**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL**

**Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes[[1]](#footnote-1)**

**INTRODUÇÃO**

A partir da segunda metade dos anos 90, inicia-se um processo gradativo de delegação de alguns dos serviços públicos aos particulares, para que estes últimos os prestem em nome do Ente Estatal. A esse fenômeno dá-se o nome de concessão ou permissão de serviços públicos. A Agência Nacional de Telecomunicações surge com o objetivo de regular a outorga da concessão do serviço público ao particular, bem como fiscalizar as atividades desenvolvidas pelas concessionárias do setor de telecomunicações. O não cumprimento satisfatório de suas atribuições, caracteriza omissão Estatal. É necessário buscar instrumentos jurídicos capazes de tutelar efetivamente os usuários desses serviços públicos, bem como de forçar uma atuação mais incisiva da ANATEL. O que não se deve é permanecer inerte diante dos abusos praticados diariamente pelas concessionárias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Agências reguladoras; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Serviço de Telefonia; Fiscalização; Serviços Públicos.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A CONSEQÜENTE RESPONSABILIZAÇÃO DE SEUS DIRIGENTES**

Na atividade forense, o que se evidencia até aqui é uma completa omissão por parte da ANATEL, em seu dever legal. Essa omissão deve gerar, por via de conseqüência, a sua responsabilização civil. Acerca do tema, o art. 37, § 6º (As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.) da Constituição Federal de 1988, admite a responsabilização das prestadoras de serviços públicos, em decorrência de danos ocasionados por seus agentes.

Assim como as prestadoras de serviços públicos podem ser responsabilizadas pelos danos causados aos consumidores, o agente regulador que deveria atuar, e não o faz, também deve responder por sua omissão. É essa a ideia trazida por Maurício Mota (2009, p. 182), relativa à responsabilização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que pode ser estendida às demais agências. Para o autor, o tema relativo à responsabilidade do Estado, decorre de alguns fatores, conforme enuncia a seguir:

A responsabilidade do Estado é dita assim objetiva, porque ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo de causalidade entre o dano e essa ação. A consideração dessa ilicitude do atuar administrativo é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

No que atine à omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), os parâmetros são outros. Aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva em função da necessidade de imputação, ainda que genérica. Não agindo diretamente, ao Estado só cabe a responsabilização se tinha o dever legal de obstar o evento danoso e descumpriu-o.

Diante desse quadro, se faz necessário entender o que vem a ser essa omissão enunciada. Para Maurício Mota (2009, p. 187), a ideia de omissão pode ser observada sob duas vertentes, mas, na verdade, apenas apresenta uma única significação.

Consequentemente, a omissão é de um lado, não fazer, de outro, colisão entre esse comportamento e uma norma. Apresenta, assim, caráter normativo, que, entretanto, não exclui, mas antes exige um estado físico da pessoa, que é a conduta omissiva. Omitir, no campo do Direito, não é não fazer nada, mas antes não executar a ação que a norma impõe.

Muito embora o autor acima afirme que a omissão somente estaria configurada, a partir da comprovação de culpa, não é este o formato que se entende pertinente para a responsabilização da ANATEL. Isso porque, o Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicável aos serviços públicos, sendo, também, passível de ser utilizado para a responsabilização daquelas agências reguladoras, que sejam omissas na proteção do consumidor.

Considerando a possibilidade de aplicação do CDC aos serviços, entende-se que a sua responsabilização das concessionárias, deverá ser efetivada objetivamente, e não como quis demonstrar Maurício Mota, admitindo este último a responsabilidade subjetiva. Assim sendo, é de acordo com os mesmos dispositivos legais que a ANATEL será considerada para efeitos de responsabilização.

É nesse mesmo sentido que Ivana Bonesi Rodrigues Lellis (2009, p. 44), tem se posicionado, no que pertine à omissão do Estado, devendo Este ser responsabilizando na sua formatação objetiva:

Disto se extrai existirem, ainda, os danos decorrentes de omissões da Administração. Sob este aspecto, havendo nexo causal entre a omissão e o dano, ou seja, ocorrendo situação em que a Administração deveria ter agido e não o fez, resultando desta atuação negativa, prejuízo para o particular, surge para o Estado a obrigação de ressarcir.

E mais, não se trata apenas da responsabilidade objetiva do Estado, mas também da responsabilidade solidária, em decorrência das normas insertas nos arts. 7º, parágrafo único e 25, § 1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse particular, Maurício Mota (2009, p. 191) afirma em relação à ANS, algo importante que pode ser utilizado no contexto de responsabilização de qualquer agência, no caso de configurada a omissão. O autor afirma que

Haverá responsabilidade por omissão sempre que a ANS quedar-se inerte em seu dever jurídico, permitindo que as operadoras de saúde atuem sem fiscalização ou quando estas impuserem regras arbitrárias, muitas vezes não previstas em seus contratos, e quando previstas, revestidas de ilegalidade e abusividade em face do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o autor (2009, p. 194-196) complementa a ideia relativa à forma de aferição da eficiência da agência reguladora, que pode levar a sua responsabilização.

A normalidade da eficiência da atuação da agência há de ser apurada em função do meio a ser regulado, do estágio de desenvolvimento tecnológico dos instrumentos de regulação, do nível de simetria de informações do mercado regulado e de sua distribuição aos partícipes destes, conjuntura da época, das perspectivas econômicas e das possibilidades reais médias dentro do ambiente que se produziu o fato danoso.

[...]

Se, todavia, há na fiscalização das operadoras de saúde uma omissão de caráter prolongado e não fortuita, surge a omissão juridicamente relevante que configura a responsabilidade do Estado. O padrão mínimo de exigibilidade de fiscalização das atividades das operadoras de saúde em uma dada coletividade é atingido pela omissão reiterada do Estado, tornando-se uma omissão a causa do evento danoso (por ausência de repressão) e, assim, acarretando a responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade das agências reguladoras também é defendida por Maria Sylvia Zanella de Pietro (2007, p. 275-276). Como já enunciado em tópicos antecedentes, a autora também admite a responsabilização do órgão concedente pela omissão.

o poder concedente responde subsidiariamente, em caso de insuficiência de bens da concessionária; mas essa responsabilidade somente se aplica em relação aos prejuízos decorrentes da execução do serviço público; eventualmente, pode haver responsabilidade solidária, por má escolha da concessionária ou omissão quanto ao dever de fiscalização.

Nestes termos, é possível admitir que o Estado, na pessoa jurídica da ANATEL, pode ser responsabilizado objetivamente e solidariamente com o concessionário de serviços públicos, pelos danos causados aos consumidores dos serviços de telefonia.

**CONCLUSÃO**

Diante do exposto, constata-se que o Estado passou por diversas transformações ao longo da década de 90, com a finalidade de melhorar e adequar o setor econômico brasileiro às transformações ocorridas no cenário mundial. Partindo dessa premissa, a medida adotada pelo Estado para a prestação dos serviços públicos com qualidade, foi a delegação da titularidade na prestação destes, aos particulares, para que em nome do ente governamental, pudessem prestá-los.

Em contrapartida, o Estado instituiu órgãos reguladores e fiscalizadores destes serviços públicos, influenciado pelo ordenamento jurídico de outros Países, em especial, do direito norte-americano.

Ocorre que, o modelo de agências reguladoras implantado no Brasil não conseguiu atingir o escopo a que se propunha. Os setores da economia que foram delegados para que o particular atuasse em nome do Estado, não têm merecido a devida fiscalização por seus órgãos fiscalizadores.

Conclui-se dessa forma, em decorrência da falta de uma atuação efetiva das agências reguladoras para coibir práticas abusivas e ilegais praticadas pelas empresas concessionárias de serviços públicos. A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL se insere neste contexto.

Esta agência, criada pela Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, ficou responsável por gerenciar a concessão dos serviços de telecomunicações, bem como regular e fiscalizar o setor de telefonia fixa e móvel. Contudo, analisando os dados divulgados Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, é possível observar que as concessionárias de serviços de telefonia são aquelas com os maiores índices de insatisfação por parte dos usuários/consumidores.

Apesar dessa constatação, algumas medidas que poderiam ser adotadas pela ANATEL para coibir os abusos perpetrados no setor telefônico, na prática, nunca sendo colocadas em prática. Contudo, as discussões relativas à ineficiência de atuação da ANATEL, também adentram o cenário acadêmico-jurídico.

Quanto à discussão relativa à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, não pairam dúvidas de que o diploma consumerista pode e deve ser aplicado a todo e qualquer serviço público prestado, com o intuito de tutelar os direitos básicos do consumidor. Considerando que não há limitação imposta pelo diploma consumerista que exclua o Estado da qualidade de fornecedor de serviços públicos, é facilmente defensável a sua aplicação, até porque a interpretação do art. 22 do CDC, é bastante contundente.

Sendo assim, considerando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos; considerando que a ANATEL é dotada de poder de polícia administrativa; e considerando que esta agência reguladora tem se mostrado inerte quanto à regulação do setor de telefonia, algumas medidas devem ser adotadas com a finalidade de forçar uma adequada prestação de serviços públicos à população.

Configurada a omissão da agência reguladora, deve a ANATEL ser responsabilizada. Ocorre que, essa responsabilização não deve ser baseada na aplicação do art. 37, § 6º da Carta Constitucional da República de 1988, que estabelece a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviços públicos. Para responsabilizar o Estado por sua omissão, é necessária a utilização dos parâmetros insertos no art. 7º, parágrafo único e o art. 25, § 1º, ambos do CDC, inclusive adotando-se responsabilidade objetiva, formato este adotado, como regra, pelo diploma consumerista.

Entendendo dessa forma, se admite que o Estado, na pessoa de sua agência reguladora, deve ser responsabilizado objetivamente e solidariamente por sua omissão, haja vista que todos aqueles que contribuem para a efetivação do dano, merecem responder, pois tinham o dever legal de atuar e não o fizeram.

Portanto, cabe ao aplicador do direito utilizar os instrumentos jurídicos já existentes, a fim de tutelar de forma efetiva os direitos do consumidor. Não se trata apenas de criar novas leis, acreditando que estas serão a solução dos problemas já existentes, mas de aplicá-las na medida de suas disposições, sob pena de o Judiciário e o Legislativo continuarem legitimando os abusos e ilegalidades praticados, e permanecendo sempre desacreditados perante a sociedade, com legislações dotadas de poder meramente simbólico.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www. planalto.gov.br>. Acesso em: 3 ago. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LELLIS, Ivana Bonesi Rodrigues. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Revista Capital Público. n. 7, Vitória/ES, p. 44, dez. 2009.

MOTA, Mauricio. *A responsabilidade civil do Estado na omissão da fiscalização das operadoras de saúde.* In: FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. (Org.). Direito médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica. 1. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009. v. 1.

1. Mestrando em Direito pela Universidade federal do Estado do Espírito Santo. Especialista e Graduado pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor-assistente da disciplina de Prática Jurídica Simulada Cível na mesma Instituição de Ensino Superior. Vice-Secretário geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos – ABDH. Assessor no Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo – MPF - PR/ES [↑](#footnote-ref-1)