

INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS TELECOMUNICAÇÕES*

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas**

I- QUESTÕES PRÉVIAS

Na chamada sociedade da informação, o direito das telecomunicações é matéria que seduz exatamente por regular esta área de evolução tão rápida que é a dos meios, formas e condições pelos quais as pessoas se comunicam e a informação flui. Mais do que exigir de seus operadores, em maior ou menor grau, o estudo de questões de direito constitucional, administrativo, tributário, contratual, da concorrência e de outras áreas, a atuação no setor de telecomunicações exige de qualquer profissional (*e não só do jurídico*), um entendimento mínimo acerca de como as coisas funcionam tecnicamente, ou, de outra forma, qual o caminho (por quantas redes) passa uma chamada que sai de um aparelho fixo no Rio de Janeiro e se destina a um aparelho celular registrado em Boa Vista.

O direito das telecomunicações representa, portanto, um desses campos onde se exige um mínimo de interdisciplinaridade por parte do jurista, característica comum a diversos “*novos ramos*” do direito, em especial aqueles de áreas igualmente reguladas (como petróleo e energia elétrica).

É verdade que, no Brasil e no mundo, sobretudo com os recentes acontecimentos envolvendo uma das maiores operadoras mundiais de telecomunicações, a atividade passa por uma séria crise econômica. De todo modo, também é verdade que nos momentos de crise a procura por soluções jurídicas tende a aumentar, o que permite afirmar que o conhecimento do direito das telecomunicações talvez seja, agora, ainda mais importante.

* Agradecemos a Gustavo Raposo Gebara Artese, com quem debatemos algumas das questões tratadas neste artigo.

** Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Constitucional pela PUC/RJ e Professor de direito constitucional e de direito do consumidor da Universidade Candido Mendes.

1 Falando do direito *internacional* das telecomunicações, Blaise Tehikaya o descreve como sendo “*sem dúvida uma das áreas das relações internacionais onde o fato, constantemente, precede a norma. A cada dia presenciamos um novo sistema internacional de telecomunicações com múltiplas conseqüências jurídicas, enquanto os sistemas anteriores ainda deixam os juristas perplexos. E tudo isso enquanto a indústria de telecomunicações já estabelece os sistemas futuros.*” (*Le droit international des télécommunications*. Paris: PUF, 1998, p. 11, tradução livre).

Nesse ponto, é importante frisar que, a rigor, não se pode falar de um direito das telecomunicações como ramo autônomo do direito. Preferimos tratá-lo, pelo menos em seu atual estado de desenvolvimento, como integrante do direito administrativo ou econômico.

Ainda que não tenha autonomia, ao direito das telecomunicações não falta volume, eis que as normas regulamentares que compõem a matéria crescem a cada dia. A intenção deste trabalho, no entanto, é explorar apenas as principais regras gerais aplicáveis ao direito das telecomunicações no Brasil, extraídas de seu principal diploma legal, que é a Lei 9.472/97 (regras, em sua maioria, estabelecidas sob a forma de princípios), servindo, quiçá, de guia para que os interessados aprofundem seus estudos.

II- UM BREVE HISTÓRICO E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CONSTITUCIONAIS

O direito das telecomunicações no Brasil passou mais de 30 anos tendo como principal diploma legal o Código Brasileiro de Telecomunicações. Historicamente, deve-se registrar que foi sob sua égide que o Brasil assistiu a um desenvolvimento fantástico das telecomunicações, com base no capital público que, ao menos naquele momento, foi capaz de realizar a obra que a iniciativa privada não pudera ou não quisera realizar. Assim, ainda que o modelo antigo tenha dado sinais de esgotamento que levou à sua substituição, seu papel histórico e suas conquistas não devem ser esquecidas.

Registre-se que o Código Nacional de Telecomunicações instituiu, no Brasil, o primeiro órgão federal colegiado de normatização e fiscalização das telecomunicações, que foi o Conselho Nacional de Telecomunicações, diretamente subordinado à Presidência da República, cujo funcionamento, no entanto, foi logo influenciado pela ditadura instalada com o golpe de 1964, sendo que, em 1967, cria-se o Ministério das Comunicações, que assume as funções do Conselho. Com a Constituição de 1988, a exploração dos serviços públicos de telecomunicações permanece como competência privativa da União, a quem cabe explorá-los diretamente "ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal".

No início da década de 90, os serviços públicos de telecomunicações no Brasil eram explorados pelo Sistema Telebrás "composto por uma empresa *holding*, a Telebrás; por uma empresa *'carrier'* de longa distância de âmbito nacional e internacional, que explora também serviços de comunicações de dados e de telex (a Embratel); e por 27 empresas de âmbito estadual ou local – e por quatro empresas independentes".²

2 Até 10 de maio de 2002, a ANATEL já tinha editado 277 Resoluções.

3 Lei n.º 4.117/62, revogada pelo art. 215, I, da Lei n.º 9.472/97, salvo quanto à matéria penal e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão (que ainda guardam considerável importância).

4 Exposição de Motivos n.º 231, de 10 de dezembro de 1996, do Ministério das Comunicações, p. 05.

Identificado, pelo Governo Federal, o esgotamento do modelo e a necessidade de aporte de capitais privados ao setor, fazia-se necessária uma mudança constitucional, que foi efetuada com a Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de maio de 1995, que alterou os incisos XI e XII, do art. 21, da Constituição. Importante frisar que, mesmo após a alteração constitucional em comento, a titularidade dos serviços de telecomunicação e de radiodifusão permanece com a União Federal. Isto significa que a exploração dos referidos serviços pela iniciativa privada é, do ponto de vista estritamente constitucional (e portanto abstraindo-se de razões econômicas ou políticas), mera possibilidade e não uma obrigação. Ou seja, caso a União deseje, em algum momento, voltar a explorar esses serviços diretamente (ou mediante concessão a empresas estatais), a alteração seria meramente legislativa, respeitados, obviamente, os direitos das empresas privadas que atualmente exploram os serviços.

Após a Emenda Constitucional n.º 08 foi aprovada a Lei n.º 9.295/96³, conhecida no jargão da área como "lei mínima", que estabeleceu regras básicas para o setor e, sobretudo, pavimentou o caminho que possibilitou as primeiras privatizações, iniciadas no âmbito do serviço móvel celular. A "lei mínima" tinha como objetivo efetuar

5 Dando-lhe a seguinte redação: "Art. 21 – Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens."

6 Na verdade, a "titularidade" constitucional da União sobre os serviços de telecomunicações é reforçada com a E/C n.º 08. Isto porque, na redação original, o inciso XI do art. 21 reservava à União a titularidade dos "serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações". Ora, na redação atual, todos os serviços de telecomunicações (e não apenas aqueles então considerados como públicos) são de titularidade da União, ainda que possam (todos) ser explorados pela iniciativa privada.

7 Em regra, segundo o art. 173 da CF, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é possível quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou para atender relevante interesse coletivo, conforme definido em lei. Ou seja, é o Estado que depende de autorização legislativa para atuar. Mas é o mesmo dispositivo que ressalva os casos (de exploração direta da atividade econômica pelo Estado) já previstos na Constituição, dentre os quais os relativos aos serviços de telecomunicações.

8 Do ponto de vista cronológico registre-se que antes da lei mínima e da própria E/C n.º 08/95, foi aprovada a Lei n.º 8.977/95 que tratava apenas do serviço de TV a cabo, definido como serviço de telecomunicações, mas considerado um serviço "não pública", mesmo porque, se assim não fosse, sua exploração estaria vedada pela norma constitucional ainda em vigor. Os serviços de TV a cabo continuam regidos pela Lei 8.977/95, tendo se operado apenas a transferência à ANATEL das competências que a referida Lei atribui ao Poder Executivo (art. 212 da Lei Geral).

9 Àquele que se inicia no estudo da matéria advirta-se que telecomunicações é atividade na qual imperam as siglas e apelidos aparentemente inexpugnáveis para o neófito e que são esgrimidas com certo ciúme pelos que são "da área". Para auxílio dos que se interessam pela matéria, e sem qualquer pretensão de esgotar a lista, seguem algumas siglas e expressões mais usuais: "DETRAF" (Documento de Declaração de Tráfego e de Prestação de Serviços, emitido para encontro de contas entre prestadoras de serviços de telecomunicações); "EILD" (Exploração industrial de linha dedicada); "LGT" (Lei Geral de Telecomunicações); "MTL" (meio de transmissão local); "Norma 30" (Norma que regula a "EILD", aprovada pela Portaria n.º 2.506/96, do Ministério das Comunicações); "RGI" (Regulamento Geral de Interconexão, aprovado pela Resolução n.º 40/98 da ANATEL); "PGO" (Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público, aprovado pelo

apenas as modificações indispensáveis a possibilitar a grande transição para o que seria chamado de novo *modelo* das telecomunicações no Brasil, que seria instalado com a aprovação da Lei Geral das Telecomunicações, ou simplesmente "*Lei Geral*", sancionada como Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, à qual dedicaremos nossas atenções a seguir.

III- PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DAS TELECOMUNICAÇÕES

3.1 Introdução

A Lei Geral de Telecomunicações está dividida em quatro "*livros*". O primeiro trata dos princípios fundamentais; o segundo, do órgão regulador (ANATEL); o terceiro, da organização dos serviços de telecomunicações; e o último, eminentemente transitório, da reestruturação e da desestatização das empresas federais de telecomunicações. Neste trabalho trataremos basicamente do primeiro livro.

A valorização do papel dos princípios é, provavelmente, a característica mais marcante e evidente do pensamento jurídico contemporâneo, sobretudo daquelas correntes identificadas, de forma ainda um tanto imprecisa, como sendo "*pós-positivistas*". O estudo do papel dos princípios é feito, com especial relevo, no campo do direito constitucional, da filosofia do direito e da teoria geral do direito. Em síntese, hoje não só se reconhece plenamente os princípios como normas jurídicas diretamente aplicáveis, como, ademais, se lhes reconhece uma hierarquia valorativa superior e um papel fundamental e condicionante na interpretação jurídica e na construção da unidade do sistema (*e dos subsistemas*) jurídico¹⁰. Em harmonia com esta valorização dos princípios, a Lei 9.472 começa por tratar dos princípios fundamentais aplicáveis aos serviços de telecomunicações.

Decreto n.º 2.534/98; "*POI*" (Ponto de interconexão, elemento de rede empregado como ponto de entrada ou saída para o tráfego a ser cursado na interconexão com outra rede); "*STFC*" (Serviço Telefônico Fixo Comutado); "*SMC*" (Serviço Móvel Celular); "*SMP*" (Serviço Móvel Pessoal – o novo serviço celular); "*TUP*" (telefone de uso público, no Rio de Janeiro simplesmente "*orelhão*"); "*TU-COM*" (tarifa de uso de comutação, valor que remunera uma prestadora de "*STFC*" na modalidade longa distância nacional pelo uso de sua comutação na realização de uma chamada); "*TU-RIU*" (tarifa de uso de rede interurbana, valor que remunera uma prestadora de "*STFC*" pelo uso de sua rede interurbana na realização de uma chamada); "*TU-RL*" (tarifa de uso de rede local, valor que remunera uma prestadora de "*STFC*" pelo uso de sua rede local na realização de uma chamada); "*VC-1*", "*VC-2*" e "*VC-3*" (Valores de Comunicação 1, 2 e 3, aplicados às chamadas oriundas de aparelhos fixos e destinadas a aparelhos móveis). Finalmente, registre-se a existência de excelente dicionário, em língua inglesa, de termos técnicos em telecomunicações (Newton Harry, *Newton's Telecom Dictionary*, 16.ª edição, Nova Iorque: CMP Books, 2000).

10 Nesse campo, consulte-se, em especial: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) *in* Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, n.º 54, Rio de Janeiro, 2001, pp. 47/78 e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, em especial pp. 141 e ss. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5.ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.

Na verdade, sob a rubrica de princípios fundamentais, a Lei Geral trata dos seguintes assuntos: a definição da abrangência da competência da União para organizar os serviços de telecomunicações; os princípios específicos do direito das telecomunicações (af incluídos os deveres do poder público, os direitos e os deveres do usuário de serviços de telecomunicações); a aplicação dos princípios constitucionais da ordem econômica às telecomunicações; e a relação entre o direito das telecomunicações e as normas de proteção à ordem econômica.

3.2 Os limites (jurídicos) das telecomunicações

À União, por intermédio do órgão regulador (ANATEL), compete *organizar* a exploração dos serviços de telecomunicações. A LGT ressalva que essa organização se dá nos termos das políticas estabelecidas pelos poderes legislativo e executivo. Essa ressalva é fundamental, pois significa que a elaboração das políticas públicas na área de telecomunicações permanece como atribuição dos poderes políticos. O órgão regulador, por mais autônomo que seja, não estabelece a política nacional de telecomunicações, limitando-se a executá-la ou implementá-la¹¹ após sua fixação pelos referidos poderes. Na verdade, é a própria LGT que fixa as linhas mestras da política nacional de telecomunicações, como se verá mais à frente. Registre-se ainda que importantes atribuições na fixação dessa política foram destinadas, pela própria Lei Geral, ao Chefe do Poder Executivo Federal¹².

Para compreendermos os limites de nosso campo de estudo, precisamos analisar o que se inclui na competência da União para "*organizar a exploração dos serviços de telecomunicações*". Para isso é necessário, em primeiro lugar, ver o que significa *organizar a exploração* e depois buscar o sentido de *serviços de telecomunicações*. A própria Lei inclui no conceito de organização da exploração (dos serviços), *dentre outros aspectos*, o disciplinamento (regulamentação) e a fiscalização das seguintes atividades: (a) execução, comercialização¹³ e uso dos serviços de telecomunicações; (b) implantação¹⁴ e funcionamento de redes de telecomunicações; (c) utilização dos recursos de órbita, necessários à utilização de satélites e (d) utilização do espectro de radiofrequências.

11 Art. 19, I, da LGT.

12 Artigos 18, 26, §§ 1.º e 2.º, e 211.

13 A rigor, a simples oferta de serviços de telecomunicações ao público depende de outorga ou autorização do Poder Concedente, salvo a hipótese de oferta em nome de terceiros, estes sim titulares de concessão, permissão ou autorização e, portanto, responsáveis perante os usuários e o órgão regulador. A oferta em nome de terceiros ocorre, por exemplo, na venda de cartões telefônicos em bancas de jornais.

14 Apesar da ANATEL já ter sinalizado no sentido de que a mera construção de meios de telecomunicação independe de sua prévia autorização, avulta a discussão em nível teórico sobre a legalidade de eventual exigência neste sentido. Isto porque, se considerarmos "*implantação*" como o serviço de construção das redes, a lei teria autorizado a Agência a exigir ou não, de acordo com a conveniência e oportunidade, este tipo de autorização. Ou seja, a qualquer tempo, poderia a ANATEL, caso julgasse essencial ao desenvolvimento das telecomunicações no país, exigir, por exemplo, a obtenção de autorização para construção e comercialização daquilo que o mercado vulgarmente denomina de "*fibra apagada*".

Para efeitos didáticos, podemos dizer que os três primeiros aspectos se referem diretamente à *prestação* dos serviços de telecomunicações (sua execução e comercialização, por parte das empresas prestadoras, e a respectiva utilização). Já os outros aspectos relacionam-se aos elementos indispensáveis para que os serviços de telecomunicações sejam fisicamente possíveis, pois a telecomunicação, para existir (ou seja, para que uma mensagem qualquer saia de um emissor e alcance o destinatário) passará, sempre, por uma rede (mais ou menos complexa), que poderá, ou não, utilizar-se de frequências radioelétricas e que poderá ou não utilizar um satélite¹⁵.

As redes estão para as telecomunicações como as ferrovias para o transporte ferroviário (por essa razão devem ser organizadas como *vias integradas de livre circulação*¹⁶), sua regulamentação, portanto, não poderia passar ao largo das atribuições da ANATEL. Aliás, boa parte da atividade jurídica na área de telecomunicações, seja preventiva, seja contenciosa, gira exatamente em torno da utilização das redes, do seu compartilhamento e da conexão, ou melhor, *interconexão*, entre as redes de diferentes prestadoras.

Nesse ponto é necessário adentrar no difícil tema da definição de “serviços de telecomunicação”, chave para que se entenda os limites das atribuições da agência¹⁸. A Lei Geral, em seu art. 60 *caput*, define “serviço de telecomunicações”, como “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, que, por sua vez, é definida pelo § 1.º do dispositivo como sendo a “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”¹⁹.

Há, na definição de “telecomunicação”, três elementos distintos (todos essenciais para que exista *juridicamente* telecomunicação): um, que trata do “conteúdo” ou “objeto” da telecomunicação (“símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”); outro, que trata do meio, ou forma, pelo qual “transita” este conteúdo (“fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético”) e o terceiro, que trata de definir de que tipo de “trânsito” se trata (“transmissão, emissão ou recepção”).

15 Ressalte-se, desde já, que a radiofrequência e a comunicação por satélite são apenas uma das formas de transmitir a comunicação e, portanto, de integrar parte de uma rede.

16 Art. 146 da LGT.

17 Art. 145 e ss. da LGT.

18 E também para solucionar intrincadas questões tributárias (tais como saber se os serviços de provimento de acesso à rede mundial de computadores são serviços de telecomunicações, o que os sujeitaria à incidência do ICMS) e criminais (face ao tipo penal previsto no art. 183 da LGT).

19 Registre-se que a definição de telecomunicação presente na lei brasileira é praticamente idêntica àquela adotada pela Convenção Internacional de Telecomunicações (Anexo II), aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n.º 55/89 e promulgada pelo Decreto n.º 70, de 26.03.91, *verbis*: “Toda transmissão, emissão ou recepção de símbolos, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, radioeletricidade, sistemas óticos ou outros sistemas eletromagnéticos”.

A definição é amplíssima, sendo difícil imaginar qualquer forma de *comunicação* que se utilize de qualquer aparelho elétrico (salvo talvez os aparelhos que apenas ampliam a voz) e que não possa ser considerada como *telecomunicação*. Procurando “simplificar” a definição legal, Floriano Azevedo Marques Neto, com propriedade, afirma:

“que o serviço de telecomunicações consiste em um transporte de coisas não tangíveis, de coisas não-físicas (a voz, dados, sinais, imagens, etc.), por alguns meios que dão suporte a esta utilidade (fio, meio eletromagnético, ótico). A definição legal é aberta e abrangente devido ao fato de ser impossível fixar o conceito de telecomunicações em determinadas modalidades (...). Relembramos que, neste setor, a tecnologia traz inovações a todo o momento. É pois, impossível adstringir, restringir ou colocar em texto legal definições que abranjam tais transformações tecnológicas, pois a regulamentação destes serviços tem que ser cambiante o suficiente para seguir o fluxo da evolução tecnológica”²⁰.

Procurando delimitar os contornos da definição, a própria Lei Geral estabelece ainda que as atividades, na verdade serviços, que (apenas) acrescentam, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, não constituem serviços de telecomunicações, mas tão-somente os chamados “serviços de valor adicionado”²¹, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição²².

Terminando o quadro normativo do conceito, registre-se que existe previsão regulamentar²³ para que a ANATEL estabeleça outras situações que não constituam serviços de telecomunicações, e ela já o fez²⁴. Obviamente, esta atribuição só pode ser exercida

20 “Direito das Telecomunicações e ANATEL”, in SUNDFELD, Carlos Ari *et alli*, *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 309. Note-se que a definição do Autor, não obstante a virtude didática, pode levar a erros, pois a *transmissão* de energia elétrica, que obviamente não é telecomunicação, pode ser enquadrada como o transporte de coisa não tangível, por “fio”. Daí a necessidade de verificar a ocorrência, em separado, dos três elementos que compõem a definição.

21 Para uma definição regulamentar de Serviço de Provimento à Internet como Serviço de Valor Adicionado, v. Portaria n.º 148, de 31 de maio de 1995, do Ministério das Comunicações, que aprovou a Norma n.º 004/95 – Uso de Meios da Rede Pública de Telecomunicações para Acesso à Internet, que define em seu item 3, letra (c), Serviço de Conexão à Internet (SCI) como o “nome genérico que designa Serviço de Valor Adicionado que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações”.

22 Que serão analisados adiante.

23 Parágrafo único do art. 3.º da Resolução 73/98 da ANATEL.

24 Além dos serviços de valor adicionado (já excluídos do conceito de serviços de telecomunicações pela própria Lei), o artigo 3.º da Resolução 73/98 estipula que não constituem serviços de telecomunicações: (a) o provimento de capacidade de satélite e a (b) atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações. Observe-se, quanto à primeira atividade, que, embora não seja serviço de telecomunicação, depende de prévia autorização da ANATEL, nos termos da Resolução n.º 220/00.

no sentido de explicitar aquilo que já esteja contido na definição da própria LGT, tendo, portanto, natureza meramente declaratória, sob pena de ilegalidade.

É importante salientar que, por serem conceitos previstos na própria Constituição Federal, e por envolverem importantes e difíceis questões tributárias, a definição dos limites de "serviço de telecomunicação" e aquela mais ampla de "serviço de comunicação"²⁵ dificilmente escaparão a uma futura avaliação por parte da mais alta Corte do País.

Finalmente, é bom registrar que, como defendido por Carlos Ari Sundfeld²⁶, a ANATEL deve exercer suas atribuições sobre todos os que prestam serviços de telecomunicações, ainda que o prestem de forma clandestina. Na verdade, desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações é crime previsto no art. 182 da LGT. A questão é que, embora sujeitas à sanção *penal*, há quem sustente que estes prestadores clandestinos não estariam sujeitos à atividade sancionatória da ANATEL e, portanto, não poderiam receber sanções *administrativas*²⁷. Os que sustentam esta posição afirmam que as atribuições sancionatórias da ANATEL só podem ser exercidas sobre quem tenha recebido concessão, autorização ou permissão para prestar serviços de telecomunicações, e os clandestinos o são exatamente por prestarem serviços sem qualquer destes instrumentos. Ora, não consideramos esta a melhor posição, em primeiro lugar porque existem determinados serviços de telecomunicações que independem de outorga pela ANATEL²⁸ e, ademais, porque o poder/dever de fiscalizar determinada atividade deve ser interpretado como incluindo toda a atividade, ou seja, tanto os que a exploram legalmente quanto os que trabalham à margem da lei.

3.3 Os princípios específicos do direito das telecomunicações

Os princípios específicos do direito das telecomunicações estão previstos basicamente nos artigos 2.º, 3.º, 4.º e 6.º da LGT. O art. 2.º da LGT fixa, legalmente, os grandes objetivos a serem obrigatoriamente perseguidos pelo Poder Público em matéria de telecomunicações, mais especificamente pela União, ou seja, as linhas mestras da política nacional de telecomunicações. Embora o dispositivo não se expresse dessa forma, entendemos não haver dúvidas de que de princípios é que se trata. Neste ponto, já que (parodiando Nelson Rodrigues) o óbvio nem sempre é "ululante", é bom frisar que o art. 2.º estabelece obrigações jurídicas cujo sujeito passivo é a União e que tem como credores, conforme o caso, os usuários de telecomunicações, as prestadoras e, a rigor, toda a coletividade. Em consonância com o movimento de valorização dos princípios de que falamos acima, advirta-se que a relativa abertura das normas em

25 Art. 155, II, da CF.

26 Posição defendida pelo referido Autor durante palestra proferida no II Congresso de Direito do Estado, Salvador, julho de 2002.

27 Incluindo, segundo o art. 179 da LGT, multas de até R\$ 50.000.000,00.

28 Por exemplo, independe de concessão, permissão ou autorização (bastando a comunicação prévia), a atividade de telecomunicações restrita aos limites de uma mesma edificação ou propriedade móvel ou imóvel, conforme dispuser a Agência, nos termos do art. 75 c/c 131, § 2.º, da LGT.

comento não deve servir de justificativa para sua não aplicação, sob a desculpa de uma necessária regulamentação. Estamos falando aqui dos princípios cardeais do direito das telecomunicações. Desrespeitá-los, na clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, representa "insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra"²⁹.

O primeiro dever do Poder Público é o de *garantir*, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis³⁰, em condições adequadas (*vide* também a parte final do inciso III do art. 2.º). Este dever está relacionado com o *direito* do usuário de ter acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional e o direito de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço. Estamos falando aqui de três aspectos distintos, em primeiro lugar, da exigência de qualidade e de valores razoáveis na prestação dos serviços. Em segundo lugar, que estes serviços não podem se restringir aos grandes centros urbanos e, nesse sentido, estamos falando do princípio da universalização dos serviços de telecomunicações, que deve ser interpretado como manifestação específica do objetivo constitucional fundamental de redução das desigualdades regionais³¹.

Registre-se que um dos aspectos mais inovadores do direito das telecomunicações no Brasil é a maneira ampla e realista como é tratado o princípio da universalização dos serviços, com o estabelecimento de metas progressivas para garantir essa universalização³² (ao menos em relação aos serviços prestados no *regime público*³³), a previsão do controle do alcance dessas metas (inclusive com a possibilidade de aplicação de pesadas sanções pecuniárias), sem deixar de prever receitas específicas para custear a empreitada³⁴.

29 *In Curso de direito administrativo*. 11.ª edição, São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 629/630. A íntegra do texto, a seguir reproduzida, é provavelmente a mais citada definição de "princípio" da doutrina brasileira, *verbis*: "Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.(...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema".

30 É difícil aplicar o conceito de razoabilidade a preços e tarifas, mas registre-se que existe, no direito brasileiro, definição legal de preço *excessivo* (e portanto *não razoável*), constante do parágrafo único do art. 21 da Lei n.º 8.884/94, que é inteiramente aplicável aos serviços de telecomunicações, em face da remissão efetuada pelo art. 7.º da Lei Geral.

31 Inciso III, do art. 3.º, da Constituição Federal.

32 "Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público", aprovado pelo Decreto n.º 2.592/98.

33 Art. 63 da LGT.

34 Fundo de Universalização dos serviços de Telecomunicações. Originalmente previsto pelo art. 81 da Lei Geral, instituído pela Lei n.º 9.998/00 e regulamentado pelo Decreto n.º 3.624/00.

Em terceiro lugar, estamos falando aqui da projeção específica do princípio constitucional da isonomia no direito das telecomunicações. Este princípio significa não só a proibição de discriminação, *entre usuários*³⁵, quanto às condições de acesso e fruição do serviço, mas, também, a discriminação entre prestadoras, quando se tratar de realizar a interconexão entre suas redes (art. 152 da LGT).

Passemos ao "*princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras*", um dos mais importantes princípios do novo modelo brasileiro de telecomunicações. Tão importante que é um dos poucos tratados expressamente como "*princípio*" pela LGT, que o estabelece em conjunto com o expresso dever de atuação do poder público para propiciá-la, não só no art. 6.º, mas, da mesma forma, no inciso III do art. 2.º.

A eloquência da Lei, que adjetiva a competição de "*livre, ampla e justa*", tem razões que derivam de características específicas da prestação dos serviços de telecomunicações. Em primeiro lugar, frise-se que, por muito tempo, as características técnicas dos serviços de telecomunicações conduziam à aceitação, de forma genérica, de que se tratava *necessariamente* de um monopólio natural onde qualquer competição era inviável, razão que justificava sua manutenção sob estrito controle estatal, não só no Brasil, como em praticamente toda a Europa³⁶. Isto porque, até meados da década de 70, praticamente toda a telecomunicação passava por meios de capacidade limitada (basicamente, fios de cobre). A construção destas redes demandou grandes investimentos públicos e se considerava que qualquer competição demandaria a construção de, no mínimo, uma segunda rede, o que, do ponto de vista econômico, simplesmente não se justificava.

Diversas inovações tecnológicas mudaram este quadro (embora, *e isto é fundamental*, não de forma completa). Dentre elas destacam-se a progressiva utilização de radiofrequências e de satélites (em ambas as hipóteses o meio físico de transporte da comunicação é o ar) e o surgimento da fibra ótica, com uma capacidade de transportar um volume infinitamente maior de informações e com uma velocidade em muito superior àquela do velho "*par de cobre*"³⁷. Finalmente, a descoberta de uma techno-

35 A vedação de discriminação entre usuários tem um artigo específico direcionado às operadoras no regime público (Art. 107): "*Os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição*". Isso significa, por exemplo, que não se pode cobrar, de usuários *diferentes*, preços *diferentes* pelo mesmo serviço. A vedação, no entanto, não alcança o chamado desconto por volume, situação em que um usuário recebe descontos em suas tarifas ou preços se e quando alcançar um determinado volume por mês. A violação à isonomia, obviamente, só não ocorre se o mesmo desconto for acessível para outros usuários que alcancem o mesmo volume. Em sendo concedido um desconto a um usuário que tenha um volume idêntico a outro usuário que não desfrute do desconto, não basta à isonomia que este outro usuário possa "*teoricamente*" pleitear vantagem que desconhece. É preciso que a prestadora dê ciência ao outro usuário da possibilidade e das condições do desconto, a fim de que o princípio da isonomia seja efetivamente respeitado.

36 Nos E.U.A. a atividade era igualmente monopolista, mas privada.

37 A quase totalidade daquilo que se chama de "*última milha*", ou seja, a parte final e supercapilar de uma rede de telecomunicações, que vai de *cada aparelho telefônico* de cada residência até o primeiro

logia³⁸ capaz de multiplicar sensivelmente a capacidade dos fios de cobre, que compõem a *última parte* ou "*última milha*", das redes de telecomunicações, permitiu o desmembramento³⁹ ou desagregação (na prática "*duplicação*") das redes a um custo infinitamente menor do que aquele que seria necessário para a construção de outra rede, ou para a substituição de todos os fios de cobre por fibra ótica.

Em suma, as inovações tecnológicas fizeram com que os serviços de telecomunicações deixassem de ser, necessariamente, um monopólio natural, abrindo a *possibilidade* de instauração de um ambiente minimamente competitivo, com a prestação dos serviços por parte de mais de uma empresa.

O problema é que a mudança acima relatada, como já dito, não se deu de forma completa. Em geral, as empresas responsáveis pela telefonia local ainda dependem, e muito, das grandes linhas das operadoras de longa distância, assim como estas ainda dependem, *em medida ainda maior*, da "*última milha*" detida pelas operadoras locais⁴⁰. Isso revela um difícil paradoxo específico do mercado de telecomunicações: as mais acirradas *competidoras* são *obrigadas* a, diariamente, "*colaborarem*" entre si, permitindo que uma use a rede⁴¹, a infra-estrutura⁴² e mesmo informações⁴³ da outra. Por óbvio que essa colaboração, em lugar nenhum do mundo, é tranqüila. Com efeito, o "*poder físico*" (*a posse*) sobre os meios a serem partilhados, a dificuldade de controle (judicial ou pelo órgão regulador) de certas práticas, a acirrada competição por mercados e, por vezes, movimentos menos nobres fazem com que os conflitos sejam constantes, o que, de resto, cria um enorme e desafiante campo para o trabalho dos operadores jurídicos.

Assim, revela-se uma das características universais das telecomunicações. Qualquer competição *só é viável* com a existência de um órgão regulador forte e, portanto, falar em "*mão invisível*" nesse mercado, mais do que em qualquer outro, seria verdadeiro absurdo. É por isso que a Lei Geral se preocupa tanto com a efetividade da competição, é por isso que prevê o estímulo à *expansão do uso de redes* e serviços e,

grande ponto de encontro conhecido como distribuidor geral ("*DG*"), ainda é formada, no Brasil e no mundo, por pares de fios de cobre (cada par significa uma linha telefônica). Esta parte da rede é justamente aquela de mais valor, por ser aquela de mais alto custo de duplicação.

38 Tecnologia conhecida como "DSL" ou *digital subscriber line*, que opera, em regra, com a utilização de um *modem* colocado no aparelho telefônico.

39 Desmembramento ou desagregação é a tradução mais usual para o termo "*unbundling*".

40 Para um amplo estudo da desagregação de redes de telecomunicações no Brasil, com invocação de doutrina e jurisprudência estrangeira, incluindo a importante *doutrina da instalação essencial* ("*essential facility doctrine*") vide Pedro Dutra. Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 226, Rio de Janeiro: Renovar, out/dez 2001, pp. 139/166. Registre-se que o Autor entende que são exigíveis uma série de requisitos para que surja o dever das concessionárias locais de compartilhar a sua rede, requisitos com os quais, com as devidas vênias, não estamos inteiramente de acordo, embora sua análise específica fuja às modestas pretensões deste trabalho.

41 Art. 155 da LGT.

42 Art. 73 da LGT.

43 Art. 70, II e III, da LGT.

muito provavelmente, é por isso também que deseja o fortalecimento do papel regulador do Estado (art. 2.º, II e IV)⁴⁴. Ressalte-se, ainda nesse tema, que a exigência de ampla competição deve ser entendida, também, como forma de viabilizar o direito, do usuário, de liberdade de escolha de sua prestadora de serviço⁴⁵.

A Lei, certamente por reconhecer a importância do setor de telecomunicações para o desenvolvimento do país, também estipula como dever do Poder Público criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo, o que, de resto, já é obrigação constitucional do Poder Público, com base no art. 218 do Texto Maior⁴⁶. Finalmente, e sempre em consonância com a Constituição, deve o poder público criar condições para que o desenvolvimento das telecomunicações seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do país⁴⁷.

Voltando nossa atenção para os direitos dos usuários de serviços de telecomunicações, devemos registrar seu direito à informação adequada sobre as condições de prestação e de suspensão dos serviços, suas tarifas e preços, o que também é direito do usuário de serviços de telecomunicações na qualidade de consumidor, nos termos do inc. III do art. 6.º do Código de Defesa do Consumidor.

Passemos à análise do conjunto de direitos que visam proteger, de formas diversas, a intimidade do usuário de serviços de telecomunicações, direito fundamental consagrado nos incisos X e XII da Constituição^{48 49}. O primeiro desses direitos é o da

44 E também por essa razão, a LGT cria um tipo específico de "infração à ordem econômica", como será visto mais à frente.

45 No Brasil, ao menos nas chamadas de longa distância, com a opção da prestadora sendo feita em cada chamada, temos uma das mais efetivas garantias de escolha e de competição entre as prestadoras. Não é por outra razão que a imprensa especializada tem reconhecido que o maior ganho para os usuários em termos de redução de preços e tarifas tem se dado exatamente na prestação dessa modalidade de serviço.

46 Em outro exemplo de que a Lei Geral procurou criar condições para dar efetividade ao novo modelo de telecomunicações por ela instaurado, ela estabelece que as empresas prestadoras de serviços e os fabricantes de produtos de telecomunicações que investirem em projetos de pesquisa e desenvolvimento no Brasil, na área de telecomunicações, obterão incentivos nas condições fixadas em lei (art. 76) e que a fabricação e o desenvolvimento no País de produtos de telecomunicações serão estimulados mediante adoção de instrumentos de política creditícia, fiscal e aduaneira (art. 78). A lei previu ainda a criação de um fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações brasileiras, com o objetivo de estimular a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias, incentivar a capacitação dos recursos humanos, fomentar a geração de empregos e promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital, de modo a ampliar a competição na indústria de telecomunicações. O referido fundo, conhecido como Funntel, foi efetivamente criado pela Lei n.º 10.052/02.

47 Art. 174 da Constituição Federal.

48 Registre-se que este direito também é protegido pela já mencionada Convenção Internacional de Telecomunicações (art. 22), o que faz incidir a espécie na parte final do § 2.º do art. 5.º da Carta Federal.

49 Para quem se interessa sobre o tema é indispensável a leitura da Diretiva n.º 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, de 15.12.97, **Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações**, publicada na Revista de Direito do Consumidor, n.º 37, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 291/298. A referida

inviolabilidade e do segredo da comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais⁵⁰ e legalmente^{51 52} previstas. Este dispositivo se preocupa, portanto, com o conteúdo da comunicação, que deve sair do emissor e chegar ao destinatário de forma íntegra.

Para garantir a efetividade desse direito as prestadoras⁵³ são obrigadas a: (a) tornar disponíveis os recursos tecnológicos necessários à suspensão de sigilo de telecomunicações determinada por autoridade judiciária ou legalmente investida desses poderes⁵⁴ e (b) manter controle permanente de todos os casos acompanhando a efetivação das determinações de quebra de sigilo⁵⁵ e zelando para que elas sejam cumpridas dentro dos estritos limites autorizados⁵⁶. Finalmente, observe-se que é comum a divergência entre operadores e órgãos públicos acerca da abrangência de determinada autorização para "quebra" de sigilo. Como esta configura exceção a direitos constitucionais (intimidade e inviolabilidade das comunicações) deve, sempre, ser efetuada e interpretada de maneira restritiva.

Outro direito relacionado ao resguardo da intimidade (mas que não guarda nenhuma relação com a comunicação em si) é o direito do usuário à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso. Observe-se que é ônus do usuário formular requerimento nesse sentido às prestadoras, pois, no silêncio deste, seu código será divulgado⁵⁶. O usuário tem ainda o direito ao respeito de sua privacidade nos documentos

Diretiva é minuciosa no que diz respeito às exigências formuladas para proteger a intimidade dos usuários, incluindo, dentre outros, assuntos como o direito a receber fatura não detalhada (art. 7.º); apresentação e restrição da identificação da linha chamadora e da linha conectada (art. 8.º); reencaaminhamento automático de chamadas (art. 10) e a utilização de sistemas de chamada automatizados sem intervenção humana (art. 12).

50 Vide inc. XII do art. 5.º da Constituição Federal.

51 V. Lei n.º 9.296, de 24.07.00, que "Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5.º da Constituição Federal." Segundo o parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.296, esta se aplicaria inclusive "à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática". Este dispositivo é de constitucionalidade duvidosa, uma vez que o art. 5.º, XII, da CF permite a interceptação apenas de "comunicações telefônicas". Para evitar abusos, a Lei 9.296/96 exige a descrição com clareza da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada.

52 Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar o segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, sob pena de reclusão de 2 a 4 anos e multa, nos termos do art. 10 da Lei 9.296/96.

53 O art. 7.º da Lei 9.296/96 fala em "concessionárias de serviço público", mas, considerando que a LGT é posterior, deve-se interpretá-lo como incluindo qualquer prestadora, seja no regime público, seja no regime privado (art. 63 da Lei Geral).

54 Ressalte-se que a prestadora disponibiliza os recursos para efetivar a suspensão do sigilo, mas quem conduz os procedimentos de interceptação é a própria autoridade policial, que, se quiser, poderá requisitar serviços e técnicos especializados às prestadoras, nos termos dos arts. 6.º e 7.º, da Lei 9.296/96.

55 Parágrafo único do art. 26 da Res. 73/98.

56 Tomamos conhecimento de manifestações no sentido de que o inc. V, do art. 3.º da LGT proibiria a utilização de identificadores de chamada ("bina"). Não concordamos com esse posicionamento, pois, no momento em que alguém se dispõe a realizar uma chamada, nos parece equivocado sustentar, em desfavor do destinatário, que o primeiro tem o direito a não ser identificado, o que representaria,

de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço. Em relação à cobrança, aplicam-se, da mesma forma, as restrições existentes no Código de Defesa do Consumidor⁵⁷.

Já a utilização, pela prestadora, dos dados pessoais ou das informações relativas à utilização individual do serviço, só é permitida (art. 72) na execução de sua atividade. Tais informações representam o "perfil" do usuário (por exemplo: quanto gasta, que tipo de ligações realiza, para onde, a que horas e com que duração média). Estas informações têm um alto valor comercial, sendo portanto cobiçadas por terceiras empresas que teriam acesso ao perfil de potenciais clientes, permitindo, portanto, um marketing direto. A Lei, portanto, não quis que estas informações, às quais as operadoras têm acesso por sua condição de prestadoras de serviços de interesse público, fossem disponibilizadas a terceiros, salvo anuência expressa e específica do usuário⁵⁸. A preocupação da Lei com a preservação dessas informações é, portanto, um grande avanço na concretização do direito constitucional à intimidade.

Observe-se que a restrição legal não significa, entretanto, que terceiros não possam jamais ter acesso a elas. O acesso será legalmente possível desde que a disponibilização a terceiros seja condição efetiva para a viabilidade da prestação de serviço de telecomunicações ou comodidade a ele associada⁵⁹. Outra exceção refere-se à divulgação a terceiros de informações agregadas sobre o uso de seus serviços, desde que elas não permitam a identificação, direta ou indireta, do usuário, ou a violação de sua intimidade⁶⁰.

Finalmente, dentre os mais importantes direitos dos usuários, destaque-se o da não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização⁶¹ ou por descumprimento de condições contratuais.

Quanto aos deveres do usuário, além daqueles decorrentes do contrato que celebrar com cada prestadora, importa registrar aqueles relacionados à utilização adequada dos serviços, equipamentos, redes de telecomunicações e bens públicos. Final-

por vias oblíquas, o reconhecimento de um direito ao "trote". No entanto, registre-se que a Diretiva 97/66/CE, acima mencionada, prevê um direito da parte que efetua uma chamada de suprimir a identificação de sua linha, embora também preveja o direito de bloqueio de chamadas não identificadas. Ademais, certamente preocupada com o que chamamos de "trote", a Diretiva prevê a suspensão temporária do direito de não ser identificado "a pedido de assinante que pretenda determinar a origem de chamadas maliciosas ou incomodativas" (art. 9.º, "a").

57 Em especial, art. 42 e 71.

58 § 1.º do art. 72.

59 O que inclui o fornecimento de informações a outras prestadoras de serviços de telecomunicações.

60 § 2.º do art. 72.

61 É comum, e legal, que uma prestadora (em geral de serviços locais) celebre contrato de prestação de serviços de cobrança com outra prestadora (em geral, de longa distância) para veicular, em fatura única (mas discriminada), a cobrança de serviços prestados por esta. Nesta hipótese, se o usuário não paga um dos serviços, ainda que originalmente cobrados na mesma fatura, só podem ser suspensos os serviços correspondentes aos valores não pagos.

mente, a Lei consagra como dever do usuário comunicar às autoridades os atos ilícitos cometidos por prestadoras de serviço de telecomunicações.

3.4 Os princípios gerais da ordem econômica e as telecomunicações

O art. 5.º da LGT estabelece que na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. O dispositivo, além de servir como "lembrete", é de certa forma inócuo. Isto porque os referidos princípios, exatamente por já serem constitucionais, já seriam de observância obrigatória, ainda que não existisse esse dispositivo na Lei Geral.

Algumas observações, no entanto, são necessárias. Nota-se que o art. 5.º da LGT repete os princípios constitucionais da ordem econômica, consagrados no art. 170 da Carta Federal, com a exceção dos princípios: da propriedade privada (inc. III); da defesa do meio ambiente (inc. VI); e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (inc. IX). Ora, pela razões já expostas, todos estes princípios são, em tese, igualmente aplicáveis às telecomunicações sendo que o princípio da defesa do meio ambiente adquire especial relevo, sobretudo porque a construção, a instalação e por vezes o funcionamento das redes de telecomunicações, podem causar impactos ambientais que sujeitarão tais atividades à legislação ambiental, inclusive ao prévio licenciamento ambiental e à eventual realização de estudo prévio de impacto ambiental^{62 63}.

Dentre os princípios constitucionais expressamente reproduzidos pela Lei Geral, vale ressaltar (além da livre concorrência, já comentado) o da função social da propriedade, mais especificamente o da função social da propriedade sobre as redes, em face do papel fundamental que estas desempenham na área de telecomunicações. É por essa razão que a lei geral, em outro dispositivo, expressamente determina que o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social⁶⁴.

62 Imagine-se a construção de uma rede de fibra óptica que atravesse uma unidade de conservação ambiental (um parque, por exemplo), ou ainda a atual polêmica acerca dos possíveis danos à saúde que seriam causados pelas antenas necessárias à prestação dos serviços que se utilizam de aparelhos celulares, hipótese que atrai a aplicação do princípio da precaução, de fundamental importância no direito ambiental.

63 Embora as prestadoras de serviços de telecomunicações sejam, em geral, grandes empresas, não podemos excluir a prestação de serviços por empresas de pequeno porte, isto sem falar no elevadíssimo número de empresas de pequeno porte que figuram como usuárias de serviços de telecomunicações. Estas considerações, a nosso entender, já justificam a possível incidência do princípio constitucional do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte no setor de telecomunicações.

64 Art. 146, III.

3.5 O direito das telecomunicações e as normas de proteção à ordem econômica

Fechando o Livro I da Lei Geral de Telecomunicações, o art. 7.º trata das relações entre o direito das telecomunicações e as normas gerais de proteção à ordem econômica, estipulando que estas são aplicáveis ao setor de telecomunicações, salvo no que conflitarem com a Lei Geral.

Ademais, o dispositivo determina que os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica, ou seja, basicamente a Lei n.º 8.884/94. Há, no entanto, uma diferença importante entre o processo administrativo de controle de atos de concentração em relação ao setor de telecomunicações. É que o § 2.º do art. 7.º da LGT determina que tais atos serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, *por meio do órgão regulador*. Este dispositivo, em conjunto com o inciso XIX do art. 19 da LGT⁶⁵, tem sido interpretado como significando que, em relação às telecomunicações, a ANATEL exercerá as atribuições que, nos demais casos, são exercidas pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça⁶⁶.

Finalmente, a LGT cria um tipo específico de infração da ordem econômica⁶⁷, que se caracteriza quando uma prestadora de serviço de telecomunicações, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

3.6 A regulamentação anterior à LGT

Quando da entrada em vigor da LGT existia um enorme volume de normas regulamentares, editadas em especial pelo Ministério das Comunicações. A Lei Geral determinou que estes regulamentos fossem gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento à Lei⁶⁸, o que em grande medida já foi feito.

No entanto, o inciso II do art. 214 da Lei estipulou que, enquanto não fosse editada a nova regulamentação, as concessões, permissões e autorizações continuariam “re-

65 Que atribui à ANATEL competência para exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

66 Vide Resolução n.º 76, de 16.12.98, que “Aprova a Norma n.º 04 – ANATEL – Procedimento para apresentação dos atos de que tratam o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11.06.94, e os §§ 1.º e 2.º do art. 7.º da LGT, por intermédio da ANATEL, para a apreciação do CADE.”

67 Acrescendo, em relação às prestadoras de serviços de telecomunicações, a lista de infrações à ordem econômica de que tratam os arts. 20 e 21 da Lei n.º 8.884/94.

68 Art. 214, I.

gidas pelos atuais regulamentos, normas e regras”, o que tem levado a alguns problemas acerca da aplicação da regulamentação anterior que, em relação a determinados serviços (o serviço móvel celular, por exemplo), ainda é muito importante.

A rigor, o referido inciso contém um comando praticamente inócuo. Isto porque a continuidade da existência e da validade de normas inferiores, compatíveis com normas de grau hierárquico superior editadas posteriormente, é um princípio básico universalmente reconhecido em Teoria Geral do Direito. Assim, não restam dúvidas acerca da permanência em vigor da regulamentação editada pelo Ministério das Comunicações anteriormente à entrada em vigor da LGT. No entanto, é óbvio que a continuidade da regulamentação antiga, que se dá por força do fenômeno conhecido juridicamente como da “recepção”, depende de um requisito absolutamente indispensável, que é a compatibilidade da regulamentação antiga com a lei nova.

A questão é simples: ou (a) a regulamentação precedente é compatível com a lei nova e, portanto, diz-se que foi por ela recepcionada, ou (b) a lei nova é incompatível com a regulamentação e, portanto, revoga, ou melhor *já revogou*, a regulamentação, *na medida em que com ela for incompatível*.

Ocorre que a indagação acerca da compatibilidade de uma norma com outra nem sempre é uma questão que só admita respostas com o binômio sim ou não. Com efeito, por vezes uma norma será compatível com outra *se e somente se* for interpretada de determinada maneira. É o que se chama de interpretação “conforme” (*conforme a Constituição*, quando se trata do confronto entre normas constitucionais e infraconstitucionais, ou *conforme a lei*, quando se trata do confronto entre normas legais e normas regulamentares), como tem sido amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Portanto, no momento da entrada em vigor da LGT, as normas regulamentares anteriores podiam ser divididas em 3 tipos: aquelas inteiramente compatíveis com a LGT, *e portanto em vigor*; aquelas inteiramente incompatíveis com a LGT, *e que portanto foram revogadas no dia da entrada em vigor da Lei Geral*, e aquelas que só continuam válidas se a elas for atribuído um sentido compatível com a LGT, uma vez que outros sentidos atribuíveis à norma por outros métodos interpretativos a condenariam por ilegal.

IV- CONCLUSÃO

Como afirmamos no início deste texto, o direito das telecomunicações tem crescido de forma bastante acelerada. Mais do que isso, pode-se falar até mesmo em “*especializações*” dentro do setor, tais como a área de contratos (em especial a negociação de contratos de interconexão e de compartilhamento de infra-estrutura); o contencioso administrativo entre prestadoras e entre estas e a ANATEL⁶⁹; a conformação de “pro-

69 Que se inclui no âmbito do chamado “*direito administrativo sancionador*”.

duos" à regulamentação e a consultoria específica para cada um dos diversos tipos diferentes de serviços de telecomunicações. E isto sem falar nas múltiplas relações entre o direito das telecomunicações e a "internet", o que merece um estudo à parte, e no próprio direito internacional das telecomunicações.

Percebe-se, portanto, que mesmo sem "autonomia", o direito das telecomunicações já requer um tratamento mais extenso por parte da doutrina, empreitada que passa ao largo dos objetivos mais modestos deste texto.

Nossa intenção era apenas fornecer um plano geral das principais regras aplicáveis a todo o direito das telecomunicações, com o objetivo de estimular o interesse por esta área e, quem sabe, colaborar para que ela, no futuro, venha a alcançar autonomia, ainda que relativa.

BIBLIOGRAFIA:

- BARROSO, Luís Roberto "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)" in Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, n.º 54, Rio de Janeiro, 2001, pp. 47/78.
- _____. Interpretação e aplicação da constituição, 2.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 11.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRITO, Rodrigo José Meano. "Utilização de bem público para instalação de equipamentos de telefonia móvel celular", in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. IX, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp.161/175.
- BURROWES, Frederick B. "A Internet e o ISSN" in Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, n.º 02, Rio de Janeiro, 2001, pp. 383/398.
- DUTRA, Pedro. "Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações" in Revista de Direito Administrativo, n.º 226, Rio de Janeiro: Renovar, out/dez 2001, pp. 139/166.
- ESCOBAR, J. C. Mariense. O novo direito de telecomunicações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. "Telecomunicações e infra-estrutura: artigos 73 e 74 da Lei 9.472/97" in Interesse Público, n.º 11, Porto Alegre: Notadez, 2001, pp. 27/41.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 5.ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo. 11.ª edição, São Paulo: Malheiros, 1999

OSPINA, Sylvia, *El derecho espacial, las telecomunicaciones internacionales por satélite y los recursos naturales*, Apresentação ao XXVI Curso de Direito Internacional da Comissão Jurídica Interamericana da O.E.A., Rio de Janeiro, agosto de 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. "Agências reguladoras", in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. IV, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 27/63.

SOUZA Jr., Lauro da Gama e. "O MERCOSUL e a integração dos serviços de telecomunicações", in MERCOSUL Integração regional e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari *et alli*. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

TCHIKAYA, Blaise. *Le droit international des télécommunications*. Paris: PUF, 1998.