

Porto Alegre, 14 de fevereiro de 2022.

A **Associação dos Provedores de Serviços e Informações da Internet - INTERNETSUL**, fundada em Porto Alegre, com sede e foro jurídico na Rua Santos Dumont, n. 1.500, sala 1.208, Bairro Floresta, Porto Alegre – RS, CEP: 90230-240, pessoa jurídica de direito privado, associação civil, sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o n. 02.849.903/0001-77, no uso de suas atribuições estatutárias e representatividade do mercado de provedores de internet, apresenta sua posição em relação ao tema do compartilhamento de infraestrutura de energia elétrica com o setor de telecomunicações.

ISPs (Internet Services Providers) – Breve relato histórico. O modelo jurídico brasileiro.

Até o ano de 1.995, a CF/88 estabelecia que a exploração de serviços públicos de telecomunicações cabia exclusivamente à União de forma direta, ou mediante concessão a empresas sob controle acionário do Estado. Naquele contexto a exploração dos serviços de telecomunicações era da administração pública federal, de forma direta ou indireta, através de empresas públicas.

Com o advento da privatização das telecomunicações por meio da Emenda Constitucional n. 08/95 e promulgação da Lei Geral de Telecomunicações (“LGT”), Lei 9.472/97, o setor se reorganizou, preconizando dois regimes de prestação, o público e o privado, permitindo que as empresas em regime público, de concessão Serviço de Telefonia Fixa Comutada (“STFC”) pudessem também prestar outros serviços de telecomunicações em regime privado, e mais recentemente, que empresas do setor privado também prestassem STFC via autorização, no regime privado.

A LGT, em sua versão original e em texto que permanece inalterado até os dias atuais, previu o conceito de Serviço de Valor Adicionado, conforme disposição do artigo 61:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades **relacionadas ao acesso**, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de

valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações. (g.n.)

Os serviços de internet começam a ganhar mais relevância e a crescer exponencialmente, tanto no aspecto da conexão, como de conteúdo e outros serviços, alguns exemplos deste fenômeno na época são os portais ZAZ e UOL e os serviços de conexão AOL, IG e BOL.

Conexão à internet era um serviço que nos primórdios ocorria no âmbito acadêmico e sem se “misturar” com serviços de telecomunicações, sendo autônomo e independente, como ainda é hoje.

O primeiro experimento de mercado de conexão à internet foi realizado pela Embratel, concessionária de serviços públicos de telecomunicações, mesmo não sendo aquele um serviço típico de comunicação.

O Ministério das Comunicações publicou a Norma 004/95 que estabeleceu o “USO DE MEIOS DA REDE PÚBLICA DE TELECOMUNICAÇÕES PARA ACESSO À INTERNET”.

O documento, vigente e muito moderno apesar de seus 27 anos, sacramentou do ponto de vista técnico e jurídico a separação entre serviços de telecomunicações e de valor adicionado, em consonância com a LGT.

Observe-se a definição de Serviço de Conexão à Internet (“SCI”) trazida pela Norma 4/95:

4. SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET 4.1. Para efeito desta Norma, considera-se que o Serviço de Conexão à Internet constitui-se: a) dos equipamentos necessários aos processos de roteamento, armazenamento e encaminhamento de informações, e dos “software” e “hardware” necessários para o provedor implementar os protocolos da Internet e gerenciar e administrar o serviço; b) das rotinas para a administração de conexões à Internet (senhas, endereços e domínios Internet); c) dos “softwares” dispostos pelo PSCI: aplicativos tais como - correio eletrônico, acesso a computadores remotos, transferência de arquivos, acesso a banco de dados, acesso a diretórios, e outros correlatos -, mecanismos de controle e segurança, e outros; d) dos arquivos de dados, cadastros e outras informações dispostas pelo

PSCI; e) do "hardware" necessário para o provedor ofertar, manter, gerenciar e administrar os "softwares" e os arquivos especificados nas letras "b", "c" e "d" deste subitem; f) outros "hardwares" e "softwares" específicos, utilizados pelo PSCI.

Naquele tempo, as condições de mercado para os ISPs contratarem insumos junto às operadoras de telecomunicações para prestarem o SCI eram por vezes proibitivos, o que levou estas pequenas empresas a empreenderem, com recursos próprios na construção de suas redes, em princípio de última milha ("last mile") e mais de 20 anos após, *backbones* e *backhauls* espalhados por todo o território nacional.

Os provedores de internet em princípio não tinham a intenção de se tornarem empresas de telecomunicações, mas apenas prestar serviços de conexão à internet, eis que as redes de telecomunicações, próprias ou de terceiros, serviam, como ainda servem, como a infraestrutura necessária à prestação do SCI.

Ocorre que a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, entendeu que essas infraestruturas de telecomunicações construídas pelos provedores pressupunham um novo serviço de telecomunicações e deveriam ser objeto de regulação e criou a dicotomia técnica no serviço de internet banda larga, que originariamente se tratava apenas de SCI, que se utilizava de uma infraestrutura de telecomunicações para o agregar o provimento de acesso, passando para uma espécie híbrida, dotada de SCM (Serviços de Comunicação Multimídia – espécie de serviço de telecomunicações) e SCI (Serviço de Conexão à Internet, espécie de Serviço de Valor Adicionado – SVA).

Em 2001 foi publicada a Resolução 272 da Anatel, hoje revogada a substituída pela Resolução 614/13, cujas considerações iniciais prescreviam:

(...)

Aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia.

CONSIDERANDO o disposto no art. 214 da Lei nº 9.472, de 1997;

CONSIDERANDO o contínuo desenvolvimento tecnológico das plataformas que suportam a prestação dos serviços de telecomunicações, a possibilidade da prestação de serviços multimídia em banda larga pelos operadores de telecomunicações e as várias solicitações encaminhadas à Anatel para a regulamentação de um serviço que materialize a convergência tecnológica; (g.n.)

CONSIDERANDO as contribuições recebidas em decorrência da Consulta Pública nº 246, de 11 de setembro de 2000, publicada no Diário Oficial de 12 de setembro de 2000;

CONSIDERANDO deliberação tomada em sua Reunião nº 170, realizada em 2 de agosto de 2001,
(...)

Desde então, existe um serviço específico de telecomunicações cuja rede permite a capacidade de tráfego multimídia, no regime privado, mediante autorização da Anatel e os provedores passaram a ser os principais interessados na obtenção desta licença, pois de fato, grande parte deles construiu rede própria, a fim de prestar o SCI.

Os provedores de internet fizeram algo inovador, a ser festejado e protegido pelo Governo em todas as suas esferas, como verdadeiro patrimônio econômico nacional, modelo inclusivo, descentralizado e de ampla e livre concorrência, eis que levados pelas condições adversas do mercado, não se furtaram à missão de conectar os locais mais longínquos e esquecidos da nação e que não eram de interesse de grandes *players*, passando a construir redes para possibilitar a conexão à internet e hoje, somam aproximados 20 mil provedores regionais de internet, sendo considerados, juntos, a quarta potência em telecomunicações no país e contraditoriamente, não contam com quaisquer incentivos, sejam de ordem tributária, administrativa ou financeira.

Uma vez na posição de prestadores de serviços de telecomunicações (SCM), os provedores de internet para fins de construir suas redes, quando as mesmas são afixadas em postes, necessitam, de acordo com a legislação vigente, entabular contrato de compartilhamento de infraestrutura com as concessionárias de energia elétrica, que são as detentoras dos postes.

O problema da ocupação de postes e a legislação aplicável

Por diversos motivos e ainda, considerando os esforços dos principais atores envolvidos, provedores de internet, concessionárias de energia, agências reguladoras e municípios, o atual cenário de ocupação de infraestrutura de energia por empresas de telecomunicações para fixação de suas redes e prestação do serviço essencial de internet é o mais complexo e caótico que se possa imaginar, o contexto contempla desde contratos abusivos, com preços exorbitantes, até o uso da infraestrutura de forma irregular.

Nossa percepção é de que a causa dos problemas enfrentados advém especialmente da gestão falha da infraestrutura e do preço excessivo cobrado para ocupação, principalmente dos pequenos e as consequências são sentidas por todos, desorganização dos fios, riscos à segurança, poluição visual..

A legislação atual que compõem o sistema de regulação do compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia e telecomunicações conta em especial com a Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações, que prevê o direito das empresas de telecomunicações ocuparem os postes¹, Lei 13.116/15 – Lei das Antenas, que prevê as regras da ocupação inclusive com condições diferenciadas para redes de pequeno porte como é o caso dos provedores que a Internetsul representa, e as Resoluções Conjuntas nº 02/01, que instituiu a Comissão de Resolução de Conflitos e 04/14 que estabeleceu o preço de referência a ser cobrado pelas concessionárias nos contratos de compartilhamento de infraestrutura e que muitas vezes não é observado.

O poste é um bem público reversível, ou seja, quando a empresa de energia firma o contrato de concessão, recebe o poste como forma de dar sequência à prestação do serviço de energia e também assume o compromisso de cuidar e manter este bem, para ao final da concessão, devolvê-lo ao poder público concedente.

O cálculo que define a tarifa da concessão deve prever e ser atualizada tanto para garantir ao concessionário de energia o lucro como a compensação do capital investido quando do seu término e reversão dos bens públicos.

A Lei 12.783/13, no Art. 15. Prescreve: “A tarifa ou receita de que trata esta Lei deverá considerar, quando houver, a parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo poder concedente, e será revisada periodicamente na forma do contrato de concessão ou termo aditivo. § 1º O cálculo do valor dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, para a finalidade de que trata o caput ou para fins de indenização, utilizará como base a metodologia de valor novo de reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente”.

Além disso, a concessionária recebe um valor pelo “aluguel” do ponto de fixação que é pago pelo ocupante, no caso os provedores de internet que a Internetsul representa. Ou seja, a concessionária é devidamente remunerada para fazer a manutenção dos postes, porém, este custo é sempre repassado ao ocupante nos contratos de compartilhamento, o que no nosso entendimento é desequilibrado e excessivamente oneroso para o ocupante.

Conforme o artigo 14, §3º da Lei 13.116/15 – Lei das Antenas: “A construção e a ocupação de infraestrutura de suporte devem ser planejadas e executadas com vistas a permitir seu compartilhamento pelo maior número possível de prestadoras.” (g.n.) esta

¹ LGT - Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo **terão direito à utilização de postes**, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, **de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis**.

Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput.

realidade não acontece, ao contrário, não há espaço nos postes compatível com a demanda por serviços essenciais de internet e os projetos seguem sendo aprovados pela concessionária, sem que seja apresentada uma alternativa de ocupação que permita o compartilhamento em larga escala.

A Resolução 04/14, admite no artigo 3º², Parágrafo Único que a ocupação de um ponto de fixação no poste possa se dar de forma compartilhada, o que de certa forma ajudaria a solucionar um dos aspectos centrais do problema que é a falta de espaço disponível nos postes para ocupação dos interessados em razão da alta demanda por serviços essenciais de internet, mas tal possibilidade não é ofertada pelas concessionárias.

A administradora dos postes é concessionária, nesta qualidade ela tem o dever de apresentar modelos compatíveis com a necessidade do mercado e condizentes com a própria legislação aplicável que prevê regras que possibilitam caminhos viáveis, evitando que a situação chegasse ao ponto que vivemos, de completo caos.

Esta questão do espaço no poste para os ocupantes fixarem suas redes depende também de atualização da norma técnica e esforços das concessionárias na busca de alternativas, eis que a mesma é a detentora do poste e é remunerada para administrá-lo.

Há outras obrigações das concessionárias, como por exemplo de apresentar georreferenciamento da ocupação aos interessados, que igualmente não é cumprida e deixa o mercado sem ter as informações necessárias para sustentarem suas iniciativas relativas à construção de redes de telecomunicações.

Parte do valor do aluguel dos pontos de fixação (60%), reverte à chamada “modicidade tarifária”, ou seja, redução da tarifa de energia, porém, esta regra atualmente não faz sentido, pois a modicidade de um serviço essencial (energia) tem por base a oneração de outro serviço essencial (de internet), o que demonstra a necessidade de revisão e atualização da legislação aplicável para atender a demanda do mercado por conexão à internet.

Outrossim, a Lei 13.116/15 – Lei das Antenas estabelece no artigo 12 que: “Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação,

² Art. 3º As distribuidoras de energia elétrica devem cobrar, de cada prestadora de serviços de telecomunicações, apenas o valor correspondente a 1 (um) Ponto de Fixação por poste, exceto no caso de inviabilidade técnica, previsto no art. 7º, situação na qual se deve cobrar por todos os Pontos de Fixação ocupados no poste. Parágrafo único. **Caso o Ponto de Fixação seja ocupado por mais de uma prestadora de serviços de telecomunicações**, a cobrança a que se refere o caput deve ser realizada apenas contra a prestadora contratualmente responsável pelo Ponto de Fixação compartilhado, observado o art. 4º.

excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei.”

Tal regra passou inclusive pelo crivo de ADIn 6482, que a considerou constitucional.

Outro aspecto relevante é que os contratos de compartilhamento de infraestrutura de energia são em parte acordo de vontades e em parte servidão administrativa e não se coadunam com as práticas de mercado impostas aos ocupantes.

São diversos os problemas apresentados na relação estabelecida entre concessionárias e ocupantes especialmente o desequilíbrio dos contratos de adesão apresentados pelas mesmas, que determinam na maioria das vezes preços altos, além de onerosidade excessiva com o repasse de obrigações que lhes competem aos ocupantes.

Distante do preço de referência previsto na Resolução 004/14 que deveria ser o parâmetro para o referido aluguel³, que atualizado pelo IGPM estaria em R\$ 6,69 e pelo IPCA em R\$ 5,07, os contratos estabelecem valores variáveis e acima disso.

Ainda, os provedores de internet são definidos pela Anatel⁴ como prestadores de pequeno porte, sua maioria são micro empresas e empresas de pequeno porte que por força da Constituição Federal e da Lei Complementar 123/06⁵ teriam direito a condição favorecida na ocupação do bem público poste, para prestação dos seus serviços, o que na maior parte das vezes não ocorre, ao contrário, os menores são onerados com preços mais altos do que

3 Resolução 04/14 Aneel e Anatel: Art. 1º Estabelecer o valor de R\$ 3,19 (três reais e dezenove centavos) como preço de referência do Ponto de Fixação para o compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações, a ser utilizado nos processos de resolução de conflitos, referenciado à data de publicação desta Resolução.

4 De acordo com a Resolução nº 694, de 17 de julho de 2018, é considerada Prestadora de Pequeno Porte o grupo detentor de participação de mercado nacional inferior a 5% (cinco por cento) em cada mercado de varejo em que atua. Por sua vez, o Ato nº 6539, de 18 de outubro de 2019 declarou que as prestadoras não pertencentes aos Grupos Econômicos da Telefônica, Telecom Americas, Telecom Itália, Oi, e Sky/AT&T são consideradas Prestadoras de Pequeno Porte.

5 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

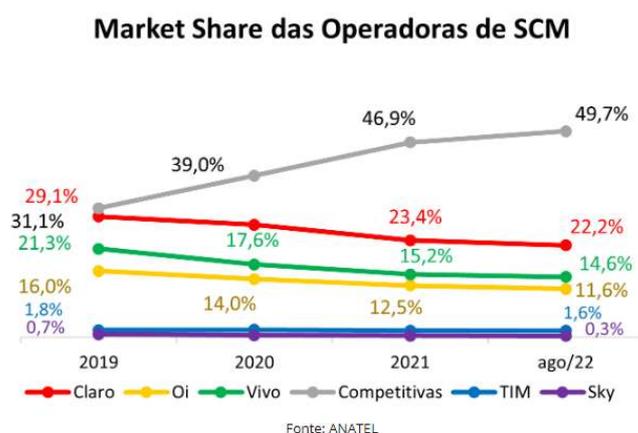
Art. 1o Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento **diferenciado e favorecido** a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: Art. 1o § 3o Ressalvado o disposto no Capítulo IV, **toda nova obrigação** que atinja as microempresas e empresas de pequeno porte deverá apresentar, **no instrumento que a instituiu, especificação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido para cumprimento**. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

Art. 1o § 6o A ausência de especificação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido ou da determinação de prazos máximos, de acordo com os §§ 3o e 4o, **tornará a nova obrigação inexigível para as microempresas e empresas de pequeno porte**. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

as grandes operadoras sob o fundamento da contratação em escala, ou do preço igualitário para todo o mercado, que como visto não se coadunam com contratos de compartilhamento que tem natureza de servidão administrativa, bem como, a igualdade neste caso, se faz mediante o estabelecimento de condições diferenciadas para permitir que pequenos e gigantes sigam concorrendo no mesmo mercado.

Não há qualquer dispositivo nos contratos das concessionárias que estabeleça condições benéficas para os pequenos provedores, representados pela Internetsul. Esta realidade também contribui para a situação caótica da ocupação dos postes.

Ademais, os provedores de serviços de internet (“Competitivas”), ocupam fatia significativa do mercado conforme gráfico abaixo⁶, bem como desempenharam papel fundamental durante o difícil momento da pandemia de Covid-19 e fazem a diferença em especial com atendimento de zonas rurais, bairros afastados das regiões centrais, localidades longínquas que por vezes não interessam às operadoras de grande porte.



O Rio Grande do Sul conta com 913 provedores de internet de acordo com os registros da Anatel, muitos deles são dispensados de autorização da agência reguladora dado o seu porte⁷, ou seja, o órgão regulador é sensível ao fato de que micro empresas devem ter tratamento diferenciado para lhes possibilitar igualdade de condições na prestação dos serviços de telecomunicações, o que também deveria ocorrer no âmbito da ocupação da infraestrutura.

6 Os provedores de pequeno porte são denominados como “Competitivas”. <https://www.teleco.com.br/blarga.asp>

7 Resolução 720/20: Art. 13. É dispensada a autorização para a exploração de serviços de telecomunicações nos casos nos quais as redes de telecomunicações de suporte utilizem exclusivamente meios confinados e/ou equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita, desde que não sejam empregados recursos de numeração em sua prestação.

§ 1º No caso dos serviços de telecomunicações de interesse coletivo, a dispensa prevista no caput aplica-se somente àquelas prestadoras com até 5.000 (cinco mil) acessos em serviço.

Em linhas gerais, conforme a legislação aplicável as concessionárias são responsáveis em relação aos postes por: compartilhar a infraestrutura de energia com o setor de telecom, cobrar preço justo e razoável, fiscalizar a ocupação (normas, riscos, ocupação clandestina, ocupação à revelia...), notificar os ocupantes para fins de regularização e manutenção, cadastrar e fazer oferta pública de ocupação de pontos de fixação e os ocupantes são responsáveis por: obedecer normas técnicas (faixas, distâncias, diâmetros...), arcar com custos de regularização e identificar os pontos de fixação.

O certo é que o problema que enfrentamos tem algumas CAUSAS como: legislação e normas técnicas desatualizadas, não aplicação de dispositivos legais adequados, preço excessivo cobrado dos pequenos pela ocupação dos postes, demora na aprovação de projetos, falta de comunicação ou comunicação ineficiente das concessionárias com os ocupantes para fins de manutenção dos postes, bem público do poste tratado como bem particular, regras de mercado aplicadas em contratos de adesão para compartilhamento que tem natureza de servidão administrativa, gestão inadequada do poste que inviabiliza a ocupação condizente com à demanda por serviços de internet, e também tem CONSEQUÊNCIA: a desordem na ocupação da *essencial facility*. Os envolvidos precisam atacar as causas e assim, combater a consequência.

Nosso papel como associação que representa os interesses dos provedores de pequeno porte é buscar condições para o exercício do direito que lhes assiste de ocupação da infraestrutura de energia para a prestação de serviços de telecom, a preços justos e razoáveis e condições equilibradas.

Associação dos Provedores de Serviços e Informações da Internet – Internetsul
ALEXANDRO SCHUCK
PRESIDENTE