionatório (BRASIL, 1997).

Essas agências autárquicas em regime especial possuem algumas peculiaridades que, em regra, deveria ser para o melhor desempenho dos serviços regulados (JUSTEN FILHO, 2014). A primeira é a titularidade de competências privativas, a qual significa dizer que o Presidente da República não poderá opinar a respeito dos assuntos da agência, por consequência também não lhe cabe recorrer hierarquicamente. A segunda característica diz respeito à titularidade de competência regulamentar. Esta atribuição confere à agência a edição de normas regulamentares. Portanto, infere-se que a competência do art. 84, IV, da Constituição não é privativa do chefe do executivo.

A terceira peculiaridade diz respeito à titularidade de competência discricionária, ou seja, a Anatel pode decidir qual a melhor solução para o caso concreto (JUSTEN FILHO, 2014). Já a quarta característica consiste no fato da Anatel possuir cargo em comissão com prazo determinado, vedando-se a exoneração a qualquer tempo e a demissão somente é admissível quando comprovado, mediante processo administrativo ou judicial, infração aos deveres e perda dos requisitos.

No que tange aos requisitos para investidura dos diretores, precisam ter conhecimento técnico, reputação ilibada e não exercerem qualquer outra atividade durante o período em que atuarem na agência e não tenham vínculos com as empresas reguladas. Por fim, a quinta peculiaridade é a autonomia financeira, pois a autarquia especial tem independência financeira. A Lei Geral de Telecomunicações dispõe, ainda, de meios que permitem a participação do consumidor-usuário nas decisões das prestadoras de telecomunicações, porquanto, a sociedade poderá participar de audiências, consultas públicas, ouvidorias e Conselho de Consumidores.

Segundo consta no capítulo II do regimento interno da Anatel, a Audiência Pública se destina a debates e apresentação de matéria de interesse relevante, de modo que qualquer interessado está autorizado a participar, diretamente, ou representado por organizações e associações legalmente constituídas.

Já a Consulta Pública tem como finalidade submeter a minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, tais como receber críticas e sugestões do público. No entanto, as críticas e sugestões deverão ser formalizadas com as devidas justificativas e encaminhadas à autoridade competente em documento próprio, que será anexado aos autos do processo administrativo da Consulta Pública com as razões que considera serem necessárias.

Quanto às ouvidorias, a Anatel possui central de atendimento, onde a pessoa pode ligar para registrar reclamações, denúncias ou pedidos de informações. Contudo, deverá informar o número do protocolo de atendimento da operadora. Ademais, a Anatel possui sala do cidadão, que fica localizada em cada capital. Nela o cidadão poderá obter informações, documentos e registrar reclamações. À vista dessas considerações, os próximos tópicos se destinam a um breve estudo das atribuições e competências da Anatel.

3.2 Competências da ANATEL

No que tange às competências da Anatel, o art. 1º da LGT prevê que compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações. Ou seja, incumbe aos poderes definir as políticas de telecomunicações e a Anatel implementá-las (BRASIL, 1997).

Desta forma, para a implementação dessas políticas, a agência, como parte da Administração Pública Federal indireta, deve, além de outros critérios, obediência aos princípios vetores da administração pública elencados no art. 37 da CRFB/88. Em estrita semelhança, o art. 19 da LGT, dispõe que compete à Agência adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para desenvolvimento das telecomunicações. Para tanto, sua atuação dá-se de forma independente, mas observando os princípios da imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade (BRASIL, 1988).

O mesmo artigo estabelece uma ordem de preferência a ser cumprida, qual seja: as disposições contidas nos incisos I, V, X, XI, XVIII, respectivamente, dispõe que é atribuição da Agência implementar a política nacional de telecomunicações; editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções; reprimir infrações dos direitos dos usuários.

Em síntese, a Anatel tem a competência de regulamentar o setor de telecomunicações mediante a expedição de normas, assim como outorgar concessões, permissões e autorizações, além de fiscalizar as atividades do setor em ambos os regimes e resolver os conflitos entre os operadores dos serviços na esfera administrativa, bem como entre estes e os usuários.

Segundo Marques Neto (2002), as agências reguladoras são entidades com tarefas típicas de Estado, pois editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre empresas e decidem sobre reclamações de consumidores.

No que tange à solução de conflitos, a Anatel tem competência decisória para dirimir próprios conflitos, sem que seja necessário recorrer a órgãos ou autoridades, assevera-se que somente o judiciário poderá intervir em suas decisões quando eivadas de ilegalidade.

Ademais, compete à Anatel, além da garantia dos serviços de qualidade, assegurar o cumprimento dos direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações, dentre eles, a modicidade tarifária. Ou seja, prestar os serviços com tarifas e preços razoáveis, tal como dispõe o art. 3º da LGT, *ipsis litteris*:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos (grifos nosso).

Outra importante atribuição da Anatel é permitir que os serviços de telecomunicações sejam universais. Assim, o art. 2º da lei no 9.472/97 considera a universalização dos serviços como um dos princípios fundamentais das telecomunicações, segundo o qual, é dever do Estado garantir a toda população o acesso aos serviços.

Acerca disto, Gois Júnior compreende que

[...] a alegada crise dos modelos democráticos tradicionais pode vir a ser equacionada com a correta utilização dos meios tecnológicos na criação de uma interface entre o Governo e a sociedade organizada. Tal solução, entretanto, somente será de fato eficaz se o **acesso aos meios tecnológicos for disponibilizado a toda a população como fruto de um direito fundamental** à participação política por meio de uma política pública apropriada (2016, p. 60, grifo nosso).

Com efeito, a universalização dos serviços, em especial dos meios de telecomunicações, constitui uma forma de fortalecer a democracia através da participação popular. Percebe-se, portanto, que uma das formas de contribuir para a universalização do acesso às telecomunicações seria optar por tarifas e preços mais acessíveis, permitir serviços de

qualidade com valores módicos. Neste sentido, depreende-se que uma das medidas a serem tomadas quando se trata de políticas universalizantes é fomentar políticas de inclusão, dentre as quais, reduzir o custo de produtos e serviços, de forma que se permita à população indistintamente o acesso aos meios tecnológicos (GOIS JÚNIOR, 2016).

Essas atribuições visam permitir o desenvolvimento dos serviços de telecomunicações e contribuem para que sejam ofertados de modo adequado e eficiente, sobretudo que os execute respeitando os direitos dos consumidores e usuários dos serviços de telefonia.

4. MÉTODO

Este estudo tem o objetivo fornecer subsídios ao ensino-aprendizado em Direito do consumidor. Para tanto, de acordo com Minayo et al (2004) em relação ao método escolhido classifica-se como qualitativo em relação à forma de abordagem, em relação ao procedimento é estudo de caso, e a coleta de dados é realizada por meio de análise documental e observação. O estudo de caso realizado é apresentado pela Tabela 1.

Tabela 1. Protocolo do Estudo de caso

Elemento	Descrição
Objetivo	Contribuir ao ensino-aprendizado em Direito do consumidor
Unidade de Análise	Limites e possibilidades de atuação jurídica de uma agência reguladora
Limite de tempo	Entre julho/2017 e junho/2018
Local	ANATEL
Validade dos constructos	Contraposição entre os conceitos e a perspectiva prática
Coleta de dados	Análise documental; observação.
Questões secundárias do estudo de caso	<ul style="list-style-type: none"> - Como descrever uma nova situação jurídica pertencente ao direito do consumidor? - Qual é o amparo jurídico válido para proteção do consumidor-usuário em uma nova relação de consumo? - Quais são os limites e possibilidades da atuação jurídica de uma agência reguladora em uma nova relação de consumo?

Fonte: Elaborado pelos autores

5. PODER NORMATIVO, PODER DE POLÍCIA E PODER SANCIONADOR DA ANATEL

Como visto anteriormente, a Anatel enquanto autarquia sob regime especial possui certas peculiaridades cedidas em decorrência do conhecimento técnico sobre o setor regulado. Por isso, é sua atribuição tratar de questões específicas na área das telecomunicações com independência e autonomia.

Em razão disso, a LGT atribuiu, além das competências, poderes que visam assegurar o desenvolvimento e a prestação de serviços com qualidade, os quais visam proteger usuários e consumidores dos serviços públicos de telefonia, uma vez que a edição de normas, fiscalização e sanção visam coibir a prática de atos ilegais e abusivos.

No que tange ao poder normativo, Sundfeld (2002) entende que as normas se tornaram insuficientes para os novos padrões da sociedade, fazendo-se necessário, portanto, elaborar normas mais diretas para cuidar das especificidades. Além disto, torna-se salutar a realização do planejamento dos setores, bem como viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização de valores, como, por exemplo, a proteção do consumidor e expansão das telecomunicações (SUNDFELD, 2002).

Por outro lado, Di Pietro (2009) compreende que pelo fato da Constituição Federal de 1988 estabelecer competências para cada poder, atribuir função de um poder por outro fere o princípio da separação dos poderes. Por isso, o poder regulamentar somente pode ser exercido por quem tem competência constitucional. Neste teor, a lei máxima outorgou ao Presidente da República, com exclusividade, o regulamento de execução e autônomo em seu

art. 84, IV, VI. Logo, refere-se à competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo e cabe à agência reguladora de telecomunicações o dever de observar a hierarquia das normas e superioridade das normas regulamentares do poder executivo, ainda que esta possa baixar normas para regulação.

A própria LGT (Lei n. 9.472/97), no art. 22, inciso IV, dispõe que *compete ao Conselho Diretor editar normas sobre matérias de competência da Agência*, ou seja, constitui o Poder Normativo destas, ratificando sua característica de agência independente.

Em relação ao poder fiscalizatório, afirma-se que este é uma manifestação do poder de polícia (JUSTEN FILHO, 2014), pelo qual dá-lhe atribuição para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e proporcionalidade, este ainda é um meio hábil para evitar que a fruição das liberdades e dos direitos privados produza lesões a direitos, interesses e bens alheios, públicos ou privados.

Assim sendo, o art. 19, XI, XV da LGT estabelece que a Anatel, a partir de seu poder fiscalizador, poderá expedir e extinguir autorização para a prestação de serviço no regime privado e aplicar sanções, estas estão elencadas no art. 173 da LGT, podendo ser aplicadas advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de inidoneidade (BRASIL, 1997).

Nesse sentido, Di Pietro preconiza que

não há dúvida de que fiscalização, repressão, punição são atividades administrativas, que podem, sem qualquer problema, ser exercidas por órgãos administrativos integrantes da Administração Direta, ou por entidades públicas integrantes da Administração Indireta, como é o caso das agências. Trata-se de atividade típica de polícia administrativa (2009, p. 41).

5.1 Classificação e regime jurídico aplicável aos serviços de telefonia

Diante deste apanhado de informações conceituais acerca do usuário e consumidor dos serviços públicos e sobre o sistema de telecomunicações, é imprescindível discorrer a respeito do regime aplicável aos serviços de telecomunicações no Brasil.

Inicialmente, Marques Neto (2002) preceitua que os serviços públicos possuem dois tipos de usuários, quais sejam: o *usuário efetivo*, a exemplo deste cita as pessoas que têm acesso ao serviço público. De outro lado, tem-se o *usuário em potencial*, caracterizado pelas pessoas que deveriam ter acesso aos serviços, assim como está disciplinado pela CRFB/88 e pelo CDC.

Quanto ao entendimento conceitual de serviços públicos na Lei Geral de Telecomunicações, o art. 63, § único dispõe que o serviço público de telecomunicações é prestado sob o regime público quando preenchidos os requisitos de universalização e continuidade, quer seja por concessão ou permissão.

Reforçando as linhas iniciais deste estudo, o art. 83, § único da LGT aduz que a concessão dos serviços de telecomunicações e a delegação de sua prestação, serão realizadas mediante contrato com prazo determinado, no regime público, sendo os riscos por conta da concessionária e remunerada pela cobrança de tarifas dos usuários. No que tange à permissão de serviço de telecomunicações, entende-se, segundo o art. 118, § único da LGT, que é o ato administrativo pelo qual entrega transitoriamente a alguém o dever de prestar os referidos serviços no regime público (BRASIL, 1997).

Outrossim, os arts. 126 e 127 da LGT traçam diretrizes para prestação dos serviços sob o regime privado. Ou seja, serão baseados nos princípios constitucionais da atividade econômica e terão como objetivo viabilizar o cumprimento das leis, especialmente das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores.

Quanto à classificação, se público ou privado, pela leitura do art. 67 da LGT, infere-se que somente são prestados sob o regime público os serviços que não são de interesse restrito, pois estes interessam apenas as particularidades de cada pessoa. Já o art. 17 da resolução 73 da Anatel, define que interesse coletivo é aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado, em condições não discriminatórias (BRASIL, 1997). Por sua vez, o interesse restrito, encontra-se no art. 18 da citada resolução e destina-se ao uso do executante ou prestado a determinados grupos de usuários a critério da prestadora e mediante autorização.

A distinção de ambos consiste em, no caso do regime público, o prestador está vinculado ao dever de possibilitar o acesso a todos, independentemente de qualquer fator. Quanto ao prestador no regime privado, este tem a livre escolha no que diz respeito ao local e pessoas a quem quer fornecer seus serviços.

Conforme entende Marques Neto (2002), os serviços coletivos serão prestados em três regimes, em regime público, privado ou em concomitância. No Brasil, a telefonia móvel atua sob o regime privado, mediante autorização, cuja atuação segue as regras do mercado. No entanto, convém ressaltar que ela ainda é monitorada pela Anatel.

Contudo, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.407/2015, de autoria do Deputado Áureo Lídio, cuja proposta é a prestação do serviço de telefonia celular em regime público. A justificativa do autor se assenta no fato de que a telefonia móvel, à época da regulação, na década de 90, não tinha tanta importância ante o império da telefonia fixa. Por essa razão, foi formalizado apenas sob o regime privado, que dentre um dos benefícios para o setor está isenção do dever de universalizar os serviços. Por fim, frisa-se que atualmente o projeto se encontra em fase de apreciação conclusiva pelas comissões temáticas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve o objetivo de fornecer subsídios ao ensino-aprendizado em Direito do consumidor. Para tanto, realizou-se uma investigação do papel jurídico da ANATEL frente a uma nova relação de consumo, apresentando o amparo jurídico válido para proteção do consumidor-usuário, bem como descrevendo os limites e possibilidades da agência reguladora neste contexto.

Como resultados, em relação aos limites de atuação da ANATEL convém ressaltar que o ato de baixar normas técnicas, jamais poderá se equiparar ao poder regulamentar exercido pelo chefe do executivo. Ademais, as agências, por meio de atos normativos, podem apenas interpretar ou explicitar conceitos indeterminados de natureza técnica das leis e regulamentos, sem inovar o ordenamento jurídico.

Em relação às possibilidades de atuação da ANATEL, o poder de fiscalização das agências reguladoras se caracteriza como um forte mecanismo preventivo e repressivo para o cometimento de práticas ilícitas, não só por parte da agência, como também de punir as prestadoras de serviços pelos ilícitos cometidos em face dos consumidores. Logo, esse poder é fundamental para a proteção e defesa do consumidor. Para tanto, consoante a dicção do art. 4º, III, da LGT, o usuário e consumidor deverá comunicar as irregularidades à autoridade responsável. Ainda nesse sentido, o art. 7º, IV, V da Lei de Concessões no 8.987/95, declara que o usuário tem o dever de levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado, bem como devem comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço.

Portanto, conclui-se que os poderes normativo, fiscalizador e sancionador são indissociáveis, de sorte que ambos contribuem para a melhor qualidade dos serviços e proteção dos consumidores-usuários dos serviços públicos.

Espera-se que o artigo tenha uma contribuição prática ao ensino-aprendizagem de Direito do consumidor no Brasil, contextualizando a teoria com a prática de uma organização com poderes normativo, fiscalizador e sancionador.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA Nacional de Telecomunicações. **Acesso à informação**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47574/44902>>. Acesso em: 03 de nov. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil** (CF). Brasília, 1988.

BRASIL. Lei 8.078, DE 11 de setembro de 1990 (CDC). Brasília, 1990

BRASIL. Lei 9472 de 16 de julho de 1997 (LGT). Brasília, 1997

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014.

CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2015.

GOIS JÚNIOR, José Caldas. (Org.) **Cidadão Pixel: democracia e direito na sociedade digital**. São Luís: UNICEUMA: 2016.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Evolução da teoria do serviço público**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A Regulação e os direitos do consumidor: A proteção dos Usuários de Serviços Públicos - A perspectiva do Direito do Consumidor**. In.: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Direito das Telecomunicações e Anatel**. In.: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MINAYO, M.C.S. **Ciência, Técnica e arte: o desafio da pesquisa social**. In MINAYO (org), **Pesquisa Social: teoria método e criatividade** Petrópolis: vozes, 2004, p.09-29.

MORAES, Magali Aparecida Alves de; MANZINI, Eduardo José. **Concepções sobre a Aprendizagem Baseada em Problemas: um Estudo de Caso na Famema**. **Revista Brasileira de Educação Médica**. Rio de Janeiro, v.29: 125 – 135; 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor**. São Paulo, Atlas, 2009.

STJ, Superior Tribunal de Justiça, 2011. REsp 806.304/RS, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, Dje 17.12.2008). 6. **Agravo Regimental não provido**." (AgRg no REsp 1.222.916/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25/4/2011).

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) et al. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A Administração Pública na Era do Direito Global**. In.: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31987-37499-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 de mar. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

YIN, R. K. Case study methods. In: **APA handbook of research methods in psychology, Vol 2: Research designs: Quantitative, qualitative, neuropsychological, and biological**. Washington: American Psychological Association, 2012. v. 2p. 141–155.

