

Telecomunicações e Respeito aos Consumidores

Sardas

Letícia de Faria

IJC INSTITUTO JURÍDICO DA
COMUNICAÇÃO

2003



Telecomunicações e Respeito aos Consumidores

Trabalho realizado por *Letícia de Faria Sardas*, na cadeira de Direito das Telecomunicações, ministrada pelo Doutor Pedro Gonçalves, no Curso de Pós Graduação em Direito da Comunicação, do Instituto Jurídico da Comunicação, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, no ano de 2003.

“É que, em rigor, estamos ainda longe de poder concluir que é completa e adequada a tutela que a lei presta ao utente dos serviços de telecomunicações. Embora seja indesmentível alguma evolução, que se reflecte sobretudo em norma genéricas e programáticas, a ausência de um desenvolvimento legislativo adequado contribui para que essa evolução não seja ainda sentida na vida real do utente dos serviços. Este *déficit* de regulação legislativa é sobretudo chocante se se recordar, que, em muitos domínios, continua a admitir-se a vigência de normas do princípio do século, manifestamente desadequadas aos imperativos constitucionais actuais, à nova natureza jurídica das organizações de telecomunicações e aos problemas colocados pelas novas possibilidades tecnológicas. ”



(**Pedro Gonçalves**)
(*O Utente do Serviço Público de Telecomunicações*)

INDICE

I – O Muro de Berlim – Os dois fundamentais acontecimentos que deram origem à globalização: a expansão tecnológica e a queda do Muro de Berlim. O mundo unipolar. A globalização capitalista e a globalização solidária.....	<i>pag. 03</i>
II – A Revolução Regulatória em Portugal: Funções. Empresas públicas. O dilema econômico do liberalismo. As autoridades reguladoras independentes.....	<i>pag. 06</i>
III – A Regulação no Brasil: O regime militar. A ineficiência dos serviços. A corrupção. Os apaniguados do círculo do poder. A privatização: críticas e aplausos. As agências reguladoras brasileiras. Retrocesso?	<i>pag. 13</i>
IV – O Consumidor Brasileiro: A sociedade de consumo. Intervenção do Estado. Legislativo, Executivo, Judiciário. Código de Defesa do Consumidor. Conceitos. Teoria do Risco do Empreendimento. Fato do produto ou do serviço e vício do produto ou do serviço.	<i>pag. 22</i>
V – O Consumidor na Comunidade Européia: A Comunidade Européia e a Política dos Consumidores. Serviço de recolha de informações. Tratado de Maastricht e Tratado de Amsterdã.....	<i>pag. 32</i>
VI – O Consumidor em Portugal: Conceito . Lei de Defesa do Consumidor. Conselho de Ministros. Instituto do Consumidor. Associações. Federação. Conselho Nacional do Consumo. Observatório de litígios de consumo.	<i>pag. 34</i>
VII – Telecomunicações: Serviço essencial. Monopólio estatal. Exploração comercial. Empresas públicas e empresas privadas concessionárias. Etapas da liberalização das telecomunicações. Serviços Universais. Liberalização e Harmonização. Directivas Européias. Livro Verde da Comissão. LBT/89 e LBT/97. Regime de oferta de rede aberta. Importância da desafectação da rede básica do domínio público.	<i>pag. 37</i>
VIII – Conclusão: Caracterização do perfil do consumidor. Utentes dos serviços de telecomunicações. Pessoas físicas, jurídicas e coletivas. Perguntas. A voz dos Tribunais. Passividade e aquiescência. A grande advertência. Risco da utilização abusiva. Respeito aos direitos pessoais.....	<i>pag. 46</i>
IX – Obras consultadas.	

I – O MURO DE BERLIM:

A globalização teve na sua gênese dois fundamentais acontecimentos: o advento e a rápida expansão das novas tecnologias da comunicação e, no campo político, um acontecimento marcante, que emocionou o mundo pela força de seu simbolismo: a queda do muro de Berlim.¹

Este marcante episódio² que acabou com a guerra fria, transformou o mundo de bipolar, em um grande terreno somente dominado pelos E.U.A.

Foram abolidas as fronteiras econômicas entre os povos dos diversos continentes e o capitalismo ganhou força no mundo moderno, comandado por modernas e poderosas empresas multinacionais com sedes nos países integrantes do bloco de primeiro mundo.³

A *superpotência* expandiu seus limites, rompendo as barreiras dos países subdesenvolvidos.

O poder político dos E.U.A., alicerçado na tecnologia, que possibilita a troca instantânea de informações e a manipulação de grandes capitais, desencadeou a vulnerabilidade de todos os mercados, traço que se agravou nos países do denominado *terceiro mundo*.⁴

Neste contexto, ficou seriamente prejudicada a capacidade de se concretizarem políticas econômicas diferentes e autônomas nos diversos países.

Este novo mundo unipolar assistiu, perplexo, o desenvolvimento do poderio econômico das grandes

empresas, o desaparecimento das fronteiras, a adulteração cultural dos povos, a massificação dos estereótipos sociais do primeiro mundo imposta pela avançada tecnologia da comunicação social, a forte pressão do consumo.⁵

Surgiram novas realidades sociais, em decorrência dos grandes acordos comerciais selados a nível mundial.

A União Europeia, assim como a América do Norte, transformou-se num palco de emigração massiva, fruto da procura de mão de obra pouco qualificada, de baixo custo, capaz de melhor atender a ganância especulativa das grandes potências económicas.

Neste quadro, vozes começaram a pedir o fim da *globalização capitalista*.

Na constatação da irreversibilidade da globalização, o mundo clama por uma *globalização solidária*, num anseio de se colocar a tecnologia a serviço de uma maior regulação do mercado, capaz de produzir uma mais adequada distribuição de riquezas.

II – A REVOLUÇÃO REGULATÓRIA EM PORTUGAL:

No paradigma tradicional do Estado intervencionista⁶, as funções de regulação das atividades eram efetuadas por via da propriedade, ou estavam integradas com a propriedade pública e eram confiadas diretamente aos operadores públicos de cada um dos setores.

As empresas públicas ⁷ eram as únicas responsáveis pela regulação de cada um destes setores, assim como das atividades dos operadores privados, mesmo que inexistisse monopólio.

Questão que se tem colocado, como um grande dilema econômico do liberalismo, é, sem dúvida, a referente à intervenção do Estado na vida social e econômica. ⁸

Nesta divisão de conceitos e de opiniões, uns defendem a ausência absoluta da intervenção estatal, como nos tempos do denominado *estado-mínimo* ⁹.

Outros preconizam uma acentuada e forte intervenção do Estado no mercado ¹⁰.

Uma terceira corrente, mais moderada, defende o mercado regulado pelo Estado, sem intervenção, a não ser em casos esporádicos e de real necessidade de intervenção. ¹¹

Nas duas últimas décadas operou-se em Portugal ¹² uma das transformações mais importantes da denominada ***“revolução regulatória”***.

Ocorreu a separação entre as funções de regulação pública e as empresas públicas, nas específicas hipóteses em que ao Estado cabe as funções de produção de bens e de produtos. ¹³

Comentando o fenómeno da ***revolução regulatória***, o professor Vital Moreira ¹⁴ ressaltou que neste novo modelo de *economia de mercado regulada*, que se caracteriza, fundamentalmente, pela liberalização dos setores de atividade anteriormente mantidos com exclusividade pelo

poder público e pela privatização das empresas públicas, a separação entre as funções de regulação pública e o setor empresarial do Estado remanescente, é tão importante como a liberalização e a privatização.¹⁵

Neste contexto, explica o mestre, as empresas públicas não mais são um mero instrumento de regulação, ou simples detentoras das funções de regulação.

As empresas públicas passam a estar sujeitas, em pé de igualdade, com os operadores privados do setor, ao poder regulatório de entidades reguladoras com funções exclusivamente reguladoras.

A **revolução regulatória** criou uma condição especialíssima para a liberalização e a privatização dos antigos nichos empresariais públicos, favorecendo o aparecimento de um novo quadro concorrencial.¹⁶

Assim, tem a entidade reguladora independente dos operadores públicos e privados, a função de manter as garantias de imparcialidade e de igualdade de condições dos diversos operadores.¹⁷

Sem a manutenção das garantias de imparcialidade e de igualdade, não se poderia assegurar o estabelecimento de um ambiente credível de liberalização e de concorrência.

De tudo se conclui que o traço essencial da **revolução regulatória** é a garantia da independência institucional dos agentes reguladores em relação ao Governo.

As *autoridades reguladoras independentes* não são importantes somente para a colocar à margem das mudanças

decorrentes dos seguidos ciclos políticos, mas também, e principalmente, para garantia da sua própria independência em relação ao Estado.

Relevante notar, neste ponto, que algumas autoridades reguladoras que se denominam *independentes*, não conseguiram se adequar a uma gestão típica, vez que se mantêm com uma estrutura dos tradicionais institutos públicos, tais como: mandato curto, destituibilidade, sujeição a uma superintendência, sujeição à tutela governamental.¹⁸

As autoridades reguladoras independentes devem seguir características e formatos próprios, tais como as de mandato longo, inamovibilidade, não sujeição à tutela e nem mesmo à superintendência no exercício das suas funções reguladoras.

Se as autoridades reguladoras estiverem sujeitas à tutela do mesmo membro do Governo que tutela o operador público, torna-se evidente o risco de influência dos interesses do Estado empresário.

O regulador, obviamente, deixará de ser *independente*, passando a sofrer visível e clara interferência das empresas públicas reguladas.

Cabe, portanto, ao Estado não só a criação, como a manutenção de condições para que as decisões proferidas pelas autoridades reguladoras sejam respeitadas pelas empresas públicas reguladas, sem o que não se poderá falar em *autoridade reguladora independente*.

III – A REGULAÇÃO NO BRASIL:

Durante o período militar o governo brasileiro era o único responsável pela distribuição de energia elétrica, petróleo, gás e telefone.

Estas atividades eram realizadas através das empresas estatais, que operavam sem fiscalização independente.¹⁹

O próprio governo militar, através de seus ministérios, monitorava o trabalho das companhias.

Neste quadro, sobressaíram fatos conhecidos e sempre destacados: a ineficiência dos serviços²⁰; a desenfreada inflação; o assustador crescimento da dívida pública; os abafados casos de enriquecimento súbito e sem causa.

As empresas estatais eram entregues aos apaniguados do *círculo do poder*, e eram vigiadas segundo critérios puramente políticos e não por critérios técnicos.²¹

A privatização²², tal como uma pílula dourada, foi ofertada como a grande solução deste processo.²³

A iniciativa privada assumiu as atividades que vinham sendo realizadas pela administração pública, deixando que o Estado se preocupasse somente com educação e saúde.²⁴

O governo abandonou o papel de fiscalizador das companhias privadas, que passou a ser exercido pelas agências reguladoras.

Com a posse de Luiz Inácio Lula da Silva, as agências reguladoras passaram a ser alvo de críticas por parte dos integrantes da alta esfera do governo.²⁵

No modelo atual²⁶, as agências reguladoras brasileiras são departamentos autônomos que criam as regras e fiscalizam o funcionamento das concessionárias de serviço público.²⁷

Funcionam no Brasil oito agências reguladoras federais e treze nos Estados e Municípios. Dentre as federais destacam-se: ANATEL (agência reguladora das telecomunicações); ANP (agência reguladora de petróleo), ANEEL (agência reguladora de energia elétrica).

Uma das mais importantes atribuições das agências reguladoras brasileiras é monitorar as tarifas praticadas pelas concessionárias.

É também atribuição das agências reguladoras a concessão de autorização para correção das tarifas e a fixação de parâmetros de qualidade para os serviços prestados.²⁸

Os presidentes das agências reguladoras têm o nome escolhido pelo governo, necessitam de aprovação do Senado e cumprem um mandato de prazo certo²⁹, o que visa evitar a interferência do Estado nas empresas privadas.

As agências reguladoras funcionam com verbas do Orçamento da União, previamente aprovadas pelo Congresso Nacional, mas ficam sujeitas à liberação do governo.

Um típico “*torniquete orçamentário*” vem sendo utilizado como forma de controle das agências reguladoras.³⁰

Assim, as que não atuam da forma aprovada pelo governo³¹, têm mais dificuldade em receber o repasse de suas verbas.

Tal como em Portugal, a sociedade vem discutindo o papel das agências reguladoras, chegando-se à conclusão que seria um terrível retrocesso desfigurar o papel que vêm exercendo.³²

A criação das agências reguladoras no Brasil marcou o diferencial, eliminando o uso do poder regulatório de forma politqueira, eleitoreira e demagógica.

De recente memória as concessões de rádio e de TV promovidas pelo Ministério das Comunicações no governo de José Sarney, como forma de barganhar os cinco anos de mandato presidencial.

No modelo que serviu de inspiração ao brasileiro, as agências reguladoras prestam contas ao Parlamento, o que ainda não acontece no Brasil, vez que há um projeto de lei neste sentido tramitando no Congresso Brasileiro.³³

Um termo novo, ainda de significado um tanto ou quanto obscuro, tem sido utilizado com frequência no meio econômico brasileiro.

Fala-se no PPP, como parceria-público-privada.

Pode ser sinônimo de *privatização prudente*, ou, quiçá, de *privatização pactuada*, mas os críticos do governo lulista já começam a falar de *privatização petista*.

Tenha um ou outro significado, há evidente receio do setor empresarial privado, desconfiado com a crescente e manifesta hostilidade demonstrada pela equipe governamental contra as agências reguladoras.³⁴

Neste clima, os indexadores utilizados nos contratos das concessionárias sequer tem escapado das severas críticas da equipe econômica alçada ao poder no governo petista.

Um fato, neste contexto, tem se mostrado evidente: o rápido crescimento do *risco regulatório* no mercado brasileiro.

IV – O CONSUMIDOR BRASILEIRO:

A proteção do consumidor é, sem dúvida, um dos maiores desafios da nossa era e tem representado, em todo mundo, um dos mais atuais e discutidos temas do direito.

Não se pode esquecer que o homem, a partir do século XX, com a revolução industrial, vive um *novo modelo associativo*, que tem sido denominada de *sociedade de consumo*.

O crédito, o marketing e a crescente dificuldade de acesso à justiça, figuras até bem pouco tempo desconhecidas da sociedade, ganharam relevância, piorando, em certos casos, a situação do consumidor.

Se nas sociedades primitivas o fornecedor e o comprador comerciavam através da *barganha*, numa evidente situação de equilíbrio das partes; agora o fornecedor passou a exercer a figura do mais forte, o que dita as regras, desestruturando e desequilibrando a balança da estabilidade social.

Tornou-se necessária a intervenção do Estado, nas suas três esferas, nestas relações típicas do direito privado. O Legislativo para formular as normas reguladoras das relações de consumo. O Executivo para implementar as normas. O Judiciário para dirimir os conflitos decorrentes da implementação das normas.

Numa inequívoca preocupação com a implantação de uma Política Nacional de Relações de Consumo, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a Constituição Cidadã de 1988, incluiu a *defesa do consumidor* dentre os *direitos e garantias individuais*, determinando no inc. XXXII, do art. 5º :

“ XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

Esta pioneira norma constitucional faz parte de um complexo de normas, complementada, à nível da Carta Magna, com a inclusão da *defesa do consumidor* dentre os princípios gerais da Ordem Econômica.³⁵

Com este arcabouço constitucional, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, foi sancionado em setembro de 1990, com vigência a partir de março de 1.991³⁶ e tem sido considerado uma das mais modernas e avançadas legislações consumeristas dos países desenvolvidos.

O conjunto de suas normas, de ordem pública, com relevante interesse social, forma uma disciplina jurídica única e uniforme.

Seu objetivo primordial é a tutela dos interesses patrimoniais e morais de *todos* os consumidores.

Alguns doutrinadores brasileiros, dentre eles sobressaindo Sérgio Cavalieri Filho, têm entendido que “... o Código do Consumidor realmente fez criar uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo.”³⁷

Esta afirmação decorre da constatação de que as normas consumeristas codificadas se aplicam em toda e qualquer área de Direito onde ocorrer uma relação de consumo.³⁸

Do entendimento do aspecto de *sobre-estrutura jurídica multidisciplinar*, advém a consciência de que os direitos básicos continuam regidos por suas normas, mas, no que pertine às relações de consumo, ficam também sujeitos ao CDC.

Exemplificando, para clarear o tema: os contratos continuam regidos por suas regras específicas, respeitados os seus princípios, tais como o da *liberdade de contratar* e o da *autonomia da vontade*.³⁹

Os dois polos, - ativo e passivo - da relação de consumo se encontram perfeitamente conceituados nas normas codificadas.

O conceito de consumidor⁴⁰ adotado pelo CDC é exclusivamente de caráter econômico, levando em conta basicamente aquele que, no mercado de consumo, adquire bens ou contrata serviços, como *destinatário final*⁴¹, pressupondo que o faz para atender uma necessidade própria e não para desenvolver uma atividade comercial.⁴²

Fornecedor de produtos ou de serviços ⁴³ é o responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor.

O CDC não utilizou os clássicos termos *industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador* ou *empresário*. ⁴⁴

O objeto da relação de consumo será sempre um produto ⁴⁵ ou um serviço ⁴⁶.

As inovadoras normas consumeristas transferiram para o produtor os riscos do consumo, adotando a denominada *teoria do risco do empreendimento*, também denominada de *teoria do risco empresarial*.⁴⁷

Houve a denominada *socialização do risco*, evitando que o consumidor fique sem reparação, ou assuma sozinho os *prejuízos* decorrentes dos acidentes de consumo. ⁴⁸

O art. 12 do CDC estabeleceu, expressamente, a *responsabilidade objetiva pelo risco do empreendimento*, dispondo:

“ Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e risco.”

Ao consumidor cabe provar o dano e o nexo de causalidade e pode ser beneficiado pela inversão do ônus da prova, estabelecida, expressamente, no inciso VIII, do art. 6º, do CDC.⁴⁹

O Código brasileiro distingue, ainda, a responsabilidade pelo *fato do produto*⁵⁰ ou *do serviço* da responsabilidade pelo *vício do produto* ou *do serviço*.

As pílulas de farinha, que causaram gravidez indesejada. A televisão que explode e causa o incêndio. O raticida na geleia de mocotó. O vazamento de gás que causa explosão e morte.

Todos estes casos estão inseridos na responsabilidade⁵¹ pelo *fato do produto*.

É responsável pelo fato do produto o fabricante, o produtor, o construtor e o importador (ver art. 12, §3º).⁵²

Tratando-se de responsabilidade objetiva⁵³, fundada no risco do empreendimento, é indispensável a comprovação do nexo causal.⁵⁴

Tema relevante tem sido o da análise da *culpa concorrente*, ou como querem os doutrinadores de *concorrência de causas*.

Na responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, fala-se dos defeitos inerentes aos produtos ou serviços – *in re ipsa*.

A hipótese não é mais de danos causados pelos produtos ou pelos serviços, como nos acidentes de consumo.⁵⁵

Agora se trata de vício de qualidade ou de vício de quantidade.⁵⁶

V – O CONSUMIDOR NA COMUNIDADE EUROPEIA:

A partir de 1989 foi criada a nível da Comunidade Europeia – CE -, o Serviço “ Política dos Consumidores” – SPC -, concretizando a necessidade de efetivação de uma política dos consumidores.

Uma das principais ações deste Serviço foi o de recolha de informações sobre as diferentes legislações de proteção aos consumidores nos Estados-Membros.

Em 01 de Novembro de 1993 entrou em vigor o Tratado de Maastricht, e, constatando-se a necessidade de se aprofundar o conhecimento das políticas organizacionais dos Estados-Membros, para posterior definição das ações específicas, elaborou-se um questionário que foi enviado aos doze integrantes da CE.⁵⁷

Em 02 de outubro de 1997 foi assinado o Tratado de Amsterdã, que somente entrou em vigor em 01 de maio de 1999, dispondo o art. 153º :

“1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um nível elevado de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu

direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

“2. As exigências, em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e na execução das demais políticas e ações da Comunidade.

“3. A Comunidade contribuirá para a realização dos objetivos a que se refere o n. 1 através de:

- a) Medidas adotadas em aplicação do artigo 95º. No âmbito da realização do mercado interno;
- b) Medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros (...).”

De acordo com o n. 05 deste texto legal, os Estados-Membros podem manter ou introduzir medidas de proteção mais estritas dos que as enunciadas, desde que sejam compatíveis como as do Tratado.

VI- O CONSUMIDOR EM PORTUGAL:

Considera-se *consumidor*, em Portugal, todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade econômica que vise a obtenção de benefícios.

Esta é a conceituação ⁵⁸ que se encontra no art. 2º., n.1, da atual lei de defesa do consumidor em Portugal, a Lei n. 24/96, de 31 de julho.⁵⁹

A proteção ao consumidor está inscrita na Constituição e a política para tutela dos seus direitos foi colocada sob a tutela do Conselho de Ministros, o que claramente demonstra a importância que lhe tem sido atribuída.⁶⁰

Portugal é um dos países da UE que mais se preocupou com a garantia e a harmonização das directivas consumeristas, e, à nível interno ⁶¹, o Governo fixou prioridades no programa governamental, dentre as quais, destacam-se a aprovação do Código do Consumidor, a criação de mecanismos de facilitação de acesso a bens e serviços essenciais e para tornar eficaz a fiscalização dos mercados, especialmente no que se refere à atividade publicitária, visando o reforço da credibilidade dos organismos que detêm poderes de inspeção.

As associações ⁶² de consumidores no âmbito do Conselho Económico e Social e do Conselho Nacional do Consumo⁶³ são instrumentos de relevante importância na informação e educação dos consumidores.

Além destes institutos, foi criado um *observatório de litígios de consumo*, que, em ligação com as associações de consumidores, os centros de arbitragem e os centros municipais de informação do consumidor, permite identificar e recensear os principais domínios em que os direitos do consumidor são violados.

VII – TELECOMUNICAÇÕES:

Em sede de telecomunicações⁶⁴, considerada serviço essencial, Portugal atuava em típica situação de monopólio⁶⁵, pois os serviços de telecomunicações eram administrados por empresas estatais ou por organizações sem personalidade jurídica.

O sistema de monopólio das telecomunicações em Portugal não exigia a exclusividade da exploração comercial dos serviços pelo próprio Estado.

Paralelamente às empresas públicas, o Estado podia conferir a exploração dos serviços de telecomunicações a empresas privadas concessionárias.⁶⁶

As telecomunicações, matéria que tem especial relevância neste estudo⁶⁷, integram um vasto leque de serviços ditos essenciais, que não se esgota na hipótese da telefonia vocal, incluindo outros e variados serviços tais como o videotexto, a telecópia, a telegrafia, a videoconferência, o tele-trabalho, a tele-venda, a tele-medicina, o tele-banco, os tele-jogos.⁶⁸

A estes exemplos podem ser acrescentados os serviços de consulta de bancos de dados, as novas e diferentes formas de comércio eletrónico, o *vídeo on demand*.⁶⁹

Com a *liberalização das telecomunicações* as alterações organizacionais neste setor foram rápidas e profundas, influenciadas por fatores políticos⁷⁰, fatores ideológicos e fatores técnicos⁷¹, que abriram caminho para esta nova fase das telecomunicações não só no continente europeu, como especificamente em Portugal.⁷²

Gradualmente⁷³ o movimento de *liberalização das telecomunicações* espalhou-se a todos os membros da Comunidade Européia.⁷⁴

O *Livro Verde da Comissão sobre o desenvolvimento do mercado comum das telecomunicações* (1987), enunciando princípios programáticos, lançando recomendações, apresentando propostas para a reestruturação das telecomunicações em

todos os Estados Membros da CE, deu início ao processo de desmantelamento do *monopólio público* deste setor, que inicialmente passou por um sistema intermediário, em que foi mantido o monopólio público *parcial*.⁷⁵

O dia 1 de janeiro de 1998 tem sido considerado como o marco da existência da *plena liberalização*, tornando obrigatória a conceituação e a determinação dos limites e alcance dos *serviços universais*.⁷⁶

Os princípios de *liberalização* e *harmonização* se materializaram num conjunto de *directivas da Comunidade Européia*, que, por sua vez, foram transpostas para o enquadramento jurídico interno dos Estados Membros.

A oferta de *rede aberta*, consistente no acesso aberto a serviços e redes públicas de telecomunicações, em atenção a condições harmonizadas, ensejou um estágio de *concorrência* e contribuiu, decisivamente, para a construção do *mercado único*.⁷⁷

A LBT/89, influenciada pelo Livro Verde da Comissão (1987), delimitou um serviço *público* de telecomunicações mantido sob a responsabilidade do Estado, limitado à prestação dos *serviços fundamentais*.

Os outros serviços de telecomunicações foram considerados *serviços complementares* e a exploração pode ser entregue às empresas *privadas*, o que ocasionou o regime de concorrência na prestação destes serviços.⁷⁸

Com a Lei de Bases das Telecomunicações, - LBT/97, de 1 de agosto de 1997, Portugal entrou numa nova fase no setor das telecomunicações.

A específica legislação definiu as bases gerais para gestão e exploração das redes de telecomunicações⁷⁹ e para a prestação dos serviços de telecomunicações.⁸⁰

Com a conclusão do processo de *liberalização* não faz sentido o estatuto de *bem de domínio público* atribuído à rede básica, uma vez que o acesso a esta rede por parte de *todos* os operadores de telecomunicações se mostra perfeitamente assegurado, através do *regime de oferta de rede aberta*, que obriga as concessionárias nos termos da lei e dos contratos de concessão.⁸¹

A *desafecção da rede básica do domínio público* por parte do Estado, realizada através da Lei n. 29/2002, de 6 de dezembro, seguida da alienação da rede básica às empresas concessionárias, representou um importante marco na evolução do mercado das telecomunicações portuguesas.

A importância da *desafecção da rede básica* também se fez sentir no aspecto da gestão financeira do Estado, pois permitiu que o Estado auferisse substancial receita, estando assegurado o pagamento de uma renda, até o mês de março do ano de 2025, pela concessão da rede básica à PT Comunicações.⁸²

No ano de 2003, diversas leis, decretos-leis, resoluções e portarias se dirigiram aos serviços de telecomunicações, consolidando a fase de liberalização deste setor.⁸³

Dentre estas normas legais, merecem destaque:

O Decreto-Lei n. 31/2003, de 17 de fevereiro, que estabeleceu as Bases de Concessão do serviço público de telecomunicações.⁸⁴

Em 6 de março de 2003, a Lei n. 6/2003, autorizou o Governo Português a legislar sobre o regime de expropriação da rede básica de telecomunicações.

A Resolução do Conselho de Ministros n. 56/2003, de 8 de abril, que estabeleceu dados para a implementação da Rede Nacional de Emergência e Segurança, criando o SIRESP – Sistema Integrado das Redes de Emergência e Segurança de Portugal.

O Decreto-Lei n. 95/2003, de 3 de maio, regulamentou o regime de expropriação da rede básica de telecomunicações.

VIII – CONCLUSÃO:

Tema que sempre suscita debate é o relativo à caracterização do perfil do consumidor, vez que há flagrante diversidade entre as noções nas variadas ordens jurídicas.⁸⁵

Sabe-se que consumidor não é uma mera atribuição de um *status jurídico*, mas o sujeito de uma relação jurídica, em decorrência do caráter dinâmico deste personagem da relação consumerista.

Importante destacar, outrossim, a finalidade ou o destino do bem ou do serviço, que não pode ser aquele que tenha uso profissional.

Por fim, merece realce a qualidade daquele que ocupa o pólo passivo da relação consumerista, vez que a pessoa que fornece o serviço ou transmite o bem, deve fazê-lo com finalidade profissional.

No contexto deste estudo, que visa uma breve explanação sobre os direitos dos *utentes* dos serviços de telecomunicações, algumas perguntas se impõem.

A primeira é saber se o *utente* dos serviços de telecomunicações pode ser considerado *consumidor* e se a ele se aplicam as regras especiais das leis de defesa do consumidor.

Ora, como visto neste esboço, as normas consumeristas, seguindo tendência mundial, consubstanciam um arcabouço constitucional, formando uma *sobre-estrutura jurídica multidisciplinar*, aplicável a todos os segmentos do mercado de consumo, não podendo ser afastado das demais relações jurídicas, mesmo que disciplinadas por leis especiais.

Como lei mais nova e da mesma hierarquia das anteriores que disciplinam a matéria, as normas elencadas no Código de Defesa do Consumidor prevalecem, sempre, sobre as leis anteriores e sempre se aplicam às relações que envolvem a prestação de serviços, sejam eles serviços essenciais ou não, públicos ou privados, prestados por empresas públicas ou por empresas privadas ou privatizadas.

Tratando-se de relação de serviços ou de consumo, as leis consumeristas, quer no Brasil, como em Portugal são as normas que receberam do legislador maior, através de expresso comando constitucional, a incumbência de

estabelecer uma disciplina única e uniforme para todas estas relações, prevalecendo sempre, naquilo que inovaram .

Pinto Monteiro, apreciando a questão da extensão das normas consumeristas às pessoas coletivas, colocou, com propriedade, uma interessante questão: *será consumidor do serviço de telecomunicações a sociedade comercial que dispõe de um serviço telefônico? E o advogado que se serve do telefone do seu escritório para contactar os clientes?*

A questão não é tão simples como possa parecer aos mais desavisados estudiosos do tema, pois, como ressaltado pelo mestre de Coimbra, busca-se saber se a proteção assegurada aos *utentes* dos serviços de telecomunicações deverá ficar subordinada a um conceito puramente técnico, como o de consumidor final, ou se a proteção deve abranger *todo e qualquer utente* dos serviços de telefonia.

O desembargador Sérgio Cavalieri Filho, um dos mais respeitados comentaristas dos direitos dos consumidores no Brasil, em acórdão proferido no julgamento da apelação cível n. 2002.001.10966, abordou o tema, ao se referir aos *bens de consumo intermediário*, dispondo:

" PESSOA JURÍDICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INCÊNDIO ACIDENTAL. CASO FORTUITO. DANO MATERIAL. PROVA SEGURA. RECURSO NÃO PROVIDO. CONSUMIDOR. Pessoa jurídica. Bens de consumo intermediário. Responsabilidade civil do fornecedor de serviços. Incêndio em suas instalações. Fortuito externo não excludente da responsabilidade. Em relação aos chamados bens de consumo intermediário a pessoa jurídica é consumidora porque os utiliza como destinatário final e não como mera intermediária ou insumidora. É pois de consumo, regida pelo CDC, a relação jurídica existente entre fornecedora de serviços

telefônicos e seus usuários, ainda que pessoas jurídicas. Incêndio nas instalações da fornecedora dos serviços caracteriza fortuito interno, que não exclui a responsabilidade, por integrar os riscos do negócio, ligado à organização empresarial, configurando defeito na prestação dos serviços. Dano material configurado e comprovado. O incêndio, fato público e notório, não poderia refletir negativamente na honra objetiva da usuária dos serviços em relação ao seu bom nome comercial e conceito perante seus clientes. Desprovemento de ambos os recursos. Sentença confirmada.” (grifamos)

Neste mesmo sentido, o desembargador Raul Celso Lins e Silva incluiu no conceito de consumidor o usuário da linha telefônica que se serve do serviço para a comercialização de produtos químicos:⁸⁶

“ LINHA TELEFÔNICA. ASSINATURA. DESCONSTITUIÇÃO DE DÉBITO ANTE A COBRANÇA DE LIGAÇÕES NÃO RECONHECIDAS E CONSIDERADAS ABUSIVAS. Comercialização de produtos químicos com a utilização de serviço telefônico prestado pela apelante para a consecução de seus propósitos comerciais. Incidência do Código de Defesa do Consumidor por estar a apelada dentro do conceito de consumidor. Existência de prestação de serviço a consumidor, o qual, ante a surpresa da cobrança e a negativa de uso de serviço, recorre ao judiciário com a finalidade de anular a cobrança na forma implementada. Deverá a apelante comprovar o serviço prestado e cobrado a título de ligações antigas, para exigir o pagamento. Manutenção da sentença. Conhecimento e improvemento do apelo.”
(grifamos)

Uma excelente distinção entre a definição de consumidor *geral* e consumidor *por equiparação*, pode ser encontrada no

juízo do agravo de instrumento n. 2002.002.07090, sendo relatora a desembargadora Maria Helena Salcedo:

" AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. CDC. Entendimento do juízo agravado de que estaria caracterizada relação de consumo entre as partes, facultando o ajuizamento da ação no domicílio da autora. Impossibilidade. A regra do art. 29 do CDC, que estabelece mais um conceito de consumidor por equiparação, refere-se, tão somente, à caracterização da relação consumerista, independentemente da existência de qualquer aquisição ou utilização. Ao contrário da definição do consumidor geral, constante do caput do art. 2º da mesma lei, aquela norma contenta-se com a simples exposição abstrata às práticas comerciais e contratos nela previstos, mas nem por isso tem a amplitude de alcançar relações não consumeristas de âmbito civil ou comercial, nos moldes da teoria maximalista. Pessoa jurídica que não é destinatária final dos produtos comercializados pela vendedora agravante. Conquanto na relação jurídica travada entre as partes esteja presente o elemento objetivo produto e o subjetivo fornecedor, não há o outro elemento subjetivo, o consumidor, pelo que incide a regra do art. 100, IV, a, do Código de Processo Civil. Agravo a que se dá provimento. Decisão unânime." (grifamos).

Para Pinto Monteiro, a lei portuguesa referente ao serviço telefónico, Lei n. 23/96, de 26 de julho, *não identifica o utente com o consumidor* em sentido técnico, dispondo, genericamente, que é utente a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo.

Logo, o *utente* não é caracterizado por sua qualidade e sequer pelo destino da chamada telefónica.

Concluiu o professor, acompanhando o pensamento dos modernos defensores da tutela dos direitos dos consumidores, que *a necessidade de proteger o utente é maior quando ele não passa de um consumidor final, mas o legislador entendeu – e bem – que não devia restringir o âmbito de aplicação da lei a tal situação.*

Relevante ressaltar, em tempo de remate, que a *liberalização* do mercado, e devido à sua estrutura, às características próprias do processo de *liberalização*, assim como em decorrência da tecnologia utilizada (economias de escala, economias de gama, externalidade de rede), da natureza dos serviços prestados (serviços essenciais e que, fatalmente, colocam em causa os direitos fundamentais, como a privacidade), são impostos aos operadores de rede e aos prestadores de serviços de telecomunicações, certas e determinadas obrigações, que devem ser cumpridas, exigidas, cobradas, não só pelas autoridades reguladoras nacionais, como pelos usuários dos serviços de telecomunicações e, principalmente, por *todos* os que se preocupam com o maior dos males desta época de globalização, *a concorrência selvagem* que visa somente o lucro, distanciada dos direitos das classes desprivilegiadas.

A advertência de Noam Chomsky é plenamente adequada:

" Em qualquer país, há alguns grupos que detêm o verdadeiro poder. (...) Ele está basicamente concentrado nas mãos das pessoas que determinam as decisões de investimentos - o que é produzido e o que é distribuído. Eles em geral formam a equipe do governo que escolhe os estrategistas e fixam as condições gerais do sistema doutrinário.

" Uma das coisas que eles mais querem é uma população passiva e aquiescente. Então, uma das coisas que se pode fazer para lhes tornar a vida incômoda é não ser passivo e aquiescente."

Aliás, o professor Rui de Assis Ferreira, ao se referir à proteção do consumidor de serviços de telecomunicações em Portugal⁸⁷, já havia alertado que a importância da tutela dos direitos dos *utentes* é relevante por significar a salvaguarda dos aspectos nucleares da nossa cidadania, a que nos define como seres humanos e como membros da polis.

Daí, concluiu o mestre, a importância de se fazer respeitar no domínio das telecomunicações, o amplo catálogo constitucional dos direitos pessoais, contra os evidentes riscos de utilização abusiva da parafernália tecnológica.

OBRAS CONSULTADAS

- * **Almeida**, José Augusto Lemos de – “*Audivisual – Nova Legislação Brasileira*” – Editora Forense – Rio de Janeiro – Brasil, 2002.
- * **Ascensão**, José de Oliveira – “*Sociedade da Informação*” - “*Direito da Sociedade de Informação*” - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Associação Portuguesa do Direito Intelectual – Coimbra Editora – 1999, pag. 163/184.
- * **Baracho**, José Alfredo de Oliveira - “*Teoria Geral do Direito Constitucional Europeu*” - Revista dos Tribunais – v. 794, pág. 11/55 – ano 90, 1991.
- * **Carvalho**, Alberto Arons, **Cardoso**, António Monteiro, **Figueiredo**, João Pedro – “*Direito da Comunicação Social*”- Editorial Notícias, Lisboa, 2003.
- * **Chomsky**, Noam
- “*O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e Ordem Global.*” – Bertrand Brasil, 3ª edição, 1998.
- “*O que o Tio Sam realmente quer*” – Editora UNB – 2ª Edição.
- “*A Minoria Próspera e a Multidão Inquieta*” – Editora UNB – 2ª edição.
- * **Faria Costa**, José Francisco
- “*O Direito Penal, a Informática e a Reserva da Vida Privada*” - Comunicação e Defesa do Consumidor – Instituto Jurídico da Comunicação – Actas do Congresso Internacional organizado pelo IJC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de novembro de 93 – Coimbra, 1996.
Comunicação e Defesa do Consumidor – Instituto Jurídico da Comunicação – Actas do Congresso Internacional organizado pelo IJC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de novembro de 1993 – Coimbra, 1996.
- “*Telecomunicações, protecção da vida privada e outros bens jurídicos pessoais*” - Actas do Colóquio “As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da

Informação”, realizado pelo IJC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999.

* **Ferreira**, Rui Assis – “*A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*” - Actas do Colóquio “As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação”, realizado pelo IJC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999.

* **Franca**, Marcilio Toscano, Filho - “*As Directivas da Comunidade Européia : elementos para uma teoria geral*” – Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 37, ano 9, pág. 8/25 – Editora Revista dos Tribunais, 2001.

* **Garcia**, Maria - “*A Constituição e os Tratados*” - “ – Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 37, ano 9, pág. 38/43 – Editora Revista dos Tribunais, 2001.

* **Giddens**, Anthony

- “*Mundo em descontrolo : o que a globalização está fazendo de nós*” – Record – Rio de Janeiro/São Paulo, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, 2000.

- “*A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*” - Editora Record, Rio de Janeiro/São Paulo, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges – 4ª. Edição, 2001.

* **Gonçalves**, Pedro

- “*Direito das Telecomunicações*” – Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

- “*O Contrato Administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*” – Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

- “*O Utente do Serviço Público de Telecomunicações*” Comunicação e Defesa do Consumidor – Instituto Jurídico da Comunicação – Actas do Congresso Internacional organizado pelo IJC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de novembro de 1993 – Coimbra, 1996.

* **Hobsbawm**, Eric – “*Tempos Interessantes – uma vida no século XX*” – Companhia das Letras, 2002.

* **Monteiro**, Pinto António – “*A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*” – Actas do Colóquio “As

Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação”, realizado pelo IJC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999.

* **Leitão**, Alexandra – “*A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*” - Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

* **Rabaça**, Clara Elete Gomes - “*O regime jurídico-administrativo da concentração dos meios de comunicação social em Portugal*” – Livraria Almedina – Coimbra, 2002.

* **Rodriguez**, Miguel-Angel – “*A liberalização do mercado das telecomunicações*” - Actas do Colóquio “As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação”, realizado pelo IJC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999.

* **Santos**, Andreemara - “*O sistema jurisdicional de garantia dos direitos individuais no Tratado da Comunidade Européia*” – Cidadania e Justiça – Revista da AMB, ano 5, n. 11, pag. 46/74 – 2001.

* **Schumann**, Harald e **Martin**, Hans-Peter – *A Armadilha da Globalização* - Editora Globo, 6ª edição.

* **Tamer**, Sérgio Victor – “*Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil*” – Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.