

A Regulamentação e Fiscalização da Atividade Econômica na Internet : Problemas inerentes à Defesa da Concorrência

*Victor Hugo Pereira Gonçalves, Marco Aurélio Serau Junior*⁴²

Atualmente, verifica-se intenso debate na sociedade brasileira acerca dos rumos da Internet e sua influência no desenvolvimento sócio-econômico nacional. Considerando as novas perspectivas econômico-concorrenciais proporcionadas pela Internet e sua relevante importância social, a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, vêm realizando consultas públicas para receber sugestões sobre os problemas resultantes da cobrança das tarifas de chamadas do STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado) na Internet e da falta de Provedores de Acesso à Internet na maior parte do território nacional, sendo que a maioria deles se concentra no Sul e Sudeste.

Tais consultas públicas objetivam apresentar estudos para a implementação da universalização dos serviços de Telecomunicações e a inclusão digital da sociedade brasileira na Era da Informação⁴³. Contudo, a ANATEL focaliza-se em apenas uma aresta desse complexo fenômeno. O problema da carência de Provedores de Acesso nos confins do Brasil não se relaciona somente com o valor da tarifa telefônica, mas, sobretudo, com a ausência de políticas governamentais concorrenciais direcionadas a este setor.

A edição desse regramento regulatório, bem como sua implementação e fiscalização efetivas, restam a cargo justamente da aludida Agência Reguladora – ANATEL. A apontada carência de regulação resulta ainda mais sensível tendo-se em conta o modelo político-econômico adotado pela Constituição Federal posteriormente às Reformas Constitucionais iniciadas

⁴² Victor Hugo Pereira Gonçalves, advogado em São Paulo, sócio de Rodrigues Gonçalves Advogados Associados; Marco Aurélio Serau Junior, Professor Universitário, Pós-Graduado em Direito Constitucional, Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Tributário da Escola Superior de Direito Constitucional.

⁴³ A inclusão digital, grosso modo, é a ação conjunta de entes governamentais, ONGs e particulares que visam promover, como objetivos primordiais, o acesso de toda a população aos meios tecnológicos existentes (computadores e softwares), para que possam se conectar à Internet, e, assim, participarem da sociedade mundial da informação, ampliando as suas perspectivas pessoais e profissionais; ademais, busca-se educar e ensinar o povo sobre a utilização e os benefícios de tais ferramentas tecnológicas. Trata-se, pelo que foi visto, de um verdadeiro novo direito fundamental.

em 1995, as quais transformaram sobremaneira a feição outrora estatizada do âmbito econômico de nossa Carta Magna.

1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES: O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA ANATEL.

O novo paradigma econômico-constitucional adotado pelo Estado Brasileiro sob influência do Consenso de Washington, determina que este deixe de prestar diretamente alguns serviços públicos, sob o objetivo político de garantir a melhoria na qualidade e oportunidade de sua fruição⁴⁴, destituindo os monopólios das empresas estatais antes existentes, as quais foram paulatinamente privatizadas⁴⁵.

Contudo, a contrapartida dessa tomada ideológica de posição quanto aos determinantes constitucionais econômicos implica que, deixando de prestá-los diretamente, o Estado se compromete a regulá-los e fiscalizá-los⁴⁶, principalmente para assegurar a liberdade concorrencial nos novos setores econômicos instalados⁴⁷.

⁴⁴ Não é outra a opinião de Alexandre D. Faraco: “A ampla reforma do setor de telecomunicações no Brasil, assim como de outros setores de infra-estrutura básica, tem como elemento basilar a introdução da concorrência em um ambiente econômico antes monopolizado. (...) Através dela procura-se garantir, por exemplo, a razoabilidade dos preços cobrados, a melhora na qualidade dos serviços e o estímulo à busca de inovações tecnológicas” (2003, p. 67).

⁴⁵ Bem determinando o novel panorama da prestação de serviços de telecomunicações no Brasil e o papel do Estado diz Carlos Ari Sundfeld que: “Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de ‘serviço público’, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorização, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do ‘direito da concorrência’ (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la” (1999, p. 161).

⁴⁶ Segundo Antônio Carlos Cintra do Amaral, “O Poder Público, que prestava diretamente o serviço, passou a regular sua prestação pela concessionário, já que a esta transferiu a obrigação de prestá-lo, mas conservou sua responsabilidade pelo cumprimento da obrigação transferida” (2003, p. 50).

⁴⁷ Fernando Herren Aguillar afirma que: “O fenômeno da liberalização econômica, que precede logicamente a globalização, impôs ao Estado ainda um novo figurino. O Estado deixa de atuar como agente econômico para ocupar o posto de agente normatizados das

O instrumento jurídico “criado” para essa função de regulação e fiscalização destes setores econômicos, oriundo do direito norte-americano, consiste na idéia de agência. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, as agências podem ser de dois tipos. O primeiro consistiria naquelas que exercem, com base em lei, poder de polícia. O segundo, o que nos interessa, seria o das “que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc.)”.

Ainda segundo a autora, “as segundas é que constituem novidade maior no direito brasileiro, pelo papel que vêm desempenhando, ao assumirem os poderes que, na concessão, permissão e na autorização, eram antes desempenhados pela própria Administração Pública Direta, na qualidade de poder concedente. E esse papel vem sendo assumido quando o objeto da concessão é um serviço público, como nas hipóteses elencadas no art. 21, XI e XII, da Constituição, e quando o objeto da concessão é a exploração de atividade econômica monopolizada, como nas hipóteses do art. 177” (2002, p. 403).

Dentro desse contexto, destaca ainda Zanella di Pietro, que “em matéria de telecomunicações e de petróleo, as Emendas Constitucionais nº 8-95 e 9-95 alteraram, respectivamente, a redação dos artigos 21, XI, e 177, S 2º, III, para prever a promulgação de lei que disponha sobre a exploração dessa atividades e a instituição de seu órgão regulador. Com base nesses dispositivos, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel” (2002, p. 89).

Contudo, embora a concepção econômico-constitucional tenha sido alterada, os princípios determinados pelo constituinte não se alteraram de forma alguma. Ao revés, ganharam posição ainda mais destacada, uma vez erigidos à circunstância de garantias constitucionais praticamente únicas em relação ao tema ora analisado (liberdade concorrencial e proteção do consumidor)⁴⁸.

atividades econômicas. De prestador de serviços públicos passa a ser preferencialmente seu regulador”. Ademais, prossegue o autor, já mais especificamente quanto ao tema da liberdade concorrencial, “o princípio da livre concorrência é um direito do agente econômico em face de outro agente econômico, demandando não mais a omissão, mas a efetiva interferência estatal na economia” (1999, p. 274-275).

⁴⁸ Eros Roberto Grau, ademais, afirma que “a ‘reforma constitucional’ operada a partir de 1994, inicialmente como ‘revisão’, não comprometeu as linhas básicas da ordem econômica na Constituição de 1988” (2001, p. 211).

Nunca é demais ressaltar que o artigo 170 da Carta Magna impõe que a ordem econômica deve observar, dentre outros, os seguintes princípios: livre concorrência; defesa do consumidor; busca do pleno emprego e, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País (incisos, respectivamente, IV, V, VIII e IX). Ademais, o parágrafo único ressalva que é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica”⁴⁹.

Na busca de concreção desses princípios constitucionais devem agir todos os elementos integrantes da sociedade, principalmente a ANATEL, órgão público destinado constitucionalmente a tal função. É que, como afirma o constitucionalista germânico Peter Häberle, “no processo constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (1991, p. 13).

Nessa mesma trilha, também é oportuno atentar para os ensinamentos de Konrad Hesse, que afirma que “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar, a vontade de concretizar essa ordem.

⁴⁹ A despeito de serem princípios, os preceitos citados não se descaracterizam como normas constitucionais, essencialmente. Considerando-os como normas constitucionais, cabíveis as colocações do insuperável J. J. Gomes Canotilho a esse respeito. De modo que, à liberdade concorrencial e defesa do consumidor, deve-se empregar as teses contidas no princípio da máxima efetividade, o qual “pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Também de se utilizar o princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”. Finalmente, merece ser citado o princípio da concordância prática, pelo qual não se permite o sacrifício de um bem jurídico em prol de outros, sendo que todos devem ser coordenados em harmonia (2001, p. 1187-1189). Os ideais constitucionais de liberdade da concorrência e proteção do consumidor devem ser implementados e maximizados conforme as proposições ora expostas. Quanto à harmonização, a liberdade de empresa não deve afastar a liberdade concorrencial e a defesa do consumidor.

Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.

E prossegue: “um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também da sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição” (1991, p. 19-21).

De certa forma, sintetizando esse raciocínio, Eduardo García de Enterría reza que: “La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central em la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación – por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos – en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate (1986, p. 33)”.

Ora, nos termos do artigo 174, da *Lex Legum*, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”. Já se mencionou, e adiante será visto mais amiúde, os fundamentos pelos quais se credita à ANATEL a atividade de vigilância no setor econômico examinado.

A atividade de fiscalização da Economia, conforme Eros Roberto Grau, “no contexto deste art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas (...) não de necessariamente estar a dar concreção aos princípios que conformam a ordem econômica” (2001, p. 317).

No campo específico das telecomunicações, Alexandre D. Faraco leciona que “certas características econômicas das atividades, assim como a posição dos antigos monopólios, tornariam inócua a mera revogação de proibições legais à entrada no mercado. Assim, a desregulação e a introdução da concorrência só se viabilizam, paradoxalmente, com o desenvolvimento de uma regulação voltada de modo específico à geração de condições concorrenciais onde elas não se verificam”. Prosseguindo, o autor afirma que “a opção política pela introdução de concorrência nas telecomunicações envolve a criação e a aplicação de todo um novo conjunto normativo. Isso significa que o movimento de modificação institucional verificado neste setor não pode se limitar à eliminação de normas jurídicas. Esse processo vem

acompanhado da edição de outras normas, sem as quais a reestruturação setorial seria impensável”.

E conclui: “não se trata apenas da implementação de uma regulação assimétrica às atividades do antigo monopolista, visando a conter o exercício por este do poder econômico que detêm na passagem de uma estrutura monopolizada para outra baseada na concorrência. Em um setor cuja organização se baseia na existência de uma rede unificada, a criação de um ambiente concorrencial depende diretamente do desenvolvimento de uma disciplina específica para o uso desta, sem o que é absolutamente impossível se cogitar da prestação dos respectivos serviços em bases concorrenciais” (2003, p. 68).

Diante desta perspectiva normativa e doutrinária, não se concebe motivos pelos quais pode a ANATEL continuar a se ausentar de sua missão constitucional de regulação e fiscalização da área econômica ora tratada, pois, segundo Lucia Valle Figueiredo, “a intervenção do Estado na ordem econômica justifica-se se e na medida da consagração dos valores assinalados no texto constitucional e pertinentes, sobretudo, à ordem econômica” (1998, p. 77)⁵⁰.

2. DA COMPETÊNCIA DA ANATEL NA FISCALIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO ACESSO À INTERNET

A ANATEL adverte que a Internet não faz parte dos serviços de Telecomunicações, sendo considerado um Serviço de Valor Adicionado aos serviços de Telecomunicações, pois traz “novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”, nos moldes do art. 61, caput, da Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações. Ora, tal argumentação, de maneira alguma pode eximir a ANATEL de sua competência legal-constitucional de regulamentação e fiscalização das atividades econômicas relativas à Internet no Brasil, como ocorre atualmente.

Primeiramente, faz-se necessário analisar os aspectos técnico-jurídicos inerentes ao funcionamento das redes de telecomunicações. O art. 60 da Lei de Telecomunicações define no seu § 1º, in verbis:

⁵⁰ A competência constitucional da ANATEL para a fiscalização do sistema de serviços de telecomunicações resulta do artigo 21, XI, da Carta Magna, que assim dispõe: “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”.

“Telecomunicação é 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.”

Nestes termos, a Internet em nada se diferencia, em sua infraestrutura, de um serviço de Telecomunicação, embora tenha-o por suporte, pois, em sua essência, é um serviço de transmissão de informações, sons e imagens, por meio de linha telefônica, cabo ou por sinais de rádio, de um emissor a um receptor, que podem ser tanto computadores como outros aparelhos eletrônicos (televisão, celulares etc.). Subsume-se, portanto, os serviços relativos à Internet ao conceito geral de serviço de telecomunicação previsto no artigo 60 do diploma citado, não na exceção constante do artigo 61 da mesma norma, ambos já descritos.

A corroborar essa afirmação sempre oportuno lembrar-se das palavras do Prof. Newton de Lucca, que diz:

“A linha telefônica é o meio do qual normalmente se serve o usuário para conectar-se ao provedor de acesso e deste para a Internet. Há outras formas, no entanto, menos conhecidas, como, por exemplo, o acesso à Internet pela TV a cabo ou através de um recurso denominado Speeds, adaptado à linha convencional pela companhia telefônica, que torna o acesso à Internet muito mais rápido, além de proporcionar melhor qualidade de som e de imagem. Para conectar-se à rede, como se sabe, o usuário necessitará, também de um modem - aparelho que efetua a conversão dos sinais sonoros transmitidos pelo telefone em sinais passíveis de ser reconhecidos pelo computador - e de um browser, vale dizer, um programa de computador que permite ao usuário escolher e utilizar as funções oferecidas pela Internet, fluindo pela páginas www. Os browsers que estão a disposição do usuário e mais conhecidos no mercado são: o Internet Explorer, da Microsoft; o Spry e o Netscape Navigator, da Netscape (agora da AOL), entre outros (2001, p. 84).”

A competência da ANATEL para regular e fiscalizar os serviços de telecomunicações, ademais do respaldo constitucional, é fixada pelo art. 19 da LGT, que determina:

“Art 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

(...)

XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;

XIX - 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.”

Os incisos transcritos ilustram, com clareza, os principais pontos que a ANATEL deverá fiscalizar e regulamentar, com especial atenção. Dentre eles, e são os que mais interessam neste caso, destacam-se os que determinam, impreterivelmente, a atuação da agência no controle, fiscalização e repressão na prestação de serviços de telecomunicações e na implementação da concorrência entre os prestadores.

Dessa forma, não existe razão técnico-jurídica a fundamentar a omissão da ANATEL quanto à sua obrigação de fiscalizar e regulamentar as relações econômico-concorrenciais oriundas da Internet, tal como prescrito no art. 19 da Lei n. 9.472/97, posto que relacionadas diretamente com a sua competência administrativa.

Assim sendo, não se pleiteia que a ANATEL regule as relações jurídicas que surjam em razão da relação do Provedor com o usuário ou das relações advindas da utilização deste no e pelo browser de navegação à Internet (crimes na Internet, spam, cookies, vírus, etc.), mas tão somente as relações jurídicas relativas ao uso da infra-estrutura de Telecomunicações da Internet, ao controle do tráfego de dados e informações, à atuação dos Provedores como prestadores de serviços de Telecomunicações, às questões relacionadas com a Concorrência entre Provedores e estes com as prestadoras de serviços de

Telecomunicações. Em suma, requer-se a regulação das relações concorrenciais vinculadas às atividades econômicas nascedouras da Internet.

Da maneira como entendido e, sobretudo, praticado por aquela Agência Reguladora, é como se a Internet existisse apenas mediante o que se apresenta na tela do computador. Na verdade, o fenômeno da Internet abrange muito mais do que isso; engloba toda uma infra-estrutura de serviços de telecomunicações, tais como roteadores, firewalls, linhas de transmissão, Protocolos de Internet (IP), Provedores de Acesso, etc.

Neste sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgado, a seguir transcrito, tido pelos especialistas como o leading case nessa seara:

“TRIBUTÁRIO. PROVEDOR DE INTERNET. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, ESPÉCIE DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. RELAÇÃO DE NATUREZA NEGOCIAL COM O USUÁRIO. FATO GERADOR DE ICMS DETERMINADO. INCIDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR N. 87/1996. LEI N. 9.742/1997.

Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu que “o provedor de acesso à internet não presta serviço de comunicação ou de telecomunicação, não incidindo sobre a atividade por ele desempenhada o ICMS”.

O Provedor de Internet é um agente interveniente prestador de serviços de comunicação, definindo-o como sendo ‘aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na INTERNET, seja armazenando e disponibilizando o site para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à INTERNET (PSC), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à INTERNET (SCI)’. (Newton de Lucca, em artigo ‘Títulos e Contratos Eletrônicos’, na obra coletiva *Direito e INTERNET*, pág. 60)

O provedor vinculado à INTERNET tem por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação exigido pelo cliente, por deter meios e técnicas que permitem o alcance dessa situação fática.

O serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações.

A Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, estabelece, em seu art. 2º, que incide o ICMS sobre ‘prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza’, círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à INTERNET, quando os comercializam.

Qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento de ICMS.

A relação entre o prestador de serviço (provedor) e o usuário é de natureza negocial visando a possibilitar a comunicação desejada. É suficiente para constituir fato gerador do ICMS.

O serviço prestado pelo provedor pela via de INTERNET não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997.

Recurso provido⁵¹

Por outro lado, e apenas ad argumentandum tantum, mesmo que se admitisse equivocado o raciocínio exposto acima, não poderia a ANATEL se eximir da sua competência funcional de fiscalizar e regulamentar o fornecimento de acesso à Internet. É que tal competência também poderia ser encontrada no que dispõe o art. 61, § 2º, da Lei de Telecomunicações, que preconiza:

“É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.”

Sob um prisma, ou por outro, resta evidenciado que a ANATEL, nos termos do art. 19, incs. X, XI, XVIII e XIX, c.c. os arts. 60 e 61, § 2º, da Lei n. 9.472/97, possui a função constitucional-legal de controlar e regulamentar a atividade econômica de provimento de acesso à Internet, a qual não exerce neste momento⁵², com as consequências a seguir examinadas.

⁵¹ Recurso Especial nº 323358/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU 03.09.2001, Seção I, p. 58.

⁵² A doutrina administrativista já se pronunciou acerca da questão das competências e poderes administrativos como poderes-deveres. Sobre isso, exemplificativa a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) a Administração exerce função: a função administrativa.

3. AUSÊNCIA DE CONCORRÊNCIA NO PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET - PROBLEMAS ESTRUTURAIS

Em consequência do modelo de privatização brasileiro, que seguiu o modelo econômico-estatal imposto pelo Banco Mundial, criou-se posições dominantes e poder de mercado⁵³ para os vencedores da licitação do Sistema Telebrás. Prova disto é o fato de que a infra-estrutura de Telecomunicações,

Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio”. E prossegue, afirmando que “nem mesmo satisfaz configurá-los como ‘poderes-deveres’, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano. Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de dever, não na de ‘poder’. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade. Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social- que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. ” (1997, p. 31 e 56-57). Não é diverso o posicionamento de Maria Sylvania Zanella di Pietro, para quem “embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis” (2002, p. 86). Adotando-se como premissa a idéia defendida pelos ilustres Professores, verifica-se que a ANATEL desdenha de sua competência funcional, a qual não é meramente poder, mas fundamentalmente dever-poder. Não cumpre, dessa forma, sua missão constitucional de realizar a regulação e fiscalização de um determinado segmento de mercado, com vistas ao interesse público e à proteção dos escopos constitucionais mais imediatos: liberdade de concorrência e defesa do consumidor.

⁵³ Como bem explica Renault de Freitas Castro, “Diz-se que uma firma tem poder de mercado ou posição dominante num certo mercado quando ela tem capacidade de agir com independência em relação a concorrentes e até a consumidores ou clientes, principalmente com relação à fixação dos preços do bem ou serviço produzido e à imposição de outras condições de negociação. A análise da existência de posição dominante requer, portanto, a prévia definição do mercado onde atua a empresa estudada, o chamado mercado relevante, conceito que, simplificadaamente, abrange o grupo de produtos ou serviços razoavelmente semelhantes ao que se estuda (mercado relevante em termos de produto/serviço) e a área onde atuam, em bases razoavelmente semelhantes, os produtores/fornecedores de um determinado bem ou serviço (mercado relevante em termos geográfico)” – grifos nossos (2002, p. 3-14).

antes estatal, passou para o controle de empresas privadas como Brasil Telecom, Telemar, Telefônica, que exercem o domínio sobre essas redes físicas. Entretanto, conforme determina a Lei de Telecomunicações - arts. 154 e 155-, estas empresas que compraram o Sistema Telebrás são obrigadas a permitir o uso de sua rede física às empresas-espelhos concorrentes (Intelig, Vésper, etc.), nos casos e condições a serem fixadas pela ANATEL⁵⁴.

Contudo, não haveria complicações no sistema adotado, que concede monopólio sobre toda a estrutura de telecomunicações, se houvesse fiscalização e regulamentação sobre a atuação estrutural destes prestadores de serviços, independentemente da configuração de comportamentos abusivos, desleais ou limitadores da concorrência e dos direitos do consumidor. A ANATEL, ao fiscalizar e regulamentar este mercado de telecomunicações, deveria ter em mente o art. 6º da LGT, que se fundamenta no postulado constitucional contido no artigo 170 da Carta Magna, já citado:

“Art 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.”

Não é porque a lei infraconstitucional permite e cria posição dominante e poder de mercado, que não se deve buscar promover a entrada de novos concorrentes ao mercado de telecomunicações, limitando, se for necessário, a atuação das concessionárias monopolistas do setor, a fim de impor os ditames constitucionais e legais sobre a liberdade de concorrência, inclusive nesse específico setor⁵⁵.

⁵⁴ Leciona Jacintho de Arruda Câmara que “o referido diploma legal institui expressa e claramente o regime de competição como princípio a ser seguido na regulamentação do setor”, sendo necessário, para tanto, a “implementação de instrumentos que propiciem a existência de um mercado competitivo, com a garantia da universalização na prestação do serviço” (1999, p. 184).

⁵⁵ Pedro Dutra tem outra opinião: “Que o poder de mercado em mercados regulados revela-se diverso, essencialmente, em relação aos mercados não regulados, a doutrina demonstra claramente. E, note-se, ainda, que a posição dominante ostentada pelas Concessionárias no mercado de STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado) tem extração legal: foi-lhes outorgada pelo poder concedente, nos termos das normas disciplinadoras do processo de privatização e da LGT.” Ora, não há como se admitir tal argumentação

Neste sentido, é sempre conveniente lembrarmos as lições de Calixto Salomão Filho:

“No setor de telecomunicações a situação parece mais clara. A opção do legislador pelo sistema concorrencial é bem mais evidente. Como na regulamentação da energia elétrica procurasse de início eliminar as características estruturais do setor a aproximá-lo dos monopólios naturais (2002, p. 226).”⁵⁶

Constata-se, claramente, que no Setor das Telecomunicações existe forte barreira à entrada de concorrentes⁵⁷, pois a instalação de nova infraestrutura de cabos e fibras óticas é muito cara, tornando-se inviável economicamente aos futuros ingressantes no mercado. Diante desta

hobbesiana. O limite do poder concedente deve estar subsumido aos desígnios da norma constitucional e infraconstitucional, que determinam o combate ao abuso de poder econômico, a livre iniciativa, a livre concorrência e da defesa do consumidor. Portanto, o poder concedente não pode autorizar aquilo para o que não possui respaldo constitucional. A defesa da concorrência, do consumidor e da livre iniciativa são princípios constitucionais inatacáveis, que deverão ser respeitados por todos os entes, principalmente os governamentais. Adotar-se exegese diversa seria dar as costas ao fato de que o poder concedente atuou arbitrariamente, fora dos parâmetros constitucionais atinentes à matéria. Diante disto, propõe-se à ANATEL e ao CADE o uso de sua competência, a fim de imprimir a correção dos excessos do poder concedente, com base nos mecanismos legais a eles concedidos pelos arts. 20 e 54 da Lei n. 8.884/94.

⁵⁶ Jacintho de Arruda Câmara lembra que “sem uma forte intervenção estatal nesta área, a competição torna-se praticamente impossível. Primeiramente, em virtude dos altos custos que envolvem a construção e instalação de uma rede de telecomunicações; tal fato demanda a necessidade do máximo aproveitamento dos recursos existentes, inclusive por terceiros, que não os proprietários das redes” (1999, p. 187).

⁵⁷ Arriscamos dizer que talvez a verdadeira intenção da Reforma Constitucional, ao romper o monopólio estatal na área de telecomunicações não tenha sido a efetiva melhora nos padrões de qualidade na prestação dessas utilidades. Nisto não estamos sozinhos, podendo se nos amparar no porto seguro do Prof. Eros Roberto Grau: “A nova redação conferida ao preceito, que menciona singelamente serviços de telecomunicações, refere simplesmente a autorização, concessão ou permissão dos serviços, o que importa que possam vir ser privatizados. Este terá sido, seguramente, o objetivo maior visado pelo Poder Executivo na proposição da reforma constitucional, em coerência com o programa neoliberal e de internacionalização econômica. O interesse das multinacionais sobretudo na telefonia celular é bem marcante, articulando-se com grande eficiência” (2001, p. 315).

perspectiva fática, urge a necessidade e o dever da ANATEL de fixar as condições do acesso e uso dos meios físicos das telecomunicações, através do compartilhamento (“unbundling”), conforme os moldes dos arts. 154 e 155 da LGT⁵⁸. Calha à fiveleta, sobre o problema da interconexão e do compartilhamento, a análise perpetrada pelo Prof. Calixto Salomão Filho:

“A primeira preocupação é garantir o amplo acesso de todas as operadoras à rede pública de telecomunicações⁵⁹, bem de valor inestimável e que não pode nem física nem economicamente ser duplicado. Por essa razão a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997) estabelece a obrigatoriedade da interconexão à rede pública (art. 147, que as denomina de “redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo”) ao mesmo tempo que dispõe que esta deverá ser realizada de forma não discriminatória e em estímulo à competição (art. 152) – (2002, p. 226).”

Por outro lado, mas no mesmo sentido, também é de se levar em consideração a tese defendida por Alexandre D. Faraco:

“(...) a interconexão não compromete o uso econômico que se pode fazer da rede. Continua sendo possível ao seu titular empregá-la na oferta de serviços próprios. Da mesma forma, é devida uma remuneração pelo uso da rede decorrente da interconexão. Apenas limita-se a possibilidade de recusar-se o transporte de informações

⁵⁸ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema do compartilhamento de redes, v. Pedro Dutra (2002, p. 15-47).

⁵⁹ Importante ressaltar que a rede de telecomunicações mantém essa qualidade de ser essencialmente “pública”, pois, como ensina Antônio Carlos Cintra do Amaral: “o serviço continuou a ser público. Privatizado foi o seu exercício” (2003, p. 50). Com isso, não se pretende um regresso ao modelo ultrapassado, eminentemente estatal, mas quer-se destacar que todo o uso econômico da rede física de telecomunicação deve ser pautado por uma perspectiva publicizante, no sentido de que sua utilização não corresponda à sua apropriação por um único ente privado. Ademais, não é de somenos importância lembrar, com Fernández Vázquez, que os bens públicos são “inalienables, insusceptibles de propiedad privada, imprescritibles e inembargables” (1981, p. 73). No mesmo sentido a lição de Bandeira de Mello, para quem bens públicos são aqueles “afetados à prestação de um serviço público” (1997, p. 556).

originadas a partir da rede de terceiros ou o acesso dos usuários de outros prestadores aos serviços oferecidos.

A imposição de um dever nesses termos não representa uma subtração do direito de propriedade. Caracteriza apenas um condicionamento que o adequa ao preenchimento da função social a ser atendida por uma rede de telecomunicações.

Nessa perspectiva, a disciplina das redes de telecomunicações trazida pela LGT reflete uma concretização do princípio da função social da propriedade sobre bens de produção, consagrado no artigo 170, III, da CF. Referência a tal circunstância é feita de forma expressa no artigo 146, III, da LGT, segundo o qual ‘o direito de propriedade às redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social’, o qual aparece vinculado, nos termos do caput, do dispositivo, à organização das ‘redes como vias integradas de livre circulação’.

Ademais, depende diretamente dessa forma de organização, baseada na interconexão das redes existentes, a realização de certos direitos básicos que a LGT atribui aos usuários dos serviços de telecomunicações, especialmente o direito à liberdade de escolha da prestadora do serviço e o de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço (2003, p. 85) (...).’

Nestes termos, verifica-se que embora exista a previsão legal para tal atuação da ANATEL, conforme antes exposto, esta se omite na sua obrigação de agir na regulamentação da estrutura das telecomunicações, com fulcro na promoção da efetiva concorrência no mercado. Como consequência da ausência de regulamentação no setor, a infra-estrutura da informação concentra-se nos detentores das redes físicas regionais, e, por isso, desobrigados a compartilhar suas redes com possíveis ingressantes no mercado, passam a controlar preços e impedir novas empresas de ingressarem no mercado; ademais, monitoram fluxos de dados e usam abusivamente sua posição dominante, dentre outras condutas vedadas pela legislação concorrencial.

Dessa maneira, os concorrentes dos monopolistas, para oferecerem serviços na mesma área de atuação, ficam à mercê de acordos bilaterais, com os detentores das redes físicas, sempre pautados pela desigualdade e pelo desequilíbrio econômico. Os detentores de monopólio, ademais, nem sempre respeitam as cláusulas de tais contratos, pois não há fiscalização efetiva da competente agência reguladora, a fim de limitar o comportamento

anti-concorrenciais (concorrência desleal; venda casada; exercício de forma abusiva posição dominante, etc.).

Para ilustrar como ocorrem tais circunstâncias, é bem significativa a situação do mercado de provimento de acesso à Internet. Por exemplo: uma prestadora de serviços de longa distância ou uma empresa-espelho decide fornecer serviços de instalação de links IP para Provedores de Acesso à Internet. Estas empresas garantem a seus clientes a manutenção da rede ligada 99,99% do tempo, colocam à disposição seus roteadores e técnicos, disponibilizam uma velocidade de fluxo de dados e o preço a ser pago por todos estes serviços.

Realizados todos os serviços para preparar o cliente a ser Provedor de Acesso à Internet, a prestadora de serviços de telecomunicações de longa distância ou a empresa espelho já deveriam permitir o cliente a fornecer acesso à Internet. Contudo, não é assim que têm ocorrido nesse mercado.

Como a rede física das telecomunicações encontra-se controlada por um oligopólio, sem qualquer obrigação de compartilhamento de rede (o que deveria ser objeto de regulamentação por parte da ANATEL - arts. 154 e 155 da LGT), a ligação final do link, bem como as estações de transmissão e roteadores até concorrente, fica à cargo destes detentores.

A fim de que possam valer-se das redes físicas, as concorrentes realizam contratos com os detentores destas, mediante paga, realizem as ligações necessárias. No entanto, o que pode impedir aos detentores das redes de se recusarem a ligar um link ou promover um atraso na conexão para o cliente, Provedor de Acesso, para venderem serviços seus a preços menores?

Efetivamente, não existem barreiras a tais atos anti-concorrenciais, pois não há qualquer fiscalização ou regulamentação por parte da ANATEL para evitar tais comportamentos. E é tal situação que concretamente se verifica nesse setor do mercado. Conseqüentemente, ficam o consumidor e o mercado sujeitos à imposição do detentor da rede física da venda de seu serviço em detrimento dos concorrentes, dos consumidores e da própria liberdade concorrencial. Diante disto, pode-se chegar às raias do absurdo, tendo o Provedor de Acesso à Internet de pagar por dois links, quando apenas necessitaria de um para garantir a seus clientes acesso à Rede.

São padrões concorrenciais como estes os adotados pelas detentoras das redes físicas que dominam e controlam a Internet brasileira, como também assinala o economista Paul Krugman⁶⁰.

⁶⁰ “A Internet está ameaçada – Serviço de banda larga precisa ser regulamentado”, O Estado de S. Paulo, 07.12.2002.

Constata-se, portanto, que o oligopólio das Telecomunicações e da Internet só se concretiza pela ausência e omissão da Agência Reguladora, que permite a atuação desenfreada e perniciososa dos grandes grupos econômicos, que controlam toda a infra-estrutura da Rede, bem como o fluxo global de informações e dados, livres de toda e qualquer fiscalização ou legislação específica.

A ausência de regulamentação do setor de Telecomunicações no Brasil acarreta graves riscos à livre iniciativa e a concorrência na infra-estrutura e no desenvolvimento da Internet no Brasil. Não há qualquer fiscalização ou controle das atividades das prestadoras de serviços de Telecomunicações e dos Provedores de Acesso; tampouco há regulação dos aparelhos e softwares que controlam os dados trafegados pela Rede. Assim, a Internet fica vulnerável, não somente aos ataques de hackers, mas, principalmente, à espionagem industrial, à cartelização de mercados e formação de trusts, monopólios regionais e oligopólios nacionais. Além de molestar a liberdade concorrencial constitucionalmente assegurada, obstruem a universalização das Telecomunicações e, conseqüentemente, a inclusão digital dos brasileiros (na sociedade mundial da informação).

Diante dessa omissão da ANATEL e da Secretaria de Direito Econômico, uma empresa de Telecomunicações, que detém a infra-estrutura de redes e cabos de telecomunicações, pode possuir também um Provedor de Acesso à Internet (como são os casos da Telefônica-Terra e Telemar-IG). Dessa maneira, permite a omissão da ANATEL o desenvolvimento de monopólios regionais, que impedem a fomentação e proliferação do setor de Internet no país: isso tanto quanto aos Provedores de Acesso como à própria difusão desta nova mídia de comunicação em massa.

O prestador de serviços de telecomunicações, ao controlar um provedor de Internet, detém um poder absoluto sobre o tráfego e o fluxo de informações produzidas na Rede. Através de aparelhos e softwares avançados, o prestador de serviços de telecomunicações/provedor pode impor e monitorar comportamentos, impedir a livre circulação de informações e pessoas, destruir e bloquear sites, desligar conexões físicas de provedores, etc.

É estranho verificar que a ferramenta jurídica inibitória desse comportamento e assecuratória da liberdade concorrencial existe, estando consubstanciada nos artigos 5º e 61, caput, da Lei Geral de Telecomunicações (que visam coibir a concentração deste mercado nas mãos das poderosas empresas telefônicas). Entretanto, a mesma não é efetivamente aplicada pelos órgãos constitucional-legalmente responsáveis - ANATEL, Secretaria de

Direito Econômico e o CADE-, os quais dão as costas à necessidade de regulamentar e fiscalizar o Setor⁶¹.

4. CONCLUSÃO

Dentro destas perspectivas, propugna-se, aqui, que a ANATEL inicie discussão ampla com a sociedade brasileira, a fim de regulamentar os aspectos relacionados com a infra-estrutura das Telecomunicações e as atividades econômicas vinculadas à Internet.

De que maneira regular os aparelhos e ferramentas tecnológicas das telefônicas e impedir o monitoramento do fluxo de informações na Internet? Qual a modalidade da responsabilidade civil das telefônicas sobre interceptações e invasões através de seus roteadores (subjéctiva ou objectiva)? Como fomentar a concorrência na Internet de Banda Larga e promover as novas tecnologias de acesso à Internet? Existem muitas outras indagações e colocações sobre o assunto que até hoje não foram feitas e que são de suma importância para a expansão e o incremento da Internet, com vistas a permitir a inclusão digital do povo brasileiro.

Caso a ANATEL, órgão a quem incumbe legal-constitucionalmente a vigilância deste setor, não coibir o liberalismo eletrônico atualmente vigente, a exclusão digital da população aumentará sensivelmente (por falta de opções de acesso à Rede) e o desenvolvimento econômico-tecnológico nacional continuará dependente de incentivos exógenos.

No mais, o fluxo de informações trafegadas na rede nacional de telecomunicações ficará sob o controle de poucos e gigantescos grupos econômicos, nacionais e estrangeiros, que monitorarão o dia-a-dia de toda pessoa e empresa na Internet. Podendo essas empresas utilizar ou disponibilizar tais informações como bem lhe aprouverem, os benefícios, decerto, não serão revertidos à população.

⁶¹ Revelando a mesma preocupação quanto à ineficácia das agências reguladoras, o Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral argumenta que “o desafio não consiste em extingui-las ou substituí-las, mas sim em melhor definir suas atividades e torná-las mais eficientes e eficazes” (2003, p. 52).

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico e Globalização, in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). Direito Global, São Paulo: Max Limonad, 1999.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. As Agências Reguladoras de Serviço Público devem ser extintas? in Revista Interesse Público, Ano 5, nº 18, mar-abr. 2003, Porto Alegre: Notadez, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Telecomunicações e Globalização, in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). Direito Global, São Paulo: Max Limonad, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

CASTRO, Renault de Freitas. Comentários sobre a Defesa da Concorrência no Setor de Telecomunicações, in Revista do IBRAC, vol. 9, n. 2, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações, in Revista do IBRAC, vol. 9, n. 2, 2002.

FARACO, Alexandre D.. Disciplina jurídica da concorrência e o acesso às redes de Telecomunicações, in Revista Interesse Público, Ano 5, nº 18, mar-abr. 2003, Porto Alegre: Notadez, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Hermeneutica e Supremacia Constitucional – el principio da interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, in Revista de Direito Público 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar, 1986.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos

intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LUCCA, Newton de. Títulos e Contratos Eletrônicos, in LUCCA, Newton de (org.). Direito e Internet, Aspectos Jurídicos Relevantes, São Paulo: EDIPRO, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial - As Estruturas, 2^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global, in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). Direito Global, São Paulo: Max Limonad, 1999.

VÁSQUEZ, Emilio Fernández. Diccionario de derecho público, Buenos Aires, Astrea, 1981.