

UNIÃO EUROPEIA: A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS

*EUROPEAN UNION: A PROTECTION OF CONSUMERS
IN ELECTRONIC COMMUNICATIONS*

Prof. Dr. Paul Nihoul¹
Beatriz Binello Valerio Desmaret²

RESUMO: As comunicações eletrônicas têm sido liberalizadas na União Europeia. O objetivo da reforma era para melhorar a situação dos consumidores. De um ponto de vista jurídico, os consumidores estão suficientemente protegidos – essa proteção torna possível para eles colher os frutos da liberalização?

PALAVRAS-CHAVE: Liberalização. Consumidores. Comunicação eletrônica.

ABSTRACT: Electronic communications have been liberalized in the European Union. The purpose of the reform was to improve the situation of consumers. From a legal point of view, are consumers sufficiently protected – does this protection make it possible for them to reap the fruit of liberalization?

KEY WORDS: Liberalization. Consumer. Electronic communications.

RÉSUMÉ: Les communications électroniques ont fait l'objet d'une libéralisation au sein de l'Union européenne. Cette libéralisation avait pour objet l'amélioration de la situation des consommateurs. Sur le plan juridique, ceux-ci sont-ils suffisamment protégés pour profiter des biens et des services qui leur sont ainsi proposés?

MOTS-CLÉS: Libéralisation. Consommateur. Communications électroniques.

1 Introdução

A Comunidade Europeia conheceu uma onda de liberalização durante as duas últimas décadas. Diversas medidas foram adotadas no setor das telecomunicações, que desde então se tornou o setor das comunicações eletrônicas. Elas foram, em seguida, substancialmente estendidas a outras atividades econômicas que apresentam características similares («*Public utilities*»)³.

As diretivas europeias foram consideravelmente adotadas «em prol dos consumidores». O objetivo declarado foi o de fornecer aos consumidores uma escolha entre produtos e serviços que jamais lhes seriam oferecidos se os mercados continuassem organizados sob a forma de monopólios. Nesse diapasão, a esperança expressa era que, por intermédio da escolha assim aberta

aos consumidores, uma pressão fosse colocada sobre as empresas, que seriam, então, forçadas a aprimorar as suas prestações.⁴

Além das mudanças relativas à organização do mercado, vários direitos foram concedidos aos consumidores. É ao exame desses direitos que é consagrado o presente artigo – oportunidade em que se analisará se a liberalização realmente teve o condão de melhorar situação jurídica dos consumidores e em qual proporção.

No estudo em tela, concentraremos nossa atenção sobre as regras adotadas no setor das comunicações eletrônicas, que foi o primeiro setor influenciado com a liberalização. As regras adotadas nos outros setores as seguirem – o que limita o seu interesse para o propósito que aqui será desenvolvido.

A Liberalização: Breve Descrição

Antes de adentrarmos no estudo da proteção dos consumidores no setor das comunicações eletrônicas, faz-se necessário apresentarmos um breve relatório acerca do processo pelo qual a liberalização foi levada a efeito nas comunicações eletrônicas na Europa.⁵

Primeiras diretivas de liberalização

A iniciativa da liberalização veio da Comissão Europeia, que adotou, no fim dos anos 80, duas diretivas que abrem à concorrência, sucessivamente, os mercados de terminais de comunicação e de serviços fornecidos nesse mesmo setor. São elas:

→ A Diretiva 88/301/CEE da Comissão, de 16 de maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações JO L 131, 73.

→ A Diretiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações JO L 192, 10.

A posição do Tribunal de Justiça

A adoção dessas diretivas não deixou os Estados-Membros indiferentes. Com efeito, tradicionalmente, eram eles que controlavam o setor público sobre seus territórios. Essa competência, que se pode dizer remontar aos primórdios, veio a ser abalada pela Comissão. Os Estados ou, ao menos, grande parte deles, questionaram a legalidade dos instrumentos adotados, porém sem grande sucesso. Na ocasião, considerou o Tribunal de Justiça que a Comissão tinha efetivamente competência para aplicar o direito da concorrência tanto às empresas que dispõem de direitos especiais ou exclusivos quanto às que fornecem serviços de interesse geral (Art. 86 CE).⁶

Diretivas de harmonização

Preocupados em manter a sua competência no ramo, os Estados adotaram uma série de diretivas visando regulamentar o setor como um todo. Fundamentaram-se no artigo 95 da CE e tinham por objetivo harmonizar as legislações nacionais existentes na área – legislações cuja diversidade, segundo eles, atentava à realização do mercado interno.

Nesse sentido, e.g., foi a telefonia pública objeto de um diploma específico: a Diretiva 95/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1995, relativa à aplicação da oferta de rede aberta (“ORA”, em inglês “ONP” - *Open Network Provision*) à telefonia vocal (JO L 321, 6).

Outrossim, foi adotada a Diretiva 97/13/CE de 10 de abril de 1997, relativa a um quadro comum para as autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações (JO L 117, 15. JO L 117, 15). Referido instrumento estabelece regras comuns para as condições e formalidades que podem ser impostas às empresas que desejam oferecer um serviço telecom.⁷

Essas regras acrescentaram-se às normas existentes relativas às redes. Observe-se que antes mesmo da adoção das diretivas de liberalização, o Conselho já havia iniciado uma atividade de harmonização nesses mercados. O objetivo era assegurar que os terminais fabricados e/ou comercializados legalmente em um Estado-Membro pudessem ser importados em outro.

Continuação da liberalização

Entretanto, prosseguia a Comissão no movimento de liberalização aplicando os princípios introduzidos por seus dois primeiros instrumentos a outros segmentos das comunicações eletrônicas, como às comunicações por satélites,⁸ às comunicações móveis e pessoais,⁹ às outras formas de serviços¹⁰ e, por derradeiro, ao fornecimento de rede.¹¹ Ao fim do processo, o objetivo fixado pela Comissão era nada menos que um «*Full competition*»: o funcionamento concorrencial de todo o setor até primeiro de janeiro de 2008.

Dois «blocos»

A adoção desses diversos instrumentos conduziu a uma situação caracterizada pelo confronto de dois “blocos” de diretivas. Por um lado, as diretivas provenientes da Comissão, fundadas sobre o artigo 86 da CE, procedendo à liberalização do setor; por outro, as diretivas adotadas pelo Conselho e, em seguida, pelo Conselho e pelo Parlamento, baseadas e inspiradas por um objetivo de harmonização.

«Novo quadro regulamentar»

Referida situação, sem precedentes, tornava-se um imbróglio. Era necessário que as diversas instituições se entendessem. Passaram então às negociações. Dessas tratativas surgiu um «novo quadro regulamentar» que, no domínio dos serviços e das redes, revogou todos os instrumentos anteriores, substituindo-os por algumas novas diretivas, conforme segue:¹²

→ Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrônicas (diretiva “quadro”).¹³

→ Diretiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de março de 2002, relativa ao acesso e à interligação de redes de comunicações eletrônicas e recursos conexos (diretiva “acesso”).¹⁴

→ Diretiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrônicas (diretiva “autorização”).¹⁵

→ Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrônicas (diretiva “serviço universal”).¹⁶

CINCO PRINCÍPIOS BÁSICOS

Substancialmente, as diversas diretivas adotadas pelas instituições europeias no contexto da liberalização são calcadas em cinco princípios que podem ser examinados a partir das regras a seguir analisadas:

Introdução da concorrência

O primeiro princípio é o da introdução da concorrência em mercados anteriormente reservados a determinadas empresas. Esse princípio tem consequências importantes para

os consumidores, em particular, para aqueles que não se encontram satisfeitos com as prestações ofertadas pelo seu distribuidor. Antes da liberalização, esses consumidores não tinham alternativa. Se desejavam um determinado bem ou serviço, eram obrigados a fazer apelo ao operador nacional e com ele permanecer ligado, independentemente do grau de satisfação ou do desejo de prosseguir na relação. Com a chegada da concorrência, surge-lhes, finalmente, a oportunidade de se dirigir a outro distribuidor.

Autorizações

Na sequência da introdução da livre concorrência, a possibilidade de os Estados-Membros regulamentarem as atividades no setor das comunicações eletrônicas em seus territórios sofreu diversas limitações. Sobre este ponto, a ideia central é a seguinte: a liberalização implica a abertura dos mercados a novos protagonistas, mas para que eles possam efetivamente empreender suas atividades, é necessário que se evite desencorajar-lhes ou lhes impor obrigações que aumentem seus custos, tornando problemático o exercício de suas atividades. Ora, segundo as instituições europeias, os Estados-Membros têm precisamente o hábito de regulamentar as atividades de maneira intensiva mesmo quando isso é dispensável. Por conseguinte, no intuito de evitar a adoção de tais regras nacionais e garantir a introdução efetiva da livre concorrência na União Europeia, o Parlamento Europeu, o Conselho de Ministros e a Comissão Europeia identificaram nas diretivas aplicáveis às comunicações eletrônicas as obrigações e condições que ainda podem ser impostas pelos Estados-Membros às empresas do setor.¹⁷

Enquadrar os poderes de mercado

Fica claro, portanto, que os Estados-Membros devem reservar as suas atividades regulamentadoras aos casos verdadeiramente essenciais que são, inclusive, devidamente apontados pelas autoridades europeias. São situações que implicam a existência de um poder detido por uma ou mais empresas sobre um determinado mercado (poder de mercado). Nesses casos, um controle deverá ser exercido, como de se evitar a emergência de abusos de posição dominante. Ora, conforme a filosofia subjacente à reforma, os mercados fornecem resultados satisfatórios quando seus atores são livres, isto é, quando se beneficiam de um grau suficiente de liberdade para explorar seus talentos e realizar seus projetos. A liberdade econômica e, por conseguinte, a eficiência são indubitavelmente ameaçadas pela detenção de poder por particulares.¹⁸

Organização administrativa

Um último conjunto de medidas organiza o quadro administrativo necessário para aplicar os princípios anteriormente mencionados, bem como as regras que os levam a efeito. Essa aplicação efetiva-se em nível nacional através da criação de autoridades regulamentares nacionais, cujos objetivos e tipos de medidas encontram-se explicitados na regulamentação europeia.

Proteção dos utilizadores

É de todo oportuno observar que a introdução da concorrência, a limitação da competência legislativa dos Estados ou a regulamentação do poder de mercado não criam necessariamente um contexto no qual os utilizadores são tratados satisfatoriamente pelas empresas. Fazia-se então necessário a elaboração de disposições para regulamentar de maneira específica as relações entre empresas e consumidores como, *e.g.*, a proteção de determinadas categorias da população, a oferta de um serviço universal a todos os utilizadores ou a imposição de direitos contratuais aos consumidores.

MEDIDAS DE CARÁTER SOCIAL

Medidas

Com a adoção da Diretiva sobre o Serviço Universal, os Estados-Membros passaram a ter competência para adotar medidas visando assegurar aos utilizadores de baixa-renda ou com necessidades sociais específicas acesso aos serviços de telefonia disponíveis ao público (Artigo 9º, § 2). Essas medidas podem tomar a forma de “opções tarifárias” diferentes das condições comerciais aplicadas aos clientes comuns. Outrossim, pode uma ajuda ser atribuída pela autoridade aos utilizadores (Artigo 9º, § 3).

Essas medidas apresentam indubitavelmente um caráter social. Entretanto cumpre-se indagar se realmente seriam reveladoras de uma política que visa proteger o consumidor. Até certo ponto, não há dúvida que sim. Afinal, o direito do consumidor objetiva obter um equilíbrio e melhorar a situação das categorias menos privilegiadas da população. Ora, com essas disposições de caráter social, os usuários pertencentes às categorias menos privilegiadas da população podem enfim ter acesso a serviços que jamais lhes seriam disponíveis se fossem mantidas as mesmas condições de outrora.

Financiamento

Por outro lado, não se pode perder de vista que as ações e medidas de caráter social devem ser financiadas.¹⁹

Nos termos da Diretiva sobre o Serviço Universal, três métodos podem ser utilizados:

O primeiro consiste em exigir que o custo relativo às disposições de caráter social seja financiado pela empresa que fornece o serviço.

O segundo é realizado por intermédio de uma compensação do custo suplementar decorrente da oferta de serviço universal, isto é, por um subsídio. Observe-se, entretanto, que nos termos da diretiva em tela, esse segundo método não pode ser utilizado em toda e qualquer circunstância, mas apenas quando o peso que recai sobre a empresa for considerado inevitável. O subsídio a ser pago em tal situação deverá ser limitado ao custo líquido do fornecimento do serviço e/ou de sua execução.

Por sua vez, o terceiro método comporta igualmente o pagamento de um subsídio. Este, porém, não é pago por uma autoridade, mas provém de um fundo que deve ser estabelecido no Estado-Membro, através da recolta de subvenções provenientes dos fornecedores de serviços em atividade no respectivo território nacional. Note-se que a esse cenário também se aplicam as condições do segundo método anteriormente analisadas, ou seja, faz-se necessário que um peso inevitável recaia sobre a empresa para que possa fazer jus ao subsídio.

Dos três métodos, o segundo é raramente utilizado. Hodiernamente, as autoridades têm dificuldade em encontrar recursos que possam ser investidos na oferta de serviço universal. Isso ocorre, notadamente, em uma época marcada pela venda, por parte dos Estados, de suas participações em antigas empresas estatais, com a conseqüente renúncia à perspectiva de receber dividendos anuais substanciais. O período é também difícil aos Estados que, na esperança de atrair investidores estrangeiros, reduzem a carga tributária incidente sobre as empresas, acarretando assim uma diminuição de seus recursos.

O impacto sobre os consumidores

Na Comunidade Europeia o serviço universal é, portanto, principalmente financiado por meio do primeiro e do terceiro métodos. Observe-se, porém, que tais métodos não são neutros no que concerne ao consumidor.

No primeiro método (financiamento pela empresa), o ator econômico deve sozinho encontrar os recursos necessários para compensar os custos provenientes das medidas de caráter social. Ora, a

mobilização de tais recursos raramente é aceita pelos acionistas. Com efeito, em um contexto marcado pela mobilidade mundial do capital, os investidores não aceitam facilmente que a remuneração sobre suas participações seja limitada.

Os recursos devem, por conseguinte, ser encontrados em outro lugar. Na maioria dos casos, são eles financiados por intermédio de aumento de produtividade. Nesse caso, quem financia as medidas sociais são os trabalhadores. As prestações podem, igualmente, ser financiadas através do aumento dos preços. Aqui, são os consumidores que assumem a carga dos custos suplementares resultantes das medidas sociais. Porém, nem todos. Afinal, aqueles que têm acesso a essas medidas especiais de caráter social têm, por definição, o direito de obter condições mais favoráveis, de forma que quem assume o encargo são os consumidores fora desse esquema, ou seja, aqueles que não têm direito a um tratamento especial a título de medidas sociais.

O mesmo ocorre com relação ao terceiro método (subsídios pagos por intermédio de fundos alimentados pelos fornecedores de serviços). As contribuições dos fornecedores também hão de ser financiadas. De novo, os financiamentos raramente vêm dos investidores. O encargo deve assim, novamente, recair sobre os trabalhadores e consumidores.

Assim, cumpre ressaltar que as medidas de caráter social estabelecidas no âmbito regulamentar europeu são financiadas por uma transferência de recursos que se opera entre diferentes categorias de consumidores. Os consumidores que possuem rendimentos superiores ou que não têm necessidades específicas financiam as medidas para aqueles menos afortunados.

Poderíamos então considerar que essas medidas de caráter social pertencem a uma política que visa proteger os consumidores? Tudo depende daquilo que entendemos por proteção. Nossa posição é de que a proteção dos consumidores está intrinsecamente ligada à relação que esses entretêm com as empresas. Nessas relações, os consumidores necessitam de certa proteção, pois, frequentemente, encontram-se em uma posição menos vantajosa. Ora, as medidas de caráter social previstas na Diretiva sobre o Serviço Universal apenas têm o condão de tornar possível o acesso de certas pessoas a serviços específicos e de conceder subvenções de segurança social, fornecidas geralmente sob a forma de pagamento a ser gasto pelos beneficiários conforme as suas escolhas. Não tratam assim, especificamente, da relação consumidor-empresa.

SERVIÇO UNIVERSAL

Prestações fundamentais

Além das medidas de caráter social anteriormente estudadas, as instituições europeias identificaram na Diretiva sobre o Serviço Universal diferentes serviços que devem se tornar acessíveis aos cidadãos a condições razoáveis. De maneira geral, os elementos do serviço universal devem ser fornecidos pelas forças do mercado em um ambiente competitivo. Em circunstâncias específicas, é possível que o objetivo de acessibilidade geral não possa ser atingido através da simples ação dos mercados. A Diretiva estipula que, em tais situações, os Estados-Membros têm o direito de intervir.

Observe-se que assim como nas medidas de caráter social anteriormente examinadas, a intervenção das autoridades nacionais implica, em princípio, a designação de uma ou de várias empresas que serão encarregadas de garantir a oferta dos serviços ou de parte deles. Permite-se que uma compensação seja concedida a essas empresas se, e na medida em que, o fornecimento dos serviços constitua para elas uma carga injusta.²⁰

Proteção dos consumidores?

Aqui, ainda, confrontamo-nos à pergunta: será que tal mecanismo contribui para a proteção dos consumidores? De certa forma sim. Afinal a diretiva determinou a acessibilidade à comunidade como um todo de prestações fundamentais a condições razoáveis. Dessa maneira, pode-se afirmar que aqueles que não tiveram acesso a tais serviços ou os tiveram em condições menos favoráveis se beneficiam, sim, de certa proteção.

Vale lembrar, porém, que essas medidas também devem ser financiadas. Os métodos supradescritos são igualmente aplicáveis aqui. Como já observado, o segundo método (subsídio público) raramente é utilizado nos Estados-Membros. As autoridades preferem, em geral, o primeiro e o terceiro métodos de financiamento (empresa, fundos). A dificuldade, no entanto, é que, como já explicado, esses dois métodos implicam uma transferência de recursos entre categorias distintas de consumidores.

Ilustração

No íterim de fornecer uma ilustração, imagine o exemplo de um utilizador localizado no topo de uma montanha situada em uma região deserta. Como inexitem outras pessoas nas redondezas, a ligação ao serviço público telefónico desse utilizador implica um custo substancial. Uma linha específica deve ser-lhe consagrada; trincheiras escavadas e cabos tirados – tudo, em um ambiente (rochas) nada cômodo.

Para um consumidor como esse, o serviço universal representa uma vantagem. Em ausência de tal mecanismo, o utilizador teria pagado, indubitavelmente, uma soma significativa. Porém o financiamento desse serviço representa um alto custo para a empresa. Quando esta última compara o custo do fornecimento do serviço às receitas que resultam do uso pelo consumidor, constata uma perda efetiva.

Essa perda deve ser compensada por outras receitas que deverão ser recolhidas de utilizadores que pagam, para o serviço, um preço mais elevado que o custo sustentado pela empresa. Para esses consumidores, a existência e a aplicação do serviço universal implica uma despesa superior àquela que deveriam suportar em um contexto concorrencial.²¹ Assim, o fornecimento de prestações fundamentais a condições razoáveis para todos implica uma espécie de «compensação», que deve ser realizada entre diferentes grupos de utilizadores.

OS DIREITOS DOS USUÁRIOS

Medidas

O quadro regulamentar atribui direitos aos usuários. Em substância, as medidas comportam seis regras que serão apresentadas e, em seguida, sucessivamente examinadas.²²

Regra 1 - A liberalização não afeta a aplicação do direito do consumo. O direito tradicional do consumo continua a ser aplicável. Consequentemente, as relações entre consumidores e empresas são submetidas, no setor das comunicações eletrônicas, a dois conjuntos de regras: o direito tradicional dos consumidores e a regulamentação específica.²³

Regra 2 - Um contrato deve ser firmado com os consumidores que procuram uma ligação e/ou um acesso à rede de telefonia pública. Referido contrato deve detalhar os termos e as condições aplicáveis à ligação e/ou ao acesso. Outrossim, caso haja a contratação de outros serviços, os mesmos termos e condições deverão ser integrados nos respectivos contratos.²⁴

Regra 3 - Os consumidores têm o direito de receber uma notificação por parte do operador ou distribuidor de serviços quando uma alteração é introduzida às condições e aos termos mencionados nos contratos. O prazo mínimo para a notificação é de um mês. Se não ficarem satisfeitos com os novos termos e condições, os consumidores terão o direito de se retirarem sem que lhes seja imposta qualquer penalidade. Na notificação, devem ser informados desse direito.²⁵

Regra 4 - Os Estados-Membros devem organizar mecanismos alternativos para a resolução de litígios envolvendo consumidores. Esses mecanismos devem ser: transparentes, simples, equitativos, rápidos e pouco dispendiosos.²⁶

Regra 5 - Os operadores de rede devem organizar a possibilidade para os consumidores de selecionar o fornecedor de quem desejam receber o serviço.²⁷

Regra 6 - Os fornecedores de serviços devem permitir que os consumidores conservem os seus números telefônicos quando trocarem de distribuidor.²⁸

Regras 5 e 6: seleção, portabilidade

Começaremos pela análise das regras 5 e 6, que se referem de maneira específica ao setor das comunicações eletrônicas. Nesse setor, as autoridades nacionais e europeias procuraram introduzir uma forma de concorrência entre as diferentes redes em operação. Para tanto, era necessária a existência de pelo menos duas infraestruturas ou, se possível, um número ainda maior. Instalar e manter uma rede são, contudo, dispendiosos e o número de empresas capazes de realizar tal investimento revelou-se reduzido. Dessa forma, na maior parte dos Estados, o número de infraestruturas continuou limitado a um.

Um melhor resultado foi atingido nos mercados de serviços. Sobre esses mercados, a introdução da concorrência implicava a possibilidade, para os fornecedores, de utilizar as infraestruturas existentes. Possibilitou-se que os fornecedores atuassem em concorrência não só com outros fornecedores, mas também com o operador da rede. Em um sistema concorrencial desse nível, uma escolha entre diversas empresas prontas para fornecer serviços é oferecida aos consumidores.

Para dar uma forma jurídica a essa possibilidade de escolha, o legislador europeu adotou uma disposição que tornou possível a «seleção» pelo consumidor do fornecedor de sua preferência. Para tanto, basta que o consumidor notifique seu operador. Essa notificação pode ser realizada separadamente para cada comunicação por intermédio de um prefixo específico. Alternativamente, pode, outrossim, ser feita para um período indeterminado indicando-se ao operador qual fornecedor deverá, no futuro, prestar o serviço.²⁹ (Regra 5).

Um segundo mecanismo foi imaginado para tornar essa escolha ainda mais efetiva: a «mobilidade dos números». Os números são repartidos pelas autoridades regulamentares nacionais entre fornecedores e, em seguida, são atribuídos aos clientes. A concorrência implica que os usuários possam trocar de fornecedor quando não estiverem satisfeitos. A existência de uma concorrência efetiva depende assim da possibilidade de se realizar facilmente referida mudança e sem despesas. Realmente, as mudanças seriam pouco prováveis, caso os consumidores devessem renunciar aos seus números. É exatamente essa a dificuldade que é resolvida com a mobilidade dos números. (Regra 6).

Proteção dos consumidores?

Por sua vez, será que essas regras relativas à pré-seleção e à mobilidade contribuem para a proteção dos consumidores? Com efeito, pode-se afirmar que elas permitem que os consumidores escolham plenamente e de maneira efetiva as suas relações comerciais. Entretanto, será que chegam a ter como objetivo conceder certa proteção aos seus destinatários?

Em vários aspectos, as medidas ora descritas aparecem mais como mecanismos que visam melhorar o funcionamento dos mercados. É certo que contribuem para o bem-estar dos consumidores, oferecendo-lhes a possibilidade de escolher seus fornecedores, além de organizarem essa possibilidade de maneira efetiva. Contudo, será que a contribuição dessas medidas, no que se refere aos consumidores, vai além da contribuição fornecida pela própria concorrência? Ora, com a pré-seleção e a mobilidade, os consumidores não são mais obrigados a permanecer em uma relação comercial indesejável. Podem, assim, esperar uma melhoria geral dos serviços, pois uma pressão é colocada sobre as empresas que atuam em competição. Tais efeitos, porém, não resultam de medidas que tenham por objetivo específico a proteção dos consumidores, eles provêm mais da própria introdução da concorrência - a qual tem por objetivo geral melhorar a eficiência na sociedade com benefício para todos.

Regra 2: celebração de um contrato, fornecimento de informações

As outras regras sobre os direitos dos utilizadores referem-se a problemas mais tradicionais em direito e política do consumo. É o que ocorre no caso da regra 2, que se refere à obrigação das empresas de celebrar um contrato com seus consumidores e de fornecer-lhes informações.

Nos termos da Diretiva sobre o Serviço Universal, um contrato deve ser firmado com os consumidores. Essa obrigação é expressamente mencionada quando se trata da relação entre

operadores e consumidores, para o fornecimento de uma ligação e/ou um acesso à rede telefônica pública. Informações específicas devem assim ser fornecidas pelo operador. Observe-se que a mesma obrigação é imposta no tocante ao fornecimento de outros serviços - à condição, contudo, que um contrato tenha sido concluído.

A Diretiva sobre o Serviço Universal determina ainda que conste no contrato as seguintes informações: descrição dos serviços, determinação dos preços a faturar, duração e fim do contrato (Regra 2 anteriormente formulada). Além desses elementos clássicos, deve ainda haver previsões a respeito da compensação devida às empresas que não estiverem em condições de fornecer o serviço prometido, assim como a propósito da possibilidade de se solucionar litígios por intermédio de mecanismos alternativos de resolução (ver a seguir).

Relações com os operadores de rede

A primeira parte da regra 2 refere-se às relações entre consumidores e operadores de rede. A ligação e/ou o acesso à rede telefônica pública são fornecidos pelo operador que explora a rede. Sublinhe-se que o número de redes telefônicas públicas é limitado a apenas um em grande parte dos países europeus. Não há vários operadores entre os quais os consumidores poderiam escolher. Conseqüentemente, a obrigação de fornecer uma informação não pode ser interpretada como um desejo por parte das instituições europeias de ajudar os consumidores a fazer escolhas mais esclarecidas nos mercados.

Cumpra indagar-se, então, por que essa obrigação é imposta? Uma possibilidade é que seria uma forma de desconfiança que o Parlamento, o Conselho e a Comissão ainda poderiam sentir com relação aos antigos monopólios de telecomunicações. Como há apenas uma rede na maior parte dos Estados-Membros, os consumidores permanecem sob a dependência dos operadores que controlam tais redes. Teme-se que essa dependência conduza os operadores a não tratar corretamente os consumidores.

Relações com os fornecedores de serviços

Outra é a situação quando a análise recai sobre as relações entre fornecedores de serviços e consumidores. Diferentemente da situação entre consumidores e operadores de rede, a Diretiva relativa ao Serviço Universal exige que uma informação específica seja incluída nesses contratos. Mas por que tal diferença foi feita entre esses dois contextos? A razão está provavelmente ligada à existência de concorrência. Como há concorrência no mercado de serviços, os consumidores têm escolha, eles podem escolher seus fornecedores e mudar de escolha quando não estiverem mais satisfeitos. Segundo a filosofia subjacente à reforma, essa possibilidade tem o condão de colocar os fornecedores «sobre pressão»: eles devem tratar os consumidores corretamente ou fazer face à possibilidade de perder toda ou parte de sua clientela.

Por outro lado, a partir das palavras utilizadas na disposição, deduz-se que a intenção do legislador europeu não foi obrigar a celebração de um contrato entre consumidores e fornecedores de serviços em toda e qualquer circunstância. Em princípio, os fornecedores de serviços têm interesse em concluir contratos com seus clientes. Da mesma maneira, também é do interesse dos clientes obter tais contratos. Afinal, por meio do contrato as partes definem seus direitos e obrigações, criando um contexto que impede ou suaviza a emergência de dificuldades.

Porém a legislação europeia não traz um conceito de contrato. Então, como interpretá-lo? Partindo-se de uma abordagem mais clássica, considera-se formado o contrato quando as partes acordam sobre uma transação. A forma escrita ou oral do acordo importa pouco. A essência do contrato reside no encontro de intenções entre as partes.

Essa definição levanta uma dúvida no que se refere à possibilidade de os fornecedores de serviços escaparem à obrigação de fornecer uma informação específica, que os operadores devem fornecer quando tratam com os consumidores. Seria então possível que um fornecedor de serviço evitasse a conclusão de um contrato com um cliente? Parece que não seria nem sequer uma possibilidade teórica. De acordo com o direito privado, supõe-se que o contrato exista tão logo o fornecedor aceite

prestar certo serviço a um consumidor sob certas condições. Na prática, parece, por conseguinte, que assim como os operadores, devem os fornecedores de serviços concluir contratos escritos com os consumidores, devendo incluir nestes contratos as informações mencionadas.

Regra 4: a resolução de litígios

Outro aspecto essencial no direito europeu do consumo é a resolução, fora do sistema judicial tradicional, de litígios envolvendo consumidores. No entender das instituições, os direitos que são atribuídos aos consumidores não são efetivos, se a sua existência e o seu conteúdo não podem ser sancionados por um tribunal. No entanto, o sistema judicial tradicional é freqüentemente visto como inadequado para tratar de demandas de consumidores. Os procedimentos são demasiado longos, dispendiosos e por vezes dependem da qualidade da capacidade postulatória dos litigantes – o que dá vantagem às empresas, dado que, frequentemente, podem permitir-se melhores juristas que os consumidores.

Por esta razão, a Comissão Europeia ressaltou repetitivamente a importância dos mecanismos de resolução de litígios. Nesse sentido, duas recomendações foram emitidas³⁰, estabelecendo os critérios que os mecanismos nacionais deveriam satisfazer. Sobretudo, uma Diretiva foi adotada, muito recentemente, sobre a mediação nos negócios civis e comerciais³¹, estabelecendo uma relação entre o processo de mediação e os procedimentos judiciais a nível nacional. Um conjunto de aspectos que são da competência do procedimento civil foi assim regulamentado. Finalmente, provisões ADR foram inseridas em diferentes diretivas relativas aos consumidores. Essas disposições obrigam os Estados-Membros a introduzir ADR nessas matérias. Esta estratégia foi seguida nas comunicações eletrônicas, já que, em virtude da Diretiva sobre o Serviço Universal, os Estados-Membros devem estabelecer tais ADR para resolver os conflitos envolvendo consumidores.

Uma vantagem dessa estratégia é que, no domínio em causa, os ADR não somente são recomendados como também obrigatórios para a resolução dos litígios. Há, contudo, uma desvantagem unida a essa técnica. As medidas contidas em tal disposição, com efeito, são limitadas de maneira estrita às matérias em causa. Não têm elas uma aplicação geral. Nenhuma obrigação de caráter geral é hoje imposta aos Estados-Membros para reformarem os seus sistemas judiciais com o objetivo de reforçar e facilitar a proteção dos consumidores.

IDENTIFICAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS

Terminologia utilizada e objetivos perseguidos

Analisamos os direitos conferidos aos consumidores no âmbito regulamentar europeu. Resta-nos identificar seus destinatários. Nesse tocante, cumpre constatar a existência de uma grande diversidade terminológica nas disposições.³² Como explicar essa diversidade? É provável que os anexos não tenham sido examinados por especialistas ao mesmo tempo - o que nos permite analisar as divergências nos termos utilizados, na esperança de encontrar elementos que indiquem em que estado de espírito os direitos foram concedidos.

O objetivo fundamental era indubitavelmente conduzir os mercados a funcionar de maneira mais eficaz. Pensou-se que o mecanismo mais eficaz consistia em introduzir a concorrência, pois esta coloca uma pressão sobre as empresas, obrigando-as a apresentar incessantemente melhores prestações. Seguindo essa linha de pensamento, o consumidor aparece apenas como uma categoria a ser protegida de maneira específica. O essencial, para as autoridades comunitárias, permanece em instaurar uma economia mais eficiente.

Utilizadores

Essa observação permite precisar o círculo de beneficiários. A reforma não parece ter sido efetuada em benefício exclusivo ou mesmo principal dos «consumidores», entendidos no sentido tradicional do termo. Esses últimos são objeto apenas de certas disposições, principalmente daquelas

que se referem às informações que devem constar nos contratos e a disponibilidade de procedimentos extrajudiciais para a resolução de conflitos.

Os verdadeiros beneficiários parecem ser os «utilizadores». Com a introdução da concorrência, a reforma permitiu a presença de várias empresas, oportunizando a possibilidade de escolha. Beneficiou, assim, aqueles que podem escolher, ou seja, aqueles que “utilizam” os serviços de comunicações eletrônicas e que podem usar essa escolha como meio de pressão sobre os prestadores, no intuito de obter melhores serviços com melhores condições.

Dentro desse conjunto geral constituído pelos «utilizadores», algumas distinções são realizadas. Uma categoria reúne os “utilizadores finais” – expressão que aparece repetitivamente na Diretiva sobre o Serviço Universal.³³ Como defini-la? Se recorrermos ao sentido comum, a expressão poderia designar os utilizadores que recorrem a um serviço não destinado a ser incorporado em outra prestação. Nesse caso, a noção faria referência aos utilizadores que se encontram no último estágio da cadeia econômica.

Análise das noções

Será que há uma diferença entre essa noção de «utilizador final» e a de «consumidor»? Se não, por que o legislador comunitário não se utiliza dos termos como equivalentes? Afinal, ambos exprimem a ideia que o bem/serviço é adquirido no estágio final da cadeia econômica. Como então separar as noções? Sem dúvida a diferença deve ser procurada no tipo de atividade que é exercida pelo utilizador.

«Utilizador» é aquele que no domínio em causa adquire um serviço de comunicação eletrônica. Pode ser qualificado de «final» quando não utiliza a prestação como uma espécie de «componente» a ser integrada em outra transação no mesmo setor. Assim, apenas se considerará uma empresa como utilizadora final de serviços de comunicações eletrônicas quando ela mesma não for ativa no mercado Telecom, ainda que ela somente utilize os serviços para exercer as suas atividades - que necessariamente têm um caráter profissional. Dessa forma, uma empresa que adquire uma prestação Telecom para fornecer um serviço derivado nesse mesmo setor não será considerada como uma utilizadora «final».

«Consumidor»	«Utilizador final»
Utilizador : → encontra-se no último estágio da cadeia econômica; → utiliza a prestação em um âmbito privado; → é, portanto, necessariamente, um particular e não uma empresa.	Utilizador : → encontra-se no último estágio da cadeia econômica no domínio em causa; , → pode utilizar a prestação em um âmbito comercial em outra atividade econômica; → é, eventualmente, uma empresa e não necessariamente um particular.

Por conseguinte, se aceitarmos o quadro anteriormente desenvolvido, notamos que são duas as diferenças que separam as noções.

A primeira é que a noção de «consumidor» repousa, em princípio, de maneira exclusiva, em particulares, isto é, em pessoas privadas. Já a noção «utilizador final» recai tanto em particulares quanto em empresas.

A segunda diferença refere-se ao estágio econômico em que se encontra o destinatário. Na noção de consumidor, o estágio visado é absolutamente o último da cadeia econômica. A transação termina necessariamente por um consumo, ou seja, por um uso privado do bem ou do serviço adquirido. Em contrapartida, um uso profissional é aceito dentro da noção «utilizador final». Essa última noção integra os usos profissionais, na medida em que se situem fora do setor de onde são fornecidos os bens e os serviços em causa.³⁴

Subconjuntos

Vimos que a categoria geral «utilizadores» referia-se a subconjuntos. A mesma observação pode ser feita a propósito do próprio subconjunto «utilizadores finais». Nesse sentido, a Diretiva sobre o Serviço Universal introduziu medidas específicas aos «utilizadores deficientes». A terminologia, no entanto, não parece precisa, já que os termos «utilizadores finais deficientes»³⁵ ou ainda «consumidores deficientes»³⁶ igualmente são utilizados. Para designar uma situação próxima, as instituições comunitárias utilizam, por exemplo, a noção de «pessoas» ou ainda de «consumidores com baixos rendimentos ou com necessidades especiais sociais».³⁷

Termos técnicos

Termos mais técnicos também são utilizados nas disposições comunitárias - por exemplo, «assinante». De novo, cumpre ressaltar que nenhuma definição é concedida a esse termo na regulamentação comunitária. Faz-se necessário, destarte, tomar como base seu uso comum para alcançar o seu verdadeiro significado. Nesse uso comum, o assinante é um utilizador de comunicação eletrônica que subscreveu um serviço fornecido de maneira regular ou contínua por um determinado período (opõe-se assim ao serviço que é fornecido apenas uma única vez).

Outros termos técnicos por vezes utilizados são: «parte chamada» ou «linha chamadora». Designam as pessoas que fazem uso de um serviço de comunicação eletrônica (na maioria dos casos, uma chamada telefônica). O termo varia conforme a pessoa é o autor ou não do contato.³⁸ Nenhuma distinção é feita em função do caráter privado ou profissional do uso ou, ainda, conforme o serviço seja utilizado por uma pessoa física ou jurídica.

«Público»

Outrossim, encontra-se na regulamentação o termo «público»³⁹, o qual é utilizado em relação às prestações destinadas ao conjunto das pessoas situadas sobre um determinado território. Nesse sentido, o termo pode ser assimilado à «utilizadores», designando o conjunto de pessoas que utilizam um determinado serviço, sejam elas físicas ou jurídicas, particulares ou empresas. Indubitavelmente, o sentido é ainda mais amplo, pois não é necessário que se utilize um serviço para fazer parte do «público». Assim, pode-se considerar que o termo integra toda pessoa presente no território visado, independentemente do uso que essa pessoa eventualmente faz de um serviço de comunicação eletrônica. Não poderia ser diferente, haja vista que as expressões «serviço acessível ao público» visam a todas as pessoas e a todas as entidades suscetíveis de se interessar por um serviço, ainda que dele não façam uso.⁴⁰

«Cidadão»

O termo «cidadão» também é por vezes encontrado nos documentos comunitários relativos às relações comerciais no setor de comunicação eletrônica – o que causa certa surpresa. Ora, ao passo que esses documentos referem-se às atividades econômicas, a noção de «cidadão» manifesta, sobretudo, um caráter político. A ligação entre um e outro termo, sem dúvida, advém do fato que as comunicações eletrônicas constituem um «SIEG», isto é, um serviço considerado fundamental pelas autoridades públicas e cujo fornecimento, por essa razão, sujeita-se a uma regulamentação destinada a assegurar sua disponibilidade geral.⁴¹

«Cliente»

Os instrumentos comunitários utilizam igualmente o termo «cliente».⁴² Encontramo-nos, por exemplo, na descrição das práticas abusivas que podem ser adotadas por empresas poderosas - situação estudada pelo direito da concorrência sob o título da proteção de consumidores contra abusos de posição dominante. O termo consta, outrossim, na descrição das condições de fornecimento que

trata de contratos concluídos em um ambiente concorrencial. Nesse extrato, o termo é associado ao da concorrência. A associação entre as duas palavras esclarece a relação existente entre a introdução da concorrência e a percepção das partes que intervêm nos mercados organizados dessa maneira. Por último, vale observar que o termo «cliente» aparece em um contexto técnico no qual se fala de informações que devem ser publicadas no tocante às «linhas alugadas».⁴³

Conclusão

Dessume-se do quanto analisado que o pensamento subjacente à reforma é exposto de maneira bastante clara. Essa reforma é destinada a melhorar a situação dos utilizadores. O objetivo não é privilegiar os consumidores, ou seja, os particulares que recorrem a um bem ou serviço no âmbito de uma atividade privada. É antes melhorar as condições nas quais os serviços são prestados ao conjunto de pessoas e empresas, independentemente de seu estatuto jurídico (empreendedor individual, sociedade simples, sociedade empresária) ou da atividade em que o serviço será integrado (privada, profissional).

A noção de «utilizador» continua sendo neutra. É desprovida de uma conotação política específica. Poder-se-ia compará-la à noção de «utente» - uma noção que era utilizada durante o período monopolístico para designar as pessoas que recorriam aos serviços públicos. A vantagem de uma noção neutra é que pode ser usada em vários contextos. Considerando-se sob um ângulo comercial, o «utilizador» torna-se um «cliente». Inversamente, é visto como um «cidadão» quando o contexto envolve uma dimensão política ligada ao fornecimento de um «SIEG».

Ainda assim, a noção de «utilizador» é extremamente diferente da noção de «cidadão» anteriormente mencionada. Pode-se inclusive considerar que, no espírito daqueles que apoiam a importância do serviço público de comunicações eletrônicas, as duas noções são fundamentalmente contraditórias. O termo «cidadão» insiste sobre o aspecto *político*, que é associado ao fornecimento de um SIEG. Ora, para essas pessoas, os SIEG são prestações essenciais necessárias em uma sociedade democrática e avançada no plano econômico. A qualidade de «cidadão» justifica esse tipo de serviço, que deve ser fornecido nas condições fixadas pela autoridade pública.

Em contrapartida, a noção de «cliente» remete a uma organização *comercial* de mercados. Clientes são todas as pessoas que fazem uso de um serviço de comunicação eletrônica, pagando o *quantum* requerido para esse efeito. A noção de «cliente» ou de «clientela» é desprovida de qualquer conotação política. Não designa a pessoa em virtude da sua pertença a um grupo. O que define o cliente é a presença de uma transação e de um pagamento, enquanto que a noção de «cidadão» está intrinsecamente ligada à relação social que une os membros de uma comunidade e às consequências que decorrem, notadamente, do apontamento pelas autoridades do tipo de serviço que deve existir no seio da coletividade.

Assim, a reforma não escapa a uma forma de ambiguidade frequentemente encontrada nas iniciativas adotadas em nome do consumidor na Comunidade Europeia. Os consumidores são invocados para justificar a adoção de disposições; porém, em sua grande maioria, essas disposições servem para melhorar o funcionamento dos mercados. Entretanto, não se pode dizer que elas sejam contrárias ao interesse dos consumidores, pois não há dúvida de que comumente melhoram as suas posições nas transações. Seria, contudo, preferível que as iniciativas fossem ainda mais transparentes.

Afinal, se a transparência é requerida das empresas nas suas relações com os consumidores, por que então não se exigir o mesmo nas relações entre as autoridades públicas e os cidadãos?

Notas

- ¹ Professor de Direito e Diretor do Centro de Direito do Consumo da Universidade Católica de Louvain (Bélgica).
- ² Advogada. Pesquisadora Associada ao Centro de Direito do Consumo da Universidade Católica de Louvain (Bélgica).
- ³ Para uma análise sistemática do fenômeno v. P. Nihoul, *Les télécommunications en Europe – Concurrence ou organisation de marché ?* (Louvain-la-Neuve, 2004). V. também J. L. Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC law* (Oxford, 2000); G. Haibach (ed.), *Services of general*

interest in the EU: Reconciling Competition and Social Responsibility (Maastricht, 1999); P. Cameron, *Legal Aspects of EU Energy Regulation* (Oxford, 2005); P. Cameron, *Competition in Energy Markets – Law and Regulation in the European Union* (Oxford, 2007); P. Nihoul & P. Rodford, *EU Electronic Communications Law – Competition and Regulation in the European Telecommunications Markets* (Oxford, 2004); C. Henry, M. Matheu & A. Jeunemaître (ed.), *Regulation of Network Utilities* (Oxford, 2001); OCDE, *Non-Commercial Service Obligations and Liberalization* (Paris, 2004); E.F.M. Wubben and W. Hulsink (eds), *On creating competition and strategic restructuring : regulatory reform in public utilities* (Londres, 2003).

- ⁴ V. em especial o preâmbulo dos seguintes documentos: a Diretiva 88/301/CEE da Comissão de 16 de maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações JO L 131, 73 e a Diretiva 90/388/CEE da Comissão de 28 de junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações JO L 192, 10. Note-se que tais documentos foram, em seguida, modificados diversas vezes.
- ⁵ Sobre o assunto, v. *op. cit.* nota 1 assim como nas seguintes obras: A. Bavasso, *Communications in EU Antitrust Law – Antitrust, Market Power and Public Interest* (The Hague, 2003); C. Koenig, A. Bartosch, J.-D. Braun, *EC Competition and Telecommunications Law – A Practitioner's Guide* (The Hague, 2002); P. Larouche, *Competition Law and Regulation in the European Telecommunications* (Oxford, 2000); A. de Stree, R. Queck, «Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe», *Journal de droit européen*, pp. 193-202.
- ⁶ Acórdão do TJCE, de 19 de março de 1991, *França c. Comissão*, C-202/88, Rec. P. I-1223. Acórdão do TJCE, de 17 de novembro de 1992, *Espanha c. Comissão*, C-271/90, C-281/90 e C-289/90, Rec. P. I-5833.
- ⁷ Regras específicas foram estabelecidas nas áreas de interconexão e do serviço universal pela Diretiva 97/33 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 1997, relativa à interligação no setor de telecomunicações, com o objetivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA), JO L 199, 32. Com relação às redes, foram estabelecidas normas gerais na diretiva 90/387/CEE do Conselho, de 28 de junho de 1990, relativa à instituição de um mercado interno de serviços de telecomunicações através de uma oferta de rede aberta de telecomunicações, JO L 192, 1. Tais normas foram aplicadas a certos mercados por diversos instrumentos: às linhas alugadas, através da diretiva 92/44/CEE do Conselho, de 5 de junho de 1992, relativa à aplicação da oferta de rede aberta (ORA) às linhas alugadas, JO L 165, 27; à telefonia, pela diretiva 95/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1995, relativa à aplicação da oferta de rede aberta (ORA) à telefonia vocal, JO L 321, 6; à interligação e ao serviço universal, pela diretiva 97/33 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 1997, relativa à interligação no setor das telecomunicações visando assegurar um serviço universal e a interoperabilidade pela aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA), JO L 199, 32.
- ⁸ Diretiva 94/46/CEE da Comissão, de 13 de outubro de 1994, que altera as diretivas 88/301/CEE e 90/388/CEE em especial no que diz respeito às comunicações por satélites, JO L 268, 15.
- ⁹ Comunicações móveis e pessoais: a Diretiva 96/2/CEE da Comissão, de 16 de janeiro de 1996, modificando a Diretiva 90/388/CEE no que concerne às comunicações móveis e pessoais, JO L 20, 59.
- ¹⁰ Diretiva 96/19/CEE da Comissão, de 13 de março de 1996, que altera a diretiva 90/388/CEE no que diz respeito à realização da concorrência plena no mercado de telecomunicações, JO L 74, 13.
- ¹¹ Diretiva 95/51/CEE da Comissão, de 18 outubro de 1995, que altera a Diretiva 90/388/CEE no que concerne à supressão de restrições à utilização de redes de televisão a cabo para o fornecimento de serviços de telecomunicações já liberalizadas, JO L 256, 49.
- ¹² Com referência aos terminais, a situação é complexa. A Diretiva da Comissão continua em vigor paralelamente àquelas adotadas pelo Conselho e, em seguida, pelo Conselho e pelo Parlamento. No entanto, sofreu diversas modificações. Uma versão consolidada foi publicada recentemente: Diretiva 2008/63/CE, da Comissão Europeia, de 20 de junho de 2008, relativa à concorrência nos mercados de equipamentos terminais de telecomunicações, JO L 162, p. 20.
- ¹³ JO L 108 p. 33.
- ¹⁴ JO L 108, p. 7.
- ¹⁵ JO L 108, p. 21.
- ¹⁶ JO L 108, p. 51. De sua parte, a Comissão Europeia adotou também uma diretiva aplicável às normas da concorrência no setor de comunicações eletrônicas. Diretiva 2002/77/CE da Comissão de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações

- eletrônicas, JO L 249, p. 21. Esta diretiva não é essencial sob o ponto de vista de seu conteúdo: ela retoma os princípios anteriormente formulados e suprime outros que nesse meio tempo tornaram-se redundantes. Ela permanece, entretanto, importante na medida em que manifesta a intenção da Comissão em ainda se utilizar deste poder normativo nos setores em que estima necessário.
- ¹⁷ Em especial, uma limitação foi imposta sobre a possibilidade de os Estados requererem autorizações específicas de empresas antes que estas pudessem iniciar suas atividades. Outrora, os Estados tinham o hábito de submeter o início da atividade empresarial a uma aprovação. Na terminologia europeia, esse tipo de condição é chamado de “autorização especial”. Difere “das autorizações gerais” que, no ordenamento jurídico europeu, traduz-se sob a forma de obrigações gerais às quais as empresas comprometem-se a respeitar no exercício de suas atividades.
- ¹⁸ Uma situação clássica no setor das comunicações eletrônicas é a detenção de poder pelo operador de rede. O número de redes fixas continua bastante limitado. Na maior parte dos Estados-Membros, ainda só há um único operador capaz de cobrir a totalidade do território nacional. Trata-se da rede estabelecida historicamente pelo antigo operador nacional. Considera-se que, em razão da existência dessa rede e de seu controle sobre a mesma, referido operador detém um poder significativo no mercado.
- ¹⁹ V. a Diretiva relativa ao Serviço Universal, art. 12 e 13.
- ²⁰ V. a Diretiva sobre o Serviço Universal, Artigos 3 a 9, e Artigos 11 a 13. Na Doutrina, v. Nihoul & Rodford, *EU Electronic Communications Law*, pp.491-629.
- ²¹ É o caso dos consumidores residentes em cidades onde os custos ligados ao fornecimento do acesso à rede telefônica pública por usuário é, em princípio, claramente inferior, já que pode ser dividido entre numerosas pessoas. Vê-se que, com os mecanismos do serviço universal, os consumidores urbanos terminam por subsidiar uma parte dos custos suportados pelos prestadores no fornecimento do serviço junto aos utilizadores montanheses.
- ²² Sobre o assunto, v. também P. Nihoul, “The Protection of Consumers in EC Liberalisation Directives”, *Yearbook on Consumer Law* (Londres, 2008), pp. 67-106.
- ²³ Essa regra encontra-se formulada no artigo 20(1) da Diretiva relativa ao Serviço Universal. «O disposto nos n.º 2, 3 e 4 não prejudica a aplicação da regulação comunitária em matéria de defesa dos consumidores, nomeadamente as Diretivas 97/7/CE e 93/13/CE, nem das regulamentações nacionais conformes com o direito comunitário». A Diretiva 97/7 refere-se aos contratos concluídos a distância. Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos a distância - Declaração do Conselho e do Parlamento Europeu sobre o artigo 6º, parágrafo 1º – Declaração da Comissão sobre o artigo 3º, parágrafo 1º, primeira travessão, JO L 144, pp. 19–27. A Diretiva 93/13 concerne às práticas desleais nas relações comerciais. Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas celebradas com os consumidores JO L 95, pp. 29–34.
- ²⁴ Artigo 20(3) da Diretiva relativa ao Serviço Universal: «Caso sejam celebrados contratos entre consumidores e prestadores de serviços de comunicações electrónicas distintos dos que fornecem ligação e/ou acesso à rede telefónica pública, as informações referidas no n.º 2 serão também incluídas nesses contratos. Os Estados-Membros podem alargar esta obrigação de modo a abrangerem outros utilizadores finais».
- ²⁵ Artigo 20(4) da Diretiva relativa ao Serviço Universal. «Os assinantes terão o direito de rescindir os seus contratos sem qualquer penalidade caso sejam notificados de qualquer proposta de alteração das condições contratuais. Os assinantes devem ser devidamente avisados dessas alterações, pelo menos com um mês de antecedência, e devem ser simultaneamente informados do seu direito de rescindir o contrato, sem qualquer penalidade, caso não aceitem as novas condições».
- ²⁶ Resolução extrajudicial de litígios. Artigo 34(1) e (2) da Diretiva relativa ao Serviço Universal. «1. Os Estados-Membros garantirão a disponibilidade de procedimentos extrajudiciais transparentes, simples e pouco dispendiosos para tratar os litígios pendentes que envolvam consumidores e que se refiram a questões abrangidas pela presente directiva. Os Estados-Membros adoptarão medidas para garantir que tais procedimentos permitam resolver os litígios de modo rápido e equitativo, e poderão, quando tal se justifique, adoptar um sistema de reembolso e/ou compensação. Os Estados-Membros podem alargar o âmbito destas obrigações de modo a abrangerem litígios que envolvam outros utilizadores finais. 2. Os Estados-Membros assegurarão que a legislação nacional não entrave a criação, ao nível territorial adequado, de gabinetes de reclamações e serviços em linha para facilitar o acesso dos consumidores e utilizadores finais aos procedimentos de resolução de litígios».
- ²⁷ O mecanismo é limitado às situações em que um ou vários operadores foram considerados como detentores de um poder significativo de mercado na oferta de conexão à rede de telefonia pública e ao

seu uso. Artigo 19(1) da Diretiva relativa ao Serviço Universal. «As autoridades reguladoras nacionais exigirão que as empresas notificadas como empresas com poder de mercado significativo na oferta de ligação à rede telefónica pública e utilização dessa rede num local fixo nos termos do n.º 3 do artigo 16.º ofereçam aos seus assinantes acesso aos serviços de qualquer prestador de serviços telefónicos acessíveis ao público com elas interligado».

- ²⁸ Artigo 30(1) e (2) da Diretiva relativa ao Serviço Universal. «1. Os Estados-Membros garantirão que todos os assinantes de serviços telefónicos acessíveis ao público, incluindo serviços móveis, que o solicitarem possam manter o(s) seu(s) número(s) independentemente da empresa que oferece o serviço: a) No caso de números geográficos, num local específico; e b) No caso de números não geográficos, em qualquer local. O presente número não se aplica à portabilidade de números entre redes que fornecem serviços fixos e redes móveis. 2. As autoridades reguladoras nacionais garantirão que os preços de interligação relacionados com a oferta de portabilidade dos números se baseiem nos custos e que os eventuais encargos directos para os assinantes não desincentivem a utilização destes recursos».
- ²⁹ Neste último caso, fala-se “de uma pré-seleção”.
- ³⁰ Recomendação 98/257/CE da Comissão, de 30 de março de 1998, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial dos litígios de consumo JO L 115, p. 31; Recomendação 2001/310/CE da Comissão, de 4 de abril de 2001, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor, JO L 109, p. 56.
- ³¹ Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. V. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_pt.htm.
- ³² A maior parte dos autores que analisam de maneira sistemática a proteção dos consumidores na Comunidade Européia interroga-se sobre a maneira de se definir e de se identificar os destinatários das regras. V. em especial G. Howells et S. Weatherill, *Consumer Protection Law* (Aldershot, 2005 (2nd ed.)), par. 7.2.1. e 13.9.5.3. P. Nihoul, «Droit européen, consommateurs et services d'intérêt général», in J.-V. Louis et S. Rodriguez (eds.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne* (Bruxelles, 2006). M. Raideheh, *The Principle of Fair Trading in EC Law – Information and Consumer Choice in the Internal Market* (Groningen, 2005), pp. 51 s.
- ³³ Disposições relativas ao âmbito de aplicação e aos objetivos da diretiva (art. 1); a disponibilidade do serviço universal (art. 3, §1º); a oferta de acesso em local fixo (art. 4, §2º); a lista e serviços de informações de listas (art. 5); a qualidade do serviço fornecido pelas empresas designadas (art. 11); os controles regulamentares dos serviços a retalho (art. 17); a possibilidade de estender a proteção prevista para os consumidores em matéria contratual (art. 20); a transparência e publicação de informações (art. 21); a qualidade do serviço (art. 22); os serviços com assistência de telefonista e serviços de informação de listas (art. 25); o número único de chamada de emergência europeu (art. 26); os indicativos de acesso europeu (art. 27); os números não geográficos (art. 28); a oferta de recursos adicionais (art. 29); as obrigações de transporte «must carry» (art. 31); a consulta às partes interessadas (art. 33); a resolução extrajudicial dos litígios (art. 34).
- ³⁴ Uma confirmação dessa análise pode ser encontrada na disposição relativa à tarifação dos serviços a retalho. Esses serviços não são fornecidos com o propósito de revenda. São fornecidos a um cliente que deles se utilizará no âmbito de um uso privado ou de um uso profissional, mas que se desenrola sobre outro mercado. É o caso, por exemplo, de uma empresa que vende alimentos e faz uso de serviços de comunicação para entrar em relação com os seus parceiros comerciais. V. Art. 17, §2º da Diretiva.
- ³⁵ Art. 7.
- ³⁶ Art. 11, §2º.
- ³⁷ Art. 9, §§2º e 3º.
- ³⁸ V. e.g. anexo I, parte B, alínea b «Identificação da linha chamadora, ou seja, antes do estabelecimento da chamada, o número da parte que a efectua é apresentado à parte chamada».
- ³⁹ V. notadamente as seguintes disposições: disponibilidade do serviço universal (art. 3); oferta de acesso em local fixo (art. 4); transparência e publicação de informações (art. 21); qualidade do serviço (art. 22); integridade da rede (art. 23); serviços com assistência de telefonista e serviços de informações de listas (art. 25); número único de chamada de emergência europeu (art. 26); indicativos de acesso europeus (art. 27); oferta de recursos adicionais (art. 29).
- ⁴⁰ «Público» designa assim qualquer pessoa que se encontra em um dado território. Essas pessoas são suscetíveis de se interessar por um serviço de comunicação eletrónica, porém não há necessidade

de que efetivamente se interessem. Assim, uma pessoa que nunca utiliza um serviço dessa natureza também faz parte do «Público», independentemente do uso real ou mesmo potencial.

- ⁴¹ Observe-se que o termo não aparece nas disposições propriamente ditas, mas tão-somente no preâmbulo da diretiva, portanto, na parte do texto que pertence mais ao plano da política. Cumpre, entretanto, notar que na versão portuguesa do texto o termo também é mencionado no art. 26, §4°. Diretiva relativa ao Serviço Universal: Preâmbulo, §§ 12 e 37 e art. 26, §4°.
- ⁴² Preâmbulo, §§ 26 e 30; Anexo VII e na versão portuguesa do texto art. 2°, alínea c e art. 3, §3°.
- ⁴³ Este último conceito designa a capacidade da rede que pode ser posta em locação pelo explorador da infraestrutura. Frequentemente, o aluguel de linha é o mecanismo utilizado pelos prestadores para fornecer serviços através da infraestrutura pertencente a um empresário.

Recebido em: 01-10-2008

Avaliado em: 12-12-2008

Aprovado para Publicação em: 01-02-2009