



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Portabilidade inserida nas Relações de Consumo

Renata Pereira de Jesus

Rio de Janeiro  
2009

RENATA PEREIRA DE JESUS

Portabilidade inserida nas Relações de Consumo

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>a</sup>. Neli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2009

## PORTABILIDADE NUMÉRICA INSERIDA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

**Renata Pereira de Jesus**

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho.

**Resumo:** as relações de consumo evoluíram muito no decorrer dos tempos. Atualmente, reconhece-se a vulnerabilidade do consumidor e sua conseqüente necessidade de proteção. No entanto, muitos aspectos relativos a tal proteção ainda mostram-se pendentes de efetividade. Neste âmbito a portabilidade surge como a possibilidade do usuário (consumidor) do serviço de telecomunicação migrar entre as operadoras sem perder o número originalmente atribuído à sua linha telefônica. Assim, a essência do trabalho, é demonstrar que o sucesso da inserção da portabilidade numérica na sociedade de consumo brasileira depende, eminentemente, da rigorosa observância das regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor.

**Palavras-chaves:** fornecedor, consumidor, princípios, portabilidade numérica

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – Aspectos gerais da relação de consumo. 3 – Portabilidade Numérica. 4 - Portabilidade Numérica inserida na relação de consumo. 5 – Conclusão. Referências.

### 1 - INTRODUÇÃO

A tutela dos consumidores, que no Brasil determinou a edição da Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), cuja entrada em vigor se deu em 11 de setembro de 1990,

decorre da constatação de que na relação de consumo há uma evidente posição de inferioridade, e conseqüentemente de vulnerabilidade, do consumidor em face do fornecedor.

Neste sentido, a Lei 8.078/90 apresenta como principal objetivo o reequilíbrio da relação de consumo, seja reforçando a posição do consumidor, seja limitando certas práticas abusivas impostas pelo fornecedor.

Na forma do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em termos absolutamente simplórios, pode-se definir a relação de consumo como aquela existente entre o consumidor e o fornecedor na compra e venda de um produto ou na prestação de um serviço.

Como se sabe, na realidade da sociedade de consumo brasileira uma das relações mais conturbadas é a estabelecida entre usuários e prestadores de serviços de telefonia. Os problemas são muitos e vão desde o precário atendimento ao cliente até a imposição de cobrança por serviço não contratado. E, é exatamente no âmbito desta conturbada relação de consumo que surge a portabilidade numérica.

Nos moldes do que informa a Anatel a portabilidade numérica é a denominação atribuída ao novo instituto da regulação brasileira de telecomunicações que, em moldes gerais, assegura ao usuário do serviço de telefonia o direito à manutenção de seu código de acesso original mesmo diante da alteração do prestador de serviço.

Assim sendo, em termos menos técnicos, pode-se afirmar que a portabilidade coloca o usuário do serviço de telefonia na posição de proprietário do número original de sua linha telefônica, independentemente da operadora do serviço a que esteja vinculado.

Portanto, é possível deduzir que a implementação deste novo instituto não é tarefa fácil, sobretudo levando-se em conta o fato de que mesmo os serviços de telefonia já estabelecidos ainda são prestados de modo precário e muitas vezes violando regras de proteção dos consumidores.

A Anatel já se manifestou publicamente afirmando que o objetivo primordial do sistema de portabilidade é incentivar o consumidor a buscar serviços mais vantajosos e, com isso, aumentar a concorrência entre as operadoras. Porém, é preciso atenção para o fato de que a falta de informação e fiscalização pode acabar fazendo com que a portabilidade deixe de representar um benefício e passe a representar uma causa de transtorno para o consumidor.

Conforme será possível concluir ao fim da presente abordagem, a rigorosa observância das normas de proteção ao consumidor, notadamente no que concerne aos princípios da informação e transparência, certamente será suficiente para que a portabilidade numérica alcance seus objetivos e assegure ao consumidor um serviço menos oneroso, com maior qualidade.

## **2 – Aspectos gerais da relação de consumo**

O comércio tem por fundamento a troca voluntária de produtos, prática que ganhou relevo com as revoluções burguesas ocorridas no século XVIII e até hoje persiste como ponto central do mundo capitalista, ganhando contornos cada vez mais complexos e evoluindo juntamente com a sociedade.

Mesmo no feudalismo, cuja base econômica era eminentemente ligada à agricultura, já se via o início do desenvolvimento das relações comerciais. De fato, a moeda ainda era pouco utilizada, mas a troca de produtos e mercadorias era absolutamente comum.

A partir do século XII, principalmente em decorrência do aumento na circulação de moeda e do incremento do comércio, o sistema feudal entra em crise, dando

início a uma série de transformações que mais tarde possibilitaria o surgimento do sistema capitalista.

Assim, no final do século XV, o feudalismo encontrava-se desarticulado e enfraquecido. Os senhores feudais já não tinham mais poder econômico e político. Começava, efetivamente, a surgir a base do sistema capitalista, que seria mais tarde consolidado pelas revoluções burguesas ocorridas nos séculos XVII e XVIII.

Então, a partir do século XVIII, verifica-se uma profunda mudança tanto no que tange aos sistemas de produção, quanto no que diz respeito às relações de consumo. A noção de proteção ao consumidor ainda não era evidente, mas aos poucos ia se reconhecendo a necessidade de tutelar os direitos das minorias.

As inúmeras alterações ocorridas, notadamente no que tange aos meios de produção, determinavam o surgimento de relações comerciais cada vez mais impessoais e complexas. Tais relações posteriormente permitiram a consolidação da sociedade de consumo moderna, marcada pela crescente disparidade entre o consumidor, que foi tornando-se cada vez mais consciente de seus direitos, e o fornecedor, que se apresentava cada vez mais poderoso, em virtude dos avanços tecnológicos e da ampliação das relações comerciais. É neste cenário que se constata, finalmente, a necessidade de tutelar os direitos dos consumidores, estabelecendo regras regulamentadoras, com o principal objetivo de equilibrar as relações de consumo.

O Estado, então, passa a reconhecer a necessidade da instituição de políticas protecionistas capazes de reduzir a desigualdade verificada nas relações de consumo.

Neste sentido, Cláudia Lima Marques (2008) explica que a igualdade pressupõe uma comparação, um contexto, uma identificação no caso, como na relação entre o leigo e o profissional, o consumidor e o fornecedor de produtos.

No Brasil, atualmente, a proteção do consumidor é constitucionalmente assegurada, na forma do art. 5º, inciso XXXII, que diante de sua condição de direito e garantia fundamental, caracteriza-se como cláusula pétrea, nos moldes do art. 60, §4, inciso V da Constituição Federal.

Então, em 11 de março de 1991, a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) veio tornar efetivo o mandamento constitucional supra mencionado, em observância do disposto no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Segundo a doutrina moderna, o Código de Defesa do Consumidor ostenta a natureza não de um código, mas sim de microssistema normativo. Afinal, aquele, mais abrangente, tem por finalidade a regulação genérica de todo um ramo do direito, enquanto este, mais específico, visa a regulação integral de uma parcela integrante do quadro social jurídico.

Nesta linha de raciocínio, a Lei nº 8078/90 apresenta-se com princípios próprios e específicos, voltados integralmente para a proteção dos consumidores.

É imprescindível ainda identificar o Código de Defesa do Consumidor como um microssistema jurídico normativo que se relaciona com os demais ramos do direito, estabelecendo, desta forma, o que Cláudia Lima Marques (2008), citando Erik Jayme, chamou de “diálogo de fontes”.

Assim sendo, é possível enxergar a perfeita interação das normas que estruturam a Lei nº 8078/90, tanto dentro do próprio microssistema, quanto em relação aos demais textos legais vigentes.

A principal base do Código de Defesa do Consumidor, criado para regulamentar as relações de consumo, é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

Neste sentido, Alberto do Amaral (1993) explica que o consumidor deve ser considerado vulnerável em decorrência do fato de não dispor dos conhecimentos técnicos necessários para elaboração dos produtos ou para a prestação dos serviços.

Nos moldes do que ensina Valério Dal Pai Moraes (1999), a vulnerabilidade do consumidor, decorre basicamente de sua hipossuficiência econômica, podendo ser subdividida em técnica, jurídica, fática e informacional.

Por vulnerabilidade técnica entende-se o fato do consumidor não possuir conhecimentos técnicos acerca do produto que está sendo adquirido. Já, a vulnerabilidade jurídica decorre da ausência de conhecimentos jurídicos específicos, sobretudo no que concerne às relações contratuais. A vulnerabilidade fática por sua vez tem origem no fato de que o fornecedor além do poderio econômico detém o poder sobre a comercialização do produto ou a prestação do serviço almejado pelo consumidor. Finalmente, tem-se que a vulnerabilidade informacional configura-se em razão do fato de que, na maioria das vezes, o fornecedor de produtos e serviços detém de modo exclusivo todas as informações relacionadas aos produtos.

Desta forma, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor impõe às partes envolvidas nas relações de consumo a observância de uma série de regras de conduta que objetivam a erradicação do desequilíbrio determinado pela vulnerabilidade. As normas possuem natureza pública, visando à promoção do interesse social e, portanto, apresentando caráter cogente.

Logo nos primeiros artigos da Lei nº 8078/90 é possível visualizar os critérios a serem adotados para fins de caracterização da relação de consumo, que depende essencialmente da presença do consumidor e do fornecedor para sua formação.

No que tange à identificação do consumidor, observa-se que o diploma consumerista apresenta conceito bastante amplo e várias normas de equiparação.



O art. 2º, *caput* descreve a figura do consumidor real ou de fato como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Vale dizer então que a norma destina-se a proteção de praticamente qualquer pessoa física que vive em sociedade, na medida em que nos dias atuais não se vislumbra, independentemente de classe econômica, a possibilidade de uma pessoa manter-se absolutamente fora do mercado de consumo, na qualidade de destinatário final.

Pelo artigo supra apontado, pode-se ainda deduzir que, embora a proteção assegurada às pessoas físicas, em regra, deva ser mais relevante, o Código de Defesa do Consumidor coloca também como destinatário final a pessoa jurídica, sem fazer qualquer menção a sua capacidade econômica. Tal previsão permite a conclusão de que, conforme anteriormente afirmando, o indispensável para a imposição das normas de proteção nas relações de consumo será a vulnerabilidade, a presença do desequilíbrio na relação contratual estabelecida, e não, necessariamente, a hipossuficiência econômica.

Por destinatário final, nos moldes da orientação predominante nos Tribunais Superiores, deve-se entender como aquele que adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aquele que, destinando-os a fins econômicos, enfrenta o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade.

Além da figura do consumidor real, a Lei nº 8078/90, em seus arts. 2º, parágrafo único; 17; e, 29 prevê hipóteses de consumidor por equiparação. Assim sendo, resta equiparado a consumidor a coletividade de pessoas que tenha participado da relação de consumo, as vítimas de acidente de consumo e todas as pessoas que foram ou estão expostas às práticas comerciais abusivas.

A caracterização do fornecedor de produtos ou serviços, com fulcro no art. 3º, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, apresenta menos complexidade. Deste modo, pode-se dizer que a identificação do fornecedor depende essencialmente da

detenção da prática habitual de uma profissão ou comércio, acrescida do fornecimento do produto ou serviço, mediante remuneração. Com isso, chega-se à conclusão de que fornecedor pode ser caracterizado como a pessoa física ou jurídica que oferta produtos ou serviços, mediante remuneração, com realização habitual da atividade.

Fixados os principais fundamentos da tutela assegurada aos consumidores e caracterizada a relação de consumo, observa-se a necessidade do exame principiológico do tema.

Segundo Miguel Reale (1999, p. 305) pode-se dizer que “os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas.”

Assim, os princípios caracterizam-se como uma das mais importantes fontes do direito, servindo de base para a interpretação das leis e sua adequação aos casos concretos.

No âmbito das relações de consumo, como não poderia deixar de ser, verifica-se a essencialidade da observância de uma série de princípios, elencados, de modo geral, no art. 4º da Lei 8078/90.

Neste sentido, na forma do art. 4º, inciso I do diploma supra mencionado, tem-se o princípio da vulnerabilidade como núcleo do microsistema implementado pelo Código de Defesa do Consumidor. Afinal, conforme demonstrado na parte inicial da presente abordagem, além de se apresentar como fundamento principal da tutela ao consumidor, é também essencial para a caracterização das relações de consumo.

Prosseguindo, observa-se que o inciso II do artigo em exame estabelece o que a doutrina convencionou chamar de princípio do dever governamental que impõe ao Estado a obrigação de zelar pelo respeito ao consumidor, por meio da efetivação de ações preventivas e repressivas.

O inciso III, por sua vez, apresenta o princípio da boa-fé nas relações de consumo, introduzindo a idéia de que as partes envolvidas em tal relação devem atuar pautadas em regras éticas de correção e honestidade, visando sempre o estabelecimento de um convívio equilibrado e eficiente para ambas as partes.

Cabe ainda destacar o princípio da informação que, nos moldes do inciso IV, impõe, notadamente ao fornecedor de produtos e serviços, o dever de assegurar aos consumidores o máximo conhecimento das condições e características dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo. Acrescente-se, por pertinente, que, consoante indica o inciso V, a atuação do fornecedor deve estar constantemente voltada para o atendimento cada vez mais eficiente das necessidades apresentadas pela coletividade.

Estabelecidos os pontos essenciais pertinentes às relações de consumo, passa-se ao exame da portabilidade numérica.

### **3 – Portabilidade Numérica**

Inicialmente, observa-se que é indispensável para a boa compreensão do tema, a realização de alguns esclarecimentos acerca dos termos técnicos relacionados à questão da portabilidade numérica, nos moldes do art. 4º da Resolução 460/2007, expedida pela Anatel.

Neste sentido, vale notar que por código de acesso deve-se entender o número da linha telefônica, sendo certo ainda que prestadora doadora é a prestadora de onde é portado o código de acesso, enquanto prestadora receptora é a prestadora para onde este é portado.

É necessário esclarecer que usuário portado significa usuário que exerce o direito à portabilidade, ou seja, é aquele com cujo código de acesso já foi portado uma ou mais vezes.

Cabe também mencionar que as siglas STFC e SMP significam, respectivamente, serviço de telefonia fixa comutada e serviço móvel pessoal.

Realizados os esclarecimentos iniciais, passa-se ao exame da implantação da portabilidade numérica.

O processo de implementação da portabilidade teve início com a Consulta Pública nº 734, realizada pela Anatel em setembro de 2006. Assim, pelo período de 63 dias a Agência coletou cerca de mil sugestões da sociedade, e também realizou cinco audiências públicas em diferentes capitais, sendo as duas últimas em São Paulo.

Neste ponto, é oportuno mencionar que as prestadoras de serviço de telefonia tentaram de todos os modos adiar o início da implantação deste sistema no país. Isto, basicamente, em razão do fato de que experiências de portabilidade numérica em países estrangeiros mostraram que as operadoras com maior número de clientes são as que mais perdem com a implantação. Afinal, muitos usuários deixam de migrar de operadora em razão da necessidade de manutenção do código de acesso original.

Acontece que enquanto o Brasil ensaia os primeiros passos para a implementação da portabilidade numérica, habitantes dos Estados Unidos, Cingapura, França e Suécia, por exemplo, podem trocar de operadora sem perder o número desde a metade da década passada. Deve-se destacar, por relevante, que a experiência desses países demonstrou que inexistem motivos de ordem tecnológica no que diz respeito à implementação do sistema de portabilidade, sendo certo que eventuais problemas decorreram tão-somente da conduta de algumas operadoras que descumpriram prazos e determinações emanadas pela entidade reguladora.

Assim, apesar da relutância das operadoras, a portabilidade numérica foi aprovada em 19 de março de 2007 pela Anatel, pela Resolução nº 460 (Regulamento Geral da Portabilidade), cujo anexo traz as disposições resultantes da Consulta Pública nº 734, realizada pela agência reguladora.

Conforme já exposto acima, a portabilidade implica a qualidade de proprietário do usuário em relação ao código de acesso original de sua linha telefônica. Tendo em vista o caráter público da norma jurídica regulatória que implementou a mencionada qualidade de proprietário, nasce para o usuário uma espécie de direito subjetivo oponível “*erga omnes*”, vale dizer, não só em face das operadoras de telefonia, mas também em face do próprio Estado.

Ressalte-se que o Regulamento Geral da Portabilidade tem previsão expressa no sentido que sua aplicabilidade não se restringe ao setor privado, sendo aplicável a todas as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo. A regra, importante destacar, valerá independente de quantas vezes o usuário solicitar a mudança de prestadora.

Deste modo, as prestadoras do serviço de telefonia e o Estado diante da conduta indevida ou omissão destas, devem assegurar aos usuários, de forma não discriminatória, este procedimento inaugurado pela Resolução 460/2007, observados os prazos e formas previstos no regulamento pertinente.

Na forma da Resolução nº 460/2007 da Anatel, a portabilidade do código de acesso, no Brasil, apresenta algumas limitações. Afinal, a portabilidade somente se aplica entre prestadoras do mesmo serviço, ou seja, códigos de acesso ligados à telefonia móvel somente poderão ser portados entre operadoras de telefonia móvel, valendo o mesmo para códigos de acesso ligados à telefonia fixa.

Além disso, no que concerne à telefonia fixa, a portabilidade somente se aplica ao código de acesso quando o usuário troca de operadora dentro da mesma área local, isto é, mantendo o mesmo código DDD.

Ainda em relação à telefonia fixa deve-se esclarecer que o sistema alcança os códigos não geográficos quando há troca de prestadora do serviço. Enquadram-se nesta categoria os números 0800/0300/0900.

Para a telefonia móvel, verifica-se que o instituto em exame aplica-se ao código de acesso quando há troca de prestadora dentro de uma mesma área de registro ou mudança de plano de serviço dentre da mesma prestadora.

A portabilidade será exercida por meio de atuação conjunta do poder público, da entidade administrativa, da prestadora do serviço/fornecedor e do usuário/consumidor.

O poder público exercerá atividade regulatória e de fiscalização.

A entidade administrativa será pessoa jurídica independente e de neutralidade comprovada, sem vínculo de controle com a prestadora de serviços de telecomunicações de interesse coletivo. É a responsável pela manutenção da Base Nacional de Referência da Portabilidade, que deve conter a indicação da rede em que se encontram registrados os códigos portados e terá por objetivo a atualização das Bases de Dados Operacionais das operadoras. Ressalte-se, por relevante, que estas últimas são utilizadas para o encaminhamento de chamadas em suas respectivas redes. Logo, a atuação da entidade administrativa é imprescindível para o bom funcionamento dos números portados.

As prestadoras dos serviços de telecomunicação/fornecedores, para fins de portabilidade, como supra mencionado, serão classificadas em Prestadora Doadora e Prestadora Receptora.

Dentre os direitos atribuídos às Prestadoras merece destaque o recebimento das informações sobre usuários que solicitaram a portabilidade, constantes da base cadastral de

outras prestadoras e a possibilidade de peticionar junto à Anatel para denunciar atividades que afrontem o exercício da livre concorrência.

No que tange aos deveres impostos às Prestadoras deve-se notar a vedação a qualquer forma de discriminação, a necessidade da veiculação de informações claras acerca das ofertas de portabilidade e também de informar aos usuários acerca do novo plano de serviço contratado, do prazo de ativação de tal plano e das condições da rescisão contratual.

Aos usuários dos serviços de telecomunicações/consumidores, além da plena possibilidade de exercício da portabilidade, é assegurada a privacidade de seus dados pessoais e a possibilidade de obtenção de reparação pelos danos causados pela violação dos seus direitos.

Cabe mencionar que há possibilidade da portabilidade ser onerosa para o usuário portado, por meio de valor a ser cobrado pela Prestadora Receptora, observado o princípio da razoabilidade no que tange à fixação de tal valor. Quanto à possibilidade de cobrança pelo serviço, vale mencionar que está entre os deveres, na forma do art. 13, inciso II, “c” da Resolução 460/2007, atribuídos as Prestadoras a necessidade de prestar informações ao consumidor acerca do valor a ser pago pela portabilidade.

Conforme art. 22 da Resolução 460/2007, em sua estrutura interna a portabilidade funciona, basicamente, por meio de dois bancos de dados. O primeiro, mantido pela entidade administrativa, será responsável pela regular atualização do segundo, que será mantido pelas prestadoras de serviços e será responsável pelo correto encaminhamento das chamadas. Tal dinâmica decorre do fato de que com a portabilidade as operadoras, internamente, permaneceram associadas aos números que eventualmente sejam portados para outras operadoras que passaram a ser responsáveis pela realização efetiva da ligação. Daí a necessidade de constante atualização e do encaminhamento de chamadas.

O processo de portabilidade tem início no momento em o usuário formula a solicitação junto à Prestadora Receptora, fornecendo as informações previstas no art. 47 da Resolução 460/2007. Logo após a solicitação tem início a chamada fase de autenticação, na qual a Prestadora Receptora confere os dados fornecidos pelo usuário, mediante encaminhamento de informações para a Prestadora Doadora.

A ausência de autenticação deve ser imediatamente comunicada ao consumidor.

Se da autenticação decorre resposta positiva e não há qualquer razão para recusa da solicitação de portabilidade, esta se dará, observados os prazos e condições previamente estabelecidos e informados ao usuário.

A conclusão do processo da portabilidade é atribuída à Entidade Administradora que deverá promover a devida atualização do Banco de Dados Operacional da Prestadora de serviços.

No primeiro ano de implantação, as operadoras de telefonia móvel têm até cinco dias úteis para efetuar a troca, a partir da solicitação do cliente. Do segundo ano em diante, o prazo cai para três dias úteis.

Para as operadoras de telefonia fixa, o prazo não poderá exceder sete dias corridos.

É importante destacar a possibilidade de cancelamento da solicitação de portabilidade no transcorrer do processo, na forma do art. 54 da Resolução 460/2007. Tal cancelamento deve ser manifestado junto à Prestadora Receptora no prazo máximo de dois dias após a solicitação.

Fixadas as premissas relativas ao funcionamento da portabilidade numérica, passa-se a análise de sua repercussão no âmbito das relações de consumo.



#### **4 – Portabilidade numérica inserida nas relações de consumo**

Em princípio, como já fora supra afirmado, a portabilidade do código de acesso foi instituída com a finalidade de ampliar a competitividade entre as prestadoras de serviços de telecomunicações, que para manterem seus clientes precisaram desenvolver melhores produtos e serviços. Espera-se ainda que as operadoras celebrem contratos mais vantajosos e tornem cada vez mais justo o preço cobrado pelo serviço.

Ocorre que todos os benefícios elencados dependem fundamentalmente de efetividade apresentada na observância não só do regulamento expedido pela Anatel, mas principalmente das regras do Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, dentro da dinâmica estabelecida para a implementação e funcionamento da portabilidade, observa-se que quatro pontos merecem destaque.

O primeiro deles versa sobre a responsabilização por eventuais falhas, diante da atuação da entidade administradora que, nos termos anteriormente descritos, funcionará como um terceiro contratante na relação jurídica estabelecida entre o fornecedor do serviço (operadora) e o consumidor (usuário).

Na forma do que dispõe o art. 4º, inciso X da Resolução nº 460/2007, a entidade administradora deverá ser pessoa jurídica independente e de neutralidade comprovada, contratada pelas próprias prestadoras de serviços de telecomunicação. Portanto, diante de eventual falha na prestação do serviço referente ao exercício do direito à portabilidade numérica, surge a dúvida: a responsabilidade será somente da prestadora que contratou a entidade administradora, será somente desta última ou as duas devem responder solidariamente?

A Resolução 460/2007, em seu art. 36, § 1º, parece indicar que a responsabilidade seria exclusiva das Prestadoras. Diante da prematuridade do tema ainda não há entendimento jurisprudencial ou mesmo doutrinário. No entanto, a aplicação das regras pertinentes elencadas no Código de Defesa do Consumidor, permite a fixação da orientação mais adequada.

Neste sentido, observa-se que haverá responsabilidade da prestadora, na medida em que esta deve responder por quaisquer falhas, ainda que decorrentes da atuação de pessoa jurídica contratada para a realização de determinado serviço, na forma do que dispõe o art. 34, 1º da Resolução 460/2007. Ressalte-se que a relação do consumidor é estabelecida com a operadora de telefonia e não com a entidade administradora. Aliás, cabe frisar que ao contactar a operadora de telefonia para solicitar a portabilidade, pode-se afirmar que na maioria das vezes o consumidor sequer terá ciência de que uma nova relação jurídico obrigacional esteja sendo formada.

A entidade administrativa, por sua vez, diante da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 27 da Resolução 460/2007, será parte integrante da relação de direito material deduzida do caso concreto, na hipótese de descumprimento da legislação pertinente ou dos ditames do diploma consumerista, respondendo, na forma dos art. 7º, parágrafo único e 25, § 1º.

Assim sendo, não se vislumbra qualquer possibilidade de alegação de ilegitimidade passiva por parte da entidade administradora.

Além do mais, afastar a solidariedade nas hipóteses em exame certamente faria com que tanto a prestadora, quanto a entidade administradora desenvolvessem teses defensivas atribuindo uma à outra a responsabilidade pela falhas. Tal tese caracterizaria evidente violação da Lei 8078/90, que, como se sabe, estabelece a solidariedade como um artifício técnico-jurídico para reforçar o vínculo obrigacional, ampliando as possibilidades de

cumprimento da obrigação, tanto em relação ao serviço, quanto em relação à eventual condenação.

Portanto, observa-se que no caso de falha na prestação do serviço relativa ao exercício da portabilidade por parte do usuário, ressalvada a hipótese de preliminar identificação do responsável, deverão responder solidariamente a prestadora do serviço e a Entidade Administradora.

O segundo tema relevante ligado à portabilidade também inclui a entidade administrativa, porém está relacionado ao sigilo de dados que deve ser assegurado aos usuários.

Como se sabe, o sigilo de dados encontra sede constitucional no art. 5º, inciso XII e sua violação, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (2008) caracteriza a frustração do direito do emissor de escolher o destinatário do conteúdo da sua comunicação.

Além disso, na legislação infraconstitucional também há proteção ao sigilo de dados, na forma do que prescreve o art. 3º, inciso IX da Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre organização dos serviços de telecomunicação.

Assim sendo, pode-se afirmar que o sigilo de dados constitui direito subjetivo público do usuário. Apesar disso, consoante mencionado no item anterior, a entidade administrativa será a responsável pela manutenção do Banco de Dados Nacional de Referência da Portabilidade, no qual, diante da solicitação de portabilidade, haverá inserção de dados pessoais do usuário. Portanto, observa-se que, embora o usuário tão-somente tenha ciência da relação jurídica estabelecida com a Prestadora Doadora e a Prestadora Receptora, haverá uma terceira pessoa, a entidade administrativa, com acesso a seus dados pessoais. Fato este que viola disposição expressa na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Ocorre que diante dos objetivos visados com a portabilidade, a solução mais adequada para a questão, na realidade, é buscar a compatibilização dos dispositivos da

Resolução 460/2007 com as demais normas constitucionais e infraconstitucionais. E, no caso do sigilo de dados, observa-se que a mera efetivação do princípio da máxima informação e transparência seria suficiente para que o usuário tomasse conhecimento da necessidade de participação da entidade administrativa no processo de portabilidade.

O terceiro ponto a ser destacado refere-se ao fato de que as prestadoras, em razão do exercício da portabilidade por seus clientes, terão poder para rescindir o contrato celebrado entre usuário e Prestadora Doadora. Isto porque, na forma do que dispõe a resolução 460/2007, a portabilidade implica a cessação da relação contratual entre usuário e Prestadora Doadora e a celebração de uma nova relação contratual com a Prestadora Receptora, sendo certo que a denúncia da relação contratual com a Prestadora Doadora se concretiza com o efetivo atendimento da solicitação de portabilidade pelo usuário.

Neste sentido, verifica-se que a hipótese é de resilição contratual derivada unicamente da manifestação de vontade, vale dizer, denúncia, modalidade de extinção contratual absolutamente compatível com a obrigação duradoura decorrente do contrato de prestação de serviços de telefonia.

Ocorre que nos casos de portabilidade, como a negociação da extinção contratual se dá por meio da Prestadora Receptora, observa-se que os princípios da informação e da transparência terão aplicação maximizada neste ponto. Afinal, a extinção do contrato pode gerar efeitos, tais como a multa pela rescisão ou a existência de débitos em aberto, desconhecidos pelo usuário.

É certo que a regulamentação estabelecida pela Anatel prevê, expressamente, a necessidade das prestadoras apresentarem ao usuário informações acerca de todas as condições envolvidas no processo de portabilidade. Porém, a regras da experiência comum demonstram que nem sempre os fornecedores de serviços cumprem com os deveres que lhes são impostos.

Ademais, é preciso atenção para o fato de que não basta informar. Afinal, na forma do que impõe a Lei nº 8078/90, a informação prestada deve ser clara e suficiente, de modo a permitir que o consumidor efetivamente compreenda as condições do serviço contratado.

Finalmente, o quarto ponto que merece destaque diz respeito às táticas que serão adotadas pelas prestadoras do serviço de telefonia para manutenção de seus clientes, diante da independência assegurada pela portabilidade do código de acesso. Afinal, a impossibilidade de manutenção do número da linha telefônica no momento da troca de operadora sempre foi considerada um obstáculo à competição, na medida em que os clientes muitas vezes evitavam a troca de operadora exclusivamente em virtude do desejo de manutenção de seu número de telefone. Assim, observa-se que as prestadoras sempre utilizaram o código de acesso como uma das formas de legitimamente impor a fidelização a seus clientes.

Portanto, com o afastamento do obstáculo decorrente da alteração do código de acesso, além da esperada melhoria na prestação dos serviços, certamente as operadoras estabelecerão outras formas de manutenção de seus clientes.

Neste sentido, mais uma vez se verifica o importante papel a ser desempenhado pelo Poder Público, por meio da Anatel, de modo a impedir a adoção de táticas agressivas de retenção do cliente.

É imperioso que as prestadoras de serviço de telefonia sejam submetidas a rigoroso controle que deve incidir não só sobre os contratos celebrados, mas também sobre as ofertas apresentadas aos consumidores, observadas as normas previstas nos arts. 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor.

Deve ainda ser exigido das prestadoras de telefonia o respeito aos demais ditames consumeiristas, notadamente no que tange aos arts. 4º, *caput* e 6º inciso III, que,

conforme mencionado anteriormente, asseguram ao consumidor o direito à informação adequada e clara sobre os produtos disponibilizados no mercado de consumo.

Ressalte-se que a omissão regulamentar estatal, qualificada pela ausência ou ineficiência da fiscalização certamente terá por consequência a excessiva submissão do tema à apreciação do Poder Judiciário, que acabará legitimamente usurpando função atribuída ao Poder Executivo, qual seja a regulação e fiscalização de questões atinentes à portabilidade numérica.

## **5 - Conclusão**

O Código de Defesa do Consumidor pode ser definido como o microsistema regulador das relações de consumo, com a finalidade precípua de proteger os consumidores, presumidamente vulneráveis, diante da superioridade técnica, jurídica, fática e informacional ostentada pelos fornecedores de produtos e serviços.

A portabilidade, por sua vez, entendida como o direito assegurado aos usuários dos serviços de telecomunicações de manutenção do código de acesso original, independentemente da prestadora de serviço a que esteja vinculado, está intimamente inserida na idéia de relação de consumo. Isto porque, como muito se destacou neste trabalho, a relação entre as partes envolvidas na prestação e utilização dos serviços de telecomunicações está entre as mais complexas e conturbadas do ordenamento jurídico.

Ressalte-se, por relevante, que as regras da experiência comum permitem a constatação de que, na maior parte das vezes, a complexidade e a conturbação decorrem da

conduta das prestadoras de serviços que não observam de modo suficiente e razoável o que lhes é imposto pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ao longo da presente abordagem, foram destacados quatro pontos, com alto grau de potencialidade lesiva, relativos ao exercício do direito à portabilidade, inserido no âmbito das relações consumeiristas. São eles: a necessidade de delimitação da atuação e responsabilidade da entidade administrativa, criada pela Resolução 460/2007 da Anatel, para funcionar como um terceiro elemento dentro da relação estabelecida entre usuário de prestador de serviços; a questão atinente ao sigilo de dados que pode acabar sendo flagrantemente violado se o consumidor não tiver a plena ciência da forma de funcionamento do processo de portabilidade; a importância da fixação de critérios para atuação das prestadoras de serviços de telecomunicações, diante da função que lhe foi atribuída no processo de portabilidade, notadamente no que concerne ao fim do contrato com a Prestadora Doadora; e, por fim, a necessidade de uma fiscalização específica das novas estratégias de manutenção dos clientes que serão adotadas pelas operadoras de telefonia diante da queda do obstáculo que até então era imposto aos consumidores pela impossibilidade de manutenção do código de acesso nos casos de troca de operadora.

Neste sentido, observa-se que a rigorosa observância das regras pertinentes às relações de consumo, mostra-se como solução absolutamente eficiente à prevenção de eventuais problemas relacionados ao processo de portabilidade. O papel fiscalizador a ser desempenhado pela Anatel é, assim, essencial para o sucesso da portabilidade e deve apresentar não só a natureza repressiva, coibindo a prática de condutas indevidas ou abusivas por parte das operadoras, mas também deve atuar preventivamente, fazendo com que os consumidores compreendam as características do processo de portabilidade.

Desde março do ano corrente a portabilidade é uma realidade em todo território nacional. Apesar da grande publicidade realizada sobre os casos de sucesso, já se

tem notícia das primeiras demandas judiciais envolvendo o tema. Tal fato demanda a urgente intervenção da agência reguladora responsável pela fiscalização, na medida em que critérios como custo para o cliente, tempo do processo de portabilidade, entre outros, determinaram o sucesso da portabilidade numérica no país.

Somente com atuação responsável dos envolvidos no processo, vale dizer, poder público, entidade administradora, prestadores de serviços e usuários, a portabilidade numérica alcançará os fins pretendidos, fomentando a competitividade entre as operadoras e possibilitando um serviço mais eficiente para os consumidores.



## REFERÊNCIAS

**AMARAL JR.**, Alberto do. *A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo*. Revista do Direito do Consumidor, v. 6;

**ANATEL**. Resolução 460, 2007.

**BENJAMIN**, Antonio Herman; **MARQUES**, Cláudia Lima; **BESSA**, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007;

**BRASIL**. Constituição, 1988.

**BRASIL**. Código Civil, 2002.

**BRASIL**. Código de Defesa do Consumidor, 1990.

**JAYME**, Erik. Título. In: **BENJAMIN**, Antonio Herman; **MARQUES**, Cláudia Lima; **BESSA**, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. pag. 87-88.

**MENDES**, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

**REALE**, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. ed. 24. São Paulo: Saraiva, 1999.