

A exploração dos serviços de telecomunicações na Constituição brasileira

Interpretação da Emenda Constitucional nº 8 de 1995

GASPAR VIANNA

A Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que altera a Constituição brasileira no tocante à *competência para a exploração de serviços de telecomunicações*, tem o seguinte teor:

“Art. 1º O inciso XI e a alínea *a* do inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 21. Compete à União:

.....
XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

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

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do artigo 21 com a redação dada por esta emenda constitucional.”

A leitura desta Emenda Constitucional evidencia, desde logo, que a exclusividade conferida à União para explorar todo e qualquer serviço de telecomunicações continua a existir. O “monopólio constitucional” (como de forma imprópria e simplista alguns preferem chamar) não acabou. O direito à exploração de serviços de telecomunicações permanece sendo da União que, se desejar, e só se desejar, poderá dividi-lo com terceiros. Se isto ocorrer, isto é, se

a União vier a delegar a terceiros a exploração de alguns de seus serviços, ou de todos os seus serviços, isto não significará que ela tenha perdido o direito de, simultaneamente, explorá-los.

O que se convencionou chamar de “monopólio” continua e continuará a existir, enquanto permanecerem em vigor o Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962 e a atual política de exploração dos serviços públicos de telecomunicações, introduzida pela Lei nº 5.792 de 1972. A Emenda Constitucional não revogou o único artigo sequer destas duas leis. Para fazê-lo, elegeu, com clareza, um instrumento adequado: a nova *Lei Regulamentar das Telecomunicações Brasileiras*. Enquanto este ato não existir, as leis e a política que elas introduzem continuarão em vigor.

Houve, apenas, a *desconstitucionalização parcial* da matéria. Em outras palavras, a exclusividade até então reservada à União para, diretamente ou por empresas sob controle acionário estatal, explorar serviços públicos essenciais (dentre os quais os telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados) deixou de ser matéria constitucional. Agora, estes serviços, como quaisquer outros, poderão continuar a ser explorados pela União, mas também poderão ser delegados à iniciativa privada, mediante concessões, permissões ou autorizações.

A Emenda Constitucional poderia dizer apenas isto, repetindo a redação que fora adotada pela Constituição de 1967 e mantida pelo texto de 1969, *verbis*:

“Art. 8º Compete à União:

.....
XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:

a) os serviços de telecomunicações.”

Caso acolhesse esta redação sintética e genérica, o Congresso Nacional estaria consagrando, com pequenas alterações formais, a proposta de emenda constitucional que lhe fora encaminhada pelo Poder Executivo.

Entendeu, todavia, o Poder Legislativo que a “flexibilização” do texto constitucional não poderia ser feita nos termos incondicionais solicitados. Se, por um lado, o Parlamento permitiu que, na organização dos serviços de telecomunicações, a participação da empresa não-estatal pudesse vir a ser ampliada, por outro lado, exigiu que esta maior participação passasse a obedecer a um *conjunto de condições*.

A primeira condição é de que qualquer

mudança no regime jurídico hoje vigente se faça “nos termos da lei”. “Etimologicamente – ensina De Plácido e Silva em seu *Vocabulário Jurídico* – ‘termo’ assinala os pontos em que se limitam, ou em que terminam as coisas, para que se fixem as condições, as determinações, as imposições, que as demarcam e as governam” (op. cit., Rio de Janeiro: 1. ed. Forense, 1963. V. 4, p. 1538). Logo, quando se diz que determinada ação deve ser desenvolvida “nos termos da lei”, pretende-se dizer que, para ter legitimidade, ela deverá respeitar a forma, as condições, a sistemática estabelecida na lei.

Segundo o *Dicionário de Direito* editado pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas, a expressão “nos termos da lei”, embora possa parecer redundante, é de larga utilização em Direito Constitucional e tem o propósito de retirar a auto-executoriedade de uma disposição, subordinando expressamente a sua eficácia às condições que vierem a ser estabelecidas pelo Poder Legislativo. O seu uso, portanto, transforma uma norma de *eficácia plena* em norma de *eficácia contida*, isto é, que só passa a ter aplicação prática depois que for devidamente regulamentada.

O artigo 21, inciso XI, letra *a* da Constituição brasileira, agora com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 8 de 1995, é novo alicerce sobre o qual deverá ser construído um novo “prédio”: a nova política nacional de telecomunicações. O “primeiro andar” deste “prédio” é a nova Lei Regulamentar das Telecomunicações Brasileiras. Só que este andar ainda não existe.

O Poder Executivo, como é acaciano, apenas *executa*. Ele existe para transformar em *ação administrativa* o que a lei determina. Ao Executivo compete executar as políticas existentes, elaborando para este fim planos de ação ou planos de metas, nos quais estabelece prioridades, fixa prazos, aloca recursos humanos e financeiros e fiscaliza a execução. Conseqüentemente, ele não tem competência para legislar, formulando *políticas públicas*. Da mesma forma que ninguém pode subir a escadaria de um prédio e chegar ao terceiro andar *sem antes passar pelo segundo andar*, não é admissível que o Presidente da República expeça um decreto executivo, ou que um Ministro de Estado edite uma instrução de serviço (portaria) para assegurar a fiel execução de uma lei *sem que esta lei exista*.

Portanto, ainda que de forma redundante, mas para evitar qualquer dúvida quanto ao seu

firme propósito de estabelecer, ele próprio, os termos (a extensão e a profundidade) da “flexibilização” das telecomunicações, o povo brasileiro, por seus representantes, julgou indispensável incluir no texto da Emenda Constitucional que a reforma institucional do setor terá de ser feita “nos termos da lei”, negando, assim, expressamente, o “cheque em branco” que havia sido solicitado pelo Poder Executivo.

A Emenda Constitucional define, com clareza, a *forma* e o *conteúdo* da nova lei das telecomunicações brasileiras. A *forma*: uma lei *nova*, o que elimina a idéia de aproveitar leis pretéritas. E uma lei *ordinária*, o que afasta, de um lado, os rigores da lei complementar e, de outro, as facilidades da medida provisória.

Se a Emenda Constitucional proíbe, expressamente, em seu artigo 2º, a edição de medida provisória para a definição do novo regime jurídico das nossas telecomunicações, é indiscutível que tal regulamentação, por razões ainda mais consistentes, não pode ser feita por meio de atos administrativos, como os decretos executivos e as instruções de serviço (portarias ministeriais). Portanto, a edição de qualquer ato “regulamentar” ou “normativo” que não seja uma lei de natureza ordinária estará maculada de inconstitucionalidade.

Quanto ao *conteúdo*, a desconstitucionalização está *condicionada* ao balizamento a ser estabelecido por uma lei geral, o que afasta, conseqüentemente, a idéia de leis parciais, temporárias ou mínimas. O novo inciso XI do artigo 21 da Constituição, após exigir que qualquer concessão, permissão ou autorização somente seja outorgada “nos termos da lei”, dá continuidade ao texto, acrescentando-lhe uma vírgula e o pronome relativo “que”, introduzindo uma *oração subordinada*.

Vejam, então, o que isto significa.

A oração subordinada – sabe-se – funciona “como termo de outra oração” (CUNHA, Celso. *Gramática do Português Contemporâneo*. 9. ed. Rio de Janeiro : Padrão, 1981. p. 404). Neste caso, como termo de uma oração principal e introduzindo “termos essenciais”, que são comandados pelo verbo *dispor*.

Dispor, ensina o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, vem do latim *disponere* e, como verbo transitivo direto, significa estabelecer regras, estatuir normas de conduta, reconhecer direitos e impor obrigações. Empregado na 3ª pessoa do singular do futuro do presente

– *disporá* – e tendo como sujeito da oração *a lei*, não deixa dúvidas quanto ao aspecto impositivo e imediato da obrigação de fazer.

O emprego da oração subordinada *adjetiva explicativa* encerra naturalmente um motivo, ela ali está inserida por uma razão. E esta razão é clara: fica-se sabendo que a nova lei não poderá ser uma lei qualquer. A oração *esclarece* que a nova lei “disporá” (logo, não é uma faculdade, mas sim uma obrigação, uma exigência, uma condição) sobre “aspectos institucionais” (no plural, logo, mais de um). E, dentre outros, foram mencionados, a título de exemplo, dois aspectos, a saber, um de natureza técnica (a “organização dos serviços”) e o outro de natureza administrativa (a criação de um “órgão regulador”).

Organizar é colocar em ordem. Organizar serviços de telecomunicações é ordenar, enquadrar, fazer a distribuição de competências, ou seja, dividir o enorme “bolo” chamado serviços de *telecomunicações* em “fatias”, destinando cada uma delas aos diferentes “comensais”.

A exploração de todos os serviços de telecomunicações, sem exceção, compete à União. E quem fala em nome da União, quem legisla sobre telecomunicações, é o Congresso Nacional. Logo, esta tarefa de “divisão do bolo” ou *enquadramento dos serviços em grupos* é matéria de lei. Dela é a missão de definir, em primeiro lugar, as “fatias do bolo” que serão reservadas para consumo direto e exclusivo das forças armadas, ministérios, autarquias ou empresas estatais da União. Só a lei poderá conceituar e estabelecer os limites do *Sistema Nacional de Telecomunicações* e definir o grupo de serviços que é considerado fundamental para o desenvolvimento, segurança e defesa nacionais.

Da mesma forma, é responsabilidade da lei indicar as “fatias do bolo” que serão entregues à iniciativa privada, através de concessões. E é dela, também, a missão de definir em que casos se recomenda o regime concorrencial e em que casos o regime de exclusividade deve ser mantido. Finalmente, só a lei pode dizer quais serviços serão delegados por permissão e quais serão delegados por simples autorização de uso.

Como se vê, esta é uma tarefa das mais difíceis, que envolve muita polêmica, muitos interesses econômicos e até políticos. Talvez este seja o *ponto central* da nova Lei Regular das Telecomunicações Brasileiras. A organização dos serviços envolve também questões estratégicas a serem definidas, tais

como dar resposta às seguintes perguntas: quem poderá explorar a telefonia celular? O serviço será explorado sob o regime de duopólio, entre dois competidores em uma mesma área de operação? A competição será entre uma empresa estatal e uma empresa privada? Como a lei poderá assegurar a interiorização do serviço? E a “fatia” das comunicações por satélite, a quem poderá ser entregue? Sob que condições?

Interessa, pois, aos próprios empresários e investidores que esta matéria – “organização dos serviços” – seja tratada com profundidade e seriedade pelos agentes competentes – os *parlamentares* – e através do instrumento apropriado – a lei. Ninguém de boa-fé fará investimentos substanciais a médio ou longo prazo no Brasil com base em solo instável e alicerces frágeis como decretos executivos e portarias ministeriais. Estes atos administrativos podem ser revogados ou inteiramente alterados, bastando para tanto apenas a vontade e o humor dos eventuais ocupantes do Poder Executivo. Esta preocupante fragilidade aumenta ainda mais quando se sabe que este mesmo Poder Executivo é *parte interessada* neste *enquadramento dos serviços em grupos*, uma vez que ele próprio explora inúmeros serviços de telecomunicações.

A “organização dos serviços” é talvez o mais importante dentre os múltiplos “aspectos institucionais” a serem tratados na nova Lei Regulamentadora, a exemplo do que já fizera em 1962 o Código Brasileiro de Telecomunicações.

A exigência constitucional de “criação de um órgão regulador” decorreu da generalizada insatisfação com a ilegítima e insatisfatória auto-investidura do Poder Executivo nas funções de órgão regulador. Agride a lógica que um mesmo poder explore serviços e, ainda, edite normas regulando a exploração destes mesmos serviços. É evidente que as funções de execução devem ser separadas das funções de normatização.

Se o povo brasileiro, por seus representantes, *estivesse satisfeito* com a ação normativa desenvolvida pelo Poder Executivo, *sequer teria a lembrança de criar um órgão para estabelecer normas regulatórias sobre telecomunicações*.

A edição de portarias e outros atos administrativos aprovando “normas técnicas” que, na verdade, simulavam a edição de verdadeiros atos regulamentares de serviços de telecomunicações foi tolerada até 1988. Todavia, a partir

da Constituição brasileira, tal prática tornou-se flagrantemente inconstitucional. Afinal, inscreve nossa Carta Magna, só o Congresso Nacional pode dispor, editar atos normativos, enfim, legislar sobre telecomunicações (Constituição, art. 22, inciso IV).

Por ser assim, o “órgão regulador” não poderá ser um apêndice da burocracia do Ministério das Comunicações ou da Presidência da República, sob pena de inconstitucionalidade. Tudo continuaria igual – exatamente o que a Constituição quis banir. Haveria uma desconformidade entre os fins que a Constituição buscou alcançar e o texto da Lei Regulamentar.

O “órgão regulador” *deverá ser necessariamente um agente especializado do Poder Legislativo*. E a lei, ao instituí-lo, poderá criar um sistema regulador inovador e fecundo, que propicie, a um só tempo, competência profissional, legitimidade e rápida resposta normativa às exigências das novas tecnologias. A lei poderá incumbir o órgão regulador da tarefa de elaborar os regulamentos de serviços destinados a assegurar a sua fiel execução. Tais atos normativos seriam aprovados por decretos legislativos. A lei poderá, ainda, reconhecer competência ao órgão regulador para editar normas técnicas complementares aos referidos decretos. Legítimos, porque emanados de um agente especializado do próprio Poder Legislativo, tais atos terão eficácia externa e, como tal, deverão ser compulsoriamente observados por toda a sociedade brasileira.

O Poder Executivo não perderia, obviamente, a sua competência constitucionalmente reconhecida de editar atos de *eficácia interna*, isto é, destinados apenas aos órgãos da administração direta e indireta, como as instruções de serviço (portarias) ministeriais e os decretos do Presidente da República.

Impõe-se, igualmente, definir qual a *composição e competência* deste órgão e, sobretudo, *se ele substituirá* o Ministério das Comunicações (que deixaria de existir), assumindo as funções executivas de outorga e fiscalização, ou *se ele coexistirá* com aquele Ministério, ficando apenas com funções regulatórias (*hipótese em que o Ministério das Comunicações continuaria a existir, mas apenas com as funções executivas de outorga e fiscalização*).

Qualquer que seja a competência do novo órgão, parece ser apropriado que seus conselheiros (comissários ou qualquer que venha a

ser a designação de seus membros) sejam indicados pela sociedade civil, por processos e critérios que a lei indicará – o que, evidentemente, elimina a simples nomeação ou escolha pessoal do Presidente da República.

Como nenhuma lei tem palavras ou expressões inúteis, e muito menos a Lei Constitucional, a Lei Regulamentar *disporá* (logo, obrigatoriamente, e não facultativamente) sobre *outros aspectos institucionais*.

O que são “aspectos institucionais”?

“Aspectos” são ângulos, assuntos ou matérias relativas às *instituições*, as quais são definidas no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, organizado por J. M. de Carvalho Santos, como sendo o “conjunto de regras estabelecidas, quer pelo legislador, quer pelos particulares, em vista da satisfação de interesses coletivos ou privados”. (Rio de Janeiro : Borsoi, v. 27, p. 241.)

Segundo De Plácido e Silva, em seu sempre consultado *Vocabulário Jurídico*, o termo “institucional” exprime “o sentido de fundamental, orgânico, vital, necessário, indispensável” . E completa:

“Regras, fatos ou formalidades institucionais entendem-se as que se registram ou se anotam como fundamentais, vitais, ou indispensáveis à legitimidade da instituição a ser estabelecida ou a ser formada.” (op. cit., v. 2, p. 840)

À vista destes conceitos, chega-se mais uma vez à conclusão que a *nova lei regulamentar* exigida pela Constituição Federal para as telecomunicações brasileiras não poderá ser uma lei ordinária e parcial. Necessariamente há de ser extraordinária e abrangente, pois *deverá dispor sobre o conjunto de princípios e regras indispensáveis para a satisfação dos interesses coletivos e privados no que diz respeito à utilização de telecomunicações*. E o termo “utilização” é empregado aqui em sua significação gramatical mais ampla. Significa não só as serventias que se destinam ao público em geral, como aquelas que buscam suprir as necessidades de uma determinada coletividade, empresa ou indivíduo. Abrange a exploração das potencialidades das telecomunicações por empreendimentos comerciais, bem como por indivíduos e entidades que não visam ao lucro, mas apenas à satisfação de suas necessidades de intercomunicação. Portanto, utilização a qualquer título, eventual ou permanente, gratuito ou oneroso, para satisfação de necessidades

próprias ou de terceiros.

Portanto, para a Lei Constitucional, são considerados “aspectos institucionais” todas as regras jurídicas ou formalidades legais que, em maior ou menor proporção, *integram* o regime jurídico de exploração de serviços públicos de telecomunicações. Desta forma, novas concessões e permissões para a exploração de serviços públicos de telecomunicações só poderão ser delegadas após a entrada em vigor da nova lei regulamentar que disponha sobre tal matéria.

Além dos dois “aspectos institucionais” exemplificados no texto constitucional – o “órgão regulador” e a “organização dos serviços” –, *quais são as outras matérias de natureza institucional que deverão ser expressamente tratadas na lei regulamentar?*

A Constituição brasileira responde a esta pergunta. Em seu artigo 175, a Carta Magna incumbiu o Poder Público da responsabilidade de *prestar todos os serviços públicos* – inclusive os de telecomunicações. Para desincumbir-se de tal responsabilidade, o Poder Público foi autorizado a agir de *duas* maneiras: *diretamente*, lançando mão de seus próprios recursos, ou *indiretamente*, lançando mão de recursos da iniciativa privada.

Caso o Poder Público opte por esta segunda hipótese, deverá seguir fielmente um *modelo institucional específico*, denominado *regime jurídico das concessões e permissões para a exploração dos serviços públicos*. Ainda segundo a nossa Constituição, este modelo deverá ser instituído por lei. O parágrafo único do citado artigo 175 *enumera alguns itens (aspectos) que compõem o modelo institucional* a ser fiel e necessariamente observado. São eles:

a) o caráter especial do contrato de concessão e do termo de permissão, aí incluídas as questões relativas à transferência da outorga e outras cláusulas essenciais;

b) as condições a serem cumpridas pelo prestador do serviço para obter do Poder Público a prorrogação do contrato de concessão ou permissão;

c) as formas de extinção da concessão, tais como a caducidade, a rescisão, a encampação e o advento do termo contratual;

d) a fiscalização dos serviços concedidos ou permitidos (indicação do órgão fiscalizador,

sua competência e seus recursos humanos e materiais);

e) os direitos e obrigações dos usuários e do prestador do serviço;

f) a política tarifária, estabelecendo o mecanismo que assegurará ao prestador do serviço obter a verba necessária para cobrir os custos de operação, a justa remuneração do capital investido e a expansão e o melhoramento dos serviços prestados à sociedade;

g) a obrigação de manter serviço adequado;

h) as características peculiares das licitações, tais como condições de participação, elaboração do edital, sua publicidade, documentação para habilitação e critérios para o julgamento.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o *regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos*, regulamentando o artigo 175 da Constituição Federal, trata de todas estas matérias institucionais acima enumeradas. Em princípio, todos os serviços públicos concedidos ou permitidos estariam sujeitos ao regime introduzido por esta *lei geral*.

Para reforçar este entendimento e eliminar qualquer tentativa de interpretação que excluísse este ou aquele setor do campo de abrangência da Lei nº 8.987, o Presidente da República, no mesmo dia 13 de fevereiro de 1995 em que sancionou a referida lei, editou a Medida Provisória nº 890 que, já em seu artigo 1º, enumerou vinte e duas atividades que se sujeitariam ao novo regime. Dentre elas, expressamente, no inciso III, constava “telecomunicações, nos termos do inciso XI do artigo 21 da Constituição”.

Ocorre que houve precipitação. A referida Medida Provisória foi examinada pelo Congresso Nacional, com vistas a sua conversão em lei, *antes* da promulgação da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Logo, naquele momento, em julho, o inciso III do artigo 1º era de uma inconstitucionalidade aberrante: como submeter as “telecomunicações, nos termos do inciso XI do artigo 21 da Constituição”, ao regime de concessões à iniciativa privada se, *naquele momento*, tais serviços ainda eram exclusivos das empresas sob controle acionário estatal?

Para evitar que este detalhe, relativo apenas ao setor de telecomunicações, tornasse inconstitucional a lei que surgiria como resultado da conversão da Medida Provisória nº 890, bem

como para compatibilizar o texto da nova lei com o da Emenda Constitucional que entraria em vigor, desenvolveu-se uma ampla negociação entre o Executivo e os partidos de oposição.

A solução encontrada foi simples: *os serviços de telecomunicações foram expressamente excluídos da enumeração de serviços e obras públicas que se sujeitam à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Para tanto, a nova lei, que recebeu o número 9.074, de 7 de julho de 1995, ao ser decretada pelo Congresso Nacional, retirou de seu artigo 1º o inciso que colocava os serviços de telecomunicações dentre aqueles sujeitos ao regime jurídico instituído por aquelas duas leis.

E, se alguma dúvida ainda existisse quanto a esta exclusão, bastaria ler dois outros artigos da Lei nº 9.074. O *artigo 2º* proíbe, a partir da sua vigência (8 de julho de 1995), a outorga de novas concessões e permissões “sem lei que lhes autorize e fixe os termos” (logo, novas concessões e permissões para serviços de telecomunicações não obedecerão aos termos previstos naquelas leis gerais e terão de obedecer aos termos de uma *lei específica de telecomunicações*). Por outro lado, o *artigo 26* excetua os serviços de telecomunicações da reestruturação dos serviços concedidos nos moldes previstos por tais *leis gerais* (logo, tal reestruturação deverá ser feita também nos termos da *lei específica de telecomunicações*).

Como se vê, antes mesmo da vigência da Emenda Constitucional nº 8, de 1995 (16 de agosto), a *organização dos serviços de telecomunicações* (regulamentação da outorga de concessões e permissões) já estava *condicionada* à edição de uma nova lei específica para lhes autorizar e fixar *todos os aspectos institucionais* (e não apenas *alguns* deles).

Portanto, a nova *Lei Regulamentar das Telecomunicações Brasileiras*, a exemplo do que já fizera há mais de trinta anos o Código Brasileiro de Telecomunicações, terá de dispor obrigatória e especificamente sobre todos os aspectos institucionais que, devidamente sistematizados, formam o *regime jurídico peculiar às concessões e permissões para a exploração de serviços públicos de telecomunicações*.

Além de dispor sobre as *matérias institucionais* a que se referem os artigos 21, inciso XI, letra *a*, e 175 da Constituição Federal, a Lei Regulamentar deverá dispor ainda sobre outras matérias de idêntica natureza, só que não

expressamente citadas naqueles dispositivos. São matérias hoje tratadas nas leis em vigor e que, por absolutamente inadequadas, precisam ser atualizadas, isto é, não podem continuar a vigorar simultaneamente com o novo modelo institucional a ser implantado com a Lei Regulamentar. Estas matérias são as seguintes:

a) *infrações e penalidades administrativas* a que estarão sujeitas as empresas privadas que, por força da “flexibilização” autorizada pela Emenda Constitucional, poderão passar à condição de concessionárias e permissionárias de serviços públicos essenciais de telecomunicações. A matéria, hoje tratada no Código de Telecomunicações, alterado pelo Decreto nº 236, de 1967, de inspiração autoritária e editado durante a República Militarista, está absolutamente inadequada ao Estado de Direito e, sobretudo, aos novos tempos anunciados de telecomunicações globais e de regime competitivo;

b) *crimes de telecomunicações*, tais como o crime de violação de telecomunicações e o crime de instalação ou utilização não-autorizada de estação ou equipamento de telecomunicações, hoje tratados insatisfatória e inadequadamente no Código de Telecomunicações de 1962;

c) *reestruturação do Sistema Telebrás – STB*, tendo em vista a exclusão a que se refere o artigo 26 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995 (o STB continuará como está ou será reestruturado? A empresa *holding* continuará a existir, com um novo objetivo social, ou será extinta? Quais as transformações jurídicas que a lei reservará à Embratel? E quanto às demais empresas estaduais do Sistema Telebrás, serão transformadas em empresas regionais? Por que processo?);

d) *política de exploração de serviços de telecomunicações por satélite* – trata-se de matéria estratégica para qualquer país, especialmente para aqueles de dimensão continental e grande contingente de miseráveis como o Brasil. A matéria sugere uma profunda reflexão em torno das potencialidades do veículo e da sua utilização para alavancar um processo de desenvolvimento. A Agência Espacial Brasileira precisa ser chamada a contribuir para a construção desta política. Lastimavelmente, porém, desde o Governo Collor este assunto vem sendo “regulamentado” por instruções de serviço (portarias).

Se a Lei Básica e Regulamentar vier a ser editada sem dispor expressamente sobre *todas*

estas matérias “institucionais” (ou seja, *fundamentais*), será inequivocamente uma lei incompleta. Desta forma, será editada como uma lei frágil, incapaz de resolver todos os conflitos de interesse, sobre ser ainda passível de *arguição de inconstitucionalidade*, pelo descumprimento formal de uma condição essencial, inscrita na Constituição Brasileira.

A nova lei básica e regulamentar das telecomunicações terá de ser, na verdade, um novo Código Brasileiro de Telecomunicações. Embora isso não esteja expressamente escrito na Emenda Constitucional nº 8, de 1995, a interpretação de seu texto só pode conduzir a tal conclusão.

As leis nascem da necessidade de regular determinado assunto. Ao longo do tempo, aquele mesmo assunto passa a exigir atualização ou complementação. Então, são editadas outras e mais outras leis. Em um dado momento, o volume de leis sobre aquele assunto torna-se tão grande e desordenado que reclama consolidação e sistematização. E o ato legislativo decorrente desta evolução natural chama-se *código*. Não é, pois, sem propósito que o termo *código*, derivado do latim *codex*, tirado do *caudex* (tronco de árvore) primitivamente, com a significação de tábua ou prancha, passou a designar toda a espécie de *coleção de escritos* sobre determinados assuntos.

O código é, portanto, uma lei tal qual qualquer outra lei. Notabiliza-se em relação a outras leis ordinárias pelo fato de nele estarem contidas, de forma ordenada, todas as disposições de um mesmo assunto, até então dispersas em inúmeras leis. Daí, definir Planiol como *código* “un recueil unique, non seulement pour tout un pays, mais pour toute une partie du droit”. (PLANIOL, M. F. *Traité élémentaire de droit civil*. Colaboração de G. Repert. 10. ed., Paris : 1925. V. 1, p. 7-8).

Na terminologia jurídica, ensina o *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, de J. M. de Carvalho Santos, *código*

“é uma coleção, um corpo de leis, contendo todas, ou a maior parte, das normas jurídicas que disciplinam determinada matéria, sendo sistematicamente dispostas num todo orgânico, de modo a simplificar-lhes a procura, facilitando a interpretação.” (op. cit. V. 9, p. 84)

Em tese de doutorado para a Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, depois revista, ampliada e, em 1976, transformada em livro, demonstramos cientificamente a

autonomia legislativa, constitucional, formal e substancial do direito brasileiro de telecomunicações. Registramos ali que o primeiro diploma legal regulando a utilização das comunicações por processo eletromagnético foi o Decreto Imperial nº 2.614, datado de 21 de julho de 1860.

Nos setenta anos seguintes, um expressivo volume de atos normativos foram, por si sós, suficientes para assegurar ao novo direito a sua *autonomia legislativa*. Em 27 de maio de 1931, editou-se a primeira consolidação das leis de telecomunicações, o Decreto Executivo nº 20.047. Tal ato manteve-se por trinta anos, até que, em 5 de outubro de 1962, entrou em vigor a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações. Com ele, o direito de telecomunicações ganhava *autonomia formal* e equiparava-se à maioria dos países do mundo que possuem lei específica para regular suas atividades no campo das telecomunicações (VIANNA, G.L.G. *Direito de Telecomunicações*. 1. ed., Ed. Rio, Rio de Janeiro : 1976. p. 30/40).

As vantagens de uma lei básica, sistematizada, específica para o setor foram comprovadas ao longo de mais de três décadas. O Código Brasileiro de Telecomunicações, todavia, envelheceu e reclama a sua substituição. Mas, evidentemente, por um outro instrumento jurídico de igual hierarquia.

A Constituição determina a elaboração de uma única lei regulamentar (e não várias), como também que tal lei trate de todas as matérias institucionais do setor (e não de algumas). Logo, *um novo código*.

Admitir o contrário nos remeteria para a interpretação equivocada de que o Congresso Nacional teria patrocinado um retrocesso institucional: *o setor de telecomunicações* (que, ao longo de cento e trinta e quatro anos, já evoluiu o suficiente para dispor de uma legislação codificada) *teria sido condenado pela Lei Constitucional a retroceder no tempo e voltar a ser regulado por leis provisórias, esparsas e incompletas*.

O setor de telecomunicações, que conta, hoje, com um *código* orientado por interesses nacionais e objetivos estratégicos bem definidos, teria sido condenado pela Constituição Federal a perder o rumo, o norte, o referencial, uma vez que ficaria à mercê de *leis avulsas e conjunturais*, de conteúdo mínimo, dispondo só o necessário para atender aos interesses

comerciais de poderosos grupos de pressão interessados em segmentos de serviços altamente rentáveis.

O vigente Código Brasileiro de Telecomunicações, sancionado pela Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, foi um instrumento legal exemplar. Não se limitou a dispor sobre direitos e deveres do Estado, dos cidadãos e das empresas no tocante à prestação de serviços de telecomunicações. Além dos “aspectos institucionais” – o indispensável balizamento entre os sujeitos da relação jurídica tripartite (*concedente-concessionários-usuários*) –, lançou bases para o futuro das telecomunicações, tendo sido uma alavanca fundamental para o desenvolvimento do nosso País.

Mais do que um passivo repositório jurídico, destinado a evitar e a solucionar eventuais conflitos de interesses, a Lei nº 4.117, de 1962, instituiu uma política pública para os serviços de telecomunicações. Traçou um plano de ação, projetou instrumentos e previu recursos para financiar os objetivos claramente fixados. Ela era, portanto, um instrumento jurídico atualizadíssimo em relação às tecnologias da época, delegava poderes normativos a um órgão colegiado, o Conselho Nacional de Telecomunicações, e dava ao Governo os instrumentos necessários para implementar uma política pública estatizante.

Passaram-se, todavia, implacáveis trinta e quatro anos.

O Código Brasileiro de Telecomunicações está tecnologicamente revogado. Ele projetou uma arquitetura de serviços coerente com a década de sessenta, quando destacavam-se as tecnologias eletromecânicas, as válvulas termiônicas e as radiocomunicações por ondas médias e curtas. Ele é, portanto, anterior à frequência modulada, ao conhecimento e exploração das potencialidades das tecnologias eletrônicas e digitais, bem como ao emprego comercial do transistor e do *chip*. Também os satélites de telecomunicações, os circuitos integrados miniaturizados, a tecnologia celular e a transmissão de dados vieram bem depois que ele entrou em vigor.

Para o Código de 1962, a televisão é um serviço de âmbito local e, como tal, recebe o mesmo tratamento jurídico de uma pequena emissora de rádio. Afinal, àquela época não se tinha nenhum referencial sobre as potencialidades daquele que era um novíssimo serviço. Não se falava, ainda, em microondas, videotape,

televisor em cores, som estereofônico, televisão por assinatura e transmissão via satélite em rede de âmbito nacional.

Como o poder regulamentar assegurado ao Executivo não pode ir ao ponto de *innovar* em relação às tecnologias existentes, tampouco de *legislar* originariamente sobre tecnologias tão recentes que sequer foram citadas no texto da lei de 1962, só há um caminho para a atualização das normas jurídicas às novas tecnologias: *um novo código*.

O setor de telecomunicações deixou de ter um órgão com competência normativa delegada pelo Poder Legislativo. Por meio de um órgão regulador – o Conselho Nacional de Telecomunicações, Contel –, o setor podia acompanhar a rapidez tecnológica, editando resoluções que, fiéis ao espírito estatizante do Código, tinham natureza normativa. Presentemente, só o Congresso Nacional pode legislar sobre telecomunicações. É certo que o Presidente da República pode editar decretos regulamentares e o Ministro de Estado pode editar instruções de serviço, mas tais atos administrativos só podem ser editados para a “fiel execução” do Código de 1962 e só têm eficácia interna (só se aplicam aos servidores públicos).

Esta fidelidade restringe a quase nada o campo de ação reservado ao Poder Executivo. Só pode detalhar a execução de serviços expressamente previstos no Código e regulamentados antes da Constituição de 1988. É, ao instruir os órgãos e entidades integrantes da administração de telecomunicações, o Poder Executivo deverá observar o espírito, a vontade, a índole das Leis nº 4.117, de 1962, e 5.792, de 1972. Tais leis foram editadas com o propósito de transferir da iniciativa privada para o setor estatal a prestação dos serviços públicos essenciais de telecomunicações. Logo, só estarão em conformidade com o espírito e com o texto estatizante daquelas leis os atos administrativos que tiverem por objetivo manter ou aumentar o grau de participação do Estado na prestação de serviços. Se, todavia, tais leis vierem a ser invocadas como “fundamento legal” para a edição de decretos e instruções de serviço de índole liberalizante, na qual serviços até então desenvolvidos com exclusividade por empresas sob controle acionário estatal passam a ser explorados também pela iniciativa privada, teremos um aberrante *desvio de finalidade*, que é causa de nulidade do ato e responsabilização do agente que o praticou.

Portanto, pelo que se demonstrou, a edição

do novo Código de Telecomunicações torna-se indispensável também pelo fato de que *as vigentes leis de telecomunicações são imprescindíveis como alicerces para a edição de qualquer ato administrativo (decretos e portarias) de índole privatizante.*

Os países europeus e asiáticos se dedicaram, nesta última década do século, à elaboração de novos códigos de telecomunicações, já adaptados às novas tecnologias, às modernas estruturas administrativas e às suas estratégias de desenvolvimento econômico e social. Através da *Internet*, podemos “navegar” diretamente à Biblioteca do Congresso Norte-Americano. Pode-se acessar ali a volumosa, casuística e impressionantemente protecionista legislação americana de telecomunicações. É surpreendente a vastidão e a riqueza de detalhes daqueles atos.

A *HR3626*, só a título de exemplo, vai a fundo nos poderes das empresas de telecomunicações, chegando ao refinamento de estabelecer (seção 104) que uma operadora local que operar com poder monopolista em qualquer serviço não poderá, em hipótese alguma, exigir que o seu usuário compre outros produtos ou serviços por ela fornecidos, onde existam terceiros fornecedores. E este é apenas um detalhe de uma legislação preocupada em evitar quaisquer práticas inibidoras da concorrência.

O *Telecommunications Act of 1996* – a nova lei de telecomunicações norte-americana, sancionada no dia 8 de fevereiro do corrente ano – é um belíssimo exemplo a ser seguido. Ele adapta as regras jurídicas às novas tecnologias, à fusão da informática com as telecomunicações e às novas oportunidades de negócios que nascem deste novo paradigma.

No que respeita à *forma*, o *Telecommunications Act of 1996* é, sem sombra de dúvida, *vinte vezes maior* do que os inopiosos 129 artigos do Código Brasileiro de Telecomunicações. São 710 seções, o que projeta algo em torno de 3.000 “artigos” (nomenclatura não utilizada no direito norte-americano), 12.000 linhas ou 300 páginas escritas.

No que respeita ao *conteúdo*, é um texto voltado para os objetivos estratégicos do país. *Internamente*, as empresas são estimuladas a competir, mas sob maior fiscalização do Governo e da sociedade, municiados por uma legislação aperfeiçoada e voltada para impedir a formação de monopólios setoriais e cartéis

eletrônicos. *Externamente*, a nova lei projeta e estimula uma política expansionista, em direção aos mercados emergentes, como o latino-americano.

Aspirar, portanto, para o Brasil, ao mesmo caminho seguido pelos países desenvolvidos, isto é, a um pacto nacional sob a forma de um conjunto metódico de normas jurídicas, que condense o essencial sobre o assunto telecomunicações, subordinando-o aos objetivos estratégicos do país, é dar correta interpretação à *mens legis* da Emenda Constitucional n° 8, de 1995.

Como se vê, ainda que formalmente não venha a se denominar “Código Brasileiro de Telecomunicações”, a nova lei terá de ter *substância e abrangência* de um código. Só assim estaremos acompanhando os procedimentos adotados pelos países desenvolvidos.

Ao longo deste trabalho procurou-se fazer a “autópsia” da Emenda Constitucional n° 8, de 1995. Ao seu final, presume-se, resultou abundantemente provado que os congressistas aprovaram um texto cheio de condicionantes.

Qual a razão disso?

Para dar resposta a essa pergunta, torna-se oportuno buscar os magistrais ensinamentos extraídos dos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772. Um antigo texto, que jamais envelhece, pois contém valores permanentes. Ali se aprende que só se descobre o sentido e o alcance de uma regra de Direito, “depois de examinar as *circunstâncias* e os sucessos históricos que contribuíram para a sua confecção e perquirir qual seja o *fim do negócio* de que se ocupa o texto”. Põe-se em contribuição, portanto, dois elementos: a *occasio legis* e a *ratio legis*. E conclui aquele repositório de ensinamentos jurídicos: “este é o único e verdadeiro modo de acertar com a genuína razão da lei, de cujo descobrimento depende inteiramente a compreensão do verdadeiro espírito dela”.

Carlos Maximiliano, na sua obra fundamental, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, registra que

“toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objeto ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito: quando assim não se procedia, construíam a obra de hermenêutica sobre a areia movediça do processo gramatical”.

“Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística, por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermenauta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure a tutela de interesse para a qual foi redigida.” (9. ed., 3. tir. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 151/52)

Instruídos por estes ensinamentos básicos (que se mantêm até os nossos dias, e são seguidos, na essência, por todos os tratadistas de Direito), devemos indagar: *em que circunstâncias a Emenda Constitucional n° 8, de 1995, foi confeccionada?*

Os jornais e revistas da época, se consultados, mostrarão os motivos pelos quais o dispositivo não é meramente declaratório, como talvez fosse tecnicamente mais aconselhável em um texto constitucional de um país de estruturas estáveis e comportamentos previsíveis.

O artigo 21, inciso XI, letra *a*, da Constituição tornou-se programático, condicional, finalístico, devido a temores de que o Poder Executivo pudesse iniciar a chamada “flexibilização” sem observar questões essenciais que necessariamente devem preceder a qualquer processo de liberalização. Tal receio adensou-se por causa de declarações do Ministro das Comunicações, Sr. Sérgio Motta, que soaram aos ouvidos dos legisladores como uma verdadeira ameaça à competência legislativa do Congresso Nacional.

A autoridade máxima das telecomunicações brasileiras não anunciou, como era de se esperar, o início de um trabalho sério e cauteloso de exame da legislação comparada e de levantamento do “entulho normativo” expresso por centenas de decretos e portarias de índole autoritária, para, a partir deste material, elaborar o novo modelo institucional para as telecomunicações brasileiras. Modelo que, devidamente formatado como um novo Código Brasileiro de Telecomunicações, seria, em seguida, submetido ao exame e deliberação do Congresso Nacional. Segundo inúmeras declarações, publicadas em todos os jornais, e não desmentidas, “no dia seguinte” ao da aprovação da mudança do texto constitucional, o Ministério das Comunicações daria início à “flexibilização”, publicando

editais para a telefonia celular e permitindo o amplo acesso da iniciativa privada na exploração de satélites e de transmissão de dados. Tudo, surpreendentemente, através de *atos administrativos*...

Diante de tal *circunstância* (ameaça de usurpação da competência normativa do Poder Legislativo), o Congresso Nacional atendeu à *finalidade* que se pretendia alcançar (flexibilização na organização dos serviços), mas, paralelamente, estabeleceu *condições* (um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais).

A resposta do Poder Legislativo foi clara, através do texto final da Emenda Constitucional nº 8, de 1995: assuntos como “flexibilização” e “quebra de monopólio” terão de ser amplamente debatidos pelos *agentes certos*, os parlamentares, no *lugar apropriado*, o Congresso Nacional, e formalizados pelo *instrumento cabível*, a lei.

Não é necessário um grande esforço de interpretação do texto constitucional para se concluir que a nova lei de telecomunicações não poderá trazer o retrocesso, representado por leis esparsas, diversificadas e conjunturais, destinadas exclusivamente a suprir uma necessidade avaliada como de maior urgência do que as demais. Seria, pois, inconstitucional uma lei que, por exemplo, viesse a regular a licitação para a telefonia celular sem, paralelamente, dispor sobre o órgão regulador do serviço, o regime tarifário, as infrações, as penalidades e outros “aspectos institucionais” já apontados neste trabalho. A Emenda Constitucional nº 8, de 1995, não proíbe apenas medidas provisórias, mas também “leis provisórias”.

Se o texto constitucional buscasse como *finalidade* a liberalização incondicional, não teria incluído nenhuma restrição. Prevaleceria o princípio da auto-executoriedade. Quando muito, o texto exigiria apenas a edição de uma lei. *Mas uma lei qualquer. De qualquer tamanho ou conteúdo.*

No entanto, a Emenda Constitucional *agiu inversamente*: estabeleceu com riqueza de detalhes a forma e o conteúdo da lei que deverá dar eficácia à flexibilização. A lei a que ela se refere é básica, *é regulamentar, é sistemática*. Não há espaço para uma um amontoado desordenado de leis *mínimas, provisórias e incompletas*.

É hora de o Congresso Nacional lançar-se ao trabalho fecundo de elaborar uma nova lei

para o setor de telecomunicações. *Uma lei modernizadora*, que flexibilize a exploração de todos os serviços de telecomunicações e revogue expressamente onde couber os dispositivos estatizantes em vigor. *Uma lei nova*, que, ao nascer, não seja compelida a conviver com leis ultrapassadas. *Uma lei completa*, que não cause inevitáveis dúvidas de interpretação e possibilite intermináveis pendências judiciais. Só com uma lei assim, que abranja todos os aspectos institucionais, teremos *uma lei legítima* e, como tal, imune a qualquer arguição de inconstitucionalidade.

Poderá o Brasil, todavia, produzir um pouco mais do que uma lei formalmente perfeita e juridicamente inquestionável. Mais ainda do que fazem as novas leis que acabam de ser editadas nos países desenvolvidos, a nossa lei poderá servir, também, como instrumento para gerar novos empregos, expandir nossas microempresas e ampliar gradativamente os poucos nichos industriais e tecnológicos existentes. Afinal de contas, dispomos de um exemplo histórico, que nos mostra as vantagens da opção por um código exemplar, que incorpore uma audaciosa *política nacional de telecomunicações*.

A elaboração de uma lei com tais características há de ser mais demorada, sem dúvida. Talvez exija mais alguns meses de debates e de tramitação legislativa. Temos pressa, é verdade. Mas sempre tivemos pressa e essa pressa tem sido, muitas das vezes, causadora dos nossos grandes desastres. Além disso, é preciso distinguir, com nitidez, a pressa que estimula no sentido de resolver os grandes problemas nacionais da pressa gerada pelos interessados em resolver os seus interesses particulares e comerciais.

É hora de respeitar o nosso passado ou, se isso não for relevante, de, pelo menos, copiar o procedimento das grandes potências mundiais. Precisamos produzir uma lei de verdade, na qual a “flexibilização” seja utilizada como uma poderosa *alavanca* para o desenvolvimento brasileiro no próximo milênio e não como uma *algema* para nos manter, agora de forma inexorável, como uma nação tecnologicamente desprezível, economicamente colonizada e estrategicamente periférica.

É hora de elaborar uma lei completa, íntegra e sistêmica, e não um remendo improvisado, destinado simplesmente a legitimar a divisão do “bolo” mais cobiçado do mundo dos

negócios em “fatias”, entregando-as ao apetite de “famintos comensais”. Precisamos produzir uma *lei exemplar*, que seja uma barreira à formação de monopólios privados e cartéis eletrônicos, e não um *papelote vulgar*, gerado para legitimar negociatas e a dilapidação do patrimônio público.

As tecnologias são *neutras*: o uso que o ser humano lhes dá pode servir para salvar vidas ou para destruí-las. Nas mãos de Hitler, na Alemanha, as *ondas radioelétricas* foram instrumento de ódio, destruição e morte. Entregues à Roquete Pinto, no Brasil, serviram para a difusão da educação e da cultura para o nosso povo. O *raiolaser*, uma ampliação da luz por meio de radiação intensificada, pode salvar vidas, se aplicável à medicina, e pode destruí-

las, se utilizado como arma.

Agora, no limiar do Terceiro Milênio, assistimos à fusão das telecomunicações com a informática, gerando possibilidades infinitas, um imenso desafio à imaginação. As tecnologias, em permanente mutação, podem salvar o Brasil do subdesenvolvimento e da miséria crônica, mas podem igualmente contribuir de forma decisiva para manter ou ampliar o vigente sistema de servidão. Os efeitos sociais não são determinados pela tecnologia, que é sempre neutra, mas pela norma institucional que rege a sua aplicação, que objetiva sempre alguma coisa, ou seja, é finalista.

A norma institucional, aqui, chama-se Código Brasileiro de Telecomunicações.