

Os serviços de telecomunicações na Constituição Brasileira de 1988

GASPAR VIANNA

Advogado, autor do livro *Direito de Telecomunicações*

“Art. 21. Compete à União:

.....
.....

XI — explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;

XII — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.”

Abrangência

1. A nova ordem jurídica edificada no País a partir da Constituição Brasileira de 1988 determinou significativas mudanças no setor de telecomunicações. Além de um capítulo dedicado especificamente à *Comunicação Social* — que inexistia nas Constituições anteriores —, o *imposto sobre a prestação de serviços de comunicação* foi transferido da órbita federal para a estadual. Destaque-se, ainda, que a proteção constitucional ao sigilo das telecomunicações sofreu alteração substancial. A essas matérias, já volumosas e relevantes, mas específicas do setor, somam-se outras, em dispositivos inovadores, como nas áreas previdenciária, administrativa

e trabalhista, que, por introduzirem transformações estruturais, exigirão adaptações de maior ou menor envergadura nas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Neste trabalho, todavia, pretende-se tão somente fazer o exame do dispositivo disciplinador da *competência para a exploração dos serviços de telecomunicações*, ou seja, os incisos XI e XII, letra *a*, do artigo 21 da nossa nova Lei Máxima.

Antes de adentrar na exegese propriamente dita do referenciado texto constitucional, afigura-se como sendo da maior importância apresentar, ainda que sumariamente, o desenvolvimento dos trabalhos legislativos que culminam com a votação e aprovação do referenciado texto.

Os trabalhos legislativos

Os três modelos

2. Desde os primeiros trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, ainda na Comissão Temática encarregada do exame da área de comunicação, e até a discussão final do texto, no segundo turno de votação, muito se discutiu sobre os modelos de exploração dos serviços de telecomunicações. Em torno de três modelos básicos se formaram grupos distintos de pressão e de opinião, com o objetivo de fazer prevalecer no texto final a sua opinião.

O modelo federativo

3. O primeiro modelo consistia na volta ao texto da Constituição de 1946, que reconhecia à União tão somente o poder de explorar diretamente ou outorgar concessão para os serviços de telecomunicações de âmbito internacional e interestadual. Com isso, os Estados Federados e os Municípios poderiam explorar diretamente ou conceder a exploração dos serviços de telecomunicações de âmbito intra-estadual e municipal.

Como apresentado, este modelo seria extensivo a todos os serviços de telecomunicações, não excepcionando nem mesmo aqueles que exigem controle centralizado das outorgas de frequências do espectro eletromagnético, como os de radioamadorismo, segurança de aeronaves, de radiodifusão sonora e de televisão.

Era, portanto, uma versão muito mais exacerbada do que a adotada pela Constituição de 1946, pois aquela só reconhecia aos Estados e Municípios competência para a outorga e exploração de serviço telefônico em âmbito municipal e intra-estadual.

Defendido por um grupo de parlamentares paulistas liderado pelos Constituintes José Serra (PMDB) e Mário Covas (PMDB), além do Constituinte José Richa (PMDB), do Paraná, este modelo guardava coerência com uma proposta maior, que consistia em uma amplíssima e revo-

lucionária transferência de poderes, competência e recursos para os Estados Federados e para os Municípios.

O modelo privatizante

4. O segundo modelo consistia em manter o texto das Constituições 1967 e 1969, que atribuía à União competência não só para explorar diretamente como também para outorgar concessão ou permissão para a exploração de *todo e qualquer* serviço de telecomunicações, mesmo aqueles *estratégicos para a segurança e para o desenvolvimento do País*. Estas concessões e permissões poderiam ser outorgadas para *toda e qualquer* empresa, mesmo estrangeira, inclusive a multinacional.

Este modelo foi defendido por constituintes de extrema direita e de centro-direita, integrantes do movimento que veio a ser conhecido como “Centrão” e identificado com a defesa de teses conservadoras, do liberalismo econômico, dos interesses do grande empresariado brasileiro e das empresas estrangeiras, incluídas as multinacionais. A Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica — ABINEE — integrou o *lobby* que defendeu este modelo, segundo o qual o Governo Federal permanecia com a missão de manter os serviços básicos, de fundo social deixando para a iniciativa privada o direito de explorar, mediante concessões e permissões, os serviços sofisticados, de fundo econômico.

O modelo estatal

5. O terceiro modelo pretendia incluir textualmente na Constituição que os serviços de telecomunicações deveriam ser objeto de monopólio pelo Estado. Os defensores mais radicais deste modelo advogavam até mesmo a inclusão do rádio e da televisão no referido monopólio.

O modelo estatal, apresentado através de *emenda popular* que se fez acompanhar de 111.172 assinaturas, foi defendido por constituintes da extrema esquerda e de centro-esquerda e identificados com teses progressistas, com o nacionalismo, com a defesa de maior participação do Estado na economia e da proteção às empresas genuinamente brasileiras. Contou com o apoio ostensivo da Central Única de Trabalhadores — CUT, Sindicatos dos Trabalhadores em Telecomunicações e associações de empregados das empresas do Sistema Telebrás.

Comissão de Sistematização

6. Segundo o Regimento Interno da Constituinte, uma Comissão — denominada de Comissão de Sistematização — deveria apresentar um texto básico da Constituição, que consolidasse as propostas recebidas nas Comissões Temáticas.

O texto básico apresentado pela Comissão de Sistematização, para receber emendas dos parlamentares, adotou, no tocante às telecomunica-

ções, o *modelo federativo*, ou seja, aquele que reconhecia aos Estados e Municípios o poder de explorar diretamente ou mediante concessão todos os serviços de telecomunicações, desde que de âmbito intra-estadual ou municipal.

Contra este modelo levantou-se todo o setor de telecomunicações: donos de emissoras de rádio e de televisão, dirigentes e empregados de empresas, sindicatos, associações, indústrias, empresas prestadoras de serviços e representantes das Forças Armadas no Congresso Nacional.

Em razão desta mobilização ampla e espontânea, foram apresentadas quatorze emendas, as quais consagravam, com maior ou com menor rigor, o modelo *privatizante* ou o modelo *estatal*. Registre-se que não foi apresentada uma única proposta procurando aperfeiçoar o modelo *federativo* — que constava do texto oriundo da Comissão de Sistematização.

Os pareceres do Relator

7. O Relator da Constituinte, Deputado Bernardo Cabral (PMDB-AM), em seus pareceres sobre as emendas, assim se pronunciou:

— deu voto contrário às emendas privatizantes, apresentadas, respectivamente, pelo “Centrão” (emenda coletiva) e pela Deputada Rita Furtado (PFL-RO);

— apontou que “a melhor maneira de atender, efetiva e abrangentemente, aos aspectos mais delicados da questão”, seria aquela que viesse a ser obtida “mediante fusão de emendas correlatas”;

— esclareceu que a redação de sua preferência poderia vir a ser obtida através da “fusão de três emendas: a de número 772/4, do Deputado José Costa, número 726/1, do Deputado Oswaldo Lima Filho, e número 205/6, do Deputado Gonzaga Patriota”;

— adiantou que desta fusão, resultaria a alteração do texto do Projeto, que passaria a ter a seguinte redação:

“Art. — Compete à União:

.....
.....

XI — explorar diretamente os serviços públicos de telecomunicações, inclusive telefônicos e de transmissão de dados;

XII — explorar diretamente ou mediante concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de televisão e demais serviços de telecomunicações”;

— concluiu informando que se dispunha “a dar parecer favorável em plenário à fusão das Emendas”, na forma indicada, uma vez que ela torna “específica e objetiva” a competência da União “para explorar os serviços mencionados.”

A fusão das emendas

8. Em 5 de fevereiro de 1988 o protocolo da Assembléia Nacional Constituinte recebeu um texto que consolidava a fusão de *doze* emendas, a saber, as apresentadas pelos Constituintes Marco Maciel (PFL-PE), Gonzaga Patriota (PMDB-PE), Márcio Lacerda (PMDB-MT), Percival Muniz (PMDB-MT), Fernando Santana (PCB-BA), Aluizio Vasconcelos (PMDB-MG), Moema São Tiago (PSDB-CE), Oswaldo Lima Filho (PMDB-PE), Manoel Ribeiro (PMDB-PA), Nelson Wedekin (PMDB-SC) e José Costa (PMDB-AL). Esta fusão, com irrelevante alteração de forma no inciso XI, atendia a recomendação do Relator Bernardo Cabral em seus pareceres sobre as emendas apresentadas: “explorar diretamente os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações”.

Exame em Plenário

9. Com o objetivo de ampliar ainda mais a base de sustentação do texto, obtendo-se o *encaminhamento* de voto favorável pelas lideranças do maior número possível de partidos, foram desenvolvidas seguidas rodadas de negociação, antes do exame da matéria pelo Plenário da Assembléia Nacional Constituinte.

Assim sendo, em 4 de março de 1988 chegou-se a um texto que, por fim, recebeu a aprovação de todas as lideranças partidárias. Nele se incluiu a expressão “ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal”, bem como ficou “assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”. Estes dois acréscimos serão examinados mais adiante, neste trabalho.

Em 7 de março de 1988 o texto aprovado em *Acordo de Lideranças* foi submetido à Plenário e veio a ser aprovado por 392 votos, contra apenas 4 e 4 abstenções. Os votos contrários: Rita Furtado (PFL-RO), Sadie Hauache (PFL-AM), José Elias (PTB-MG), e Arnaud Fioravante (PDS-SP).

O Segundo Turno

10. No Segundo Turno dos Trabalhos da Constituinte só foram aceitas emendas supressivas de palavras, de expressão ou de artigos, por inteiro. Estas emendas, por princípio, deveriam se destinar somente a aperfeiçoar o texto já aprovado, não podendo, em consequência, importar em qualquer modificação ou inversão do conteúdo.

Apesar disso, foram apresentadas *doze* emendas, através dos seguintes Constituintes: José Lins (PFL-CE), Homero Santos (PFL-MG), José Mendonça Bezerra (PFL-PE), Rita Furtado (PFL-RO), Delfim Netto (PDS-SP), Milton Lima (PMDB-MG), Heráclito Fortes (PMDB-PI), Wilson Martins (PMDB-MS), José Costa (PMDB-AL), Jayme Santana (PFL-MA), Chico Humberto (PDT-MG) e Gonzaga Patriota (PMDB-PE).

As emendas supressivas tinham, em sua maioria, o objetivo de retirar do texto a expressão "a empresas sob controle acionário estatal", alterando o sentido do que foi aprovado e novamente abrindo a exploração dos serviços públicos a quaisquer empresas — inclusive as integralmente estrangeiras ou multinacionais, que poderiam assumir o controle do transporte da informação no Brasil, através da conversão de créditos decorrentes da dívida externa em ações com direito a voto.

O relator Bernardo Cabral rejeitou *todas* as emendas e, em seu parecer sobre a emenda apresentada pelo constituinte *Delfim Netto*, assim se expressou: "fiel à determinação de dar meu apoio aos amplos acordos realizados, e tendo em mente a necessidade de manter-se o controle estatal sobre esta importante atividade econômica, opino pela rejeição da presente emenda".

Assim, em sessão de 17 de agosto de 1988, a decisão virtualmente unânime do Plenário consagrando a Fusão de Emendas e o Acordo de Lideranças foi *ratificada* em sua inteireza, ficando definitivamente aprovado o texto retromencionado.

* * *

O texto promulgado

Constituição de 1967

11. O texto promulgado significa importante avanço em relação ao da Constituição de 1967. Usando o artifício de uma redação propositadamente genérica e imprecisa, o dispositivo disciplinar da competência em matéria de telecomunicações naquela Constituição conferia à União poderes próprios de um regime ditatorial. No dizer de PONTES DE MIRANDA, em seus *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, "à União compete *explorar*; permite-se-lhe *autorizar* ou *conceder*. Até onde pode ir a autorização para a concessão, o texto não diz" (cf. 2.ª ed., 1970, Ed. Rev. Tribunais, pág. 38). Assim, da mesma forma que, por lei ordinária, o rádio e a televisão poderiam ser estatizados em todo o território nacional, os troncos básicos do sistema nacional de telecomunicações poderiam ser entregues à exploração por uma empresa multinacional.

Esta imprecisão e generalidade, embora extremamente perigosa em um País de instituições tão frágeis e instáveis como o nosso, encontrava justificativa na situação caótica em que nossas telecomunicações se encontravam naquele ano de 1967. Afinal, à época, o Sistema Nacional de Teleco-

municações era, ainda, uma promessa; as conexões internacionais, via satélite, uma esperança e sequer se falava em televisão em cores e em transmissão de dados.

Necessidade de atualização

12. Decorridos vinte e um anos, não se justificava que em uma nova Constituição se mantivesse um dispositivo inteiramente dissociado da realidade. Afinal, o setor de telecomunicações conheceu uma verdadeira revolução: a Embratel interliga o País, através de uma vasta rede de microondas e de dois satélites de telecomunicações; as comunicações internacionais se fazem por cabos submarinos e pelos satélites do Consórcio Intelsat, do qual o Brasil é um dos principais acionistas; a Telebrás tornou-se o primeiro grupo governamental em lucratividade efetiva, apesar do ônus de sua missão social de levar serviços telefônicos a mais de 11.000 localidades, atingindo longínquas vilas e povoados.

Essa realidade, que cumpria ser preservada por todos os motivos de interesse nacional, já seria motivo suficiente para que se procurasse dar ao texto constitucional uma redação diversa daquela adotada há vinte e um anos. Havia, todavia, uma razão ainda mais ponderável: uma redação genérica e imprecisa representaria perigo para o equilíbrio do sistema nacional de telecomunicações, tal qual hoje configurado, e, por consequência, para as instituições do País.

O equilíbrio do sistema

13. O sistema, tal qual hoje configurado, encontra equilíbrio no fato de que os serviços sofisticados devem subsidiar os básicos, assim como os prestados em regiões ricas ou de alta densidade populacional devem financiar os prestados em regiões pobres ou de baixa concentração urbana. Assim sendo, por força de uma política de *subsídios cruzados*, a Telebrás, controladora de um sistema governamental composto de vinte e oito empresas, tem conseguido, ao longo de mais de quinze anos, conciliar o *econômico* com o *social* e atender satisfatoriamente às necessidades do povo brasileiro.

Tratamento diferenciado

14. Por todas estas razões, os constituintes entenderam que já era chegado o momento histórico de dividir os serviços de telecomunicações quanto à competência para exploração em dois grandes e bem determinados grupos, dando a cada um deles tratamento bem diferenciado.

No primeiro grupo, identificado pelo inciso XI do art. 21 da Constituição, foram destacados todos os serviços de telecomunicações que, pela sua natureza intrínseca, e à luz do Direito Administrativo Brasileiro, classificam-se como serviços públicos *stricto sensu*: os serviços telefônicos, tele-

gráficos e de transmissão de dados, entre outros. A execução destes serviços, que se destinam ao uso da população em geral, pela sua importância estratégica para o desenvolvimento e a segurança do País, não mais poderá ser concedida a empresas particulares, nacionais ou estrangeiras. Tais serviços permanecem *estatizados*, isto é, continuam a ser obrigação indelegável do Estado, que a cumprirá através de órgãos de sua administração direta e centralizada, como departamentos e serviços autônomos, ou através de empresas sob seu controle acionário, como empresas públicas e sociedades de economia mista.

No outro grupo, identificado pela letra *a* do inciso XII do mesmo artigo 21 da Constituição, ficaram alinhados os demais serviços de telecomunicações, a saber, os de radiodifusão sonora, os de televisão e todas as outras modalidades de telecomunicações não abertas à correspondência pública ou destinadas ao uso exclusivo e restrito de uma mesma pessoa natural ou jurídica. Estes serviços poderão ser explorados diretamente pela União ou por pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, mediante concessões, permissões ou autorizações, conforme a modalidade e a importância do serviço e segundo os termos da lei regulamentadora da matéria.

Inexistência de serviços privados

15. Ao separar os serviços de telecomunicações em dois incisos do art. 21, e ao tratar, no primeiro, dos *serviços públicos* e, no segundo, dos *serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações*, a Constituição de 1988 pode conduzir o leitor pouco atento à interpretação superficial e equívoca de que, quanto à utilização, os serviços de telecomunicações se dividiriam em duas categorias: a de *serviços públicos* e a de *serviços não públicos* — ou privados.

Isso não ocorre, todavia.

Todos os serviços de telecomunicações são *serviços públicos*, uma vez que a sua exploração compete *sempre* à União, que a tornará efetiva de forma direta, por meios próprios do Estado, ou de forma indireta, por meio de empreendimentos governamentais e particulares submetidos ao regime de concessões, permissões ou autorizações.

A diferença está unicamente no regime jurídico a que estão submetidos uns e outros serviços, conforme registra com propriedade o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*:

“... todas essas formas previstas no art. 21, XI e XII, *a*, constituem serviços públicos da União. A diferença de regime está em que os indicados no inciso XI serão explorados no regime de monopólio da União, por si ou por empresa estatal, não se admi-

tindo sua prestação por particulares, nem por concessão, nem por permissão, nem por autorização, enquanto os referidos no inc. XII podem ser explorados, também, por particulares mediante autorização, concessão ou permissão” (obra citada, 5.ª ed., Ed. Rev. dos Tribunais, 1989, p. 430).

Se existissem serviços privados de telecomunicações, a sua exploração independeria de qualquer autorização de órgãos públicos, controle ou fiscalização, pois estaria no campo do *livre exercício da atividade econômica* (art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988).

* * *

Quatro níveis de serviços

Critério adotado

16. Se, na verdade, todos os serviços de telecomunicações são públicos, é igualmente certo que as quase três dezenas de modalidades de serviços possuem características próprias que as individualizam e recomendam tratamento jurídico diferenciado.

Por ser assim, e considerando não só aquilo que foi estabelecido na Constituição, mas também a lei pretérita por ela recebida — a Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, podemos afirmar que os serviços de telecomunicações se dividem em *quatro níveis hierárquicos*, estabelecidos em função da menor ou da maior procedência do *interesse público*, isto é, da relação entre o cidadão e o serviço que existe para atendê-lo em uma determinada necessidade. O critério que separa as modalidades de serviços em quatro níveis será, portanto, a vantagem, o proveito, o benefício que a existência e o funcionamento regular e permanente do serviço traz para a sociedade.

Antes de passar à descrição dos quatro níveis de serviço, convém esclarecer que nos dois níveis em que a *intensidade* do interesse público é menor — serviços delegados mediante autorização e permissão — estão os “demais serviços de telecomunicações” a que se refere o Texto Supremo; no terceiro nível estão os “serviços de radiodifusão sonora” e “de sons e imagens”; finalmente, no nível em que o interesse público é maior, estão os “serviços públicos de telecomunicações”.

Autorizações

17. No primeiro nível hierárquico de importância temos os serviços de telecomunicações, onde o *interesse público* é *diminuto*. São os serviços cuja exploração é *autorizada*, por ato unilateral precário e discricionário da autoridade administrativa a quem os regulamentos reconheçam competência. Este ato pode se materializar em mera expedição de uma licença de

funcionamento, após o cumprimento de certas formalidades. A *autorização* não está sujeita à licitação, pois nos serviços explorados por esta forma de delegação não está presente o intuito lucrativo ou a remuneração pela sua prestação para terceiros. Ao contrário, são executados no próprio interesse da pessoa natural ou jurídica que solicita a autorização. Embora muito pequeno, quase nenhum, o interesse público existe porque o autorizatário utilizará um *bem comum* — o espectro eletromagnético — e, em função disso, em casos excepcionais, quando faltem ou falhem os meios normais de telecomunicações, a pessoa autorizada está obrigada a interromper a operação normal do serviço para auxiliar em operações de busca e salvamento e prestação de serviços à coletividade, coordenados pelos órgãos da defesa civil ou das Forças Armadas. Temos, pois, aqui, um interesse público eventual, residual. A Administração de Telecomunicações, portanto, intervém para fins de cadastramento dos interessados em ocupar uma determinada faixa de frequência eletromagnética, de forma exclusiva ou compartilhada, quer para fiscalizar-lhes a utilização, quer para cobrar-lhes as taxas correspondentes. Por todas estas razões, a autorização é a forma de delegação ideal para a exploração dos *serviços de segurança* (pública, ao transporte e ao patrimônio), *de telesupervisão, de radiocontrole e radiocomando, de radioamador, de rádio do cidadão, de radiotáxi e de todos os demais serviços nos quais uma determinada faixa de frequência é utilizada, de forma exclusiva ou compartilhada, para uso próprio* (isto é, de uma mesma pessoa natural ou de entidades sem características comerciais ou sem intuito lucrativo, como sindicatos, associações e cooperativas).

Permissões

18. No segundo nível hierárquico situam-se os serviços de telecomunicações onde o interesse público é *relativo*. São os serviços cuja exploração é *permitida*, por ato unilateral da autoridade maior da Administração de Telecomunicações. “A *permissão* — ensina Hely Lopes Meirelles — é em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para a exploração do serviço, a fim de garantir a rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário, visando atrair a iniciativa privada” (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 14.^a edição, Ed. Rev. dos Tribunais, 1989, p. 350). A permissão deve se materializar na expedição de *portaria*, com publicação obrigatória no *Diário Oficial* da União. A delegação de serviços através de permissão está sujeita à prévia licitação, nos termos do artigo 175 da Constituição, ainda que não haja intuito lucrativo ou prestação de serviços para terceiros. A medida se justifica, pois mesmo nestes casos ocorre a utilização não compartilhada de elevado número de frequências do espectro eletromagnético. Segundo a doutrina ensina, os detentores de permissão não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos. A regulamentação, todavia, atenta à importância de determinados serviços, poderá alterar tais características. O interesse público, neste caso, é apenas relativo, parcial, pois nenhum dos serviços deste

grupo tem as características de universalidade, isto é, de prestação para toda uma coletividade, mediante o pagamento de tarifas, fixadas pelo Poder Público. Ao contrário, são restritos a determinados assinantes, que pagam um preço que deve ser controlado pelo Poder Permitente, mas que pode ser fixado pela empresa exploradora do serviço. A Administração de Telecomunicações intervém para (a) estabelecer as condições de prestação do serviço, quando destinados a terceiros; (b) alocar freqüências específicas através dos quais os serviços poderão ser prestados; (c) cadastrar os permissionários do serviço e as freqüências que lhe foram alocadas; (d) fiscalizar a execução dos serviços; (e) impor penalidades administrativas. Por todas as razões descritas, a permissão é a forma de delegação ideal para a exploração de *serviços de radiochamada, música funcional, múltiplos destinos* e quaisquer outros em que não haja correspondência (troca de informações), porque destinados à transmissão (unilateral, portanto) de informações de uma estação central (distribuidora) para estações determinadas (receptoras). Embora possam ser confundidos, em um primeiro momento, com os serviços públicos de exploração exclusiva da União, deles se distinguem principalmente pelo fato de que aqueles propiciam *ampla* capacidade de comunicação, através de terminais interligados à rede pública, enquanto que estes propiciam capacidade *limitada* de comunicação, seja porque unilateral, seja porque nem as estações receptoras, nem a estação distribuidora, podem se interligar e vir a integrar, deste modo, a rede pública.

Concessões

19. Chegemos, assim, ao terceiro nível hierárquico de importância, no qual estão situados os meios de comunicação social, ou de massa, que utilizem processos eletromagnéticos: a *radiodifusão sonora* e a *de sons e imagens — televisão*. Considerando a grande influência que tais serviços assumem na formação pública, a Constituição de 1988 incluiu dispositivos relativos não só à programação veiculada, como também à propriedade e direção de tais empresas. Além disso, criou a figura da revisão pelo Poder Legislativo dos atos de outorga e renovação das concessões. Por tudo isso, fica evidente que o *interesse público*, nestes serviços, é *muito intenso*. São serviços relevantes, de *altíssima conveniência*, não podendo ser interrompidos sem que isso cause sensíveis transtornos à coletividade a que servem. Somente na vigência do estado de sítio poderão ser decretadas restrições relativas à liberdade de comunicação (art. 139, III, da Constituição). Diferem das concessões clássicas, pois os serviços não são remunerados mediante tarifas, mas sim mediante propaganda comercial, veiculada em conjunto com os programas transmitidos. É uma forma de comunicação unilateral (transmissão) em que a recepção é livre, isto é, pode ser feita por qualquer pessoa do povo, de forma indeterminada e gratuita, desde que disponha de aparelho apropriado. São serviços que o Poder Executivo pode delegar para entidades especial e exclusivamente constituídas para esse fim, através

de uma concessão regulamentar, que será precedida de licitação pública e deverá receber homologação do Poder Legislativo. São serviços que objetivam "facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar" (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 290). Ainda segundo o sempre autorizado ensinamento daquele professor, estes serviços se situariam dentre os *serviços de utilidade pública*, assim conceituáveis aqueles em que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente, ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros, nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores.

Serviços indelegáveis

20. Finalmente, no quarto e último nível hierárquico, ficam os serviços de telecomunicações onde o interesse público é *absoluto*, de tal modo que constitui missão indelegável do Estado mantê-los por seus próprios meios e entidades. São todos os serviços prestados através de um conjunto operacional contínuo e tecnicamente compatível, composto por circuitos, estações e demais equipamentos capazes de propiciar a qualquer pessoa o intercâmbio de informações de diferentes interesses e procedências: a *rede pública*. Segundo a experiência mundial, tais serviços tendem a uma integração cada vez maior, em torno desta malha única e digitalizada. Assim sendo, quer por razões técnicas ou econômicas, quer por imperativo de segurança nacional, quer por relevante interesse coletivo, o legislador constitucional brasileiro entendeu de boa orientação colocar os serviços telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados, além de todos os serviços existentes ou que venham a existir cuja finalidade seja atender às necessidades gerais e básicas da sociedade, ao lado de outras áreas de atuação exclusiva da União: as atividades de polícia, de defesa nacional e de preservação da saúde pública.

Estes serviços, que a Constituição de 1988 chama de "serviços públicos" e o Direito Administrativo brasileiro chama de "serviços típicos" ou de "serviços próprios do Estado", têm sido considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros.

Advertência necessária

21. Indispensável registrar que esta classificação dos serviços públicos ajusta-se perfeitamente aos dispositivos constitucionais vigentes. Representa uma contribuição do autor deste trabalho para os fins de elaboração da nova lei de telecomunicações. Ela projeta para o futuro, pois não é exatamente a que se encontra nas atuais portarias reguladoras dos serviços de telecomunicações, pois estas, no momento, conflitam com a Constitui-

ção e com o Código Brasileiro de Telecomunicações, agridem a lógica e inobservam princípios básicos de Direito Administrativo. Reclamam urgente revisão. Por isso, foram desconhecidas e abandonadas neste trabalho.

* * *

Serviços públicos

Um texto negociado

22. Visto sob a ótica da técnica jurídica, o inciso XI do art. 21 do texto constitucional é redundante, casuístico e, por isso, imperfeito. A julgar pela enumeração exemplificativa, os serviços de transmissão de dados deveriam ter natureza autônoma quando, na verdade, eles são modalidade do gênero telegráfico, ao lado do telegrama, do telex e do fac-símile. O equívoco que se cometeu pode ser comparado ao de um anúncio que alardeie a venda de "limões, laranjas, laranjas-lima e demais frutas cítricas". Tecnicamente, bastaria a referência genérica aos "serviços públicos de telecomunicações", sem explicitar nenhum deles e remetendo-se para a lei ordinária a conceituação de quais serviços de telecomunicações são, por sua natureza, "serviços públicos" e quais deixam de sê-lo.

Examinando, todavia, sob o ângulo finalístico, é de se reconhecer que o texto alcançou os fins pretendidos. A redundância e o casuismo foram propositais, aqui e ali procurando representar o ponto de equilíbrio entre as tendências adversas.

O texto constitucional não foi obra de um único jurista iluminado, solidamente alicerçado em convicções ideológicas e comodamente instalado em gabinete confortável. Ao contrário, foi o resultado de um compromisso entre várias forças e partidos, catalizadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. Na palavra do Relator da Constituinte, Deputado Bernardo Cabral, o texto sobre telecomunicação representa "um dos mais trabalhosos e efetivamente negociados acordos que foram levados a efeito durante o primeiro turno de votação".

Na mesma linha, o Deputado José Fogaça registrou que o texto "foi objeto da delicada e complexa engenharia política do acordo, que nos levou, conciliando interesses, desfazendo conflitos, a elaborar um novo texto que mediasse as diversas projeções e demandas aqui no interior da Assembléia Nacional Constituinte, em torno de telecomunicações. Portanto, esse é um texto de acordo".

Explica-se deste modo a redação casuística. Fruto de intensa negociação, o texto final reflete a preocupação dos constituintes de, por antecipação, eliminar quaisquer dúvidas futuras quanto ao alcance dos serviços públicos que foram estatizados.

Para tanto, o texto cita expressamente os *serviços telefônicos*, no plural, isto é, de forma a abrigar todos os processos de telecomunicações

que possibilitem a emissão, transmissão e recepção da palavra falada ou de outros sons e se destinem ao uso do público em geral. Assim sendo, irrelevante o âmbito do serviço ou a tecnologia utilizada: não ocorre qualquer mudança de *natureza* se o serviço é manual ou automático; urbano ou rural; fixo ou móvel; analógico, digital ou celular; interior ou internacional; por fio, fibras óticas ou radioeletricidade.

Citou-se, em seguida, os *serviços telegráficos*, também no plural, de forma a abranger todos os processos de telecomunicações que possibilitam a emissão, transmissão e recepção de escritos ou de outros sinais gráficos pelo uso de um código de sinais e se destinem ao uso pelo público em geral. Neste universo incluem-se, dentre outros, os serviços de telegramas, de fac-símile, de telex e de transmissão de dados.

Como as pretensões privatizantes voltavam-se naquele momento para os *serviços de transmissão de dados*, os constituintes entenderam indispensável destacar esta modalidade de serviço telegráfico para incluí-la de forma expressa dentre aquelas submetidas ao regime de prestação estatizada.

Não resta dúvida, portanto, que são tipicamente *públicos* todos e quaisquer serviços telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados e que foi exatamente para evitar interpretações diversas que a Constituição de 1988 optou pela redação exemplificativa.

Em toda a história dos serviços de telecomunicações no Brasil nunca existiram serviços telegráficos, telefônicos ou de transmissão de dados "privados". Estes serviços sempre foram *públicos*, como agora reconheceu a Constituição. Aliás, é importante registrar que o Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962, em nenhum momento admite a existência de "serviços privados". Mantendo a coerência, nenhuma lei posterior inscreveu algo neste sentido. Portanto, somente o erro grosseiro ou a má-fé — neste caso, a ação deliberada no sentido de distorcer os conceitos — podem autorizar interpretação tão equívoca.

A responsabilidade da União

23. A Constituição atribui à União a responsabilidade de *explorar todos e quaisquer* serviços públicos de telecomunicações, isto é, os atualmente conhecidos e largamente difundidos, como os telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados, os pouco conhecidos e em fase de implantação, como os videofônicos e os telemáticos, e aqueles que vierem a ser descobertos e desenvolvidos, com o advento de novas tecnologias.

Além da responsabilidade de prestar os serviços básicos, que requerem altos custos para a sua implantação, com longo tempo de recuperação do investimento, compete à União viabilizar a utilização de serviços sofisticados (que alguns chamam de "serviços periféricos" e outros de

“serviços de valor adicionado”) que se destinam a atender a um núcleo produtivo com exigências de alta confiabilidade e grande rapidez de atendimento.

Em outras palavras: a União deve investir maciçamente no sistema básico e no atendimento às necessidades de serviços telefônicos rurais, de telefonia móvel, de telex, de fac-símile e de transmissão de dados. É do pronto e satisfatório atendimento aos reclamos do núcleo produtivo e desenvolvido de nossa economia que a União deverá gerar recursos para o atendimento dos segmentos de populações carentes de serviços básicos, em áreas de pouca expressão econômica e baixa densidade populacional.

A exploração direta

24. Os que, junto à Assembléia Nacional Constituinte, propugnaram pela consolidação da evolução legislativa dos serviços públicos de telecomunicações, consubstanciada na exclusividade da prestação dos serviços pelo Sistema Telebrás, sustentaram que tal se deveria fazer pela só utilização da expressão “explorar diretamente”.

Essa posição, que de longa data vem sendo defendida pela quase totalidade dos advogados das empresas do Sistema Telebrás, decorre do entendimento de que exploração direta, pela União, é também a realizada através de sociedades de economia mista, seus agentes juridicamente constituídos no campo da prestação de serviços públicos.

“Nenhuma impropriedade ou antinomia se deveria inferir do fato de que a exploração direta, pela União, se faça mediante atribuição, por via de lei, dessa atividade a qualquer daquelas entidades de sua administração indireta” — para usar as palavras de Hilton Santos, Chefe do Departamento Jurídico da Telebrás (in *A Política Nacional de Comunicações*, pág. 16 do trabalho de conclusão do “Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia” realizado na Escola Superior de Guerra, em 1988).

Bem por isso, já assentava a Constituição de 1967:

“Art. 170 —

§ 2.º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista se regem pelas normas do direito privado, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.”

Tal princípio é reafirmado na atual Carta, que, segundo entendemos, deixa claro a realidade de que a empresa pública e sociedade de economia mista são formas de exploração direta do Estado, ao dispor:

“Art. 173 — Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só

será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1.º — A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.” (Grifamos.)

Todavia, ainda assim, alguns parlamentares registraram o seu temor de que a expressão *explorar diretamente* poderia vir a ser entendida de forma restritiva, isto é, de só abranger a exploração feita por departamentos, serviços ou órgãos similares da administração direta da União. Assim sendo, a exploração que se procurava consagrar — ou seja, a realizada pela TELEBRÁS e suas controladas — não estaria agasalhada pela disposição constitucional.

Prevalente que fosse esse entendimento, a nova Carta agasalharia o germe da contestação aos seus próprios institutos, colocando sob potencial questionamento o regime de exploração que teria procurado preservar para os serviços públicos de telecomunicações.

Diante de tal risco, a expressão “ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal” foi a fórmula que veio a prevalecer.

O Instituto da concessão

25. Pela vontade constitucional, a exploração de serviços públicos de telecomunicações pelas sociedades anônimas controladas acionariamente pela União far-se-á mediante concessão.

O instituto da concessão de serviço público vem sendo secularmente estudado pelos administrativistas pátrios e estrangeiros. Em todos, encontramos, à unanidade, o ensinamento de que a concessão é uma *delegação contratual através da qual o Poder Executivo atribui a um ente não governamental o exercício de um serviço e este aceita prestá-lo por um prazo determinado e sob condições pré-estabelecidas* (v.g., MÁRIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, São Paulo, 1933, p. 101; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, 1987, p. 35; BILAC PINTO, *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, Rio, 1941, pp. 36 e segs.; ODILON C. DE ANDRADE, *Serviços Públicos e de Utilidade Pública*, São Paulo, 1937, pp. 102 e segs.; LUIZ DE ANHAIA MELLO, *O Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública*, São Paulo, 1940, pp. 97 e segs.; PLÍNIO A. FRANCO, *Diretrizes Modernas para a Concessão de Serviços de Utilidade Pública*, São Paulo, 1949, pp. 43 e segs.; JOHN BAUER, *Effective Regulation of the Public Utilities*, N. York, 1925, pp. 74 e segs. e também *Transforming Public Utility Regulation*, N. York, 1950, pp. 4 e segs.; JONES and BIGHAM, *Principles of Public Utilities*, N. York, 1937, pp. 649 e segs.).

Todavia, à luz dos conceitos clássicos e mundialmente aceitos, a concessão é de todo imprópria para os fins apontados. Afinal, não estão presentes, no caso, os elementos constitutivos do instituto da concessão, a saber:

— O serviço não será explorado por *empresa particular*, que executará o serviço em seu nome, por sua conta e risco, mas sim por *empresa governamental*, isto é, por empresa sob controle acionário da União;

— o serviço não será explorado pela vontade do Poder Executivo, que o delegará por *contrato* para terceiros, mas sim pela vontade do Poder Legislativo, que, em sua Lei Maior, a Constituição, *determinou* ao Poder Executivo que o explore por intermédio de suas próprias empresas;

— a exploração do serviço não está sujeita a *prazo certo*, nem a *condições*, a serem pactuadas em contrato, mas, ao contrário, deve ser mantida *permanentemente* pelo Poder Executivo, nas condições fixadas em lei;

— havendo irregularidade na exploração do serviço, *não cabe penalidade* de multa, suspensão ou cassação da concessão, mas sim mudança da administração da empresa governamental.

Exemplo concreto da desnecessidade de “concessão” para que as “empresas sob controle acionário estatal” explorem serviços públicos ocorre no setor de telecomunicações: nenhuma das vinte e oito empresas do Sistema Telebrás possui contrato de concessão. Elas exploram os seus serviços por determinação da Lei n.º 5.792, de 1972, e não pela vontade do eventual ocupante do Poder Executivo, através de um ato administrativo (decreto) ou de um ato bilateral (contrato).

Delegação legal

26. Estamos, todavia, diante de um fato concreto e consumado: a Constituição de 1988 abandonou os conceitos acadêmicos e teóricos e inovou o instituto da concessão de serviços públicos. Agora, no Direito Administrativo brasileiro, a concessão não se restringe mais a uma *delegação contratual* do Poder Executivo, sujeita à prévia licitação. Mais amplo, o novo conceito abrange os casos de *delegação legal*, assim entendida aquela que é feita por intermédio de uma lei federal, determinando ao Poder Executivo que, mediante uma empresa sob seu controle acionário, explore um serviço público, segundo os limites e as condições estabelecidas.

HELY LOPES MEIRELLES, no Prefácio da 14.^a edição do seu *Direito Administrativo Brasileiro* (Ed. Rev. dos Tribunais, 1989), já atualizado pela Constituição de 1988, adverte que o leitor não deve estranhar que tenha ele “repudiado doutrinas superadas e inovado conceitos para sintonizá-los com a evolução da nossa era e com o progresso do País, pois o Direito não pode permanecer alheio nem retardatário na apresentação de soluções que dependam de suas normas e de seus princípios”.

Assim é que o festejado administrativista que, em 1985, na 11.^a edição do seu *Direito Administrativo Brasileiro*, conceituava concessão como sendo “delegação contratual da execução do serviço” (p. 320), a partir de 1989, na 14.^a edição do seu citado livro, passou a admitir a concessão como sendo “delegação contratual ou legal da execução do serviço”, esclarecendo a este respeito que

“modernamente o poder público vem outorgando concessões de serviço, por lei ou decreto, a entidades autárquicas e paraestatais (empresa pública e sociedade de economia mista), o que constitui uma inovação no sistema tradicional das concessões *por contrato*. Mas nada há a objetar nessa delegação legal, substitutiva da contratual” (obra citada, p. 338).

Logo após, o sempre citado mestre cita o exemplo dos serviços públicos de telecomunicações.

* * *

Estados e Municípios

Direito à exploração

27. Seria conveniente, nesta altura, registrar que o modelo adotado não reconhece aos Estados Federados nem aos Municípios o direito à exploração de serviços públicos de telecomunicações.

Há quem entenda que, à luz da nova Constituição brasileira, os Estados Federados e os Municípios poderiam ser considerados competentes para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, bastando, para que isso ocorresse, que a nova lei de telecomunicações admitisse a outorga de concessão a “empresas sob controle acionário estatal”, isto é, a empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas por um ou outro ente da Federação. Nesta concepção, o Presidente da República, através de decreto, delegaria concessões, fixando prazo, regime tarifário, condições de reversão e outras cláusulas típicas da matéria.

Os que defendem tal ponto de vista registram que não foi sem propósito que a Constituição preferiu a expressão “empresas sob controle acionário estatal”, em lugar de “empresas sob seu controle acionário”, redação esta que seria mais restritiva e limitaria a outorga de concessões somente a empresas da União. Acrescentam, ainda, que os Anais da Constituinte registram o Acordo de Lideranças sobre a redação do citado art. 21, inciso XI, substituindo por “explorar diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal” o teor das emendas dos Deputados Oswaldo Lima Filho (n.º 2800726-1), Percival Muniz (n.º 2800675-2), José Costa (n.º 2800772-4) e Manoel Ribeiro (n.º 2800801-1) que reservaram à União, com exclusividade, a exploração direta dos serviços públicos de telecomunicações.

Finalmente, os defensores da competência concorrente acrescentam que a União não arrecadará nenhum imposto relativo à matéria, pois o Imposto sobre Serviços de Comunicações foi transferido aos Estados Federados, enquanto o Imposto sobre Serviços permaneceu no âmbito municipal. Assim sendo, cada uma das unidades da Federação deverá agora dedicar parcela de sua arrecadação a investimentos em telecomunicações, de modo a, progressivamente, aumentar a sua participação no capital votante da empresa prestadora do serviço, até reunir condições para pleitear a concessão, assumindo o controle acionário da empresa.

Este entendimento, todavia, não é, decididamente, o que representa a efetiva vontade do legislador constitucional. Adotá-lo significaria agasalhar uma tese flagrantemente inconstitucional, como veremos a seguir.

Os Anais da Constituinte

28. Inicialmente, convém registrar que os Anais da Constituinte evidenciam o esforço de parlamentares conservadores ou ligados ao capital estrangeiro “no sentido de que a concessão para a exploração desses serviços possa também ser feita a empresas privadas que não sejam controladas pelo Estado” — para usar as palavras do Deputado Francisco Dornelles (PFL-RJ), ao encaminhar a votação das emendas privatistas. Com este objetivo, as Emendas apresentadas pelos Deputados José Lins (2T00118-5), José Santana de Vasconcellos (2T01112-1), Homero Santos (2T00418-4) e Rita Furtado (2T01383-3), todas para suprimir do inciso XI do art. 21 a expressão “as empresas sob controle acionário estatal”. Por sua vez, os Deputados Wilson Martins (2T00834-1) e Chico Humberto (2T00480-0) pretendiam suprimir do texto a palavra “acionário”.

O que, em verdade, estava em votação era a manutenção ou não do Sistema Telebrás. Inscrito para discursar encaminhando a votação, o Deputado José Costa (PSDB-AL) assim se pronunciou:

“Sr. Presidente, o Sistema Telebrás pertence a quatro milhões de brasileiros, e o povo brasileiro que está lá fora e o que está aqui dentro sabe disso. De modo que é matéria pacífica na Constituinte. Deixo de encaminhá-la. Passemos à votação (in *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, 18 de agosto de 1988).

Durante a votação, em que todos os partidos votaram pela exploração dos serviços públicos de telecomunicações por um sistema empresarial controlado pela Telebrás, o Deputado Amaral Neto (PDS-RJ), assim se pronunciou:

“Sr. Presidente, a bancada do PDS, dentro do qual estão alguns Ministros dos antigos governos chamados militares e de

ditadura, sente-se orgulhosa de ver toda a esquerda apoiando a sua obra, a Embratel e a Telebrás, e vota com a certeza de que foi uma bancada de governos patrióticos e nacionalistas.”

Encerrando a votação, as seis emendas no sentido de admitir a privatização dos serviços públicos foram rejeitadas em conjunto, pelo expressivo resultado de trezentos e sessenta votos contra apenas vinte.

A opinião dos juristas

29. Ultrapassada essa questão dos Anais da Constituinte, agora devidamente colocados, convém examinar a opinião dos juristas, dos intérpretes doutrinários do novo texto constitucional.

Falando especificamente sobre o capítulo da Constituição brasileira relativo à competência para a prestação de serviços, HELY LOPES MEIRELLES, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, na 14.^a edição, já atualizada com a Constituição de 1988, esclarece:

“A repartição das competências para a prestação de serviço público ou de utilidade pública, pelas três entidades estatais — União, Estado-Membro, Município — se opera segundo critérios técnicos e jurídicos, tendo-se em vista sempre os interesses próprios de cada esfera administrativa, a natureza e extensão dos serviços, bem como a capacidade para executá-los vantajosamente para a Administração e para os administrados.”

“Serviços há, de caráter *privativo* e de caráter *comum*. Quanto aos primeiros, não padece dúvida de que sua execução incumbe exclusivamente à entidade interessada; quanto aos segundos, já a questão oferece certas dificuldades, em face de interesses equivalentes disputando a sua prestação. Para solucionar tais casos, aplica-se a regra seguinte: quando o serviço da entidade superior coincidir em todos os pontos com o da inferior, afastará o desta (ação concorrente-excludente); quando não coincidir em todos os pontos, subsistirão ambos, como competências convergentes que se completam (ação complementar-supletiva).” (Grifos do autor, ed. citada, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 295.)

Após estas considerações teóricas, de muita importância para o entendimento do texto constitucional, o sempre festejado administrativista fala especificamente sobre a Carta Magna de 1988:

“A competência da União, em matéria de serviços públicos, se limita aos que lhe são constitucionalmente reservados (art. 21),

dado o sistema de *poderes enumerados* adotado pelo constituinte brasileiro. Os serviços não reservados à União remanescem para os Estados-Membros (art. 25, §§ 1.º e 2.º), permanecendo para os Municípios os assuntos de interesse local (art. 30).”

“Na atual Constituição, serviços há, porém, que são da competência *comum* das quatro entidades estatais (art. 23) e outros de competência *concorrente* de três entidades estatais, excluídos os Municípios (art. 24). Neste caso, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4.º).” “Dentre os serviços constitucionalmente reservados à União destacam-se, na enumeração do art. 21, os de polícia marítima, aérea e de fronteira (XXII); defesa acional (III); serviço postal e correio aéreo nacional (X); defesa contra calamidades públicas (XVIII); telecomunicação em geral (XI e XII); energia elétrica (XII, *b*); navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária (XII, *c*); transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (XII, *d*). Alguns desses serviços só podem ser prestados diretamente pela União; outros admitem execução indireta, através de delegação a pessoas públicas ou particulares.” (Grifos do autor, obra e edição citadas, p. 296.)

O professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo* (5.ª edição, 1989, revista e ampliada de acordo com a nova Constituição), ensina:

“Além da exploração e execução de serviços públicos decorrentes de sua natureza de entidade estatal, a Constituição conferiu à União, em caráter exclusivo, a competência para explorar determinados serviços que reputou públicos.” (Obra citada, p. 429.)

A seguir, o citado cultor do Direito Público cita expressamente, dentre outros, os serviços públicos de telecomunicações.

Se a Constituição, em nenhum artigo, reconheceu aos Estados e Municípios competência para explorar os serviços públicos de telecomunicações, não vemos como possível que a lei possa prever a outorga desses serviços à empresa sob controle acionário dos Estados e dos Municípios, ainda que mediante outorga de concessões. Tal previsão, salvo melhor juízo, seria inconstitucional.

A prosperar tal entendimento, teríamos a hipótese extravagante de Estados e Municípios desviando recursos de setores de sua competência originária inquestionável, como educação, transporte e saúde, para, sem

qualquer vantagem extra, pleitear do Governo Federal uma concessão para explorar um serviço de natureza federal, em nome do Governo Federal. Ademais, o próprio art. 21, inciso XI, não deixa dúvidas de que a rede pública de telecomunicações é explorada “pela União” — e não por Estados ou Municípios.

* * *

Serviços de informações

Local impróprio

30. O art. 21 da Constituição define a *competência da União*, ao longo de vinte e cinco incisos. É um artigo que tem se repetido em todas as Constituições do País (1891, 1934, 1937, 1946, 1967) e se destina tão-somente à *enumeração* dos poderes da União. Não houve, em nenhuma delas, *nada* além disso.

Nesta Constituição, todavia, incluiu-se um *corpo estranho* a esta enumeração de poderes, a saber, o estabelecimento de um *direito*, genérico, inespecífico, reconhecido a todas “entidades de direito privado”: o direito à utilização da rede pública de telecomunicações explorada pela União para a prestação de “serviços de informações”.

O local, obviamente, não era o apropriado para *assegurar* um direito, a quem quer que fosse. Quando muito, e se julgado relevante, tal direito deveria ter sido relacionado no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Garantia desnecessária

31. Além disso, se examinado com isenção, longe da tensão dos Acordos de Lideranças, construídos ao longo de cansativas discussões, logo se vê que o “direito” que se assegurou não deveria nem mesmo figurar em uma Constituição, pois é aquele inerente à prestação de todo e qualquer serviço público, ou seja, o da sua utilização, por qualquer pessoa, sem qualquer restrição, pagas unicamente as tarifas, que devem ser universalizadas. HELY LOPES MEIRELLES, no seu sempre festejado *Direito Administrativo Brasileiro*, ao falar dos *direitos do usuário* dos serviços públicos esclarece, com propriedade:

“São direitos cívicos, de conteúdo positivo consistente no poder de exigir da Administração ou de seu delegado o serviço a que um e outro se obrigou a prestar individualmente aos usuários”. E, em seguida, conclui: “são direitos públicos subjetivos de exercício pessoal, quando se tratar de serviço *uti singuli* e o usuário estiver na área de sua prestação. Tais direitos rendem ensejo

às ações correspondentes, inclusive mandado de segurança, conforme seja a prestação a exigir ou a lesão a reparar judicialmente” (ob. cit. 14.^a ed., pág. 293).

Chega a ser, pois, risível que, no texto constitucional, e em local impróprio, se assegure a “entidade de direito privado” (e por que não a “qualquer pessoa do povo?”) a utilização da rede pública de telecomunicações.

Expressão imprecisa

32. Além de estar em local *impróprio* e de ser *desnecessária*, a frase não deveria constar do texto constitucional em razão de sua imprecisão. É que não existe, nem no âmbito *técnico*, isto é, nas *definições* de Serviços de Telecomunicações da União Internacional de Telecomunicações, ou nos Dicionários Especializados em Terminologia de Telecomunicações, nem no âmbito popular, isto é, na voz popular ou nos Dicionários do Idioma, alguma coisa que se chame “serviços de informações”. Isto simplesmente *não existe*, nem no *glossário técnico*, nem no *glossário popular*. Portanto, incluiu-se na Carta Magna um “*direito*” que ninguém sabe exatamente definir o que efetivamente venha a ser ele.

Interpretação da expressão

33. Não sendo modalidade de serviço público de telecomunicações — até porque este só poderá ser prestado por ente governamental —, o que, efetivamente, se sabe é que a expressão “serviços de informações” resultou de uma negociação na qual os constituintes pretenderam colocar fim a certos temores de que a União poderia pretender explorar, com a mesma exclusividade garantida aos serviços públicos de telecomunicações, também as atividades de *armazenamento e processamento de dados e informações* (que não constituem, pela sua natureza, um serviço de telecomunicações). Assim, assegurou-se um *campo de trabalho para os bancos de dados e para as empresas que queiram se dedicar à prestação de serviços de informações através da rede pública*, tais como as relativas às farmácias de plantão, hora certa e bolsa de valores. E nada impede o surgimento de empresas especializadas na produção, no processamento e na comercialização de textos, marcas, documentos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Por outro lado, para afastar um outro tipo de temor, ou seja, o de que tais empresas prestadoras de “serviços de informações” pudessem vir a pretender explorar também serviços públicos de telecomunicações, garantiu-se que tais serviços terão a sua *transmissão e distribuição* asseguradas através da rede pública de telecomunicações — que será, necessariamente, operada pela União. Com isso, já a nível da Carta Magna, eliminou-se a pretensão de determinados grupos de obter licença para funcionarem como “concessionários especializados”, responsáveis pela implantação e operação de sistemas através dos quais seriam comercializados serviços sofisticados para usuários de grande porte.

Procurou-se, assim, deixar claro que as informações, quer quanto à sua *origem*, quer quanto ao seu *conteúdo*, não se incluem no campo da competência da União. Essa competência, todavia, se inicia quando tais informações se transformam em sinais eletromagnéticos, destinados ao *transporte*. Neste momento, tem início um serviço público de telecomunicações que só termina quando este serviço é distribuído e chega ao consumidor final: o usuário. E este serviço, por vontade de nova Constituição, permanecerá da competência exclusiva da União, diretamente ou através das empresas sob controle acionário da TELEBRÁS.

Esta interpretação está em perfeita sintonia com o que se discutiu e decidiu na Assembléia Nacional Constituinte.

A Comissão de Sistematização propôs originalmente a seguinte redação:

“É assegurada a prestação de serviços *de transmissão* de informações por entidades de direito privado, através da rede pública” (art. 256, § 4.º) (grifo nosso).

A Emenda Substitutiva apresentada pelo grupo denominado “Centrão” estabelecia que:

“É assegurada a prestação, pela rede pública de telecomunicações, de serviços *de transmissão de dados* e informações de interesse da comunidade, gerados e comercializados por entidade de direito privado que o requereu” (art. 251, § 4.º) (grifo nosso).

No texto definitivo, as duas redações foram alteradas substancialmente, delas se retirando a palavra “transmissão” (no Projeto da Comissão de Sistematização) e “transmissão de dados” (no projeto do “Centrão”). E se deixou claro ainda que os serviços de informações serão transmitidos *através* (isto é, por meio, por intermédio) da rede pública de telecomunicações “explorada pela União”.

Na 319.ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, realizada em 17 de agosto de 1988, ocasião em que se examinou a Emenda n.º 1.365, de autoria do Dep. José Mendonça Bezerra, que pretendia suprimir a expressão “de transmissão de dados” do inciso XI do art. 21 do projeto de Constituição (B), o Dep. José Fogaça (PMDB-RS), ao encaminhar a votação, fez questão de registrar que “empresas privadas poderão operar na emissão e recepção de informações” mas que o texto assegura “que o transporte da informação esteja sob o controle do Estado e da empresa de controle acionário estatal”. E conclui: “É muito importante que isso fique registrado nesta sessão decisiva, quanto a esta matéria, esta é a posição do Relator, Constituinte Bernardo Cabral, e é por isso que opinamos pela rejeição dessa emenda” (in “Diário da Assembléia Nacional Constituinte” de 18 de agosto de 1988, pág. 12.753). E a emenda foi efetivamente rejeitada por 307, em um total de 365 votos.