Número 19 – agosto/setembro/outubro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

A REGULAÇÃO E AS LISTAS TELEFÔNICAS

Prof. Carlos Ari Sundfeld
Professor Doutor da Faculdade e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Coordenador de sua Especialização em Direito Administrativo. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Prof. Jacintho Arruda Câmara
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP.

I – EVOLUÇÃO NORMATIVA DO SETOR DE LISTAS TELEFÔNICAS

Este estudo procura identificar, na disciplina legal da atividade empresarial de divulgação de listas telefônicas, um caso exemplar para a compreensão de certos mecanismos do direito público econômico contemporâneo.

São quatro nossos objetivos. Inicialmente, queremos entender o arranjo normativo necessário para desmonopolizar uma atividade empresarial acessória de um serviço público (como a de divulgação de listas em relação ao serviço telefônico). Em segundo lugar, devemos compreender a incidência dos princípios da *função social da propriedade* e da *essential facility* relativamente a um bem como o cadastro de usuários de um serviço público. Depois, identificaremos quais são os condicionamentos que a incidência desses princípios gera sobre a liberdade contratual do prestador do serviço. Por fim, queremos indagar quanto aos fundamentos e limites da regulação administrativa da relação entre as empresas envolvidas.

O setor de edição de listas telefônicas passou por profunda reformulação em virtude da Lei Geral de Telecomunicações – LGT, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Até seu aparecimento, o mercado de listas telefônicas, a exemplo do que ocorria com os serviços públicos de telecomunicações, estava reservado ao monopólio. Apenas as empresas prestadoras do serviço de telefonia poderiam

explorar economicamente a divulgação de listas telefônicas, o que se refletia na atividade de editoração. Isto porque as empresas de telefonia não editavam diretamente suas listas. Exerciam tal prerrogativa (a de explorar economicamente o setor) por intermédio da contratação de empresas especializadas (editoras). Portanto, à época do monopólio, a participação da iniciativa privada neste mercado era restrita a uma relação de parceria com as empresas de telefonia (atuando como contratadas destas últimas),[1] sendo vedada a atuação independente no setor.

O sistema de exploração acima resumido contava com expressa previsão legal. Confira-se:

(a) Lei 6.874, de 3 de dezembro de 1980

> *Art. 2º A edição ou divulgação das listas referidas no § 2º, do artigo 1º, desta Lei, sob qualquer forma ou denominação, e a comercialização da publicidade nelas inserta são de competência exclusiva da empresa exploradora do respectivo serviço de telecomunicações, que deverá contratá-las com terceiros, sendo obrigatória, em tal caso, a realização de licitação.*
>
> *§ 1º A edição ou a reprodução, total ou parcial, de qualquer das listas referidas no § 2º, do artigo 1º, desta Lei, sem a necessária contratação nos termos previstos neste artigo, sujeita quem a efetue à busca e apreensão dos exemplares e documentos a eles pertinentes, além da indenização correspondente ao valor da publicidade neles inserta.*
>
> *§ 2º Todas as listas telefônicas deverão obedecer, no mínimo, aos padrões gráficos de legibilidade estabelecidos pelo Ministério das Comunicações.*
>
> *§ 3º É facultada a edição de Lista de Assinantes de âmbito restrito, sem finalidade comercial e de distribuição gratuita, conforme disposto em regulamento.*

A referida lei foi revogada pela LGT, que não só rompeu o monopólio dos serviços de telecomunicações[2], mas também eliminou a reserva de mercado que até então existia no setor de edição de listas.

O tema passou a receber o seguinte tratamento legal:

---

[1] Como quase todas as empresas de telefonia que atuavam neste período eram estatais (existia apenas uma empresa privada, a atual CTBC Telecom), era necessário licitar para definir a editora a ser contratada.

[2] Concretizando em sede legislativa a quebra do monopólio estatal das telecomunicações, que foi autorizada por meio da Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995.

(b) Lei 9.472/97

> *Art. 213. Será livre a qualquer interessado a divulgação, por qualquer meio, de listas de assinantes do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral.*
>
> *§ 1º Observado o disposto nos incisos VI e IX do art. 3º desta Lei, as prestadoras do serviço serão obrigadas a fornecer, em prazos e a preços razoáveis e de forma não discriminatória, a relação de seus assinantes a quem queira divulgá-la.*
>
> *§ 2º É obrigatório e gratuito o fornecimento, pela prestadora, de listas telefônicas aos assinantes dos serviços, diretamente ou por meio de terceiros, nos termos em que dispuser a Agência.*

O novo sistema estabeleceu três regras básicas: 1ª) o mercado de divulgação de listas telefônicas foi aberto, ficando inteiramente livre à iniciativa privada; 2ª) as prestadoras de serviços de telefonia fixa passaram a ser obrigadas a fornecer as informações necessárias à elaboração das listas; 3ª) as empresas de telefonia fixa permaneceram obrigadas a fornecer listas telefônicas gratuitamente a seus assinantes.

As empresas de telefonia fixa passaram, em relação ao mercado de listas, da condição de titulares absolutas dos direitos de exploração do setor ao papel de fonte de insumo (matéria-prima) para os agentes econômicos interessados. Em virtude deste último aspecto, ficaram *"obrigadas a fornecer, em prazos e a preços razoáveis e de forma não discriminatória, a relação de seus assinantes a quem queira divulgá-la"* (LGT, art. 213, § 1º, *in fine*). Por isso, práticas até então correntes neste setor estão sendo abandonadas e substituídas por outras, adequadas ao regime de livre competição.

Em alguns assuntos, a transição vem sendo feita com a baliza regulatória do Estado (presente neste campo por intermédio da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL). O tema que até o presente momento mais ocupou o órgão regulador das telecomunicações diz respeito à obrigação de as prestadoras de STFC fornecerem listas de assinantes aos seus usuários. Sobre o assunto, a regulamentação editada pela ANATEL é extensa[3], definindo as principais obrigações das prestadoras de STFC, bem como o conteúdo mínimo que tais listas de distribuição gratuita e obrigatória devem ter. Comparativamente, a regulamentação existente em torno da atuação econômica no mercado de edição de listas telefônicas tem sido menor. Apenas um artigo da Resolução editada pela ANATEL tratou especificamente este tema. Confira-se:

[3] Trata-se da Resolução nº 66 da ANATEL, de 9 de novembro de 1998, que aprovou o "Regulamento sobre divulgação de listas de assinantes e de edição e distribuição de lista telefônica obrigatória gratuita".

Resolução nº 66 da ANATEL, de 9 de novembro de 1998.

> *Art. 4º A prestadora do serviço será obrigada a fornecer, em prazos e a preços razoáveis e de forma não discriminatória, a sua relação de assinantes a quem queira divulgá-la.*
>
> *§ 1º Na relação a ser fornecida à divulgadora, a prestadora do STFC-LO poderá, desde que autorizada pelo assinante, prestar outras informações, além das mencionadas no inciso XXIII do art. 2º.*
>
> *§ 2º É vedada à prestadora do STFC-LO a inclusão de dados, mesmo que parciais, de assinante do STFC-LO que tenha requerido a não divulgação do seu código de acesso.*
>
> *§ 3º A prestadora do STFC-LO é responsável por garantir o respeito à privacidade do assinante do serviço na utilização de dados pessoais constantes de seu cadastro, não autorizados, nos termos deste artigo e de seu § 1º.*
>
> *§ 4º É de responsabilidade da prestadora do STFC-LO a reparação dos danos causados ao assinante do serviço pela não observação do previsto nos parágrafos deste artigo.*
>
> *§ 5º A reparação de danos causados ao assinante do STFC-LO, prevista no parágrafo anterior, dar-se-á sem prejuízo das sanções estabelecidas no contrato de concessão, permissão ou autorização da prestadora.*

Além disso, foi fixada diretriz para a cobrança pelo fornecimento de informações constantes de dados cadastrais. A regra foi lançada por meio de Súmula do Conselho Diretor da ANATEL, cujo conteúdo se transcreve:

Súmula nº 05 da Anatel, de 17 de agosto de 2000.

> *As informações sobre os assinantes, constantes da base cadastral de prestadora de serviço de telecomunicações, necessárias à prestação de serviço por outra prestadora ou para a realização de atividade vinculada direta ou indiretamente ao serviço por entidade legitimamente interessada, conforme regulado pela Agência, devem ser fornecidas exclusivamente com a finalidade estabelecida na regulamentação aplicável, em condições isonômicas, justas e razoáveis, assegurada a sua atualização e publicidade dos termos contratuais.*

> *Em caso de cobrança pelo fornecimento das informações, levar-se-á em conta, unicamente, o custo incorrido para sua efetivação, que poderá ser acrescido, quando destinado à divulgação de lista de assinantes, de margem que permita remuneração que não altere as condições econômico-financeiras de prestação do serviço.*

Perceba-se que a Súmula, além de estabelecer os parâmetros para a formação do preço razoável para o fornecimento do cadastro de assinantes, também estabelece, para as prestadoras, a obrigação de fornecerem a atualização das informações — aspecto de grande relevância para eficácia dos direitos subjetivos envolvidos.

Apesar das regras acima referidas, a exploração do novo mercado editorial de listas continua sendo o aspecto menos regulamentado e conhecido do setor. A queda do monopólio e a ascensão do livre mercado fizeram com que dúvidas surgissem a respeito do conjunto de direitos e obrigações aplicáveis aos principais atores do setor: as prestadoras de STFC e as empresas divulgadoras de listas telefônicas.

II – NATUREZA DOS DIREITOS SOBRE O CADASTRO DE ASSINANTES

Essa evolução também significou uma mudança radical no perfil do vínculo jurídico que as prestadoras de STFC mantêm sobre as informações detidas de seus assinantes, notadamente as que dizem respeito aos respectivos códigos de acesso (números de telefone).

No sistema monopolista, ditas informações faziam parte de uma reserva de mercado assegurada pela legislação às empresas de telefonia fixa. Elas tinham a obrigação de divulgar gratuitamente a lista de seus assinantes, mas faziam isso em regime de monopólio, podendo auferir proveito econômico dessa atividade (o que se mostrava viável por intermédio de inserção publicitária e outras vias indiretas de captação de recursos).

O mercado era fechado à iniciativa privada, que dele só poderia participar se fosse em parceria com as empresas prestadoras de STFC, atuando como contratadas destas. Assim, era vedado às editoras divulgar listas, salvo se o fizessem em nome das prestadoras de STFC, por intermédio de contrato no qual estas autorizassem a edição e a distribuição do aludido material.

Neste contrato era possível definir o conteúdo da edição a ser produzida, o número de exemplares, a forma de distribuição, a participação da empresa telefônica nos rendimentos, entre vários outros aspectos. Por deter a reserva desse mercado, as informações que compunham o cadastro para elaboração das listas eram tratadas como se fossem uma espécie de propriedade intelectual das

empresas telefônicas. Integravam, por assim dizer, o patrimônio da empresa e sobre elas se aplicava um regime jurídico semelhante ao dos direitos autorais.

A comparação se mostra pertinente pelo perfil jurídico dos direitos patrimoniais conferidos à propriedade intelectual na legislação brasileira. Deveras, quando reconhecida a existência de direito patrimonial sobre uma base de dados[4], ele se mostra muito semelhante aos direitos que o sistema de monopólio conferia às prestadoras de STFC sobre as informações necessárias à elaboração de listas telefônicas. Confira-se o artigo que trata da matéria na Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998):

> ***Art. 87. O titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base, de autorizar ou proibir:***
>
> ***I – sua reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo;***
>
> ***II – sua tradução, adaptação, reordenação ou qualquer outra modificação;***
>
> ***III – a distribuição do original ou cópias da base de dados ou a sua comunicação ao público;***
>
> ***IV – a reprodução, distribuição ou comunicação ao público dos resultados das operações mencionadas no inciso II deste artigo.***

Mas esse tratamento jurídico foi alterado em sua essência com a abertura do mercado de divulgação de listas telefônicas. Se no monopólio, fazendo uma analogia com o sistema de proteção à propriedade intelectual, era possível

---

[4] Vale salientar que, no regime da Lei de Direitos Autorais, os cadastros não constituem objeto de propriedade intelectual, o que significa dizer que a legislação em referência serve apenas para ilustrar o modelo anterior de exploração do setor de edição de listas telefônicas. Confiram-se os dispositivos que excluem expressamente as informações cadastrais da proteção da lei de direitos autorais:

> *Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:*
> *(...)*
> *XIII – as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.*
> *(...)*
> *Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta lei:*
> *(...)*
> *V – as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;*

afirmar que as empresas de telefonia mantinham uma espécie de *direito autoral* sobre as informações necessárias à edição de listas, com a liberação do setor pode ser dito — utilizando-se da mesma comparação — que tais informações caíram no *domínio público*.

Deveras, a LGT foi muito clara ao estabelecer que a divulgação de listas telefônicas passou a ser uma atividade *livre a qualquer interessado*. A liberdade, instituída pela legislação em vigor, contrapôs-se ao regime de quase-propriedade, típico do superado modelo monopolista.

A livre iniciativa tornou-se o princípio retor da atividade de divulgação de listas telefônicas. Com isso, os agentes deste mercado passaram a ter o direito de definir suas estratégias comerciais e interesses mercadológicos. Neste contexto, a empresa de telefonia fixa transformou-se em fonte do insumo necessário ao desenvolvimento da atividade econômica em tela, sem poderes, porém, para definir como deve ser a atuação dos agentes deste mercado (empresas divulgadoras de listas).

Ao contrário do que ocorria anteriormente, a empresa prestadora de STFC não mais detém a prerrogativa de explorar com exclusividade esta atividade e, por conseguinte, de fixar em contrato os limites da atuação comercial das empresas editoras de listas. Isto significa dizer que não cabe às empresas de telefonia definir: a segmentação ou não das listas distribuídas em regime de livre mercado; seu veículo de divulgação (impressos, meio magnético, internet, etc); a inclusão de novas informações ao cadastro original; ou mesmo o estabelecimento de um modo original de organizar as informações. Todos esses são aspectos a serem definidos pelas empresas divulgadoras, no legítimo exercício da liberdade de iniciativa que a elas foi conferida.

As prestadoras de STFC perderam, portanto, o domínio (direito patrimonial) sobre as informações necessárias à elaboração de listas telefônicas, regime apenas presente no sistema de monopólio.

Todavia, a detença de tais informações, que decorre da própria atividade desempenhada como prestadora de serviço público, não deixou de trazer conseqüências jurídicas. De um lado, confere à prestadora o direito de cobrar remuneração razoável pelo fornecimento das informações. Por outro, duas categorias de deveres foram impostas em virtude desta condição: o dever de distribuir gratuitamente listas telefônicas a seus assinantes; e o dever de fornecer a qualquer interessado a relação de seus assinantes.

Sem embargo das demais conseqüências jurídicas mencionadas[5], será objeto de desenvolvimento no presente estudo o dever de a prestadora de STFC fornecer a relação de seus assinantes a qualquer interessado em divulgá-la.

[5] O direito de receber remuneração razoável pelo fornecimento de lista de assinantes, bem como o dever de distribuir gratuitamente listas de assinantes, constituem temas específicos do regime jurídico criado pela LGT para atividade de editoração e divulgação de listas telefônicas. Temas estes que estão fora do objeto do presente estudo.

III – O CADASTRO COMO *ESSENTIAL FACILITY* E O DEVER DE CONTRATAR

Conforme demonstrado, a Lei Geral de Telecomunicações alterou por completo o modelo de exploração da atividade de edição e divulgação de listas telefônicas. Em virtude do novo regime instituído para o setor, tornou-se possível distinguir duas diferentes categorias de deveres impostos às prestadoras de STFC, em relação às informações necessárias à elaboração de listas telefônicas.

Uma primeira categoria envolve dever da prestadora de STFC para com seus usuários (assinantes). Diz respeito à obrigação de distribuir listas telefônicas gratuitamente. É o que prevê o § 2º do art. 213 da LGT, cujo teor mais uma vez reproduzimos:

> *Art. 213. (...)*
>
> *§ 2º É obrigatório e gratuito o fornecimento, pela prestadora, de listas telefônicas aos assinantes dos serviços, diretamente ou por meio de terceiros, nos termos em que dispuser a Agência.*

Trata-se de obrigação inerente à própria prestação do serviço de telefonia e, nestes termos, foi disciplinada pela ANATEL, por intermédio da já citada Resolução nº 66/98.

A outra categoria de encargos impostos às prestadoras de STFC possui objetivos e fundamentos distintos. É regra concebida para garantir a existência de um mercado livre no setor de edição e divulgação de listas telefônicas. Os deveres, portanto, foram instituídos em favor dos interessados em desenvolver a aludida atividade e têm por fundamento a criação de um sistema competitivo e aberto de exploração econômica num setor anteriormente monopolizado (art. 213, *caput*). Tais obrigações decorrem do dever de fornecer relação de assinantes a quem tiver interesse em divulgar esse tipo de informação (art. 213, § 1º). Vejam-se os dispositivos legais em referência:

> *Art. 213. Será livre a qualquer interessado a divulgação, por qualquer meio, de listas de assinantes do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral.*
>
> *§ 1º Observado o disposto nos incisos VI e IX do art. 3º desta Lei, as prestadoras do serviço serão obrigadas a fornecer, em prazos e a preços razoáveis e de forma não discriminatória, a relação de seus assinantes a quem queira divulgá-la.*
>
> *(...)*

Esse tipo de regra é condizente com os mais modernos instrumentos de proteção da livre competição e está presente no sistema jurídico, de modo expresso ou implícito, em relação a diversos setores da atividade econômica.

Para garantir a existência de livre competição num dado setor, a legislação por vezes obriga os agentes econômicos que detenham de modo exclusivo determinado bem ou insumo indispensável ao desenvolvimento de uma dada atividade econômica, a torná-los acessíveis aos demais agentes econômicos interessados, em condições adequadas às regras de competição livre e justa. Existem dois modos de instituir esse tipo de sujeição: por intermédio de norma genérica do sistema de proteção da concorrência (explicada pela teoria das *essential facilities*) ou de regulamentação específica sobre a matéria[6].

Importante notar que a regra de proteção da concorrência que obriga o detentor de bem essencial a torná-lo acessível aos demais agentes econômicos, muito embora tenha origem em matéria de compartilhamento de infra-estrutura, é plenamente aplicável e estendida para bens de outra natureza (inclusive a bens imateriais, como os direitos de autor ou as listas de assinantes de telefone).[7]

Esse sistema de proteção à concorrência revela a verdadeira finalidade da norma em comento (art. 213, § 1º da LGT), qual seja, o de proteger a concorrência no mercado de listas telefônicas. Traduzindo-o nos termos da teoria da proteção à concorrência, significa dizer que, com a obrigatoriedade do fornecimento de informações por parte das prestadoras de STFC, foi garantido o direito de acesso ao insumo necessário à atividade de edição e divulgação de listas telefônicas. A obrigação instituída no dispositivo legal em referência merece

---

[6] A doutrina das *essential facilities* tem tomado relevo nos últimos anos especialmente nos países de *common law*, para justificar a existência, em favor de prestadores de serviços de interesse público, de direito subjetivo ao uso da infra-estrutura pertencente ou controlada por terceiros. No Brasil, o direito que essa doutrina busca assegurar já está expresso em alguns diplomas normativos específicos, como é o caso do art. 73 da LGT, o qual garante às prestadoras de telecomunicações de "interesse coletivo" o *direito subjetivo* ao uso compartilhado da infra-estrutura alheia. Para o escopo deste estudo, também há regra legal específica a ser interpretada, trata-se do já citado art. 213, § 1º, da mesma LGT.

[7] A extensão dessa regra é demonstrada por Michel Bazex, Professor de direito público da Universidade de Paris X:

"Esta a condição preliminar do emprego da noção: só existe *essential facility* se houver, na base, um operador que possua o controle total de um bem necessário ao exercício de uma atividade determinada, sob a forma de um monopólio, de uma exclusividade, etc...

A natureza mesma deste bem pouco importa: os primeiros casos de aplicação da noção eram concernentes a bens materiais, sob a forma de equipamentos ou infra-estruturas portuárias (decisão da Comissão européia de 11 de junho de 1992...), aeroportuárias (decisão do Conselho da Concorrência, de 3 de setembro de 1996...), ferroviárias (para não citar o caso "fundador" *Terminal Railroad*, ver o aresto do tribunal de primeira instância da Comunidades Européias de 15 de setembro de 1998...). Posteriormente, com o desenvolvimento das atividades terciárias, admitiu-se que os bens imateriais também poderiam suscitar a aplicação da noção, daí porque, a partir deste momento, falar-se genericamente de "facilidades" e não mais especificamente de infra-estrutura ou de instalação: este foi o caso, entre outros, dos direitos de autor vinculados à programação audiovisual (Corte de Justiça das Comunidades Européias, 6 de abril de 1995...), das listas telefônicas (Corte de Apelação de Paris, 1º de setembro de 1998...), etc." (*Entre concurrence et régulation, la théorie des "facilités essentielles"*, em "Revue de la concurrence et de la Consommation", Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, nº 119, janeiro-fevereiro, 2001, p. 39).

aplicação com base neste enfoque. Isto é, somente a partir do prisma da proteção da concorrência (razão jurídica que fundamenta a própria existência da norma) poderão ser corretamente traçados os contornos do dever de fornecimento desse cadastro.

Mostra-se importante examinar, neste estudo, vários aspectos deste dever de fornecimento, que demandam a aplicação das diretrizes acima explicadas. Eles dizem respeito ao fornecimento de cadastro segmentado, às atualizações dos dados cadastrais (independentemente da aquisição de cadastro completo), à freqüência exigível para atualização de cadastro, bem como à obrigação de fornecimento dos códigos de acesso dos serviços disponibilizados pela prestadora a seus assinantes. Antes de abordar individualmente os pontos em destaque, é pertinente tecer algumas considerações de caráter geral, que parecem úteis ao enfrentamento comum dessas questões.

Quando a LGT estabeleceu a obrigação de as prestadoras de STFC fornecerem, aos interessados na divulgação de listas telefônicas, a relação de seus assinantes, o fez por razões e com objetivos distintos daqueles que moveram a imposição do dever de divulgar gratuitamente tais listas. Isto já foi demonstrado.

Tanto num caso como no outro, a prestadora de STFC deve obedecer a balizas regulatórias para cumprir as obrigações que foram previstas na lei. No que tange à distribuição gratuita de listas, a regulação ocorreu por intermédio da edição de norma geral e abstrata, uma resolução da ANATEL, que veio a disciplinar o assunto (Resolução nº 66/98). O fornecimento de cadastro aos operadores do mercado de listas, porém, ainda não mereceu disciplina minuciosa (além da já mencionada Resolução 66/98 e da súmula nº 05 da ANATEL, que impôs balizas quanto à fixação dos valores de remuneração das prestadoras de STFC pelo fornecimento de cadastro). A ausência de norma detalhada, todavia, não autoriza as prestadoras de STFC a fornecerem seus cadastros da forma que bem entendam, como se travassem relação comercial comum, absolutamente desregulada. Como foi visto, esta relação de fornecimento possui estreita vinculação com regras de proteção à concorrência. Primeiramente, porque se trata de relação contratual (entre a prestadora de STFC e a empresa divulgadora) de natureza compulsória, imposta pela LGT. Depois, em virtude da própria finalidade da norma que impõe a contratação, há de se considerar de modo especial as regras gerais de proteção à concorrência — previstas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 — no estabelecimento das cláusulas contratuais (sob pena, até, de a norma que impõe a contratação se tornar inócua, pelo conteúdo restritivo que se venha a dar à obrigação de fornecimento).

Destas considerações já se pode extrair uma primeira conseqüência concreta na interpretação do dever de fornecimento de cadastro: este não se confunde com o regime de exigências da distribuição gratuita de listas telefônicas a usuários e, por isso, não se sujeita a ele. Com isso se quer dizer que não seria plausível confundir o fornecimento de que trata o art. 213, § 1º da LGT, com a mera entrega dos dados constantes da lista de distribuição obrigatória de que trata o art. 213, § 2º da mesma Lei.

IV – CONDICIONAMENTOS À LIBERDADE CONTRATUAL

A obrigação de fornecimento é de natureza comercial, envolve o acesso à matéria-prima necessária à realização de uma atividade econômica sujeita ao livre mercado. Desta forma, o fornecimento deve ser compatível com as necessidades de produção de listas telefônicas num mercado aberto, devendo atender aos padrões de razoabilidade e de isonomia para este fim específico. Este dever não estaria satisfeito, portanto, com o puro e simples fornecimento, nas mesmas condições e prazos, do banco de dados utilizado para desenvolver a lista de distribuição obrigatória. Aliás, se fosse assim, não haveria o menor sentido na criação de uma regra específica para o fornecimento de dados cadastrais para interessados em sua divulgação, uma vez que tais dados já estariam disponíveis ao público em geral por intermédio da divulgação obrigatória das listas.

Portanto, há de se concluir genericamente que o referido fornecimento de informações deve ocorrer em conformidade com as necessidades de adequado desenvolvimento da atividade econômica de divulgação de listas. Para tanto, servem de baliza os padrões de razoabilidade e isonomia necessários à garantia da concorrência livre e justa neste mercado.

As questões envolvendo a segmentação, a atualização (incluindo a freqüência) e o teor das informações que devem constar dos cadastros de fornecimento obrigatório para as empresas divulgadoras de listas, merecem abordagem sob o prisma dos critérios acima identificados. É o que será feito a partir deste ponto.

A primeira dúvida sobre o dever de fornecimento de cadastro está relacionada à necessidade de este ser segmentado, caso haja solicitação neste sentido por parte da divulgadora. O problema envolve dois aspectos: um, que é o de se saber se o cadastro deve conter uma espécie de classificação de assinantes (por localização, por atividade profissional, por destinação da assinatura — comercial ou residencial — e assim por diante); o outro, depende de resposta afirmativa à primeira questão e diz respeito à obtenção de apenas parte do cadastro de assinantes, independentemente da aquisição do todo. Abordaremos as questões separadamente.

A exploração do mercado de divulgação de listas de assinantes — a história do setor o comprova — apresenta, como um dos seus mais visíveis recursos, a segmentação. Assim ocorre quando se divulga isoladamente a lista de determinado bairro ou de segmentos econômicos (comércio ou prestadores de serviços). A prestação das informações necessárias à elaboração desta divisão do mercado em nichos não pode ser vista como algo alheio à divulgação de listas de assinantes. É algo, portanto, que está incluído no dever genericamente estabelecido no art. 213, § 1º da LGT. Negar-se a fornecer as informações necessárias ao desenvolvimento dessa prática corrente no mercado importaria descumprimento do citado dispositivo, além de poder caracterizar prática

anticoncorrencial[8], de impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo ou matérias-primas (art. 21, VI, da Lei 8.884/98)[9].

Ainda em relação a esse ponto, apresenta relevância prática saber qual a segmentação obrigatória. Trata-se agora de questão de ordem fática. Explicamos. Por constituir um pleito condizente com a necessidade de atuação no mercado de listas telefônicas, as informações disponíveis no cadastro de assinantes da prestadora de STFC que permitam a segmentação não podem ser omitidas sem que haja razão plausível para tanto. Assim, se há vinculação entre o código de assinante e o endereço, a prestadora não pode se negar a segmentar o cadastro em função da localidade. O mesmo se aplica em relação a outros dados, como a espécie da assinatura (se comercial ou residencial) e assim por diante. Todavia, não seria exigível segmentação baseada em aspectos não constantes do cadastro da prestadora do STFC, o que ocorreria — permitindo o uso de exemplo caricato — se fosse solicitado o fornecimento das informações pertinentes aos torcedores de um dado clube de futebol e a prestadora não dispusesse dos dados necessários.

Os mesmos princípios e regras são aplicáveis às questões envolvendo a freqüência das atualizações dos dados cadastrais e o fornecimento dos telefones de serviços ofertados pelas prestadoras de STFC. Por isso, antes de enfrentar o problema da aquisição parcial de cadastro (que envolve ainda a questão da segmentação), passaremos à verificação desses temas que se mostraram conexos.

Ninguém duvida da importância da atualização de dados para o desenvolvimento da atividade de divulgação de listas telefônicas. Tampouco de que tais listas devem conter os números de acesso aos serviços de interesse público (tais como bombeiros e polícia) ou dos serviços disponibilizados pelas prestadoras de STFC (serviços de hora-certa e despertador, por exemplo). Assim sendo, tais informações cadastrais hão de ser vistas como de fornecimento obrigatório. Não atualizar o cadastro ou omitir informações dos citados códigos de acesso seria violar a regra do art. 213, § 1º da LGT ou praticar conduta anticoncorrencial.

---

[8] Tal conduta estaria configurada se a prestadora de STFC (fornecedora) também atuasse no mercado de distribuição de listas ou beneficiasse empresa com as aludidas informações. O que pode efetivamente ocorrer — frise-se — inclusive no cumprimento de seu dever de distribuição gratuita de listas obrigatórias, por intermédio de receitas alternativas. A atuação das concessionárias de STFC neste mercado, vale ainda salientar, tem que ser *indireta*, ou seja, por meio de interposta pessoa, haja vista a vedação existente na LGT a que tais prestadoras desempenhem atividades distintas de seu objeto de concessão (art. 86).

[9] Eis o teor do dispositivo da lei de proteção da concorrência que descreve a conduta em tela:

> *Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:*
> *(...)*
> *VI – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;*

Os códigos de acesso a serviços, muito embora não estejam claramente incluídos na literalidade da obrigação de fornecer informações sobre *assinantes*, sem dúvida integram o escopo de qualquer cadastro que sirva de base à elaboração de lista telefônica. Tomando-se por base o objetivo de uma lista de assinantes, qual seja, fornecer aos usuários dos serviços de telefonia as informações necessárias à utilização mais eficiente desse serviço, parece óbvio que não apenas os "assinantes" desses serviços, no sentido estreito do termo, mas todo e qualquer código de acesso (número de telefone) para o qual se possa ligar deve constar da base de dados a ser divulgada. Ademais, mesmo que se queira levar às últimas conseqüências uma interpretação com base na literalidade da norma, que impõe às prestadoras de STFC a obrigação de divulgarem a lista de seus *assinantes*, poder-se-ia argumentar, para dar à expressão um sentido adequado à finalidade da norma, que entre os "assinantes" do serviço de telefonia estariam também incluídos os prestadores de serviços públicos com números especiais de acesso gratuito, bem como a própria prestadora, na medida em que presta serviços adicionais a seus usuários por meio de números específicos. Sendo assim, seja qual for o caminho interpretativo que se siga, não será possível encontrar resultado distinto da conclusão segundo a qual as informações de código de acesso a números de serviços de interesse público ou de serviços adicionais oferecidos pelas prestadoras de STFC devem constar do cadastro a ser fornecido para os interessados em divulgar listas.

No que diz respeito à freqüência das atualizações, mais uma vez a solução depende do exame de cada situação concreta (a exemplo do que ocorre com a segmentação dos cadastros). A necessidade de atualização, abstratamente considerada, é uma vertente da atividade de divulgação de listas telefônicas. Deveras, trabalhar com informações desatualizadas seria um deserviço à população, circunstância potencialmente causadora de transtornos, podendo, inclusive, acarretar a responsabilização dos envolvidos.

Dependendo do veículo de divulgação da lista de assinantes, bem como do perfil de mercado que se queira atender (lista de prestadores de serviços, comércio, divulgação pela internet, etc.), pode ser variado o interesse dos agentes econômicos do setor em atualizar os dados cadastrais. A questão é saber até que ponto há o dever de as prestadoras de STFC atenderem à demanda por atualização apresentada pelas empresas divulgadoras de listas. Adotando a mesma linha de raciocínio desenvolvida no problema da segmentação do cadastro, parece correto afirmar que a questão aqui também envolve a *possibilidade* de a prestadora de STFC atender à solicitação dos interessados. Se houver um sistema de atualização à disposição da prestadora que permita atualizar os dados de acordo com os interesses da empresa divulgadora, não haverá razão jurídica plausível para a negativa do pleito. Este será mais um dos pontos a serem definidos no contrato de fornecimento.

Importante frisar que a prestadora de STFC não pode, nesta negociação, recusar uma dada freqüência de atualização desmotivadamente, por livre disposição de sua vontade. A obrigação de fornecimento imposta pela LGT faz com que a razão da recusa deva ser objetiva (como ocorreria se houvesse impossibilidade de atendimento do pleito ou a constatação de um abuso de direito

por parte da solicitante). Se houver possibilidade material de atender a uma justificável solicitação da empresa divulgadora, o fornecimento deve ocorrer, nos termos da negociação entre as partes (a ser baseada nos critérios definidos na LGT, que exige a razoabilidade do preço e isonomia na forma de compor as condições de fornecimento).

Por fim, resta enfrentar as questões envolvendo o fornecimento de parcela do cadastro. A este tema estão vinculados tanto o problema do fornecimento de um dado segmento do cadastro, quanto o das atualizações isoladamente. A solução é simples, muito embora suscite o exame de outras regras de proteção de mercado. Trata-se da conhecida regra de *proibição de venda casada*, presente tanto no sistema de proteção da concorrência, quanto no de proteção do consumidor.[10]

Aplicando pura e simplesmente esta determinação, torna-se clara a conclusão segundo a qual uma prestadora de STFC não pode condicionar o fornecimento de dados atualizados à aquisição do cadastro completo. Do mesmo modo, as informações disponíveis sobre um dado segmento devem ser fornecidas de forma isolada, se assim for solicitado, independentemente da aquisição da totalidade das informações cadastrais. Condicionar a aquisição das informações atualizadas ou de um dado segmento à aquisição de todo o cadastro constitui, por óbvio, venda casada, conduta expressamente vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

V– FUNDAMENTO E LIMITES DA COMPETÊNCIA REGULATÓRIA DA ANATEL EM MATÉRIA DE LISTAS TELEFÔNICAS

A questão a examinar agora é a da existência de competência normativa da ANATEL para disciplinar aspectos da divulgação de listas telefônicas. Assiste-lhe poder na matéria, se são distintos os setores de *prestação de serviços de telecomunicações* e de *divulgação de listas* e a agência é reguladora do primeiro setor e não do segundo?

Interessante relembrar que essa distinção setorial, embora possa parecer óbvia sob o prisma material ou das relações comerciais envolvidas, do ponto de vista jurídico nem sempre existiu. Como foi visto, antes da chamada privatização

[10] Esta circunstância é importante para marcar a abrangência da solução exposta, uma vez que deixa claro que a vedação à venda casada atinge tanto as prestadoras de STFC que porventura tenham relações econômicas com empresas atuantes no setor de divulgação de listas, como também aquelas que apenas forneçam as informações, sem participar do mercado. Na Lei 8.884/94, a vedação está contida no art. 21, XXIII, que assim descreve a conduta ilícita: "subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem". A mesma linha foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), que em seu art. 39, I, proibiu os fornecedores de "condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos".

do setor de telecomunicações, mais especificamente da edição de seu marco regulatório mais importante, a Lei Geral de Telecomunicações, a divulgação de listas telefônicas era considerada parte integrante do monopólio das telecomunicações. Nesse período somente as empresas concessionárias do serviço telefônico público (em sua quase totalidade, empresas estatais) poderiam distribuir e explorar comercialmente listas telefônicas. Portanto, a divulgação de listas telefônicas era considerada parte do serviço telefônico público, submetendo-se, como tal, ao regime de monopólio até então em vigor.

Vale salientar que as empresas de telefonia não editavam diretamente suas listas. Exerciam tal prerrogativa (a de explorar economicamente o setor) por intermédio da contratação de empresas especializadas (editoras). Portanto, à época do monopólio, a participação da iniciativa privada neste mercado era restrita à execução de um contrato administrativo com as empresas de telefonia (atuando como contratadas destas últimas), sendo vedada a atuação independente no setor.

Tal realidade, como se disse, veio a ser modificada com a edição da LGT. Entre as várias mudanças que introduziu no setor de telecomunicações, a referida Lei conferiu uma espécie de autonomia jurídica à atividade de divulgação de listas telefônicas, submetendo-a a duas diretrizes claras de regulação: de um lado, a manutenção, para as prestadoras do serviço de telefonia fixa, do dever de divulgar gratuitamente a lista de assinantes; e, de outro, a abertura da atividade de divulgação de listas para quaisquer outras empresas que nele tivessem interesse. Criou-se, deste modo, uma livre e separada atividade: a de divulgação de listas telefônicas[11].

[11] Tal fenômeno de segregação de atividades que outrora se encontravam reunidas, e submetiam-se a um regime de monopólio público, não tem passado desapercebido pela mais atualizada doutrina juspubliscística. Costuma-se denominá-lo "desintegração vertical" ou "*unbundling".* É o que se pode aferir a partir do relato do jurista espanhol Santiago Muñoz Machado: "*O primeiro cuidado imprescindível para constituir um mercado no antigo domínio dos monopólios públicos consiste em evitar que não sejam substituídos por monopólios privados.* Por isso, os processos de privatização devem propiciar a segregação dos negócios acumulados pelos monopólios públicos, ou por monopólios e oligopólios privados, para criar oportunidades de concorrência novas aos agentes econômicos que agora têm a oportunidade de incorporar-se aos setores privatizados. Estas operações, em última análise, consistem em propiciar a multiplicação de sujeitos econômicos que intervêm em setores antes controlados por apenas um. O poder de mercado concentrado no monopolista se desagrega e se divide para que a concorrência atue e seja a regra dominante. As fórmulas que podem ser aplicadas para atingir a finalidade de criar mercados e mantê-los (evitando neste último caso o retorno à concentração, ao monopólio ou ao abuso das posições dominantes) são diversas e abarcam os seguintes aspectos...: 1.º Separação jurídica dos ramos de atividade das empresas monopolísticas, criando outras empresas secundárias que atuarão no mesmo mercado competindo entre elas. Situam-se nestes setores econômicos diversos sujeitos novos que competem entre si. O que não seria possível se a privatização supusesse a translação de todo o bloco de negócios, controlados pelo monopolista público, a empresários privados." (*Servicio público y* mercado, vol. I – *Los fundamentos*, Madri, Civitas, 1998, pp. 227-228, tradução livre nossa). Sobre o tema da desintegração vertical ou separação de atividades, ver também Gaspar Ariño Ortiz, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación)", in: *El nuevo servicio público*, Gaspar Ariño Ortiz, J. M. de la Cuétara e J. L. Marinéz López-Muñiz, Madri, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, pp. 26-27.

O reconhecimento da liberdade e especialidade da atividade de divulgação de listas telefônicas não significou, todavia, a completa e absoluta cisão entre aquela atividade e o setor de telecomunicações. É inegável a influência recíproca que um exerce sobre o outro. Um dos exemplos desse vínculo é a instituição do dever legal de as empresas prestadoras de STFC distribuírem gratuitamente listas a seus assinantes (art. 213, § 2º).

Mas não é só. É evidente como referida atividade se mostra imprescindível para o setor de telecomunicações. Por seu intermédio propicia-se a divulgação dos códigos de acesso dos usuários dos serviços de telecomunicações, viabilizando sua utilização.

Ninguém negará que o serviço de telefonia só pode cumprir adequadamente a finalidade a que se destina — que é conectar pessoas, pondo-as em comunicação — se os códigos de acesso forem amplissimamente conhecidos. Dir-se-á mesmo que o serviço seria inútil se as pessoas não tivessem como localizar, com rapidez e segurança, os códigos que as levam a falar com as outras. Essa informação — a relativa aos códigos de acesso — é o combustível indispensável da máquina formada pelos serviços de telefonia. Daí a necessidade de que ela seja disseminada por todos os meios, colocando-se à disposição em todas as situações imagináveis.

Quando a LGT deu liberdade à atividade de divulgação de listas telefônicas, não o fez por considerá-la irrelevante. Bem ao contrário, se a efetiva existência de listas publicadas por qualquer um fosse indiferente para o legislador, sua atitude seria a de simplesmente ignorar o assunto, até porque, para liberalizar a atividade, bastava revogar a lei anterior, que criava o monopólio. O que o legislador fez foi bem mais do que isso: criou as condições assecuratórias da existência de uma efervescente concorrência no setor, pois deu às divulgadoras interessadas o direito subjetivo ao insumo básico, que são os cadastros com os códigos de acesso. Com isso, ampliou potencialmente o leque de opções para o usuário do serviço telefônico, que pode contar com mil formas de chegar aos códigos que abrem as portas da comunicação telefônica.

Esta conclusão é fundamental: a Lista Telefônica Obrigatória - LTOG, embora importante, não é um mecanismo suficiente para garantir o nível adequado de conhecimento, pelos milhões de usuários, dos códigos telefônicos. Daí a necessidade de contar com o dinamismo e espírito empreendedor da iniciativa privada, capaz de gerar a disseminação da informação. Em outros termos, a obrigação imposta às prestadoras pelo art. 213, § 1º da LGT é instrumental para a realização de um fim de interesse público, que é a máxima divulgação possível dos códigos telefônicos.

Assim, quando a ANATEL trata de garantir que as prestadoras de STFC realmente forneçam seus cadastros às divulgadoras de listas está cuidando, não propriamente do interesse destas últimas, mas sim do interesse público, próprio do segmento de serviços de telecomunicações, de que sejam divulgadas tantas listas quantas o mercado comportar. Em suma, a ANATEL está disciplinando os

serviços de telecomunicações e os deveres de suas prestadoras, com base no art. 19, IV e X, da LGT.

Além disso, alguns direitos conferidos expressamente aos usuários de serviços de telecomunicações guardam relação direta com a divulgação de listas de assinantes. É o que se pode verificar no art. 3º da LGT, em seus incisos VI e IX. Nestes dispositivos foi previsto o direito dos usuários de serviços de telecomunicações: *"à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso"* (VI); e "ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora de serviço". Para assegurar tais direitos, faz-se necessária a disciplina de condutas de prestadoras de serviços de telecomunicações em relacionamentos que estas venham a manter com empresas interessadas justamente em divulgar informações de usuários de STFC. É nítido o papel que o órgão regulador dos serviços de telecomunicações deve exercer, no sentido de criar uma ordenação que vise a assegurar a observância de tais direitos.

Dentro desse contexto, não se pode negar a relevância da divulgação de listas de assinantes para os serviços de telecomunicações. Não é por outra razão que o tema "divulgação de listas de assinantes" vem sendo tratado pelo legislador no bojo da ordenação dos serviços de telecomunicações.

A criação de um livre mercado para a atividade de divulgação de listas telefônicas não minimizou esta relevância. Houve apenas uma transformação no papel a ser exercido pelo Estado em relação a esta específica atividade econômica. Num primeiro momento, o Estado, por intermédio de empresas por ele controladas, era diretamente responsável pelo desempenho da atividade. Fazia isso em regime de monopólio, que ele mesmo era obrigado a assegurar por meio do exercício do chamado poder de polícia. Com a queda do monopólio restaram ao Estado duas funções, ambas de índole regulatória: *a)* assegurar o cumprimento do dever de produção e distribuição gratuita de listas pelas prestadoras de STFC e *b)* garantir a existência de um efetivo, amplo e, para isso, livre e competitivo, setor de divulgação de listas telefônicas, disciplinando o acesso de interessados aos dados cadastrais de assinantes, direito este assegurado por Lei (art. 213, § 1º).

Em cumprimento à primeira dessas atribuições a ANATEL editou Resolução própria (a Resolução nº 66, de 9 de novembro de 1998), em que buscou disciplinar quais os requisitos necessários ao adequado cumprimento deste dever imposto legalmente às prestadoras de STFC. É viável, contudo, o surgimento de mais um texto normativo, agora para tratar do fornecimento de cadastro de assinantes, envolvendo a outra função prevista em lei: a de assegurar a existência de um livre mercado no setor de listas telefônicas[12], como meio de

[12] De fato, a existência de um livre mercado de divulgação de listas telefônicas pressupõe um livre acesso às relações de assinantes das prestadoras de telefonia fixa. Por isso se assegura às empresas divulgadoras, no art. 213, § 1.º da LGT, o *direito subjetivo* a este acesso. A afirmação da existência de direitos como este — de uso de bem alheio em favor de prestadores de serviços de interesse público — tem tomado relevo nos últimos anos por intermédio da chamada doutrina das *essential facilities*, a que já nos referimos.

incrementar ao máximo possível sua divulgação, o que é vital para o setor de telecomunicações. O mecanismo escolhido pela Lei para viabilizar tal objetivo foi o de garantir o acesso ao elemento básico e essencial à existência desta atividade, qual seja, o cadastro de assinantes do serviço telefônico fixo. Criou-se, no § 1º do art. 213, mais um dever às prestadoras de serviço de telefonia: o de fornecer, em condições adequadas e a preços justos e razoáveis, o cadastro de assinantes de seu serviço aos interessados em divulgá-lo.

É preciso, porém, analisar uma possível crítica à atuação normativa da ANATEL no tocante ao dever de fornecimento do cadastro: a de que esse dever seria alheio à atividade por ela regulada, isto é, matéria estranha ao setor de telecomunicações. Segundo tal visão, a instituição desse dever teria envolvido uma intervenção legislativa em assunto de natureza comercial e de interesse restrito das empresas editoras de listas, não tendo cabimento, então, que fosse objeto das competências do órgão regulador das telecomunicações.

Cremos, todavia, que o regime criado pela LGT viabiliza a atuação da ANATEL. Com a mudança de regime jurídico de exploração da atividade de edição e divulgação de listas promovida pela nova lei, é certo que houve uma abertura do setor, principalmente no que tange à sua execução por qualquer interessado. Em relação a esta matéria não foi dada à ANATEL competência regulatória exaustiva. A Lei passou a garantir um espaço de liberdade para empreendimentos privados na atividade de divulgação de listas de assinantes. Instituíram-se determinados direitos aos particulares interessados em investir na atividade, que passaram a ter de ser respeitados e garantidos pela atuação reguladora do Estado. Daí reconhecer-se a existência de uma parcial *imunidade regulatória* da atividade de divulgação de listas perante a ANATEL, no sentido de que a ela não é lícito interferir no exercício da liberdade legalmente conferida às divulgadoras.

Quais seriam, então, os contornos da LGT quanto ao exercício de competência regulatória da ANATEL sobre a atividade de divulgação de listas de assinantes? Quais atividades dos agentes que divulgam listas telefônicas estariam protegidas, por força da lei, quanto às interferências da ANATEL?

A questão pode ser respondida a partir da clara identificação das principais espécies de relações jurídicas estabelecidas no setor. No que tange à divulgação de listas telefônicas não obrigatórias há, basicamente, dois tipos de relações jurídicas estabelecidas: a que se trava entre a prestadora do STFC (modalidade Local) e a empresa divulgadora, que poderia ser chamada *relação jurídica de fornecimento* do cadastro de assinantes, e a que se firma entre a empresa divulgadora e o público interessado nas listas telefônicas, que poderia ser designada *relação jurídica de divulgação*.

A *relação jurídica de fornecimento* pode e deve ser disciplinada pelo Estado. A razão desse necessário envolvimento estatal já foi dada acima: está na necessidade de se assegurar o acesso a esse recurso essencial, que é o cadastro de assinantes das prestadoras de STFC, às empresas interessadas em divulgar listas de assinantes.

O cumprimento deste dever está claramente vinculado às competências da ANATEL. Deveras, cabe à Agência expedir normas quanto à prestação de serviços nos regimes público e privado (art. 19, IV e X da LGT). Referida competência é ampla o suficiente para conferir à ANATEL a prerrogativa de definir os principais aspectos relacionados à disciplina deste mercado, ao incremento da competição, à qualidade, aos bens que lhes são afetos, aos direitos dos usuários e muitos outros assuntos relacionados à prestação de serviços de telecomunicações (em regime público ou privado).

Neste abrangente rol está inserida, indubitavelmente, a capacidade para editar regras sobre o fornecimento das informações obtidas pelas prestadoras de serviços de telecomunicações no exercício de suas atividades e a sua divulgação. Tal competência chega inclusive a abarcar informações internas sobre o funcionamento da empresa, como as de caráter técnico, operacional, econômico-financeiro e contábil (art. 39, parágrafo único da LGT)[13].

Com muito mais razão a competência regulamentar da ANATEL envolve também aquelas informações referentes aos usuários dos serviços, às quais a empresa somente tem acesso em virtude da prestação desta atividade especialmente regulada (as telecomunicações). É no exercício desta competência que se enquadra o objetivo de disciplinar a *relação jurídica de fornecimento* a ser firmada entre prestadoras de STFC e empresas de divulgação de listas telefônicas.

Até mesmo porque representa assunto relevante para o setor de telecomunicações, cabe à ANATEL regulamentar o cumprimento da norma que impõe às prestadoras de telefonia fixa o dever de fornecer seu cadastro de assinantes aos interessados em divulgá-las. Deveras, na ausência de disciplina normativa, o dever de fornecimento do cadastro poderia ser transformado em norma inócua, ineficaz. Isto ocorreria se determinada prestadora retardasse propositadamente o fornecimento das informações, cobrasse contraprestação abusiva, omitisse informações relevantes (como o endereço correto do assinante, por exemplo), entre muitas outras práticas que poderiam dificultar ou mesmo impedir o cumprimento da norma legal que promove a existência da livre atividade de divulgar listas telefônicas.

Convém enfatizar que o cumprimento do dever jurídico em questão é relevante para o bom funcionamento do setor de telecomunicações. É absolutamente equivocado pressupor que a observância deste dever respeitaria apenas aos interesses privados das partes envolvidas na transação (isto é, das prestadoras de telefonia fixa e das divulgadoras de listas). O domínio das relações de assinantes do STFC tem uma relevante função social a cumprir, cabendo à ANATEL zelar por seu cumprimento. Trata-se da função de propiciar o desenvolvimento da atividade de divulgação de listas, sob um regime de livre, ampla e justa competição, no interesse do próprio setor de telecomunicações,

[13] Estabelece o citado dispositivo: “Art. 39 (...). Parágrafo único. A Agência deverá garantir o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações, nos termos do regulamento.”

que, para bem funcionar, depende do conhecimento dos códigos de acesso pelos consumidores. Este raciocínio arrima-se com a mais atualizada doutrina, que tem reconhecido a existência, em nosso ordenamento jurídico, de um verdadeiro princípio da *função social dos meios de acesso ao mercado*. [14]

Sendo assim, a edição de regulamento pela ANATEL, que vise tão somente a disciplina de um dever jurídico imposto à prestadora de serviços de telecomunicações, há de ser considerada legítima, pois apresenta respaldo nas competências previstas no art. 19, incisos IV e X, da LGT.

Escaparia desta esfera legítima de atuação, porém, norma que envolvesse a parte comercial da aqui denominada *relação jurídica de divulgação*, travada entre a empresa divulgadora e seus clientes. Deveras, não cabe à ANATEL disciplinar a atividade de divulgação de listas telefônicas propriamente dita. Essa parte da atividade de divulgação de listas telefônicas está envolta nesta espécie de imunidade regulatória que se pode extrair da LGT. Situação completamente distinta é a da atividade, que incumbe às prestadoras do STFC, de fornecimento das respectivas relações de assinantes. Esta sim se encontra sob o influxo do poder regulamentar da ANATEL.

Insista-se, ainda uma vez, na afirmação de que a competência normativa para a ANATEL editar regulamento tratando da matéria lhe foi conferida pelo art. 19, incisos IV e X da LGT, de acordo com os quais cabe-lhe expedir normas quanto à "prestação dos serviços de telecomunicações". Insere-se nessa competência a de disciplinar o cumprimento dos deveres das empresas de telecomunicações, pois é isso que viabiliza a existência dos serviços. Assim, dos dispositivos citados extrai-se um genérico poder para a agência reguladora editar regulamentos disciplinando a atuação das empresas de telecomunicações, em tudo aquilo que tenha relação com a *"regularidade e com as necessidades do*

[14] Confira-se, neste sentido, o magistério de Calixto Salomão Filho:

"De há muito inserido em nosso ordenamento constitucional, o princípio da função social da propriedade teve por longo tempo aplicação muito limitada. Aplicado ao clássico conceito romano de propriedade estática, permitia limitação ao uso do bem e à sua disposição. Explica-se sua larga aplicação em matéria de desapropriação. Essa limitação, como corretamente demonstrou F. K. Comparato no clássico artigo 'Função social da propriedade dos bens de produção', restringe por demais a verdadeira aplicação do princípio. Esse princípio refere-se também — e, talvez, sobretudo — à propriedade dos bens de produção, *i.e.*, ao exercício do poder de controle empresarial. Aí, função social passa a significar uso da propriedade em benefício de terceiros. A classificação bens de consumo/bens de produção não esgota, no entanto, a variedade de bens que podem estar sujeitos a aplicações várias do princípio da função social. Existem também os chamados bens de acesso, *i.e.*, bens de cuja utilização depende a possibilidade de poder concorrer naquele mercado. Em relação a esse bem de acesso deve-se falar, sem dúvida, em função social, consistente não apenas em sua boa utilização, mas também em sua disponibilização a terceiros. A função social ganha, aqui, um terceiro sentido. Como visto, tratando-se de bens de consumo, 'função social' significa restrições ao uso e por vezes até disposição coercitiva do bem. Ao se falar em bens de produção a idéia é utilização do bem em benefício da comunidade. Finalmente, ao se falar em bens de acesso a função social significa uma limitação muito mais incisiva ao direito de propriedade. Trata-se da obrigatoriedade de compartilhamento dos bens dos quais depende o acesso." (*Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, cit., pp. 60-61)

serviço"[15]. Evidentemente, o adequado cumprimento, por essas empresas, do dever de fornecimento do cadastro previsto no art. 213, § 1º da LGT tem diretamente a ver com a regularidade do próprio serviço de telecomunicações, pois seu funcionamento depende do máximo conhecimento dos códigos de acesso pelos usuários.

VI – CONCLUSÕES

Para finalizar, sintetizamos objetivamente as conclusões deste estudo:

1. Em face da legislação vigente, as prestadoras de STFC não detêm direito de propriedade sobre as informações contidas no seu cadastro de assinante. A posição de "proprietária" das informações cadastrais era encontrada no sistema de monopólio, no qual as prestadoras exerciam uma espécie de propriedade intelectual sobre as informações necessárias à elaboração de listas telefônicas. Com a abertura do mercado, as prestadoras passaram a apenas deter tais informações de caráter público — e estas, de modo expresso, foram postas à disposição da livre iniciativa (LGT, art. 213, caput).

2. A prestadora de STFC não pode limitar o uso das informações constantes do Cadastro, estabelecendo, por exemplo, período máximo de utilização ou proibindo a reutilização. Este tipo de limitação somente seria compatível caso a prestadora de STFC possuísse direitos semelhantes aos de propriedade intelectual sobre tais informações, o que não ocorre mais, em função da liberação do mercado de divulgação de listas. Como simples detentora, ela não tem qualquer poder de limitar o uso das informações pelas editoras, pois estas são livres em sua atuação nesse mercado.

[15] Desde a metade do século XIX, quando se iniciou a outorga de concessões para exploração de serviços e obras públicas, vem-se debatendo sobre os limites da competência do poder concedente sobre o concessionário. Reconhecendo que esta competência não pode ser absoluta, pois o concessionário é uma empresa privada, cuja autonomia tem de ser observada, os especialistas assentaram, porém, o entendimento de que o concedente pode e deve interferir, inclusive por meio de normas, em tudo aquilo que "entenda com a regularidade e com as necessidades do serviço", pois cabe-lhe "zelar pelo fiel desempenho dos respectivos contratos e pelos legítimos interesses do Estado" (as expressões grifadas são reprodução do Aviso n.º 55 do Ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, no longínquo ano de 1891, *in* "O Direito", volume 58, p. 130).

3. A Divulgadora pode divulgar as informações com o acréscimo de outros elementos ou ainda organizá-las de uma forma por ela concebida. As informações constantes do cadastro fornecido pelas prestadoras de STFC constituem apenas insumo para o desenvolvimento de atividade econômica de natureza autônoma, que é a distribuição de listas telefônicas. As prestadoras de STFC não têm direito de limitar a livre utilização desse material pelas empresas divulgadoras. O modo como a atividade de divulgação de listas será desenvolvida não é regulado nem limitado pela lei, sendo viáveis as várias formas que forem concebidas pelas editoras, desde que respeitados os direitos de terceiros.

4. A prestadora de STFC é obrigada a fornecer cadastro de assinantes de forma segmentada. Por ser um recurso inerente à atividade de divulgação de listas, a segmentação das informações pode ser solicitada pelas empresas divulgadoras. As prestadoras de STFC têm o dever de promover a segmentação solicitada sempre que seja materialmente possível, em função das informações disponíveis em seu cadastro. A recusa na segmentação, nos termos acima expostos, significaria violação ao dever previsto no art. 213, §1º da LGT e, em dadas situações, prática de conduta anticoncorrencial (isto ocorreria se a prestadora de STFC também atuasse, direta ou indiretamente, no mercado de divulgação de listas).

5. Uma prestadora de STFC não pode condicionar o fornecimento de dados atualizados à aquisição do cadastro completo, sob pena de praticar a chamada “venda casada”, conduta comercial proscrita no ordenamento jurídico brasileiro. A freqüência da atualização envolve a possibilidade fática de a prestadora de STFC atender à solicitação dos interessados. Se houver um sistema de atualização à disposição da prestadora que permita atualizar os dados de acordo com os interesses da empresa divulgadora, não haverá razão jurídica plausível para que haja negativa no pleito. Nesta hipótese, a freqüência de atualização deve ser atendida, nas condições comerciais de fornecimento fixadas contratualmente pelas partes.

6. Não cabe à ANATEL disciplinar normativamente a atividade de divulgação de listas telefônicas propriamente dita, inclusive a parte comercial da relação jurídica de divulgação, travada entre a empresa divulgadora e seus clientes. Há quanto a isso imunidade regulatória. Porém, encontra-se sob o influxo do poder regulamentar da ANATEL a atuação, que incumbe às prestadoras do STFC, de fornecimento das respectivas relações de assinantes, podendo ela ser objeto de regulamento.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda. A REGULAÇÃO E AS LISTAS TELEFÔNICAS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, agosto/setembro/outubro, 2009. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-CARLOS-ARI.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.