

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Telecomunicações e Desenvolvimento.

LUIS FELIPE CUNHA

MESTRADO EM DIREITO

CURITIBA

2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Luis Felipe Cunha

Telecomunicações e Desenvolvimento.

Dissertação de Mestrado

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

Programa de Pós-Graduação em Direito

Curitiba, dezembro de 2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Luis Felipe Cunha

Telecomunicações e Desenvolvimento.

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientador: Luiz Alberto Blanchet

Curitiba
Dezembro de 2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Luis Felipe Cunha

Telecomunicações e Desenvolvimento.

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Luiz Alberto Blanchet

Orientador
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUC-PR

Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUC-PR

Prof. Ângela Cassia Costaldello

UFPR

Curitiba, de dezembro de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho se autorização da universidade, do autor e do orientador.

Luis Felipe Cunha

Graduou-se em direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em 2001. É advogado atuante na área de direito de telecomunicações desde janeiro de 2002.

Ficha Cartográfica

Cunha, Luis Felipe

Telecomunicações e Desenvolvimento/Luis Felipe Cunha; orientador: Luis Alberto Blanchet. - Curitiba: PUC, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2005.

v., 166 f.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

Inclui Referências Bibliográficas.

1. Dire ito – Dissertação. 2. Telecomunicações. 3. Liberdade. 4. Desenvolvimento. 5. Universalização. 6. Regulamentação. 7. Papel da Empresa 8. Agência Reguladora. 9. Equilíbrio econômico financeiro. I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. III. Telecomunicações e Desenvolvimento.

Para minha mulher, com todo o amor que houver
nessa vida, companheira de todos os momentos e a
quem as palavras de Jorge Luis Borges são
aplicadas: “Estar ou não estar contigo é a medida do
meu tempo.”

Agradecimentos

Acima de tudo e de todos à minha mãe e ao meu irmão, pessoas a quem dedico todo o meu orgulho.

À Telma, amiga única e verdadeira, mentora do meu projeto de vida, tendo sido a pessoa que me ensinou a ver o mundo com outros olhos.

Ao meu querido orientador, de elevada sapiência e de incomparável elegância.

A quatro especiais mestres: Rodrigo Rios, Luiz Carlos Kranz, Sérgio Vosgerau e Barone, admirados em sua essência por este jovem aprendiz.

Aos poucos e valiosos amigos João Scaramella, Maurício do Valle, Amarílio Vasconcellos, Rodrigo Linne Neto, Rodrigo Ronaldo, Daniel Laufer, Leonardo da Costa, Kleber Borges, Marcelo Caribé, Ricardo Meister e Ricardo Pinto.

À Geny Marinho e Gabriel Cavassim por todo o apoio e carinho.

Resumo

Cunha, Luis Felipe; **Telecomunicação e Desenvolvimento**. Curitiba, 2005. 166p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O Serviço Público de Telecomunicação afigura-se, hodiernamente, importante fonte de irradiação das liberdades individuais do cidadão, pois proporciona de forma cada vez mais intensa a integração dos indivíduos junto ao seu meio social. Relevante, ainda, destacar que economicamente o serviço referido possui parcela de importância ímpar no contexto da sociedade brasileira, na medida em que entre as 20 maiores empresas do país, encontram-se 4 concessionárias que operam esta atividade. Trata-se, pois, de elemento necessário para que se promova um dos objetivos da República brasileira, a denominada garantia do desenvolvimento nacional. Apesar da notória evolução havida no que tange à qualidade e a universalização dos serviços de telecomunicações, sobretudo, o de telefonia, muitos problemas ainda permeiam tal atividade, restando bastante aparente esta constatação junto ao enorme número de demandas postas à análise do Poder Judiciário. Todavia, para que se garanta o desenvolvimento nacional e, também, a tutela das liberdades individuais dos cidadãos operadas em decorrência das telecomunicações, é necessária a correta interpretação das normas afetas ao setor para que sejam afastados os perigos de uma involução e preservadas as bases do Estado Democrático de Direito.

Palavras Chaves

Telecomunicações; liberdade; desenvolvimento; universalização; regulamentação; papel da empresa; agência reguladora. equilíbrio econômico financeiro.

Abstract

Cunha, Luis Felipe; **Telecommunication and Development**. Curitiba, 2005. 166 p. Master's Dissertation – Center of Legal and Social Sciences, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The Public Telecommunications Service figures nowadays as an important source of the radiation of the individual liberties of the citizen, therefore providing the integration of the individual among its social environment. It is relevant to point out that, economically the referred service has singular importance in the context of the Brazilian society, considering that among the top 20 companies of the country, 4 are concessionaries of this activity. This is important evidence that it is a necessary element to promote one of the objectives of the Brazilian republic, the so called national development guarantee. Notwithstanding the notorious evolution of the quality and universalization of the telecommunications services, overall the telephony, many problems still exist in such activity, which evidence is the big number of petitions in analysis at the law courts. However, to be able to guarantee the national development and also the safeguard of citizen's individual freedoms, made possible by telecommunications, it is necessary the correct interpretation of rules related to the sector in order to avoid the danger or an involution and to preserve the bases of Democratic State of Right.

Key Words

Telecommunications, libertys, development, universalization, regulation, company role, regulating agency, financial economic balance.

Sumário

1. Introdução	12
2. Da Teoria Geral do Estado	17
2.1 Da formação da Sociedade Civil ao Estado Moderno	17
2.2 O Estado Antigo (Teocrático)	20
2.3 Os Estados Grego e Romano	21
2.4 O Estado Medieval e o período de transição para Absolutismo	21
2.5 O Estado Moderno (Absolutismo Monárquico)	25
2.5.1 O Contratualismo Moderno	27
2.5.2 O Liberalismo do Estado Moderno	30
2.6 O Estado Social (ou Welfare State)	35
2.6.1 A Crise do Estado Social	39
3. A Constituição e os Balizamentos do Princípio da Livre Iniciativa na Ordem Econômica Brasileira	44
3.1 O Constitucionalismo Moderno	45
3.2 A Constituição como um Sistema Aberto de Regras e Princípios	48
3.3 O Caráter Normativo das Normas Programáticas	52
3.4 A Liberdade de Iniciativa Econômica como Ferramenta Garantidora do Desenvolvimento Nacional	59
4. A Exploração Privada do Serviço Público de Telecomunicação	69
4.1 Evolução das Telecomunicações no Brasil	69
4.2 As Classificações do Serviço Público de Telecomunicação	80
4.3 O Ambiente Econômico e Político característico do Surgimento das Agências Reguladoras	92

4.3.1 O Papel da Agência Nacional de Telecomunicações. O Exercício da Função Normativa	98
4.4 A Exploração Privada do Serviço Público de Telecomunicação: O Direito à Manutenção do Equilíbrio Econômico Financeiro	112
5. O Serviço de Telefonia Fixa e a Necessidade de se Garantir a Continuidade do Desenvolvimento	121
5.1 Relação Usuário versus Empresa	122
5.2 Breves Comentários sobre o Papel da Empresa na Atualidade	125
5.3 O Serviço de Telefonia Fixa no Judiciário	130
5.3.1 A Discussão Acerca da Cobrança da Assinatura Básica	131
5.3.1.1 O Espeque Normativo da Cobrança de Assinatura Básica	132
5.3.1.2 A Natureza Jurídica da Cobrança de Assinatura Básica: A Distinção Entre Taxa e Tarifa	139
5.3.1.3 A inexistência de Abusividade na Cobrança de Assinatura	144
5.4 A Necessidade de se Garantir a Continuidade do Desenvolvimento	147
6. Conclusão	149
7. Referências Bibliográficas	153

Los Justos

“Um hombre que cultiva su jardim, como queria Voltaire.
El que agradece que em la tierra haya musica.
El que descubre com placer una etimologia.
Dos empleados que em un cafe del sur juegan un silencioso ajedrez.
El ceramista que premedita un color y una forma.
El tipografo que compone bien esta pagina, que tal vez no le agrada.
Una mujer y un hombre que leen los tercetos finales de cierto canto.
El que acaricia a un animal dormido.
El que justifica o quiere justificar un mal que le han hecho.
El que agradece que en la tierra haya Stevenson.
El que prefiere que los otros tengan razon.
Essas personas, que se ignoran, están salvando el mundo.”

Jorge Luis Borges

1

Introdução

Liberdade. A abordagem que se seguirá leva em consideração o serviço de telecomunicação como manifestação da liberdade do indivíduo. Este pensamento deverá permear toda a análise e, certamente, propiciará uma melhor compreensão dos objetivos aqui estatuídos.

Não há, entretanto, a intenção de aprofundamento acerca da pura, simples e tradicional alocação valorativa e essencial do termo, enquanto relacionado como uma das variáveis da noção dos direitos humanos¹, mas, sim a necessidade de estabelecer tal valor como fundamento maior para a realização de uma análise construtivista, apoiada no dogmatismo necessário para a interpretação da ordem jurídica brasileira.

A idéia de desenvolvimento é também aqui prestigiada. Composto pelas noções de evolução, continuidade, dinamismo, típicos do que, hodiernamente, denomina-se de Pós-Modernidade, é o desenvolvimento, mais do que nunca, valorado como uma das finalidades da atual sociedade². Mas seriam estes elementos afetos ao desenvolvimento consentâneos com o conteúdo das liberdades ?

Amarthya SEN, economista indiano agraciado com o prêmio nobel de economia em 1998, procura demonstrar por intermédio de sua obra que o desenvolvimento pode sim ser visto como um processo de expansão das liberdades fruídas pelos indivíduos³.

Para tal, entretanto, é necessário que se removam as principais fontes de privação das liberdades: “pobreza, tirania, carência de oportunidades econômicas

¹ Dispõe em seu artigo 1º a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

² BRASIL, *Constituição Federal Brasileira de 1988*, Artigo 3: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II – garantir o desenvolvimento nacional.”

³ SEM, Amarthya, *Desenvolvimento como Liberdade*, 2000, p.17.

e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva dos Estados repressivos.”⁴

Estaria, assim, o desenvolvimento relacionado com a substancial melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos, já que

“expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando este mundo.”⁵

Neste sentido, na medida em que a sociedade pós-moderna demonstra pertinente adoração pela informação e, mais ainda, pela eficaz e acelerada forma como a mesma hoje se transmite, não se nos afigura difícil a constatação de que a troca de informações é hoje elemento caracterizador do desenvolvimento de uma sociedade.

Não só isso, a troca acelerada e eficaz de informações é hoje feita como forma de se garantir a segurança, a integração e a satisfação do indivíduo, devendo, por conseguinte, ser prestigiada como uma liberdade a ser tutelada pelo Estado. Observe-se.

Foi com a chegada do computador, em 1946, que a informação tornou-se o “princípio organizacional de produção”⁶. Peter DRUCKER assevera que, na esteira da evolução humana, está-se a viver a quarta onda de empreendimentos⁷, permeada pela idéia de informação.

Na verdade a era da informação é a era das (tele)comunicações, visto que o fenômeno principal é o desenvolvimento tecnológico capaz de promover alterações na estrutura social e, também, no Estado nacional⁸.

⁴ Ibid., p.18.

⁵ Ibid., p.18.

⁶ DRUCKER, Peter, *Da Análise à Percepção (A Nova Visão do Mundo)* in *O Melhor de Peter Drucker*, 2001, p.168.

⁷ Ibid., p.168. A primeira se iniciou em meados do século XVII, desencadeada pela Revolução Comercial, que se seguiu com a fabricação do primeiro cargueiro transoceânico capaz de conduzir pesadas cargas a grandes distâncias. A segunda teria se dado com a Revolução Industrial (século XVIII) e a terceira, consequência direta da primeira Revolução Industrial, deu-se por intermédio da criação de novas indústrias, que não só empregavam uma nova força motriz, mas que fabricava produtos até então nunca feitos, ou que eram produzidos somente em quantidades limitadas (eletricidade, produtos eletrônicos, aço, produtos químicos e farmacêuticos, aviões).

⁸ Ibid., p. 169: “Há também outro importante impacto social gerado pela informação que é evidente e que está sendo amplamente discutido: o impacto exercido sobre o estado nacional e, em

Escorado nestas lições é que se arrisca dizer que o desenvolvimento, hoje, parece, sobremaneira, depender da realização da liberdade de informação, de comunicação (processo pelo qual uma **informação** gerada em um ponto no espaço e no tempo chamado **fonte** é transferida a outro ponto no espaço e no tempo chamado **destino**).⁹

Se a comunicação é o processo pelo qual uma informação sai de uma fonte e chega a um destino, mais do que nunca, é necessário promover-se a eficaz e acelerada chegada de uma dada informação a um certo destino, visto, inclusive, ser esta dinâmica elemento de valoração da liberdade do indivíduo.

As telecomunicações constituem-se, assim, ferramenta das mais hábeis neste sentido, sendo o seu desenvolvimento e a sua preservação verdadeiro objetivo do Estado. Sua definição¹⁰ é encontrada, em solo brasileiro, junto à Lei 9.472/97, também conhecida como Lei Geral de Telecomunicações.

Falar sobre o setor de telecomunicações é, sem dúvida, falar de um tema que, pelas proporções quantitativas¹¹ de prestação e também pela representatividade estratégica do serviço, apresenta alto índice de responsabilidade.

É também tratar de um tema em que interesses diversos são envolvidos, dentre os quais se pode destacar o do Estado, o das empresas prestadoras dos serviços (concessionárias de serviços públicos) e o dos usuários, cada qual com a sua importância ímpar no contexto da prestação.

Entretanto, de forma inconteste, tais interesses, por vezes, mostram-se conflitantes e somente uma equilibrada mediação, com amparo na estrutura do

especial, sobre a hipertrofia desse estado ocorrida no século XX, o regime totalitário. Por ser uma criação da mídia moderna, dos jornais, do cinema e do rádio, ele somente pode existir se controlar totalmente as informações. Porém, num mundo em que todos podem receber informações em casa diretamente via satélite – e em receptores já tão diminutos que não podem ser localizados por nenhuma polícia secreta – não é mais possível ao governo controlar as informações. De fato, as informações hoje são transnacionais e, como o dinheiro, não tem pátria.”

⁹ WIKIPÉDIA, a Enciclopédia Livre, conceito disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Telecomunicações>

¹⁰ BRASIL, *Lei Geral de Telecomunicações*, 1997, Artigo 60: “Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”

¹¹ Em agosto de 2005 o número de telefones fixos instalados em todo o Brasil, conforme dados divulgados pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL era de 42.096.061 (quarenta e dois milhões, noventa e seis mil e sessenta e um). Disponível em <http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/telefonia_fixa/stfc/indicadores_pgmu/2005/brasil.pdf> Acesso em 26.10.2005

sistema jurídico vigente, é capaz de dirimir os enfrentamentos hoje tão comuns vivenciados pela sociedade brasileira.

Propõe-se, assim, neste ambiente acadêmico, a abordar de forma aprofundada o tema **Telecomunicações e Desenvolvimento**.

Crê-se inoperante, todavia, esboçar tamanho desafio sem mergulhar em questões paralelas que sustentam o quanto pretendido demonstrar e que, na verdade, servem para indicar em qual contexto os interesses do Estado, das empresas (concessionárias) e dos usuários estão situados e de que maneira devem os mesmos ser compostos, a fim de que se atinja um equilíbrio capaz de propiciar o desenvolvimento nacional.

Desta forma, a intenção primeira é analisar a história do Estado, perquirindo-se os elementos que resultaram na formação da sociedade civil e também a análise acerca dos balizamentos do Estado Moderno, em especial a ascensão e crise do Estado Providência (*Welfare State*). Neste ponto, ainda, poderão ser encontrados os argumentos que edificaram o constitucionalismo moderno, fundado nas idéias dos contratualistas HOBES, LOCKE e ROUSSEAU, bem como os ideais da Revolução Francesa e as conseqüências que este movimento revoltoso acarretou na institucionalização do modelo estatal moderno.

Já no capítulo seguinte, são colacionadas as lições de cunho dogmático, que assentam a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, necessárias para melhor se compreender de que forma se dá a interpretação do texto constitucional vigente, ganhando relevância especial a teoria da onde se extrai a afirmação de que nenhum dos princípios do direito é absoluto, sendo necessária a confrontação de valores para que se afirme a real intenção da norma analisada .

É, todavia, no quarto capítulo que se busca evidenciar a análise do serviço de telecomunicação. Isso implica dizer, a forma como se deu a evolução das telecomunicações no Brasil, fazendo-se referência, ainda, aos modelos de universalização propostos, bem como às classificações que envolvem esta natureza de serviço.

Ainda, há o destaque ao papel desempenhado pela Agência Nacional de Telecomunicações e a condução feita pela mesma envolvendo a quebra do monopólio até então existente, algo certamente relacionado à dificuldade de estruturação do setor ainda hoje presenciada.

O quinto e último capítulo foi dedicado à alocação das idéias referentes às dificuldades hoje enfrentadas pelas empresas prestadoras do serviço de telefonia fixa (concessionárias de serviço público), buscando-se ali apresentar o ambiente em que as mesmas estão posicionadas, bem como quais são seus desafios e quais são seus interesses, tudo em estreita conformidade com os balizamentos indicativos da ordem econômica brasileira relacionados no capítulo terceiro desta dissertação.

A pesquisa realizada envolve a atual regulação do serviço de telefonia fixa comutada sob o ângulo da relação havida entre os usuários deste serviço e as empresas prestadoras. Neste ambiente faz-se, também, alguns apontamentos acerca da aplicabilidade da norma material e os benefícios que são gerados pela sua correta imposição.

Não há que se perder de vista que é num tom desenvolvimentista que tal análise é realizada, apresentando as telecomunicações como verdadeira fonte de liberdades do indivíduo, as quais devem ser tuteladas pelo Estado de forma eficaz, sob pena de se proceder a involução de todo um sistema assentado em bases sólidas e relacionadas à integração nacional, ao Estado Democrático de Direitos e, por corolário, aos direitos fundamentais do homem.

2

Da Teoria Geral do Estado.

A análise aprofundada dos temas afetos à disciplina jurídica, em especial os relacionados ao campo do Direito Público, pressupõe o estudo preliminar por parte do analista dos apontamentos evolutivos que envolvem a denominada Teoria Geral do Estado, a fim de que possa ser melhor compreendida a estruturação lógica da formação do ordenamento, bem como contextualizado o tema escolhido.

Não é outra a razão pela qual se entende necessário iniciar o presente trabalho sob o título deste capítulo, vez que é intenção situar o estudo dentro da concepção do constitucionalismo atual e para isto, entretanto, é indissociável, a passagem pelos modelos de Estado já vivenciados nos períodos históricos que se sucederam¹².

Os primeiros passos, certamente, darão a possibilidade de imergir no texto constitucional a procura dos atuais fundamentos que orientam a ordem econômica¹³ do Estado Brasileiro, imersão esta indispensável para a seqüência desse trabalho.

2.1

Da Formação da Sociedade Civil ao Estado Moderno

É difícil a caracterização do momento em que os homens passaram a se organizar sob forma de uma sociedade. Este desafio, no entanto, foi enfrentado

¹² Embora sejam, em princípio, cinco as idades históricas – Pré-História, Antiguidade, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea – é somente a partir do período pós-medieval que se nota a formação do Estado, enquanto poder institucionalizado. Cfe STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 2004, p.23 : “*A forma de Estado centralizado – O Estado como poder institucionalizado – é pós-medieval, vindo a surgir como decorrência/exigência das relações que se formaram a partir do novo modo de produção – o capitalismo – então emergente.*”

¹³ Cfe GRAU, Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 2004, p. 51 e segs., o termo aqui empregado relaciona-se à ordem econômica em sentido estrito, ou seja, à ordem econômica enquanto mundo do ser.

por ROUSSEAU, em sua clássica obra *O Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, tendo o pensador francês, na oportunidade, destacado o momento do surgimento da sociedade civil: "o primeiro que, tendo cercado um terreno decidiu dizer (:) *Isto é meu* e encontrou pessoas simplórias que acreditaram foi o verdadeiro fundador da sociedade civil"¹⁴.

Nota-se, pelo exposto, que ROUSSEAU relaciona a organização em sociedade com o surgimento da propriedade privada, momento em que passa a ser necessária a disciplina das relações entre os homens e as suas coisas.

Já outro enfrentamento que se nos depara é o de estabelecer de que forma, partindo-se da organização do homem em sociedade, chega-se à formulação do conceito de Estado. De início, cabe absorver qual seria, de acordo com a doutrina, esse conceito. Luciano GRUPPI¹⁵ opina:

"O Estado é um poder político que se exerce sobre um território e um conjunto demográfico (isto é, uma população, ou um povo); e o Estado é a maior organização política que a humanidade conhece. (...) no Estado estão presentes três elementos : poder político, povo e território. É necessária a presença desses três elementos para que se possa falar de Estado."

As lições de Fernando Facury SCAFF¹⁶, também nos auxiliam na persecução proposta, na medida em que o ilustre professor paraense se debruça sobre as três teorias que tentam explicar o surgimento do Estado, quais sejam, (i) a que assegura que o Estado sempre existiu desde a formação da sociedade, pois é inconcebível a existência desta sem a presença daquele; (ii) a que prescreve que o Estado, embora seja produto da sociedade, não permeou de forma permanente a existência desta, tendo a sociedade existido muito tempo sem a presença dele e (iii) a que defende que o Estado somente surgiu quando se teve presente em sua estrutura os feixes que encetaram a característica do Estado Moderno, ou seja, aquele Estado que arvorou na transição entre o Feudalismo e o Absolutismo.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens*, 1994, p. 166.

¹⁵ *Tudo Começou com Maquiavel*, 2001, p.7.

¹⁶ SCAFF, Fernando Facury, *Responsabilidade do Estado Intervencionista*, 1990, p. 2-3.

Ao adotar-se a primeira das teorias, estar-se-ia defendendo ser inconcebível a existência de uma sociedade sem Estado, algo que, partindo-se das afirmações de Rousseau, mostra-se não defensável.

Por outro lado, dizer, como afirma a terceira corrente, que o Estado não logrou sua caracterização ao longo dos tempos da Idade Antiga (Estado Grego e Romano) e da Idade Média (Estado Medieval), também não se nos afigura correto¹⁷.

É, pois, nesta linha, que se adota aqui o mesmo entendimento colacionado pelo já citado autor paraense, e que também encontra um grande número de adeptos na doutrina pátria¹⁸, da onde se conclui que o balizamento adotado pela segunda corrente é o mais sustentável na busca pela explicação acerca do surgimento do Estado. Na linha dos ensinamentos de Joseph Strayer, conclui SCAFF¹⁹:

“sempre que houver a conjugação dos quatro critérios que relacionamos infra, haverá Estado : 1º) o aparecimento de unidades políticas persistentes no tempo e geograficamente estáveis; 2º) o desenvolvimento de instituições permanentes e impessoais; 3º) o consenso dos membros de uma sociedade em relação ao exercício da autoridade, entendida esta como decorrente de o exercício do poder estar consoante as aspirações culturais do grupo; e 4º) o deslocamento da lealdade da família, da organização religiosa etc., para esta autoridade”.

¹⁷ Neste sentido, esclarecedoras as lições de NETTO, Pedro Salvetti, Curso de *Teoria do Estado*, 1982, p. 40, que citando Marcel PRÉLOT, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques* 1969, asseverou que: “Hoje, a questão é por vezes proposta no sentido de saber se a Cidade Antiga deve ser considerada Estado, ou se a civilização moderna, conferindo ao Estado seu próprio caracteres, necessariamente opôs Cidade e Estado. Na verdade, não existe diferença senão de grau e jamais de natureza. Encontra-se na Cidade Antiga uma destacada quantidade de traços sociológicos e jurídicos, que marcarão o Estado contemporâneo. E, outrossim, dos antigos, em particular dos gregos e romanos, que nos advém nosso vocabulário político, nossas categorias jurídicas e varias concepções sobre as quais nossa vida pública se encontra há séculos estabelecida”.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu, preceitua in *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 1995, p.43: “De qualquer forma, é certo que o nome Estado, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Para eles, entretanto, sua tese não se reduz a uma questão de nome, sendo mais importante o argumento de que o nome Estado só pode ser aplicado com propriedade à *sociedade política dotada de certas características* bem definidas. **A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente**, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros. (Grifei)”

¹⁹ SCAFF, Fernando Facury, loc.cit.

São passos, então, para a chegada ao Estado Moderno, com suas peculiares características, avançar por entre as linhas do Estado Antigo (Teocrático), do Estado Grego, do Estado Romano e, finalmente do Estado Medieval, que na ótica de STRECK e MORAIS constituem-se expressões das “formas estatais pré-modernas”²⁰. Sem perquirir o mérito da classificação morfológica empregada, de forma resumida, debruçar-se-á sobre esta finalidade.

2.2

O Estado Antigo (Teocrático)

O Estado Antigo (Teocrático), marcado pelas antigas civilizações situadas no Oriente e também no mediterrâneo (como exemplo cita-se a sociedade egípcia e a sociedade mesopotâmica), tinha como característica marcante a ausência de uma nítida separação de funções (religiosa, militar, econômica).

Nestas sociedades, ainda, o que se notava era a preponderância de um modelo de gestão fundado em ideais religiosos.

(TEORIA DO DIREITO DIVINO - TEMÍSTOCLES) Ao governante era atribuída a qualidade de expressão divina, constituindo-se um soberano absoluto, considerado uma verdadeira encarnação dos Deuses. Pelo apego de referidas sociedades às práticas religiosas, percebe-se a estreita correlação entre a figura do Estado e da divindade.

Uma pequena distinção, no entanto, há que ser feita e que envolve esta marca da religiosidade. Por vezes notava-se a confusão entre a vontade do soberano e o desejo dos Deuses: “A vontade do governante é sempre semelhante à da divindade, dando-se ao Estado um caráter de objeto, submetido a um poder estranho e superior a ele”²¹. Em outros casos, a percepção que se tinha era a de que o poder divino limitava o poder do governante e a vontade da divindade era expressão da classe sacerdotal.

Já as sociedades grega e romana diferem do modelo do considerado Estado Antigo, além, é claro, de apresentarem traços distintivos quando comparadas entre si.

²⁰ Op. Cit., p.20.

²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. Cit., p.53.

2.3

Os Estados Grego e Romano

A formação do Estado Grego relaciona-se diretamente com a primazia do interesse geral sobre o interesse individual, algo que denota o tolhimento da denominada autonomia da vontade e que favorece a amplitude da paridade dos cidadãos perante as leis. A sociedade grega desenvolve com astúcia a atividade artesanal e a produção crescente favorece a atividade econômica, remontando um tempo expansionista e de conquistas.

É dos gregos, ainda, que advêm os tracejados da democracia, surgida no seio da *polis*, e que tem como características marcantes o balizamento de acordo com os princípios da soberania popular e da distribuição eqüitativa do poder político entre os cidadãos, os quais detêm os mesmos direitos civis e políticos e, por conseguinte, participam do controle das autoridades.

Por outro lado, na democracia grega, os escravos e também as mulheres, não sendo parte do povo, são mantidos alijados do processo. A forma democrática de governo criada pelos gregos é única durante a Antigüidade, somente sendo retomada quando do advento da Idade Moderna.

Os romanos, por sua vez, estruturaram o seu Estado assentado em uma base familiar de organização, onde a noção de povo era extremamente restrita, na medida em que compreendia uma estreita faixa da população romana e, ainda, na concepção deste modelo, os magistrados ocupavam função de extrema relevância, exercendo os poderes de governantes superiores.²²

Por conta da estrutura familiar onde foi assentado o Estado Romano, é que os patrícios (membros das famílias patrícias, as quais descendiam dos fundadores do Estado) constituíram a classe que, por um longo período, manteve-se no poder (exercício das principais magistraturas).

2.4

O Estado Medieval e o período de transição para o Absolutismo.

²² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, op. Cit., p. 20.

O medievo é, sem dúvida alguma, um período histórico que desperta imenso interesse por todas as particularidades e características que o mesmo envolveu. No tocante a Teoria Geral do Estado, tal época ocupa importante papel no que respeita à formação dos centros de comércio que mais tarde seriam reconhecidos, já no âmbito do Estado Moderno, como um dos elementos que sedimentaram o capitalismo.

O surgimento destes centros dá-se em decorrência do modelo de exploração dos bens de produção típicos do feudalismo²³, onde o senhor suserano (geralmente um militar bem sucedido) exercia sobre o vassalo, em decorrência do instituto da servidão²⁴, o poder de mando que envolvia, dentre outras coisas, o atendimento de suas necessidades financeiras e habituais (serviços diversos).

Estas relações marcaram a descentralização típica do período feudal, no que tange ao aspecto político, onde, apesar da existência do rei, o poder era exercido localmente por parte de cada um dos senhores feudais (nobreza). Acerca do aspecto econômico, pode-se afirmar que se tratava de uma economia fechada, onde a produção destinava-se, quase que exclusivamente, para o consumo próprio, tendo, praticamente, desaparecido o sistema de trocas e, por conseguinte, o comércio.

Desta forma, na medida em que o vassalo viu-se tolhido de sua produção, já que a maior parte desta era direcionada não a si próprio, mas ao controle do senhor suserano (que, em geral, nada produzia), buscou alternativas outras que desconsiderassem as bases do sistema feudal (sistema de lealdades).

As restrições impostas pelo sistema à liberdade do vassalo acarretaram na dissociação de diversos destes da estruturação feudal, fazendo com que novas comunidades de vassalos dissidentes fossem formadas.

²³ GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, 2001, p.189 : “O feudalismo é caracterizado por um conjunto de instituições das quais as primeiras são a vassalagem e o feudo. Nas relações feudo-vassálicas, a vassalagem é o elemento pessoal: o vassalo é um homem livre comprometido para com o seu senhor por um contrato solene pelo qual se submete ao seu poder e se obriga a ser-lhe fiel e a dar-lhe ajuda e conselho (*consilium et auxilium*), enquanto o senhor lhe deve proteção e manutenção. (...) O feudo é o elemento real nas relações feudo-vassálicas; consiste numa tenência, geralmente uma terra, concedida gratuitamente por um senhor ao seu vassalo, com vista a garantir-lhe a manutenção legítima e dar-lhe condições para fornecer ao seu senhor o serviço requerido.”

²⁴ PAZZINATO, Alceu Luiz; SENISE, VALENTE, Maria Helena, *História Moderna e Contemporânea*, 1993, p.7 : “As obrigações servis eram o conjunto de impostos e tributos que os servos deveriam pagar a seus senhores. Os servos tinham que entregar a estes parte de sua produção agrícola (a talha). Eram obrigados também a trabalhar gratuitamente nas terras do senhor (corvéia) e não podiam se deslocar do feudo sem permissão. Além disso, deveriam pagar impostos indiretos ou adicionais, como as banalidades, pelo uso do forno e do moinho, e a mão-morta, paga quando um camponês sucedia seu pai na posse do lote arrendado.”

Nessas comunidades (também denominadas *comunas*) foram estabelecidas normas de condutas próprias, conflitantes com as diretrizes do sistema feudal, especialmente por conferir a cada um dos seus indivíduos o direito de exploração da sua própria produção. Tais centros caracterizados como pequenas cidades (burgos, do latim *burguens*) passaram a ter seus habitantes conhecidos como burgueses.

Os burgueses, então, com intuito precípua de promover o desenvolvimento acelerado da região por eles habitada, ofereciam trabalho²⁵ aos camponeses livres, aos artesãos e aos mascates, conferindo a estes a possibilidade de enriquecimento, além de incentivarem a fuga de um cada vez maior número de vassalos para que estes migrassem aos burgos, onde ali lhes seria assegurada a condição de homem livre. Não se pode negar que o incremento quantitativo dos burgos favorecia também o fortalecimento militar da sociedade burguesa.

Destaque-se, ainda, que, a atividade artesanal ganhava cada vez mais espaço em detrimento da atividade agrícola o que, por conseguinte, seduzia os ímpetus consumistas da nobreza, a qual não media esforços para adquirir os produtos dos burgos, situação esta assim descrita por SCAFF²⁶:

“Com a retomada das rotas comerciais, principalmente em razão das Cruzadas, e com o crescimento das cidades, houve um incremento do comércio motivado pelo acréscimo de consumo da nobreza. A aristocracia desejou rodear-se de artigos luxuosos a que lhe aumentassem o conforto, o que dinamizou sensivelmente o comércio. Isto acarretou uma necessidade de renda cada vez maior por parte desta classe, ocasionando crescente pressão sobre os vassalos, classe produtora e geradora de renda para a nobreza”.

Além da insatisfação que já permeava o sistema feudal no que tange a sua base de produção (vassalos), a crescente pressão exercida pelos nobres (senhores feudais) sobre os vassalos fez com que o sistema fosse conduzido de forma ainda mais acelerada ao seu fim.

²⁵ HUNT, E. K., *História do pensamento Econômico*, 1999 ,p.35 : “O trabalhador já não vendia um produto acabado ao comerciante. Vendia somente seu próprio trabalho. (...). O Controle capitalista foi, então, estendido ao processo de produção. Ao mesmo tempo, foi criada uma força de trabalho que possuía pouco ou nenhum capital e nada tinha a vender, a não ser sua força de trabalho. Estas duas características marcam o surgimento do sistema econômico do capitalismo.”

²⁶ Op. Cit., p.15.

Em contrapartida, a especialização das atividades dos feudos se por um lado gerava a qualificação da produção e, em decorrência, a expansão da atividade comercial²⁷, por outro fomentava a exclusão, pois que as cidades que não conseguiam se impor diante dos ofícios, oriundos das demandas formuladas, eram, por conseguinte, afastadas do sistema de produção.

Mostra-se tormentosa a tentativa de obtenção de um marco para caracterizar a efetiva mutação do Estado Medieval para o Estado Moderno, até mesmo porque o processo de transformação foi gradual e envolveu sucessivos séculos, sendo, portanto, inatingível este marco. Como assinalam STRECK e MORAIS²⁸, “durante séculos na Europa Ocidental e Central coexistiram os dois modos econômicos de produção: o feudalismo, que se esvaía, e o capitalismo, que nascia”.

Neste cenário em que se vislumbra a emergência do capitalismo e a conseqüente queda do feudalismo, onde vários fatores sociais adquiriram conotação que antes não possuíam (como é o caso das guerras freqüentes, da fome e da peste, efeitos esses oriundos da nova estruturação econômica que se apresentava)²⁹, restou evidenciado que o antigo regime estatal descentralizado era incapaz de superar o caos instalado³⁰.

É com o apoio da burguesia (sobretudo, financeiro), então, que a autoridade real assume a frente do processo de estruturação econômica do novo regime,

²⁷ HUNT, E. K., *op. cit.*, p.33 : “A expansão do comércio, particularmente do comércio de longa distância, levou ao estabelecimento de cidades industriais e comerciais para servir a este comércio. O crescimento dessas cidades, bem como o seu crescente controle por capitalistas comerciantes, provocou importantes mudanças, tanto na agricultura quanto na indústria. Cada uma dessas áreas, particularmente a agricultura, teve enfraquecidos e, por fim, rompidos seus laços com a estrutura econômica e social feudal.”

²⁸ *Op. cit.*, p. 22.

²⁹ Neste sentido, HUNT (*op. cit.*, p. 37) esclarecendo-os acerca da derrocada do sistema feudal, a qual é relacionada às catástrofes do final do século XIV e no século XV (v.g., Guerra dos Cem anos e Peste Negra) assevera que “No início do século XV, após os efeitos das guerras e das epidemias, a Inglaterra mal atingia 2,5 milhões de habitantes. Isso era bastante representativo do que acontecia em outros países europeus. O despovoamento provocou uma enorme falta de mão-de-obra, e os salários de todos os tipos de trabalho se elevaram abruptamente. A terra, agora relativamente abundante, começou a produzir rendas menores.”

³⁰ Segundo KNOERR, Fernando Gustavo in *Ciência Política no Teocentrismo e na Pré-Modernidade*, 2004, p.72, “o principal sinal de decadência da civilização medieval foi o enfraquecimento da autoridade e do prestígio do papado. Na Alta Idade Média, o papado fora à instituição dominante da cristandade, mas na Baixa Idade Média seu poder começou a desintegrar. O ideal medieval de uma unidade cristã unificada, guiada pelo papado, foi destruído. A autoridade pontifical declinou em face do crescente poder dos reis, que defendiam os interesses paroquiais dos Estados. O prestígio do papa e sua capacidade de comando enfraqueceram-se com seu envolvimento na política européia. Muitos cristãos achavam que o papa se comportava mais como um governante secular do que como um Apóstolo de Cristo.”

tomando da nobreza (já enfraquecida) a parcela de poder fruída por esta classe ao longo do período que remontou o Estado Feudal. Definidos, portanto, os marcos do surgimento do Estado Moderno, impinge-se a necessidade de se abordar as ocorrências deste período.

2.5

O Estado Moderno (Absolutismo Monárquico)

O Estado Moderno apresenta sua sedimentação já a partir da segunda metade do século XV³¹, tendo como primeiros (e principais) representantes a França, a Inglaterra e a Espanha³². A titulação Estado Moderno, embora controversa, é caracterizada pela institucionalização do Poder, ou seja, o então modelo feudal vigente (onde o Poder era marcadamente descentralizado nas mãos dos diversos senhores feudais – em geral, a nobreza), cede espaço a um novo regime cujas características são assim elencadas por STRECK e MORAIS³³:

“A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, **essa plena soberania do Estado**, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e a sociedade civil, que vai evidenciar-se no século XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O Estado Medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma **identificação absoluta entre o estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal**. Mais tarde em fins de 1600, o rei francês afirmava ‘*L’état c’est moi*’, no sentido de que ele detinha o poder absoluto, mas também de que ele se identificava completamente no Estado” (grifos nossos).

³¹ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*, 1980, p. 8 e segs.

³² No tocante à formação dos Estados Nacionais ver PAZZINATO, Alceu Luiz; SENISE, VALENTE, Maria Helena. *Op. cit.*, p.16 e segs.

³³ *Op. cit.*, p.24-25.

Das lições colacionadas extrai-se que o traço fundamental do Estado Moderno é relacionado, diretamente, ao conceito de soberania³⁴, da onde decorre a idéia de poder absoluto, “uma vez que o soberano encarnava o Estado e era neste que residia a soberania³⁵”, assim tido (absoluto) pela crença de que a ele (Poder do soberano) somente se oporia a vontade de Deus, havendo, por corolário, a ausência de limitação escorada nos anseios dos súditos. Quanto à observância do conceito de soberania nos modelos que antecederam o Estado Moderno, aponta DALLARI³⁶ :

“No Estado da Antiguidade, desde a época mais remota até o fim do Império Romano, não se encontra qualquer noção que se assemelhe à soberania. (...) Qual a razão de não se ter chegado, até então, ao conceito de soberania ? A resposta a esta pergunta já foi dada com bastante precisão por JELLINEK, quando este observou que o fato de a Antiguidade não ter chegado a conhecer o conceito de soberania tem um fundamento histórico de importância, a saber, faltava ao mundo antigo o único dado capaz de trazer à consciência o conceito de soberania : a oposição entre o poder do Estado e os outros poderes.”

Aliados à soberania, os conceitos de povo e território, embora já existentes nos modelos de Estado que antecederam esta época, são reformulados. A noção de povo, de acordo com os ideais burgueses, reveste-se da amplitude da igualdade de tratamento entre todas as pessoas, independentemente das raízes de seu nascimento, o que fez com que todos os homens passassem, em tese, a ter os mesmos direitos civis (ao contrário do que ocorria na sociedade grega, por exemplo). É o que nos ensina o respeitado teórico do Estado, Dalmo de Abreu DALLARI³⁷:

“Durante o primeiro período do Estado Moderno, enquanto prevaleceu a monarquia absoluta, foi-se generalizando, sobretudo na França, a designação de cidadão, o que iria influir para que o conceito de povo também se ampliasse. Com a ascensão política da burguesia, através das revoluções do século XVIII, apareceria, inclusive

³⁴ Também corrobora esta afirmação os dizeres colacionados por DALLARI, Dalmo de Abreu, *op. Cit.*, p. 63.

³⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p.21.

³⁶ *Op. cit.*, p. 66.

³⁷ *Op. Cit.*, p. 83.

nos textos constitucionais, a idéia de povo, livre de qualquer noção de classe, pretendendo-se mesmo impedir qualquer discriminação entre os componentes do Estado, como bem se percebe pela consagração do princípio do sufrágio universal”.

Quanto ao território, para o exercício da soberania então emergente, era necessário delimitar a extensão de atuação do poder do soberano, de modo que esta vinculação (soberania-território), a partir deste momento, passou a compor o conceito jurídico do território, enquanto característica do Estado, algo até então inexistente³⁸.

A percepção que se deve ter, portanto, é a de que não mais pelos senhores feudais eram concentradas as atividades administrativas de um determinado território, habitado por um conglomerado de pessoas, passando, com o advento do Estado Moderno, a serem exercidas tais funções por um único indivíduo, o rei, que considerava de forma indistinta e unitária os seus súditos.

Tem-se, desta forma, a caracterização do Estado Moderno, o qual é baseado no trinômio povo, território e soberania³⁹.

Dentro desta concepção política, o mercantilismo desenvolveu-se a passos largos e o Estado mostrou-se efetivo, estimulando as exportações e criando óbices cada vez mais acentuados às importações, tudo com o objetivo de favorecer a balança comercial interna e manter dentro de suas divisas a riqueza do ouro e da prata. O Estado conduzia, assim, os rumos da economia e também os da sociedade.

2.5.1

O Contratualismo Moderno

No curso destes acontecimentos é que surge o pensamento dos idealizadores do contratualismo moderno⁴⁰, contextualizado nas idéias de Thomas HOBBS, John LOCKE e Jean Jacques ROUSSEAU. A convergência dos estudos desses

³⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p.22.

³⁹ Parte da doutrina entende que há um quarto elemento componente do conceito de Estado, que seria a finalidade (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 1998, p.102)

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Op. Cit.*, p. 31 : “(...) é uma escola que floresce no intercurso dos séculos XVI a XVIII. A estrutura básica se dá pela contraposição entre o Estado de Natureza e o Estado Civil mediada pelo Contrato Social, como EN – C – EC, onde: EN corresponde a Estado de Natureza; C significa contrato; EC significa Estado Civil (...).”

pensadores dava-se sobre a origem do Estado e o fundamento do poder político, sendo que ambos eram fruto de um acordo de vontades (Contrato Social) que envolvia de um lado o Estado Natureza (estágio pré-político) e de outro o Estado Civil (sociedade política).

Esclarecedoras, mais uma vez, as lições de STRECK e MORAIS⁴¹:

“De maneira diversa, cada um destes autores, embora em todos eles esteja presente a inevitabilidade de alterar o estágio de convivência social, propõe um mecanismo que dê conta desta passagem, o contrato social. Assim, para superar os inconvenientes do estado de natureza, os homens se reúnem e estabelecem entre si um pacto que funciona como instrumento de passagem do momento ‘negativo’ de natureza para o estágio político (social); serve, ainda, como fundamento de legitimação do ‘Estado de Sociedade’. Contudo, há diferenças marcantes entre os autores no que diz com o conteúdo destes pactos”.

Esclarece-se que não é objetivo deste estudo o aprofundamento acerca dos ideais de cada um dos pensadores, sendo necessária para a continuidade da exposição, a abordagem de alguns poucos conceitos que serviram de supedâneo para a formação do pensamento hoje dominante.

HOBBS (1588 – 1679) caracteriza o Estado como o Leviatã, referenciando-o como um deus mortal a quem a sociedade confia todos os seus poderes em troca da paz e da defesa de sua vida. Para ele, o estado natureza dos homens apresenta-se marcadamente conflituoso, havendo uma intensa e desejosa disputa pelo poder, pela riqueza, pelas propriedades (*homo homini lupus*). Esta instabilidade destrutiva evidenciada nas relações gera a necessidade de os homens estabelecerem um acordo entre si, um contrato, apto a conter a destruição mútua, deslocando o foco de poder de cada um dos indivíduos para um Estado poderoso (absoluto), capaz de proporcionar a paz entre os homens⁴².

Já LOCKE (1632 – 1704), que fornece as bases do Estado Liberal, apresenta em seu pensamento a necessidade de ser preservada a liberdade individual dos homens, liberdade esta oriunda do Estado Natureza e que, portanto,

⁴¹ Ibid., p.33

⁴² GRUPPI, Luciano. *Op. cit.*, p. 14.

deve ser respeitada quando da celebração do Contrato Social⁴³. Ao contrário de HOBBS, portanto, LOCKE preceitua que o estado natureza dos homens, onde são exercidas todas as suas liberdades, deve dar lugar ao Estado Civil tão somente em decorrência da necessidade de ser obtida uma forma de garantia da propriedade privada, garantia esta que não se opera no Estado Natureza.

A contribuição de ROUSSEAU (1712 – 1778) que merece maior evidência neste tópico é a que se relaciona ao conceito de soberania. Para o pensador francês, a soberania do Estado não deve estar concentrada nas mãos do monarca, já que a mesma é fruto da vontade do povo, da vontade geral que:

“... se origina de uma opinião entre iguais. Cada um renuncia a seus próprios interesses em favor da coletividade. Nada é privado; tudo é público no Rousseau do Contrato Social. A soberania sai das mãos do monarca, e sua titularidade é consubstanciada no povo, tendo como limitação, apesar de seu caráter absoluto, o conteúdo do contrato originário do Estado. É esta a convenção que estabelece o aspecto racional do poder soberano. A vontade geral incorpora um conteúdo de moralidade ao mesmo, permitindo que se entenda a obediência como exercício de liberdade e a soberania como a ação do povo que dita a vontade geral, cuja expressão é a lei.”⁴⁴

O pensamento de ROUSSEAU permeia os ideais da classe burguesa quando da ocorrência da Revolução Francesa^{45 46} (1789). Para os revolucionários, o deslocamento do poder das mãos do monarca para a Assembléia é o sinônimo da retomada do Estado Democrático (cujos primeiros traços foram notados no Estado Grego). Não mais se submetem os revoltosos à dominação de um único soberano, passando daquele momento em diante a haver o domínio da vontade

⁴³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p.38: “Contrapondo Hobbes, para Locke o poder estatal é essencialmente um poder delimitado. O erro do soberano não será a fraqueza, mas o excesso. E, em consequência, para isso, admite o direito de resistência. A soberania absoluta, incontestável, do primeiro cede passo à teoria do pai do individualismo liberal, na qual ainda consta o controle do Executivo pelo Legislativo e o controle do governo pela sociedade (cerne do pensamento liberal).”

⁴⁴ *Ibid.*, p.40.

⁴⁵ Não se perca de vista que os ideais da Revolução de 1789 não são unicamente políticos, estando associados a estes, sobretudo, razões de ordem econômica, motivadoras da insurreição.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 2004, p.42: “o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa.”

geral (inalienável e indivisível), refletida por intermédio dos dizeres da lei, emanada pela assembléia de cidadãos.

O contrato social de ROUSSEAU, nos dizeres de Albert CAMUS⁴⁷, é, assim, “em primeiro lugar uma pesquisa sobre a legitimidade do poder”, que se afasta dos dados sociológicos (empíricos) referindo-se a princípios. O desapego citado por CAMUS reflete-se na afirmação de que na ótica do Contrato Social de ROUSSEAU a religião que se estabelece tem como Deus a razão, sendo o seu representante o povo, considerado em sua vontade geral.

Incontestavelmente, as reflexões dos pensadores citados, especialmente LOCKE e ROUSSEAU, conferiram o amparo filosófico às premissas que a burguesia trouxe consigo desde a formação do Estado Absolutista, mas que, por razões diversas, não conseguiu implantar anteriormente. De toda forma, chegava o momento em que a classe detentora do poder econômico exerceria de forma concomitante (e direta) o poder político.

2.5.2

O Liberalismo do Estado Moderno (ou Estado Liberal)

O Estado Liberal pode ser entendido como um desdobramento do Estado Moderno. Nos dizeres de STRECK e MORAIS trata-se o Estado Liberal da segunda versão do Estado Moderno⁴⁸. É esta também a opinião que se assume neste trabalho, na medida em que erigidas as bases do conceito de Estado Moderno (povo, território, soberania), o que parece haver dali em diante é tão somente uma alteração em relação à finalidade perseguida, observando-se, nesta característica, distinções marcantes relacionadas, sobretudo, ao regime econômico adotado (variações entre o capitalismo e o socialismo).

Assentada esta preocupação, tem-se que o Estado Liberal, cujo discurso é fundado no liberalismo (absenteísmo) e que tem seu marco na Revolução Francesa, representou uma conquista. Uma conquista para o seu tempo, onde se pode verificar o surgimento e a institucionalização dos direitos civis e também dos direitos políticos. Associa-se a isso o desenvolvimento das liberdades econômicas, o aceleração do processo produtivo, graças ao incremento das tecnologias, o

⁴⁷ *O Homem Revoltado*. 1999, p.141.

⁴⁸ Op. cit., p.46.

crescimento da população mundial, a circulação de riquezas, a sedimentação das grandes cidades e de suas moedas e, ainda, o surgimento de novas práticas bancárias que visavam à facilitação das atividades comerciais⁴⁹.

Findavam-se os dogmas do absolutismo, onde era o rei quem manuseava de forma isolada as ferramentas que criavam os direitos da sociedade, elaborava a lei e julgava os seus infratores, tudo com espreque no poder divino por ele exercido.

Os ideais de ROUSSEAU e LOCKE davam sustentação a um novo tempo em que a soberania teria sua titularidade nas mãos do povo e que, portanto, as realizações se relacionariam mais diretamente à vontade deste.

A teoria da distinção de poderes⁵⁰ erigida por MONTESQUIEU (1689-1755), também influenciou os burgueses na implementação e condução do Estado Liberal. Sem dúvida alguma, a aplicação da separação proposta pelo filósofo francês reafirmou o já citado enfraquecimento do absolutismo monárquico, retirando-se da mão do soberano todos os poderes do Estado e repartindo-os conforme as funções executiva, legislativa e judiciária.

Não obstante, a tipificação inicial do Estado Liberal apontou para um modelo em que a vontade do povo se confundia com a vontade da burguesia, pois a adoção do voto censitário limitava a participação popular na Assembléia, bem como impedia que toda a classe popular participasse do processo eletivo, sendo referido direito assegurado, inicialmente, somente aos que detivessem renda elevada.

E foi neste Estado Liberal, mas não democrático, que o voto censitário se manteve durante muitos anos. O constitucionalismo inaugurado mostrava-se, destarte, frágil já que poucos eram os efetivamente representados.

A burguesia com este limitador participativo fortaleceu-se e criou condições favoráveis ao desenvolvimento de seu interesse. A idealização preponderante conferia ao Estado o exercício das funções atinentes à manutenção da ordem, da paz e da segurança, de forma a serem preservados os contratos e protegida a

⁴⁹ Ibid., p. 60.

⁵⁰ Quanto ao termo utilizado (“distinção”), ver decisão monocrática (voto) proferida pelo Ministro Eros Roberto GRAU, publicada no sítio do Supremo Tribunal Federal, em 14.04.05 (<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=130329&tip=UN¶m>), no julgamento da ADIN nº 3367-1, que versa sobre o Conselho Nacional de Justiça. Em passagem colacionada na página 3 do referido voto atesta o Excelentíssimo Senhor Ministro: “O que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”.

propriedade privada, inexistindo o intervencionismo do Estado em matéria econômica.

Assim, inexistindo representantes da classe trabalhadora, que não eram proprietários a não ser de seus meios de produção (força de trabalho), na seara em que se realizavam as orientações políticas, inexistiam, por conseguinte, garantias aos interesses desta classe, a qual foi alijada do processo de reconstrução do Estado e, mais, acabou se tornando oprimida em face da política capitalista que dominou o período.

A dominação da classe burguesa fez-se presente sobre o proletariado. A oferta de mão-de-obra era em demasia superior à procura pelos centros de produção, vez que o número de não proprietários era muito superior ao dos que detinham a propriedade privada de outros bens que não só os meios de produção.

Jornadas de trabalho extremamente elásticas, condições precárias de segurança e saúde no trabalho, salários (contraprestação à locação da mão-de-obra) reduzidos, ausência de direitos protetivos, impossibilidade de realizar greves e outros fatores comprometedores da qualidade de vida da classe trabalhadora, tornaram insustentável a manutenção da política não intervencionista proposta, quando atingido o fim do século XVIII.

Cabe aqui a menção ao principal propugnador do capitalismo liberal. Adam SMITH (1723-1790), economista nascido em Glasgow, publicou em 1776 sua obra de maior relevância intitulada *Na Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*, usualmente conhecida como *A Riqueza das Nações*⁵¹. SMITH defendia, dentre outras coisas, a liberdade da ação individual, onde as funções do Estado deveriam estar circunscritas à preservação da ordem e da segurança, cabendo à livre iniciativa e à interação das forças econômicas a produção de um ambiente socialmente harmônico.

Com o passar dos anos e diante das inovações industriais que, se por um lado fomentaram o desenvolvimento da balança comercial dos países da Europa Ocidental, por outro agravaram as maléficas condições presenciadas no seio da classe proletária, as idéias de SMITH, até então pacificamente aceitas pela burguesia governante, deixaram de ser incontestáveis.

⁵¹ Para uma compreensão aprofundada das idéias de Adam SMITH, ver HUNT, E. K.. *História do Pensamento Econômico*. 1999, p. 60 e segs.

A teoria do antiestado⁵² perdia espaço. Já nas últimas décadas do século XIX, percebe-se o incremento das teorias socialistas, já propagadas desde a ocorrência da Revolução Francesa. Os socialistas marcavam suas críticas pela ausência do estabelecimento da igualdade material, sendo que a igualdade defendida no seio dos vitoriosos insurgentes era tão somente jurídica (formal). Tais ensinamentos marcaram a era Marxista. Oportunas as palavras de Luciano GRUPPI:

“Com a concepção marxista, surge uma visão crítica do Estado. A crítica da concepção burguesa do Estado – e, por conseguinte, da democracia burguesa ou do liberalismo – começa logo depois da Revolução Francesa, com Babeuf e Buonarroti. Começa com o comunismo utópico, que demonstra como essa liberdade e igualdade de que falava a Revolução Francesa não eram realmente universais (como se afirmava ou se almejava durante a revolução): era liberdade e igualdade só para uma parcela da sociedade, para o setor economicamente dominante, isto é, para a burguesia. (...) A tese típica, central, do comunismo utópico é que após a revolução (que deu a igualdade jurídica) deve-se desencadear a revolução econômico-social: esta vai dar a igualdade efetiva, sem o que a igualdade jurídica é pura aparência, que esconde e aliás consolida as desigualdades reais”⁵³

No campo político, ao término do século XIX, nota-se a inserção de um novo elemento no campo das liberdades, a justiça social.

A transformação do Estado Liberal, então, era iminente. Neste sentido, vários foram os fatores que contribuíram para o estabelecimento de uma nova finalidade do Estado Moderno, dentre eles, destaca SCAFF: 1º) O liberalismo provocou o surgimento das economias de escala que favoreceram a formação de posições monopolistas na economia do Estado, algo contrário à própria filosofia liberal de mercado; 2º) O livre mercado (orientado pela mão invisível) mostrou-se frágil e gerou períodos cíclicos de crises, caracterizados, basicamente, pela estocagem e o desemprego; 3º) A existência de fatores externos (efeitos positivos

⁵² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p.56: “O liberalismo se apresentou como uma teoria antiestado. O aspecto central de seus interesse era o indivíduo e suas iniciativas. A atividade estatal, quando se dá, recobre um espectro reduzido e previamente reconhecido.”

⁵³ *Op. cit.*, p.30.

e efeitos negativos) que não podem ser compreendidos e repelidos do sistema pelo próprio mercado; 4º) O fortalecimento das teorias socialistas; 5º) A consideração de que a venda da força de trabalho pudesse se dar da mesma forma que a venda de outras mercadorias; 6º) A ocorrência da Primeira Guerra Mundial.⁵⁴

Todos estes fatores somados pressupõem a alteração dos ideais que sedimentavam o Estado Liberal. Passa a ser necessária, então, uma nova postura do ente estatal com vistas a possibilitar a continuidade do desenvolvimento da sociedade moderna. Do Estado volta-se a exigir uma atuação interventiva na ordem econômica, a fim de que fossem reconduzidos os rumos da atividade econômica praticada, de forma a impedir-se o caos do sistema edificado.

Assim, à constatação da fragilidade do sistema liberal ((i) formação de monopólios, (ii) ocorrência de crises cíclicas, (iii) ausência de controle sobre fatores externos como poluição e congestionamento) e ao (iv) advento dos novos teóricos socialistas que constataram a (v) equivocada valoração individualista perpetrada (em contraposição ao coletivismo) associaram-se como causas da derrocada do Estado Liberal a ocorrência da (vi) Primeira Guerra Mundial e o surgimento de um novo valor na sociedade, qual seja a (vii) justiça social.

Os três primeiros fatores demonstraram a ineficiência do sistema absenteísta. O quarto fator antes citado é fruto do desenvolvimento da retórica combativa, aquela que visa à eliminação da passividade ideológica no corpo social. O fator seguinte (equivocada valoração individualista) retrata, na verdade, o apontamento de uma falha estrutural do sistema capitalista, a qual, até os dias de hoje vem sendo combatida, porém sem muito êxito, apesar de alguns sensíveis avanços, sobretudo por força da atribuição de alguns valores difundidos pelo constitucionalismo social (v.g, princípio da dignidade da pessoa humana). Ainda, o impulso dado pela Primeira Grande Guerra envolve a intervenção realizada pelo Estado por conta da necessidade de orientar a produção no período de guerra (desenvolvimento da indústria armamentista, por exemplo), algo que se fez necessário com vistas à preservação da soberania do Estado.

Agora, insta evidenciar que o caráter axiológico que envolve o sétimo e último fator comentado neste tópico reveste todos os demais fatores antes citados, sendo a causa que os torna elementos imperfeitos. Explica-se: cada um dos fatores

⁵⁴ Op. cit., p.33-37

antes citados é repreendido pelo valor da justiça social, ou seja, a formação de monopólios, por exemplo, é danosa aos rumos da sociedade porque vai de encontro ao ideal de justiça social.

Pelo exposto, percebidos os novos elementos sociais, políticos e econômicos que advêm à análise ora feita, torna-se necessário avançar ao tópico seguinte que retratará a formação do propagado Estado Social.

2.6

O Estado Social (ou Welfare State)

Toda a digressão histórica até aqui realizada teve por fim conduzir o leitor deste trabalho ao ambiente que circundou o florescimento do Estado Social de Direito^{55/56/57}, marcado, dentre outras coisas, pela supressão das idéias liberais relacionadas à doutrina do *Laissez-faire*.

Um remodelamento das premissas estatais até então discutidas é, assim, realizado. A passividade em relação à condução das diretrizes socioeconômicas cede lugar a um Estado interventivo e que passa a ter como foco a correção das dificuldades sociais antes vislumbradas.

Por outro lado, embora o mundo empírico exigisse a reformulação das finalidades estatais, a concepção econômica individualista arraigada na sociedade impedia a retomada do modelo absolutista vigente entre os séculos XV e XVIII, reforçada, também, pelas inúmeras conquistas advindas ao longo do período liberal. Assim, com esteio no valor da justiça social incorporado ao pensamento da época, uma nova concepção de Estado foi estimulada ainda na vigência do século XIX e “nas primeiras décadas do século XX, um surto intenvencionista já não poderia ser contido⁵⁸.”

⁵⁵ SILVA, José Afonso. Op. cit., p.119 e segs.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Op. cit, p.91 e segs.

⁵⁷ NUSDEO, Fabio, *Curso de Economia Introdução ao Direito Econômico*, 2001, p.213. : “O Welfare State – nas nações maduras, os Estados tem agido primordialmente no campo do bem-estar social, conhecido como Welfare State. Este nada mais vem a ser do que um conjunto de instituições cujo objetivo é assegurar ao conjunto de cidadãos um mínimo de atendimento às necessidades, particularmente no campo da saúde e do saneamento, da educação e da cultura, dos benefícios da seguridade social e, conseqüentemente, na orientação do aparato produtivo à geração dos bens e serviços correspondentes.

⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p.236.

É o que se pode observar face à análise do papel desempenhado pelo Estado no âmbito das ocorrências que se sucederam, entre as quais podem ser destacadas⁵⁹:

- (i) as Revoluções Industriais, onde se viu a necessidade de impor limites à exploração então realizada sobre a classe proletária (sobretudo em mulheres e crianças, cujo poder de reação era diminuto);
- (ii) as Grandes Guerras Mundiais (1ª e 2ª) que exigiram do Estado, como anteriormente afirmado, uma maior participação na condução dos rumos da produção, bem como tornaram viável o surgimento do primeiro Estado socialista (a Rússia). É com as grandes Guerras, ainda, que se começa a buscar a estabilidade social, por intermédio de medidas socializantes (Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919);
- (iii) a crise econômica de 1929⁶⁰ que teve como solução a política do *New Deal* implementada pelo então Presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, democrata eleito em 1933, foi escorada nas idéias de John Maynard KEYNES (1883-1946), que se notabilizou como um economista que apregoava a necessidade de intervenção do Estado para a consecução do pleno emprego⁶¹.

Torna-se clara a evidência de que o Estado Liberal perdera o fôlego e que novos rumos que marcaram o advento de um período original foram, naturalmente, assumidos pelos dirigentes estatais, remontando uma concepção em

⁵⁹ Ibid., p.236 e segs.

⁶⁰ PAZZINATO, Alceu Luiz; SENISE, VALENTE, Maria Helena, *Op. cit.*, p.245 : Em linhas gerais, pode-se dizer que a *Grande Depressão* resultou principalmente da superprodução industrial e agrícola, que foi se evidenciando quando o mercado interno não conseguiu mais absorver a produção que se desenvolvera muito rapidamente para atender à demanda externa durante a guerra. Formou-se, então, um círculo vicioso: queda de exportações, superprodução, menor lucro, diminuição de produção, desemprego, baixa no consumo interno, menores investimentos, mais desemprego, maior queda de consumo e assim, sucessivamente, até a queda da Bolsa de Nova York em 1929.”

⁶¹ HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *História do Pensamento Economico*, 2000, p.163-177.

que se mostrava incompatível o valor da justiça social e a prática da livre concorrência então dominante.

No que respeita à Igreja Católica, importante contribuição foi pela mesma fornecida envolvendo o universo de fatos que circundavam a transformação aqui evidenciada. Em 1891, S.S o Papa Leão XIII editou a encíclica *Rerum Novarum* onde atestou algumas das opiniões da Santa Sé no tocante à inviabilidade de manutenção do Estado Liberal, como fora o mesmo inicialmente concebido.

Dentre outras coisas, assinalou S.S. a defesa da propriedade privada, vinculando-a, entretanto, a um elemento de justiça natural superior à livre vontade das partes.

Prescreve, todavia, referido documento, uma crítica à teoria socialista, a qual, por sua vez, sugeriu como a solução dos problemas sociais a coletivização da propriedade privada. Segundo a Encíclica Papal, tal solução atenta contra a própria natureza do homem, na medida em que:

“... foi ela (natureza do homem), realmente, que estabeleceu entre os homens diferenças tão múltiplas como profundas; diferenças de inteligência, de talento, de habilidade, de saúde, de força; diferenças necessárias, de onde nasce espontaneamente a desigualdade das condições⁶².”

As observações papais são relevantes na medida em que, somadas às concepções fornecidas por outros teóricos, servem para distinguir a política social da política socialista.

Quanto aos burgueses, que seriam a classe supostamente prejudicada no tocante à nova diretriz assumida pelo Estado Social, insta elucidar que referida classe viu com bons olhos⁶³ o caráter interventivo, pois que:

“... a despeito de isto ter sido feito em prol da grande massa de excluídos do processo político e econômico de então, a própria burguesia se beneficiou desta intervenção, pois possibilitou que a infra-estrutura básica necessária para o desenvolvimento das atividades de acumulação e expansão do capital fosse gerada

⁶² *Rerum Novarum*. Carta Encíclica de S.S o Papa Leão XIII sobre a condição dos operários.

⁶³ GRAU, Eros Roberto nota que a aliança estabelecida em busca do desenvolvimento colocava de um lado o setor privado, isto é, a burguesia e de outro o setor público, este a serviço daquele (*Op. cit.*, p.24).

com verbas do Estado, que são de todo o povo. Assim, abrindo o sistema econômico-político, uma vez que possuía o controle do Estado, abriu também uma via para que o Estado passasse a participar do processo produtivo, incentivando-o, vetando-o ou mesmo dirigindo-o.⁶⁴”

Perceptível, então, que no processo de reformulação das finalidades do Estado, convergiam os interesses da classe trabalhadora e da classe burguesa, sendo, ainda, as concepções norteadoras do novo modelo referendadas pelas máximas difundidas pela Igreja Católica.

Detectado o momento em que se vislumbrou o aparecimento de uma nova política estatal (a intervencionista), bem como identificada a aceitação pela sociedade de que o novo modelo lhe seria benéfico, tem-se como missão caracterizar o intervencionismo difundido.

O ponto de partida, entretanto, deve ser balizado pela constatação de que a utilização no corpo deste trabalho da expressão intervenção do Estado na ordem econômica tem como contraponto a alusão decorrente das matizes do Estado Liberal, onde houve, durante o longo período que o compreendeu, uma inação estatal na seara econômica. Todavia, não se pode perder de vista que a tão só existência do Estado já caracteriza nuances interventivas.⁶⁵

Porém, conforme nos ensina Vital MOREIRA, a eventual “intervenção” ocorrida no âmbito do Estado Liberal, como tinha por objetivo assegurar a manutenção da ordem e da paz, não era vista como uma intervenção, na medida em que a ação realizada era inerente ao Estado, enquanto instância política da formação social. O que se tinha neste caso era o que ficou conhecido, por intermédio de MOREIRA, como o “ponto zero de intervenção.”⁶⁶

Assim, em busca do papel que a intervenção assume neste contexto, é que se afirma que as ações de intervenção na ordem econômica se caracterizam pela busca de circunscrever (por intermédio da ação interventiva) os conflitos do Estado Liberal, que envolvem a liberdade contratual e a propriedade privada,

⁶⁴ SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 41.

⁶⁵ MOREIRA, Vital. *A ordem Jurídica do Capitalismo*, p.198-199: “a própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma intervenção: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia.”

⁶⁶ Ibid., p.199

atenuando seus efeitos. A partir daí se denota a atribuição de uma “função social” a estes institutos⁶⁷.

A função social da propriedade e do contrato são, portanto, exemplos da transformação no perfil do Estado mínimo, aos quais pode ser associada a abdicação do voto censitário.

Antes de se avançar, faz-se relevante, escorando-se nas lições fornecidas por SCAFF⁶⁸, denotar que a universalização do voto, na realidade, teve como importante decorrência, além, é claro, da participação da classe economicamente menos favorecida no processo político, o aumento do prisma das propostas políticas, as quais passaram a alcançar um eleitorado numericamente superior.

E teria sido justamente este o fator determinante para o surgimento das conhecidas normas programáticas que visam ao tratamento dos temas econômico-sócio-culturais. Quanto à discussão que se estabelece acerca da natureza destas normas (se políticas ou jurídicas), bem como as que circunscrevem a aplicabilidade das mesmas, buscar-se-á planificar este embate em tópicos ulteriores⁶⁹.

Por ora, a busca a ser empreendida cinge-se aos apontamentos acerca do Estado social. Neste sentido, em resumo ao que antes fora exposto, afirma-se que a caracterização do Estado Social se dá pelo aumento da ação estatal no âmbito da ordem econômica, momento em que ele assume um compromisso com o bem comum (renda mínima, educação, saúde, alimentação e etc.) e com a dignidade do ser humano, configurando-se, dessarte, um modelo antagônico ao Estado Liberal. É de se afirmar, ainda, que este conteúdo associa-se à alocação do valor da justiça social, enquanto fundamento finalístico da orientação estatal.

2.6.1

A Crise do Estado Social

É de acordo com o conjunto de fatos históricos antes expostos que se pode constatar que o Estado assistencialista representou uma tentativa de implantar os ideais da democracia social, constituindo-se como uma das mais importantes e

⁶⁷ SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p.38.

⁶⁸ *Ibid.*, *Op.cit*, p.39.

⁶⁹ Ver item 3.3, *infra*.

positivas experiências do século XX, tendo contrastado com o autoritarismo totalitário do comunismo, do facismo e do nazismo.

Não obstante a sua ascendência, o Estado Social não alcançou a altura necessária para trazer à sociedade um ar de contentamento, fato que ficou ainda mais caracterizado ante o advento de um novo traço que marcou de forma acentuada os rumos da sociedade atual e que ficou conhecido como o fenômeno da globalização⁷⁰.

Nesta linha, muitas são as causas⁷¹ que poderiam ser apontadas como as responsáveis pelo esmorecimento do Estado assistencialista, não obstante desloca-se o foco de análise para dois fatores específicos, que somados ao elemento decorrente do processo de globalização, caracterizam a objetividade das consequências que se pretende demonstrar.

Ainda na década de 60, pode-se denotar que havia no modelo do Estado adotado um sério problema a ser enfrentado e cujas alternativas eram em demasia reduzidas: o déficit decorrente do descompasso entre receitas e despesas, já que a participação do Estado na busca pela justiça social implicou o aumento acentuado

⁷⁰ JAGUARIBE, Helio. *Um Estudo Crítico da História*, 2001, p. 602 e segs: “A globalização foi provocada pela revolução tecnológica das três últimas décadas do século (XX), que criou as condições para a comunicação instantânea com todo o planeta, transporte de longo curso extremamente rápido, estreita interligação de todas as sociedades não primitivas e a acumulação em mãos particulares de uma massa financeira de muitos bilhões de dólares, que podiam ser transferidos instantaneamente de um mercado para outro, conforme as expectativas de ganho.(...) Embora apresente algumas facetas únicas, o atual estágio de globalização é o terceiro estágio, final, de um processo que começou no século XV, com as grandes descobertas marítimas: a abertura da rota marítima para a Índia, por Vasco da Gama, e a descoberta do Novo Mundo, por Cristóvão Colombo. A primeira onda de globalização correspondeu assim à revolução mercantil do período que vai do Renascimento até o fim do século XVIII. (...) A segunda onda de globalização correspondeu à Revolução Industrial, entre o fim do século XVIII e os tempos modernos. Essa segunda onda se caracterizou pelo intercâmbio bastante desigual de produtos industriais europeus, de alto valor agregado, por matérias-primas nativas de baixo valor agregado. (...) A terceira onda de globalização, sobrepondo-se à fase final da segunda, teve início algum tempo depois da Segunda Guerra Mundial, e alcançou seu maior *momentum* nas últimas duas décadas do século XX. As colônias se tornaram formalmente independentes e a relação centro-periférica foi de certa forma superada por outra, fortemente reforçada. (...) As três ondas de globalização se caracterizaram pelo desequilíbrio estrutural entre centro e periferia. Quando os europeus fizeram contato pela primeira vez com as civilizações asiáticas, depois da viagem de Vasco da Gama, encontraram sociedades como as da Índia e da China, com alto nível cultural, sob muitos aspectos superior ao do Ocidente, mas exibindo já uma certa inferioridade tecnológica. A revolução mercantil instituiu um relacionamento assimétrico entre o centro e a periferia, de cerca de dois a um em favor do centro, e a revolução industrial modificou esta proporção para uma média de dez a um, sempre em favor do centro. Ora, a revolução tecnológica aumentou esse fosso, favorecendo o centro em uma proporção de sessenta a um. Em termos de renda *per capita*, a média da periferia é atualmente de cerca de US\$ 500 anuais, contra os US\$ 30 mil do centro.”

⁷¹ Para um aprofundamento acerca destas causas ver STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolsan de, Op. cit., p.129-148.

de suas despesas, as quais não puderam ser superadas pelas receitas então entrantes.

Some-se a este fator, a afetação ocorrida no plano da soberania do Estado verificável, principalmente, em decorrência de três fatores: (i) a ampliação da atividade econômica praticada pelas diversas sociedades mundiais que fez com que os mercados, sob a ótica das empresas transnacionais, confundissem-se, tornando-se estas instituições, em função do poder econômico que passaram a deter, influentes na ordem internacional e capazes de impor ações que não são combatidas sob o argumento da soberania estatal; (ii) a formação dos blocos econômicos transnacionais (NAFTA, MERCOSUL, CEE) que modificaram o plano das relações internacionais e (iii) a função desempenhada pelas Organizações Não-Governamentais (ONG's) que, produzindo resultados em campos diversos (saúde, educação, meio ambiente, etc), qualificam os Estados, já que são vistas, muitas vezes, como imprescindíveis para que estes sejam beneficiados com a ajuda de programas internacionais ou possam ser admitidos em determinados acontecimentos.

Marque-se como relevante que a globalização, no entanto, permeia a ocorrência destas constatações, visto que foi ela quem as proporcionou, razão pelo que merece ela ser melhor investigada.

Como atestado por JAGUARIBE, a globalização é fruto de um processo iniciado nos idos do século XV. Não obstante, é nas últimas décadas do século XX que ela ganha contornos mais bem definidos, constituindo-se no grande fato econômico do início do século XXI. A forma instantânea de relacionamento produzida em decorrência deste fenômeno, mudou as nuances dos Estados e causou no cenário mundial uma corrida que tinha como foco a planificação das ações desempenhadas pelos países componentes de um determinado bloco.

A necessidade que se apresentava era, novamente, a de expansão dos mercados locais⁷². No entanto, como a política assistencialista era marcadamente influenciada pelo protecionismo dos mercados e como o Estado, apesar deste protecionismo, não obtinha os ganhos que se supôs angariáveis, abriu-se a oportunidade para que uma nova doutrina fosse desenvolvida.

⁷² Algo perceptível desde os tempos da Idade Média, onde se buscou a expansão dos mercados locais para que houvesse um incremento da produção dos burgos.

Era a doutrina neoliberal (programa também conhecido como o “consenso de Washington”), que segundo Roberto Mangabeira UNGER⁷³ consiste em um programa:

“... comprometido com a estabilização macroeconômica ortodoxa, especialmente, por meio do equilíbrio fiscal, obtido mais pela contenção do gasto público do que pelo aumento da receita de impostos; pela liberalização sob a forma de integração crescente com o sistema de comércio mundial e com suas regras estabelecidas; pela privatização, entendida de forma mais estreita como a retirada do governo da produção e, de forma mais ampla, como adoção dos padrões da legislação privada ocidental; e pelo desdobramento de políticas sociais compensatórias (as redes de segurança social) criadas para se contrapor aos efeitos geradores de desigualdades”

Tendo em vista a rápida difusão desta doutrina, os países subdesenvolvidos viram-se frente ao seguinte dilema: ou mantinham em prática as políticas protecionistas clássicas, valorizando, desta forma, a produção industrial recém iniciada, o que poderia lhes causar a obsolescência e agravar o seu subdesenvolvimento, ou promoviam a abertura de suas fronteiras para o mercado internacional e colocavam em risco o processo de desenvolvimento de seu aparato industrial, o que poderia lhes causar o retorno à condição de exportadores de produtos primários.⁷⁴

Independentemente da posição assumida por parte de cada uma das nações capitalistas, o que se evidencia neste processo como um todo, fortemente marcado pelo ideal da globalização, é a constatação de que o Estado Social mostrou-se infactível, ao menos no plano (empírico) político-econômico, o que prejudicou a aplicação do conteúdo jurídico a ele relacionado.

Entretanto, ante a evolução apontada até aqui, não se pode conceber o retrocesso a um modelo liberal, já também marcado pela ineficiência, pelo que há que ser feita a defesa do modelo do Estado Social com as ressalvas estruturais que lhe são atribuíveis, ao menos no Brasil, até mesmo porque, embora as políticas

⁷³ UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia Realizada*, 1999, p.49

⁷⁴ JAGUARIBE, Helio. *Op. cit.*, p.606

econômicas sejam de cunho neoliberal, a Constituição brasileira é notoriamente assistencialista⁷⁵.

É, portanto, a intenção de caracterizar este conflito que se tem na continuidade deste trabalho, fazendo-se, no entanto, doravante, a circunscrição da análise ao modelo brasileiro, razão pelo que, no capítulo seguinte, iniciar-se-á a estudo do modelo econômico adotado na Constituição brasileira de 1988.

⁷⁵ Neste sentido, insta destacar que a Constituição brasileira de 1988 define um modelo de bem-estar, suportado, sobretudo, pelas disposições contidas nos artigos 1º, 3º e 170, cujas premissas devem ser observadas em sua integralidade pelos Administradores do Estado, devendo, ainda, os mesmos amoldarem seus planos de governo a elas e não o contrário, como, por vezes, tem-se pretendido (GRAU, op. cit., p.39).

3

A Constituição e os Balizamentos do Princípio da Livre Iniciativa na Ordem Econômica Brasileira

A evolução da teoria do Estado, escorada no caráter modificante da sociedade, fenômeno aferível no plano empírico, traz consigo a necessidade de permanente revisão das diretrizes afetas ao Direito, sobretudo naquilo que respeita ao seu caráter axiológico, já que a historicidade e temporalidade são inimigas da postura conservadora e retrógrada.

Tem-se neste capítulo a intenção de bem definir o processo de formação do constitucionalismo moderno, movimento assentado na evolução da teoria geral do Estado até aqui desenhada.

Ainda, levando-se em consideração que perquirir os caminhos do constitucionalismo é também avançar por entre as linhas que alimentam o processo de interpretação das cartas de direitos levadas à vivência das sociedades, faz-se relevante a menção, ainda que sucinta, à teoria erigida pelo Professor lusitano, J. J. Gomes CANOTILHO, acerca da Constituição enquanto um sistema aberto de regras e princípios, teoria esta que fornece elementos suficientes para que o intérprete do Direito possa melhor compreender os pilares interpretativos da política constitucional praticada.

Só que interpretar a Constituição é interpretar a rotina cambiante dos fatos sociais e isto é imperioso por em relevo, em especial, naquilo que diz respeito ao Direito brasileiro, pois da Constituição social de 1988 para a realidade de hoje, muito se alterou na realidade social do país. Talvez, por isto, a Carta de 1988 precise da materialização de recondicionamentos normativos (pelo viés das emendas, fenômeno assíduo na rotina constitucional brasileira) e, também, de recondicionamentos interpretativos, sendo o atingimento destes (interpretativos) mais dificultoso do que o daqueles (normativos).

É também, por esta razão que existem neste tópico apontamentos acerca da evolução do caráter programático das Constituições.

Por fim, faz-se uma análise da ordem constitucional econômica brasileira, tendo sido eleito como referencial para este desafio o multicitado princípio da livre iniciativa, o qual demonstra ser o suporte da conotação desenvolvimentista que se pretende evidenciar no seio da análise aqui tipificada.

3.1

O Constitucionalismo Moderno

O termo constituição é empregado desde a antiguidade. No Baixo Império Romano, *contitutio* era a palavra usualmente utilizada para se referir a qualquer lei imposta pelo Imperador. Na Idade Média e durante o absolutismo monárquico, mantém-se o sentido geral de lei, sendo utilizado, porém, ao lado de outras expressões como *ordonnances*, estatutos, decretos e pragmáticas sanções (*pragmaticae sanctiones*).

É somente no fim do século XVIII que o termo passa a ser empregado para representar o conjunto das estruturas de uma sociedade política. É de se destacar, entretanto, que a fixação de um ato escrito, tipificando um número de regras relativas ao exercício do poder e às relações entre governantes e governados, remonta ao século XIII, sendo exemplos destes documentos a Magna Carta de João Sem Terra (inglesa de 1215) e a Bula Áurea húngara de 1222.⁷⁶

O papel desempenhado pelos contratualistas HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU não pode ser desprestigiado no âmbito desta pesquisa histórica, já que a doutrina do contrato social era fundada na idéia de estabelecimento de um documento escrito entre o soberano e seu povo.

Como dito acima, é, pois, nos fins do século XVIII, que o termo Constituição ganha traços mais próximos da concepção que hoje temos da mesma. A Constituição norte americana de 1787⁷⁷ é quem inaugura o movimento do constitucionalismo moderno, momento histórico que coincide com a consolidação do denominado Estado de Direito^{78/79}. Especial destaque há que ser conferido ao

⁷⁶ GILISSEN, John, *Op. cit.*, p.419-420.

⁷⁷ O direito constitucional norte americano não se inicia com a Constituição de 1787, haja vista a postura de 11 dos 13 Estados que já haviam declarado sua independência (New Hampshire, Carolina do Sul, Virgínia, Nova Iorque, Massachussets, etc).

⁷⁸ CLEVE, Clemerson Merlin, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade*, 2000, p.24: “Apenas com o surgimento do Estado de Direito, consolidado com as revoluções burguesas, é que emerge a problemática da Constituição escrita e, pois, formal.”

fato de que a Constituição de 1787 foi inspirada pelo *Bill of Rights*⁸⁰ (Inglês) de 1689.

Ao lado da constituição norte americana, a constituição francesa de 1791, estabelecida em decorrência da Revolução de 1789, de caráter marcadamente liberal conforme se pode deduzir das afirmações antes colacionadas, influenciou acentuadamente a difusão do constitucionalismo então concebido, o qual apresenta-se como competente instrumento de limitação de poder, respeito aos direitos e promoção do progresso⁸¹. A característica que permeava as cartas francesa e americana era a de que a Constituição deveria impor a “organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”.⁸²

Esta idéia, fruto do pensamento burguês, escorada na doutrina de que a Constituição era tão só um instrumento de limitação dos poderes do Estado, no entanto, perde-se no tempo. Para corroborar esta afirmativa, CLEVE⁸³:

As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou omissão do legislador.

⁷⁹ Segundo STRECK e MORAIS, *Op. cit.*, p.86 e segs, o Estado de Direito difere do Estado Legal na medida em que aquele agregam-se conteúdos, não sendo apenas a forma jurídica determinante da sua caracterização, como ocorre no Estado Legal.

⁸⁰ GILISSEN, John, *Op. cit.*, p.424: “Mas, nem a França nem a América inventaram o *Bill of Rights*: os Estados da América do Norte não fizeram outra coisa senão continuar a tradição da Inglaterra, onde uma série de disposições legais asseguraram progressivamente as garantias de direitos aos súditos do rei: a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679, organizando a proteção do súditos contra as detenções arbitrárias, o *Bill of Rights* de 1689, relativo às competências do Parlamento, assegurando a liberdade de expressão, a limitação do direito de cobrar impostos e de manter forças armadas permanentes, a interdição de suspender a lei, bem como documentos medievais, como a *Magna Carta* (1215), a *Confirmatio Chartarum* (1297), etc.”

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto, *Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)* in Revista de Direito Administrativo, Ano 1998, nº 214, p. 19.

⁸² MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 2005, p.1.

⁸³ *Ibid.*, p. 18.

Ainda no âmbito do constitucionalismo moderno, um ponto de enorme relevância a ser observado é o que atesta a supremacia da Constituição na ordem de um determinado sistema jurídico. Segundo Luis Roberto BARROSO⁸⁴ a idéia de supremacia da Constituição está associada a dois diversos fatores a saber: (i) a distinção entre poder constituinte e poder constituído, e (ii) entre Constituições rígidas e flexíveis.

Quem inaugurou a dicotomia entre poder constituinte e poder constituído e afirmou a superioridade da Constituição apoiado nesta distinção foi o padre francês Emmanuel Joseph SIEYÈS, conhecido por sua clássica obra *Qu'est-ce eu le Tiers État*⁸⁵ (O que é o Terceiro Estado). Para SIEYÈS o poder constituinte tinha sua titularidade vinculada à Nação^{86/87}. José Joaquim Gomes CANOTILHO⁸⁸ é quem, a seguir, explica a dicotomia inaugurada por SIEYÈS:

“O poder constituinte antes de ser constituinte é desconstituente porque dirigido contra a ‘forma monárquica’ ou ‘poder constituído pela monarquia’. Uma vez abolido o poder monárquico, impõe-se uma ‘reorganização’, um dar ‘forma’, uma reconstrução de ordem jurídica e política. O poder constituinte da Nação entende-se agora como poder reconstituente informado pela idéia criadora e projectante da instauração de uma nova ordem política plasmada numa constituição. Os poderes conformados e regulados por esta constituição criada pelo poder constituinte (inclusive o poder de rever ou emendar a constituição – poder de revisão) seriam **poderes constituídos.**”

Dos ensinamentos antes retratados é que se nota que a supremacia constitucional emana da superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes.

Já no que respeita à segunda categorização (constituições rígidas e flexíveis), pode-se extrair outro traço característico da supremacia apontada, na medida em que a rigidez da carta constitucional traduz a necessidade de um

⁸⁴ *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 1999, p.157.

⁸⁵ SIEYÈS, Joseph, *A Constituição Burguesa. O que é o Terceiro Estado*, 2001, *passim*. Nesta obra se observa a posição do padre francês atestando inexistir limitação jurídica ao poder constituinte.

⁸⁶ A posição frequentemente adotada pela doutrina nos dias de hoje atesta que a titularidade do Poder Constituinte não pertence à nação, mas sim ao povo. Neste sentido, Alexandre de MORAIS, *Op. cit.*, p.21 e J.J. Gomes CANOTILHO, *Op. cit.*, p.71.

⁸⁷ Acerca da distinção entre povo e nação ver DALLARI, Dalmo de Abreu, *Op. cit.*, p. 81-82.

⁸⁸ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1999, p.69

processo especial para a sua reforma, que acaba por diferenciar a Constituição das leis. É de se concluir, pois, que a supremacia só se verifica onde há Constituição rígida.⁸⁹

A Constituição é, assim, a fonte primária de produção normativa em uma determinada sociedade, sendo a responsável por ditar competências e estabelecer procedimentos para a elaboração de atos normativos inferiores. Ainda, e por conta deste aspecto formal, a Constituição subordina o conteúdo de toda a produção legislativa em grau inferior, obrigando com isto que esteja a mesma em consonância com seus princípios e normas, sob pena de ser exercido o controle de constitucionalidade⁹⁰ em relação ao ato legislativo que não se coadune a seus valores.

3.2

A Constituição como um Sistema Aberto de Regras e Princípios

Por oportuno, antes de se avançar por entre os caminhos da ordem constitucional brasileira, em especial os adornos que circundam o pensamento econômico e social da mesma, faz-se aqui um breve exercício de raciocínio acerca da afirmação já feita em outros trechos deste trabalho e que envolve a sistematização da Ciência Jurídica.

Como se nota, o pensamento até aqui exposto caracteriza tanto a Ciência Jurídica como o direito positivo pátrio em sistemas, na medida em que apresentam, tanto um quanto o outro, os elementos que, segundo Claus Wilhelm CANARIS, são determinantes para a constatação da sistematização, quais sejam, ordenação e unidade⁹¹.

Ponto que representa maior esforço é o que retrata a concepção aberta do sistema jurídico. Não obstante, partindo-se, outra vez, dos ensinamentos fornecidos por CANARIS⁹², que desconsidera as concepções que valoram a

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto, *Op. cit.*, p.158-159.

⁹⁰ Sobre controle de constitucionalidade ver Clemerson Merlin CLEVE, *Op. cit.*

⁹¹ CANARIS, Claus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 1996, p.279: “As características do conceito do sistema são a ordem e a unidade.”

⁹² *Ibid.*, p.281: “Esse sistema não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou ‘sistema científico’, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o ‘sistema objetivo’. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.”

Ciência Jurídica ou como sistema fechado ou como sistema autopoietico⁹³, diversas foram as contribuições fornecidas pela doutrina nacional que envolvem a caracterização aqui defendida (sistema aberto), dentre elas destaca-se a de Juarez FREITAS⁹⁴ que define o sistema jurídico como:

“ (...) uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.”

Ora, da exposição do respeitadíssimo jurista gaúcho, pode-se constatar a alocação de carga valorativa junto aos elementos componentes da definição oferecida. Desta forma, visualizando-se a historicidade do Direito e a modificabilidade dos seus valores fundamentais⁹⁵, torna-se inviável conceber o sistema jurídico como fechado, pelo que, como é característico de todas as demais ciências, se conclui ser o mesmo de natureza aberta^{96/97/98}, sujeito, portanto, a mudanças decorrentes do progresso histórico e cultural humano.

A Constituição, conforme atestado, é suprema dentro do ordenamento jurídico. Encontra-se ela no vértice do sistema. São de CANOTILHO⁹⁹ as lições que remetem a afirmação de que a Constituição é, pois, em decorrência do que até

⁹³ TEUBNER, Gunther, *O Direito como Sistema Autopoietico*, 1989, *passim*.

⁹⁴ FREITAS, Juarez, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 1995, p.40.

⁹⁵ NALIM, Paulo, *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, 2003, p.65: “O propósito da propaganda abertura do sistema é o de se fazer reconhecer a historicidade do Direito e a modificabilidade dos seus valores fundamentais, comprometidos eles (valores), e por sua vez também os princípios, com o tempo em que a situação concreta é posta à luz do ordenamento.”

⁹⁶ BARROSO, Luis Roberto, *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro, (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)* in Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, 2001, p. 24. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>, Acesso em: 12 de maio de 2005: “O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores”.

⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Op cit.*, p. 1085: “é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’.”

⁹⁸ CLEVE, Clemerson Merli, *Op. cit.*, p. 21: “... expressa, a Constituição, uma ordem aberta, porque mantém uma interação com a realidade. A Constituição contém um ‘registro de aprendizagem, por isso que se comunica continuamente com a realidade histórica (...) A abertura da Constituição permite o que a doutrina vem chamando de mutação constitucional: - o evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso.”

⁹⁹ *Ibid.*, loc. cit.

aqui foi exposto, e em decorrência de outros fatores que serão a seguir analisados, um sistema normativo aberto de regras e princípios.

É um sistema aberto em vista da sua carga valorativa, refletida na “capacidade de aprendizagem” das normas jurídicas. Normativo já que a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita por intermédio de normas. E, por fim, composto de regras e princípios, pois, as suas normas podem revelar-se tanto em forma de princípios como em forma de regras.

Neste particular, a distinção entre normas e princípios encontra importante representante em Ronald DWORKIN¹⁰⁰ que entende insuficiente o critério normativo (*all-or-nothing*) da doutrina positivista na análise dos *hard cases* (casos difíceis), já que esta desconsidera as diretrizes políticas e os princípios na aplicação do direito. Daí decorre a distinção proposta pelo jurista americano:

“The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligations in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to decision. (...) Principles have a dimension that rules do not - the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is. Rules do not have this dimension”

CANOTILHO¹⁰¹, ao mergulhar na busca do estabelecimento dos critérios distintivos entre ambas as espécies (regra e princípio) do gênero norma, oferece cinco traços capazes de denotar se a norma em análise constitui-se em um princípio ou em uma regra. São eles:

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 26-27

¹⁰¹ Op. cit., p. 1086-1087.

- (i) O grau de abstração, sendo os princípios caracterizados com abstração mais elevada do que as regras;
- (ii) O grau de determinabilidade no caso concreto: os princípios devido a sua mais alta taxa de indeterminismo necessitam de uma mediação concretizadora, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;
- (iii) O caráter de fundamentalidade no sistema de fontes do direito: os princípios ocupam um papel fundamental no ordenamento jurídico, devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes e também em decorrência de sua importância estruturante dentro do sistema jurídico;
- (iv) A proximidade da idéia de direito: princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz), enquanto as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
- (v) A natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, são, assim, normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, portanto, uma função normogenética fundamentante.

Ao largo da distinção proposta, o que se deseja deixar bem vincado neste momento é que tanto as regras quanto os princípios constitucionais tem conteúdo de normas, em vista da força normativa¹⁰² que é atribuída à Constituição.

¹⁰² Sobre a força normativa da Constituição ver a clássica obra de Konrad HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, onde, contrapondo o pensamento de outro alemão, Ferdinand LASSALE, HESSE lança a tese de que existe um condicionamento mútuo entre a constituição real (fatores reais do poder) e a constituição jurídica (escrita, formal), de modo que a constituição jurídica desenvolve um significado próprio, porque a sua pretensão de eficácia lhe atribui uma força normativa. Para HESSE, a constituição reflete a realidade histórica, mas também se transforma, ela própria, em uma força ativa, capaz de modificar essa realidade.

3.3

As Normas Programáticas e o seu Caráter Normativo.

Uma análise merece evidência neste trabalho: a que envolve a normatividade (por vezes, controversa) das normas tidas como de natureza “programática”. Isto porque, a interpretação da Constituição brasileira, doutrinariamente classificada como uma Constituição dirigente^{103/104} pelo fato de apresentar em seu texto diversas normas desta natureza (programáticas), é diretamente afetada pelo entendimento que se dá a este assunto.

Historicamente, tem-se que tais normas são características das Constituições que marcaram a concepção do denominado Estado Social de Direito¹⁰⁵. Neste sentido, BARROSO¹⁰⁶:

“Na esteira do Estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporaram-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, **regras destinadas a conformar a ordem econômica e social determinados postulados de justiça social e realização espiritual**, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo. Algumas dessas normas definem direitos, para o presente, que são os direitos sociais; outras contemplam certos interesses, de caráter prospectivo, firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade. **Surgem, assim, disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados**. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público. (grifos nossos)”

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto, *Op. cit.*, p. 69 e 114: “Já como Constituições diretivas ou programáticas – doutrinárias – são concebidas as que não se bastam em conceber-se como mero ‘instrumento de governo’, mas, além disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados. (...) Uma das características da Constituição de 1988 está em que ela é marcadamente principiológica – e, por consequência, programática –, no sentido de que dispõe não apenas regras, mas também princípios.”

¹⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto, *Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)* in Revista de Direito Administrativo, Ano 1998, nº 214, p. 06-07

¹⁰⁵ Ver tópico 2.1.5.

¹⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 2001, p.118.

O professor CANOTILHO¹⁰⁷ ao tratar de referidas normas, as enquadra, conforme os indicativos fornecidos pelas mesmas, em três categorias diversas: ou consubstanciam-se em (i) princípios constitucionais impositivos, que têm por característica impor aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas; ou materializam-se por intermédio de (ii) regras (ii.i) determinadoras de fins e tarefas do Estado - também conhecidas como constitucionais impositivas em sentido amplo - que de forma global e abstrata, fixam essencialmente fins e tarefas prioritárias do Estado ou (ii.ii) constitucionais impositivas em sentido estrito - que possuem caráter permanente e concreto.

A marca da controvérsia, geralmente, suscitada impele a discussão à eficácia jurídica produzida pelas normas constitucionais tidas como de natureza programática.

No entanto, ante a igual dignidade de todas as normas constitucionais¹⁰⁸, às quais já se asseverou o caráter normativo, não há que ser estabelecido um embate neste sentido. Cabe lembrar o trabalho do preclaro constitucionalista paulista, José Afonso da SILVA¹⁰⁹, onde restou averbado que a nenhuma norma constitucional é negada eficácia jurídica, ainda que haja uma gradação no que tange à irradiação dos efeitos produzidos, o que faz crer que nem todas as normas possuem eficácia plena (para SILVA, as normas programáticas possuem eficácia limitada).

Diante da eficácia atestada, pode-se notar o quanto dito, haja vista as seguintes características das normas programáticas: por intermédio de sua positividade, desde o seu nascedouro vinculam não só o legislador de forma permanente, mas também o administrador e o juiz que deverão observar seus preceitos em todos os momentos de suas atividades, pautando suas condutas em estreita consonância com o dirigismo estatuído pela norma constitucional. Ademais, aos atos realizados em contrariedade às suas disposições será aplicado o controle de constitucionalidade, a fim de que o equívoco apontado seja extirpado do ordenamento.

¹⁰⁷ *Op. cit.* p.1092-1099.

¹⁰⁸ CANOTILHO, *Op. cit.*, p.1102: “Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição.”

¹⁰⁹ *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 1999, *passim*.

Não há por consequência supedâneo teórico apto a elidir os efeitos das normas-programas¹¹⁰, devendo restar claro que a estas normas é conferida a mesma dignidade das demais que compõem a lei fundamental do Estado. Daí porque a afirmação de GRAU: “Penso já ser tempo de abandonarmos o uso dessa expressão, ‘normas programáticas’, que porta em si vícios ideológicos perniciosos. (...) são normas dotadas de eficácia normativa, seguramente¹¹¹.”

Por oportuno, como já restou anteriormente assentado, insta reafirmar que a Constituição brasileira, assim como a Constituição portuguesa, é uma Constituição dirigente, isto é, ela define, por intermédio de preceitos informadores plasmados em seu texto, quais os objetivos do Estado e, além disso, traça políticas a serem seguidas pelos administradores.

Traz-se à colação os dizeres do doutrinador português José Joaquim Gomes CANOTILHO¹¹², que analisa o tema destacando que a Constituição dirigente é “uma constituição programática”, isto é:

“contem numerosas normas-tarefa e normas-fim definidores de programas de ação e de linhas de orientação dirigidas ao Estado. Trata-se, pois, de uma lei fundamental não reduzida a um simples instrumento de governo, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da ação dos poderes públicos. A idéia de programa associava-se ao caráter dirigente da Constituição. A Constituição comandaria a ação do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas. Hoje, em virtude da atenuação do papel do Estado, o programa constitucional assume mais o papel de legitimador da socialidade estatal do que a função de um direito dirigente do centro político.”

A teoria do professor CANOTILHO acerca do dirigismo das Constituições foi idealizada dentro do contexto que precedeu a promulgação do texto constitucional português, no ano de 1976.

Portugal, após anos de repressão, fruto da era Salazarista, período em que a opressão aos direitos fundamentais foi tão acentuada como no Brasil do período

¹¹⁰ Segundo GRAU, Eros Roberto, Op. cit., p. 26, prestigiar o entendimento de que as Constituições programáticas somente passam a ter efetividade após a implementação pelo legislador ordinário é prestigiar um instrumento retórico de dominação.

¹¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, 2003, Resenha do Prefácio da 2ª edição, POR grau, Eros Roberto, p.9.

¹¹² Op. Cit. p. 217

ditatorial (revolução militar de 1964), viu-se no objetivo de restabelecer a ordem democrática, via processo de ruptura. Foram, então, erigidas novas premissas pelo constituinte, com intuito de dirigir a atividade do Estado, sempre em busca de um novo modelo de justiça social, calcada em ideais revolucionários.

A Constituição dirigente tem, assim, forte presença na sedimentação dos novos Estados Sociais. A opção exercida pelo legislador foi no sentido de garantir o surgimento, por intermédio da solidificação normativa constitucional, do Estado Social, o Estado capaz de prover as necessidades de seu povo, garantidor de moradia, segurança, educação, cultura e até mesmo lazer.

Entretanto, o destaque constitucional dado às funções provedoras do Estado perdeu seu brilho, na medida em que o Estado mostrou-se inabilitado a exercer em sua plenitude as funções que lhe foram atribuídas, por ausência de recursos conseqüência da inaptidão financeira.

Daí porque se fez presente a doutrina defensora da inaplicabilidade, por ausência do cunho normativo, das normas programáticas constitucionais. Seria esta uma forma de dizer que o não cumprimento dos dizeres constitucionais pelo Estado estaria juridicamente amparado.

Para seus adeptos as normas programáticas têm mera função de estabelecer vetores indicativos, os quais, entretanto, não seriam dotados de qualquer normatividade, faltando a eles a regulamentação (exercício de competência legislativa) pelo legislador infra-constitucional. Parece que tal pensamento encontra-se à margem da Ciência Jurídica moderna, por faltar-lhe supedâneo, pois as normas constitucionais programáticas, conforme atestado, são dotadas de caráter normativo e, assim, devem ser aplicadas.

No entanto, não é de se negar que a noção que se tinha das Constituições dirigentes (formada preponderantemente por normas programáticas), diante dos novos rumos perquiridos pela sociedade moderna, passa por um processo de releitura.

Os Estados Sociais, amparados em seus dizeres, formaram-se (ainda que em tese). Uns em maior intensidade e eficácia do que outros, mas todos ainda recebem o clamor popular no tocante à efetivação de suas metas-programa.

Enquanto vigentes os textos constitucionais mantenedores deste pensamento, deve a sociedade encontrar formas de legitimação da ordem

apregoadas, muito embora se mostre clara a alteração paradigmática dos fatos sociais que a este texto estão sujeitos.

O cenário da sociedade pós-industrial¹¹³, do início do século XXI, não é em nada assemelhado aquele das primeiras décadas da segunda metade do século XX, onde se notava a adoção de governos totalitários e opressores (campo político).

No que respeita ao campo econômico, já naquela época se percebia a ineficiência do Estado em prover as necessidades das classes populares. Ensina-nos Boaventura de Sousa SANTOS¹¹⁴:

“De tudo isto resultou uma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta. Acresce que esta explosão veio agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão, para mais uma recessão com caráter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior.”

E tal situação em nada se alterou. O Estado, embora tenha conseguido significativo aumento de sua arrecadação (via de regra pelo aumento da carga tributária incidente sobre o contribuinte), por outro lado não impediu o também significativo crescimento de suas despesas, em especial, os encargos do endividamento contraído ao longo do período em que se dedicou à estruturação de seu parque industrial.

Por estas razões, conforme se deflui da leitura dos recentes textos de CANOTILHO, pode-se afirmar que a programaticidade até então tida como premissa do Estado Social, passa, neste cenário, a ser vista sob outro enfoque, dado o conjunto de fatos sociais que solidificam os ideais deste novo modelo de sociedade, a sociedade globalizada, massificada.

¹¹³ CASTELLS, Manoel, *A Sociedade em Rede*, p. 224: “As teorias do pós-industrialismo e informacionalismo utilizam como maior prova empírica da mudança do curso histórico o aparecimento de uma nova estrutura social caracterizada pela mudança de produtos para serviços, pelo surgimento de profissões administrativas e especializadas, pelo fim do emprego rural e industrial e pelo crescente conteúdo de informação no trabalho das economias mais avançadas. Implícita na maior parte dessas formulações, há uma espécie de lei natural das economias e sociedades que devem seguir um único caminho na trajetória da modernidade”

¹¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Pela Mão de Alice*, p. 166.

Que não se entenda, todavia, que a programaticidade constitucional se esvaiu. O que está ocorrendo é a modificação das premissas sociais, na medida em que, ante o plano da globalização, os contornos da soberania dos Estados nacionais estão se re-adequando a uma nova ordem, que, possivelmente será preenchida por uma Constituição supranacional, em semelhança ao que já está sendo observado no âmbito da comunidade européia.

Adentrando nesta seara, sem, no entanto, perder de vista o foco deste trabalho, tal idéia remete a um processo de relativização da soberania do Estado, na medida em que se passa a formular concepções envolvendo um texto constitucional supranacional. Paralelamente, nota-se a quebra da idealização contida no conceito do próprio Estado, já que, na qualidade de um dos elementos que o formam, a afetação da soberania acarreta a necessidade de revisão dos conceitos atinentes ao mesmo.

É por esta razão que o atingimento da soberania (algo que ainda se discute) dos Estados, por força da abertura política, econômica, cultural etc. que é consequência do processo de globalização que a cerca, faz com que os demais elementos formadores também sejam atingidos, pois a abertura do território, com a conseqüente miscigenação populacional (indeterminação), gera uma perda natural do poder do Estado sobre os seus súditos.

Neste cenário de crise do Estado Moderno é que ganha relevância a reflexão acerca de como o setor produtivo, eficazmente econômico, organizado e estruturado pode contribuir para que se mantenha a garantia preceituada no texto constitucional, envolvendo a efetivação dos direitos sociais, algo a ser analisado em tópicos ulteriores.

Por ora, ainda no que tange à discussão que envolve a suposta morte da Constituição dirigente, cabe concluir que, por se tratar de questão de altíssima relevância para o direito brasileiro, as citações feitas pelo mestre português no prefácio da 2ª edição da clássica obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, renderam a edição de um livro, organizado pelo professor Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO e que contou com a participação da alta extirpe de juristas dedicados ao estudo da Constituição brasileira. A obra foi apresentada ao público sob a forma de uma entrevista realizada com o próprio CANOTILHO, onde restaram esclarecidas as eventuais dúvidas suscitadas, tendo em vista o

depoimento do constitucionalista português¹¹⁵, sendo dali extraído o seguinte trecho:

“Em primeiro lugar, é preciso esclarecer a seguinte questão: a Constituição dirigente era um projecto da modernidade, um projecto de transformação, um projecto com sujeitos históricos (até em termos hegelianos), sujeitos que, no caso da Constituição portuguesa, eram os trabalhadores, as classes trabalhadoras, o Movimento das Forças Armadas. (...) Tomemos então a Constituição dirigente como um projecto cristalizado, positivado de uma revolução que se fez, que tinha de se fazer. Isso significava também que tinha os seus sujeitos históricos identificados no texto constitucional. Neste sentido, a Constituição dirigente é um produto acabado de um projecto da modernidade, quer em termos de sujeito histórico, quer em termos de homem triunfante na sua capacidade de transformação. (...) **Quer queiramos quer não, quanto a esta Constituição dirigente temos de ser humildes dizer que ela acabou. Mas isto não pode significar que não sobrevivam algumas dimensões importantes da programaticidade constitucional e do dirigismo constitucional.** (...) Em primeiro lugar, em termos jurídico-programáticos, uma Constituição dirigente – já explicitiei várias vezes – representa um projecto histórico programático de limitação dos poderes de questionar o legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional. Nesta medida, penso que continuamos a ter algumas dimensões da programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. (...) Uma outra dimensão desta sobrevivência liga-se à segunda parte da pergunta do Professor Eros Grau, que quer saber se não estou a deslocar a directividade do texto constitucional interno, para o plano internacional, para o plano supranacional. A este propósito, penso que as Constituições nacionais, agrade-se ou não esta idéia, estão hoje em rede. Em termos de inter-organizatividade, elas vêm ‘conversando’ com outras Constituições e com esquemas organizativos supranacionais, vão desbancando algumas normas, alguns princípios das próprias Constituições nacionais. Neste aspecto pode falar-se de fraqueza das Constituições nacionais: quem passa a mandar, quem passa a ter poder são os textos internacionais. Mas a directividade programática permanece, transferindo-se para estes” (grifei)

¹¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *Op. cit.*, p. 14-15.

Portanto, atestada a normatividade integral do sistema constitucional aberto de regras e princípios inaugurado pelo constituinte de 1988, passa a ser desafio percorrer-se os meandros que enaltecem o multicitado princípio da livre iniciativa componente da ordem econômica brasileira, marcadamente influenciada pela concepção do constitucionalismo do Estado Social, conforme adiante restará esclarecido.

3.4

A Liberdade de Iniciativa Econômica como Ferramenta Garantidora do Desenvolvimento Nacional.

A idéia a ser desenvolvida neste tópico circunscreve o equacionamento das conotações informadoras da ordem econômica tipificada no texto da carta fundamental de 1988 naquilo em que a mesma (ordem econômica) se relaciona com as disposições acerca do princípio da livre iniciativa.

Isto porque, nos capítulos que se seguem, será realizado o exame dos delineamentos que adornam o caráter desenvolvimentista do setor de telecomunicações, em especial aquilo que reflete a sua feição empresarial (embora sabido seja que se trata de uma prestação do serviço público, a qual envolve uma série de particularidades condicionantes), sendo imperioso abordar, de forma preliminar, o ambiente da ordem econômica em que se insere referido serviço.

Antes da assunção pelo Estado de um modelo fulcrado no bem-estar, conforme anteriormente afirmado, vigorava o sistema liberal, onde as atuações estatais limitavam-se ao que ficou conhecido por Vital MOREIRA como o ponto zero de intervenção¹¹⁶. Ajustava-se o pensamento econômico da época às concepções do liberalismo, servindo a Constituição até então, como um instrumento preocupado com a manutenção da ordem política, promovendo a estruturação do poder e sua limitação, a fim de garantir a liberdade individual¹¹⁷.

Com o advento da Constituição Econômica¹¹⁸, o Estado Social, já sob a ótica intervencionista, preserva a aparelhagem do modo de produção capitalista,

¹¹⁶ Vide tópico 2.1.5.

¹¹⁷ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, *Direito Constitucional Econômico*, 1990, p. 3.

¹¹⁸ Segundo MOREIRA, Vital (*Op. cit.*, p. 136-138), o conceito de Constituição Econômica é traduzido no conjunto de princípios constituintes da ordem econômica que a estruturam num todo, num sistema. A primeira Constituição a incluir uma extensa ordem constitucional econômica foi a

mantendo como premissas a proteção da propriedade privada e da liberdade de contratar¹¹⁹.

Ocorre que embora mantidas as linhas mestras do modo de produção capitalista, a essência liberal-individualista que a permeava nos idos do século XIX perdeu força, abrindo espaço para a inserção de princípios socializantes tendentes a promover o abrandamento do individual em prol da coletividade, por intermédio da edição de políticas públicas capazes de absorver, em tese, as desigualdades sociais.

Engana-se, entretanto, quem supõe que a mudança de postura estatal foi movida por um sentimento de desprestígio ao capitalismo, passando o Estado, a partir deste momento, a optar por um novo sistema de produção. GRAU¹²⁰ é quem nos esclarece a questão, averbando que a mudança de postura do Estado

“... contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico.”

No Estado brasileiro, foi a Constituição Federal de 1934 que marcou o constitucionalismo pátrio ao encerrar a era do modelo inspirado no liberalismo econômico. Ao estabelecer em seu texto diretrizes acerca de uma ordem econômica e social, marcada por concepções intervencionistas, inaugurou o anseio político focado em proporcionar o abrandamento dos ideais liberais em detrimento da valorização do social, tendo sofrido forte influência da Constituição alemã de Weimar. Foi, nos dizeres de José Afonso da SILVA¹²¹, um verdadeiro documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo.

A história do constitucionalismo brasileiro, todavia, naquilo que respeita à pertinência dos regimes econômicos, sofreu as consequências da má estruturação política vivenciada pelo país, sobretudo, de 1934 para cá, pois, a alternância de

mexicana de 1917, porém foi a Constituição de Weimar de 1919 que incluiu pela primeira vez um capítulo especial dedicado à ordem econômica.

¹¹⁹ Sobre o tema ver GRAU, Eros Roberto (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 2004, p.158-159) que tece crítica à afirmação de que propriedade privada e liberdade de contratar são as instituições fundamentais do capitalismo, pois que o dirigismo contratual não compromete o modo de produção capitalista.

¹²⁰ Ibid., p. 30.

¹²¹ *Op. Cit.*, p. 84.

regimes ditatoriais (o Estado Novo de Vargas e o militarismo fruto da revolução de 1964) com a tentativa de restabelecimento da ordem democrática, colocou o país em uma situação de desconforto frente ao cenário globalizante que marca o período da atual carta de direitos brasileira.

É, talvez, por isto que Luis Roberto BARROSO nos ensina que o Brasil, sem ter conseguido ser liberal (pré-modernidade) e muito menos social (modernidade), vê-se, na atualidade globalizante, movido por um espírito universal neoliberal (pós-modernidade)¹²² e, por conta destes desencontros, o país chega ao terceiro milênio atrasado e com pressa^{123/124}.

Diante da constatação de razões como a que acaba de ser exposta, assevera-se que a interpretação do texto constitucional brasileiro deve ser realizada com a devida atenção aos seus princípios informadores, os quais foram eleitos pelo constituinte pátrio como fundamentos, objetivos ou, ainda, qualificações essenciais da ordem jurídica instituída. Isto para que não seja perdido o real significado das menções erigidas pela Assembléia Constituinte, ante o desvirtuamento político que se tem, por vezes, tentado impor.

Desta feita, como o princípio da livre iniciativa é, nesta seara, dos mais importantes balizadores para a correta interpretação da ordem econômica nacional, optou-se em tê-la como o centro do estudo ora realizado, o que, todavia, não representa desprestígio aos demais valores inseridos na Constituição acerca do tema, sendo esta escolha realizada com espreque na finalidade que se busca atingir no seio deste trabalho.

Referido princípio, em razão de estar alocado como um dos fundamentos da república, deve, inicialmente, ser analisado como um verdadeiro corolário da

¹²² É notória a constatação de que os neoliberais vêm no constitucionalismo uma barreira ao desmantelamento do Estado Social.

¹²³ BARROSO, Luis Roberto, *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*, 2001, p. 20-21.

¹²⁴ Sobre a dificuldade de superação das barreiras impostas ao constitucionalismo brasileiro ver NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *Reinstitucionalização da Ordem Econômica no Processo de Globalização in* Revista de Direito Administrativo, nº 204, 1996, p.135 e segs.: “Com efeito, a reinstitucionalização da ordem econômica na linha do processo de globalização é uma etapa muito difícil para os países que não tem tradição de livre empresa e livre concorrência equilibradas e que hoje tentam remover de cima de seus respectivos mercados uma montanha de regras interventivas, invariavelmente arrostando poderosos interesses conservadores, não raro autodenominados, paradoxal e curiosamente ‘progressistas’.”

liberdade, entendida esta como fruto dos sentimentos de sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e resultado¹²⁵.

Esta concepção inicial encontra escopo nas próprias disposições da Constituição, pois neste documento são diversas as referências realizadas para consolidar o entendimento de que a liberdade é um valor fundamental da estrutura jurídica deste Estado (vide artigos 5º, incisos II, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVII, XX, e 206, II).

É nesta linha, portanto, que a liberdade de iniciativa é encontrada não só como princípio vetor da ordem econômica nacional (artigo 170), mas, também, como fundamento do Estado brasileiro (artigo 1º, IV), apresentando as nuances que a seguir serão esmiuçadas.

Antes, porém, para que fique bem vincada a diversidade de conceitos acerca das disposições dos artigos 1º, IV e 170, ambos da constituição de 1988, e, também, para que fique assente a importância principiológica do valor ora posto em análise, insta evidenciar a diversidade conceitual acerca das referências normativas antes citadas, tipificadas na classificação de que a doutrina usualmente se vale.

Luis Roberto BARROSO¹²⁶ estabelece uma classificação em que divide os princípios constitucionais em (i) **fundamentais**, (ii) **gerais** ou (iii) **setoriais**. Assim, na doutrina de BARROSO¹²⁷, a livre iniciativa enquadrar-se-ia ora como princípio fundamental (artigo 1º, IV da CF), ora como princípio geral (artigo 170, *caput*).

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto, *Op. Cit.*, p. 185: “não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a acessibilidade.”

¹²⁶ *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 1999, p. 150-152: “(...) **fundamentais** são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado (...). Neles se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático etc. (...) **gerais**, embora não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. (...) São exemplos o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural. Canotilho se refere a eles como princípios-garantia. (...) **setoriais ou especiais**, que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos.”

¹²⁷ *Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada in Revista de Direito Administrativo*, nº 222, 2000, p.183.

Sem perquirir o mérito da classificação realizada, por entender que este debate não se apresenta profícuo no curso deste trabalho, deseja-se apenas denotar que há diversidade valorativa nos conceitos dos artigos 1º e 170.

Observa-se, neste ponto, não ter sido em vão o esforço realizado nos tópicos anteriores, julgamento este relacionado ao fato de que o princípio da livre iniciativa aqui abordado, não o pode ser distante das concepções do Estado Social de Direito, institucionalizado a partir do desenvolvimento do Estado Moderno. Ainda, é de se por em relevo que as idéias colacionadas no item 3.1 supra dão o suporte necessário para a afirmação de que nenhum dos princípios do direito é absoluto, sendo necessária a confrontação de valores para que se afirme a real intenção da norma analisada¹²⁸.

Portanto, parece claro, que eventual análise da Constituição de 1988, desprendida dos valores supra citados, poderá remeter o intérprete a um ambiente em que a livre iniciativa era tida como um corolário do liberalismo concebido pela doutrina de Adam SMITH, algo que, diante da lógica do constituinte brasileiro, não é verdadeiro.

Para constatar o afirmado, veja-se que a literal disposição da livre iniciativa, enquanto fundamento da República (artigo 1º, IV), embora possa num primeiro momento supor o entendimento de que se está a valorizar uma conotação de cunho individualista, na verdade reveste-se do quanto ela expressa de socialmente valioso.

Este entendimento decorre da constatação de que ao ser colocada a livre iniciativa, da forma como a foi, ao lado do *valor social* do trabalho (inciso IV, do artigo 1º), quis o constituinte também se referir ao *valor social* da livre iniciativa, e não fazer desta o fundamento da República, enquanto valor individualmente considerado¹²⁹.

A ambientação da livre iniciativa enquanto fundamento da República é, pois, inovação praticada pelo constituinte de 1988 que, embora tenha mantido a já

¹²⁸ BARROSO, Luis Roberto, *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços* in Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, 2001, p.5. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>; Acesso em: 12 de maio de 2005: “Como já assinalado, nenhum princípio é absoluto. O princípio da livre iniciativa, portanto, assim como os demais, deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da Constituição.”

¹²⁹ GRAU, Eros Roberto, *Op. cit.*, p. 184.

clássica menção a seu respeito (assentando-a como fundamento da ordem econômica), deu novo *status* ao princípio ora comentado.

Ao contrário do que se averbou acerca do artigo 1º, inciso IV, a livre iniciativa enquanto fundamento da ordem econômica (artigo 170, *caput*) deve ser tomada singelamente, já que foi ao trabalho humano que o legislador conferiu a tutela da valorização¹³⁰.

Perceptível, portanto, o manifesto propósito do constituinte brasileiro em proceder à relativização do princípio da livre iniciativa. Outro não é o corolário resultante da análise dos fins visados pela ordem econômica nacional: assegurar a todos uma existência digna consoante os preceitos da multicitada justiça social.

Como observa SILVA¹³¹, todavia, a finalidade proposta pela Constituição, embora nobre, não representa desafio dos mais fáceis, pois a concepção capitalista impingida inviabiliza uma equânime distribuição de riquezas, justamente este o principal fomento de condução da política econômica nacional à finalidade social almejada.

Mas o que deve ficar marcado de forma reluzente é que a Constituição vigente não só definiu como fim da ordem econômica a promoção da justiça social, mas também reforçou a sua pretensão enaltecendo valores outros que permeiam referida finalidade como a defesa do consumidor (artigo 170, V), a defesa do meio ambiente (170, VI), a redução das desigualdades regionais e pessoais (170, VII) e também a busca pelo pleno emprego (170, VIII). E é com esteio nestes ditames constitucionais que a livre iniciativa deve ser levada a cabo no âmbito da atividade econômica brasileira.

Não se pode esquecer, ainda, do multicitado princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua própria essência, o que tem lhe rendido prestígio ímpar pela doutrina¹³², foi também alocado como um dos fundamentos da república ao lado dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

¹³⁰ Por esta razão, Jose Afonso da SILVA afirma que os valores do trabalho humano se sobrepõem a todo os demais valores da economia de mercado. (*Op. Cit.* p.754).

¹³¹ *Ibid.*, p.755

¹³² BARROSO, Luis Roberto, *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*, 2001, p. 50-51: “o princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade

Parece elementar a conclusão de que tal princípio é um dos panos de fundo da carta magna vigente e, por isto, deve servir de parâmetro não apenas para a compreensão e aplicação do princípio da livre iniciativa, mas também a todos os fatos sociais que envolvem a realidade nacional, inclusive a prática das atividades econômicas.

Cumpre, ainda, atestar que, sob a ótica intervencionista, a liberdade de iniciativa econômica deve ser vista enquanto a possibilidade de exercício de atividade econômica, condicionada aos desígnios do Poder Público, observadas as premissas constitucionais, que podem envolver tanto facilidades quanto limitações. Nos dizeres de SILVA¹³³, a livre iniciativa será “legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.”

Entende-se, porém, que a atividade empresarial, exercida com respeito às orientações normativas vigentes, jamais poderá ser vista como destinada a promover tão somente a realização egoística do próprio empresário, na medida em que a mera existência da empresa caracteriza, por si só, fim promotor do atendimento de interesse coletivos e que, por conseguinte, a legítima. O esforço referente a esta assertiva será realizado em tópico ulterior.

De todo o aqui exposto, urge, assim, identificar que a Constituição de 1988 erigiu limitações condicionantes à aplicação irrestrita da liberdade de iniciativa, fazendo de referida liberdade uma diretriz para a obtenção de determinados fins sociais que permearam a idéia do constituinte.

Não obstante, é bem verdade, também, que ao estabelecer os objetivos do Estado brasileiro o constituinte pátrio de 1988 previu a garantia do desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II) que, embora tenha significação diversa da realizada pelo constituinte de 67, mantêm em sua essência a conotação econômica:

de ser, pensar e criar. Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial* locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos”

¹³³ Ibid., p.760.

“Parece ocioso destacar-se a esta altura que o desenvolvimento econômico colocou-se como o grande, senão único, objetivo da política econômica aplicada em quase todos os países que ainda não haviam concluído o processo de passagem de um para outro estado na evolução econômica. No Brasil, consagrado em nível constitucional, onde faz sua aparição nas Cartas de 1967 e 1969 (Emenda 1), de há muito já vinha empolgando os círculos políticos, empresariais e, mesmo, sindicais; implanta-se formalmente em 1956 com o chamado Plano de Metas do Governo Kubitschek. Já na atual Constituição de 1988, a expressão perdeu o seu qualificativo econômico para aparecer de maneira mais ampla e correta como desenvolvimento nacional (art. 3º, II), quedando-se, pois, fora do Título VII dedicado à Ordem Econômica e Financeira. Como já assinalado, o desenvolvimento não pode ser restringido ao campo puramente econômico, devendo abarcar necessariamente o institucional, o cultural, o político e todos os demais.”¹³⁴

Ocorre que a liberdade de iniciativa é, indubitavelmente, uma das ferramentas para obtenção deste objetivo, sobretudo, em vista do fenômeno que margeia a falência do Estado Provedor e que enaltece o papel da iniciativa privada neste ambiente de reformulação das funções do Estado.

Não se pode dizer, portanto, que a menção ao desenvolvimento nacional configure-se, tão somente, uma diretriz filosófica de desenvolvimento do Estado Democrático em si, ou ainda a elevação imaterial da sociedade numa condição de vetor axiológico desprovido de conteúdo econômico.

Este não é o entendimento que se extrai, pois, como toda norma constitucional, o desenvolvimento nacional deve ser avaliado em consonância com os demais apontamentos da carta constitucional, na exata medida em que a constituição, como diria GRAU¹³⁵, “não se interpreta em tiras, aos pedaços”.

Desta forma, de uma interpretação sistêmica da ordem constitucional vigente, nota-se que o desenvolvimento nacional tem o condão de produzir efeitos no âmbito da atividade econômica, sendo relevante para tal aferição a verificação do conteúdo dos incisos VII e VIII, do artigo 170 que prevêem como princípios da ordem econômica, ao lado da livre iniciativa, a redução das desigualdades

¹³⁴ NUSDEO, Fábio, *Desenvolvimento Econômico – Um Retrospecto e Algumas Perspectivas* in Regulação e Desenvolvimento, FILHO, Calixto Salomão Filho (coord.), 2002, p.18/19.

¹³⁵ *Op. Cit.*, p.120.

regionais e sociais e, também, a busca pelo pleno emprego, finalidades atingíveis mediante o crescente e contínuo desenvolvimento econômico do Estado.

Em consonância com tais menções, o próprio conteúdo do artigo 3º ao apontar como objetivo do Estado brasileiro a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, também incrementa a afirmação de que o desenvolvimento nacional repercute sob o prisma econômico, pois tais fins tornam-se efetivos, sobretudo, mediante a produção de novas riquezas.

Cabe ressaltar que não são apenas estes dispositivos que enaltecem o pensamento do constituinte atrelado à necessidade de garantia do desenvolvimento econômico do país, sendo a expressão “desenvolvimento” uma das mais prestigiadas no corpo da Constituição vigente, encontrando-se alocada desde o preâmbulo até o fim do texto constitucional¹³⁶.

Desta forma, o cunho desenvolvimentista há que permear a análise do interprete da ordem econômica estatuída na vigente Constituição, podendo referido pensamento ser corroborado pelas lições de André Ramos TAVARES¹³⁷:

“Na atual Constituição brasileira, é (deve ser) um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro "garantir o desenvolvimento nacional". Obviamente que tal meta insere-se no contexto econômico da Constituição, embora nele não se esgote, já que o desenvolvimento há de ser buscado igualmente em outras órbitas, como a social, a moral, a política e outras. Interessa aqui sublinhar o desenvolvimento econômico do país como um dos objetivos fundamentais (não apenas um meio para obter outro princípio). Em pertinente distinção, ARNOLDO WALD separa e distingue o direito econômico do direito ao desenvolvimento, acentuando que enquanto o primeiro ocupa-se de finalidades estritamente quantitativas (estatísticas), o segundo, o direito ao desenvolvimento, é denominado de "direito econômico humanizado e democrático", implicando, pois, mais do que o mero aspecto numérico, tendo finalidades sociais e humanas mais amplas, com um compromisso moral e ético, inexistente naquele outro.”

¹³⁶ Destacam-se as disposições contidas nos artigos 5º, XXIX, 21, IX, 43, 48, IV, 151, I e 180.

¹³⁷ *Estado, Economia e Globalização*, texto disponível em <http://arquivos.ibmec.br/hotsite/lawnews/edicao01/set06.asp>, acesso em 18.08.2005.

Este é, portanto, o pensamento maior a ser levado a cabo no âmbito do presente capítulo, pois apesar de todas as condicionantes sociais estabelecidas no texto maior, o desenvolvimento nacional não pode ser desprestigiado a ponto de permitir-se que estas condicionantes sejam interpretadas grosso modo ocasionando o engessamento da atividade econômica e prejudicando a própria realização dos objetivos sociais impingidos, objetivos estes, hoje, em demasia dependentes da atuação da iniciativa privada face a derrocada do Estado Provedor.

4

A Exploração Privada do Serviço Público de Telefonia Fixa, Enquanto Modalidade do Serviço de Telecomunicação.

Ao analisar os delineamentos do princípio da livre iniciativa no âmbito do constitucionalismo brasileiro do Estado Social, buscou-se assentar o quanto de substancialmente valioso a socialização da carta de direitos atribuiu à realidade econômica do século XX.

A Constituição brasileira de hoje (promulgada pela Assembléia Constituinte em outubro de 1988), marcadamente dirigente, tem como objetivos¹³⁸ precípuos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, por intermédio de um processo de redução das desigualdades sociais, de forma a promover o bem de todos, livre de quaisquer preconceitos.

Neste cenário, assume a mesma o compromisso de promover intensamente os meios necessários à legitimação desses objetivos, inexistindo espaço para posturas ideológicas combativas a essas diretrizes, como, por exemplo, a dos que pretendem retirar da Constituição a força normativa sobre a qual já discorremos em momento anterior.

Desta forma, a prática das atividades econômicas, seja pelo Estado, seja por particulares, de igual maneira deverá ter como balizadores os objetivos assentados, sob pena de afetação das disposições constitucionais.

É neste ambiente, e com estreita observância ao que até aqui fora exposto, que será promovida a análise do serviço público de telefonia, no quanto ele se relaciona às colunas diretivas deste trabalho.

4.1

Evolução das Telecomunicações no Brasil.

¹³⁸ BRASIL, *Constituição Federal de 1988, artigo 3º.*

De forma intensa o mundo vive um processo de comunicação sem fronteiras. O que antes era uma utopia, hoje é mais do que realidade. Pessoas trafegam mensagens verbalizadas, textuais, representações gráficas em tempo real, promovendo uma comunicação rápida e eficiente, característica marcante e necessária do processo de globalização. No fim do século passado, afirmou Jean François FILLE¹³⁹:

Uma das marcas do século XX é a velocidade. Mais do que em qualquer outra época da história da humanidade, este século que se encerra comprova o poder de transformação das telecomunicações em âmbito global. A economia, as finanças, o comércio ou a política não podem existir no mundo de hoje sem o apoio de uma boa infra-estrutura de telecomunicações. Mais, ainda, funcionando como alavancas da aceleração da história, o telefone, a comunicação de dados, o celular, os satélites, as redes de fibras ópticas, a internet e toda a infra-estrutura mundial de telecomunicações fundem-se num processo contínuo de convergência tecnológica.”

O início da expansão dos meios de comunicação é recente. Somente em 1844, com a invenção do telégrafo por Samuel Finley Breese MORSE (1791-1872) é que o processo de telecomunicação foi iniciado. A baliza significativa da expansão vem com o invento de Alexander Graham BELL (1847-1922) que proporcionou à humanidade o desenvolvimento do processo que envolve a telefonia. Outro fato deste processo iniciado com MORSE é a invenção do rádio por Guglielmo MARCONI (1874-1937).

A invenção que rendeu o reconhecimento histórico a Graham BELL, escocês nascido em Edimburgo, em 03 de março de 1847, foi realizada quando o mesmo ainda era jovem. O marco do acontecimento teria sido em 10 de março de 1876, quando entretido no processo de desenvolvimento de seu invento, teria invocado a presença de seu amigo e auxiliar, Thomas WATSON, proferindo a seguinte frase: “*Mr. Watson, come here. I need you!*”. Esta expressão ficou conhecida como a primeira transferência completa de sinais verbais, dada por intermédio dos experimentos do cientista escocês¹⁴⁰.

¹³⁹ SIQUEIRA Ethevaldo, *Três Momentos da História das Telecomunicações no Brasil*, 1997, p.09.

¹⁴⁰ Ibid., p.29.

Não se pode fugir ao fato de que o Brasil participou do desenvolvimento da telefonia, na medida em que seu então Imperador Dom Pedro II, presente ao evento comemorativo do centenário da independência dos EUA, realizado na Filadélfia em 1876, foi agraciado com o convite de BELL para ser uma das primeiras testemunhas do processo de comunicação via telefonia. Mais tarde, em janeiro de 1877, Dom Pedro foi presenteado por BELL com o primeiro telefone instalado em solo brasileiro, interligando o Palácio São Cristóvão e o Palácio da rua Primeiro de Março, no Rio de Janeiro¹⁴¹.

No curso dos acontecimentos, Dom Pedro II, em 1879, outorga a primeira concessão para a exploração dos serviços telefônicos no Brasil à Charles Paul MACKIE, representante dos interesses da Bell Telephone Company¹⁴², que ficou autorizado a construir e explorar as linhas telefônicas no Rio de Janeiro, nos seus subúrbios e em Niterói. Sobre o assunto, Vanda UEDA¹⁴³:

“Essa primeira concessão iniciou com o decreto imperial nº 7589; o referido decreto continha oito cláusulas e determinava que as linhas da companhia não seriam instaladas sem a prévia aprovação da Repartição Geral de Telégrafos, a fim de não prejudicar as linhas telefônicas já existentes na corte, na polícia e no corpo de bombeiros. Os aparelhos instalados seriam fornecidos gratuitamente pela empresa, que cobraria apenas uma taxa mensal ou anual. O monopólio era firmado por cinco anos e a concessão válida por dez anos. Esse decreto oferecia ainda duas opções para o empreendedor em redes telefônicas: ou se engajaria pessoalmente ao empreendimento, ou então, organizaria uma sociedade ou uma pessoa para explorar a sua concessão. Caso o empresário não organizasse a linha telefônica em seis meses perderia a concessão e o governo imperial poderia conceder a outra pessoa ou empresa. O decreto estimulou as iniciativas privadas de instalação de linhas telefônicas em todo o país. Muitos foram os pedidos de concessão como o caso da Telephone Company of Brazil, que foi fundada em 1880. A empresa era formada por sete sócios com poucas ações e um sócio majoritário. É importante assinalar que, o governo imperial não media esforços para que se instalassem linhas

¹⁴¹ Ibid., p. 35.

¹⁴² Empresa fundada por Alexander Graham BELL e que chegou a deter mais de 100 milhões de terminais instalados na América do Norte em 1884, quando foi dividida em 7 empresas, as baby bells.

¹⁴³ *A Implantação do Telefone: O Caso da Companhia Telefônica Melhoramento e Resistência – Pelotas/Brasil*, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, nº 46, 1999, disponível em http://www.ub.es/geocrit/sn-46.htm#N_14. Acesso em 20.05.05.

telefônicas. Em um outro decreto nº 8.065, de 17 de abril de 1881, deu permissão para que Charles Paul Mackie organizasse e instalasse linhas telefônicas por todo o Brasil, estabelecendo quatro situações de primazia ao público: chamada aos bombeiros, chamadas aos médicos; chamadas à polícia em caso de assaltos e levar recados, cartas ou encomendas por portadores afiançados”.

A cidade brasileira de Porto Alegre representou importante conquista para as Telecomunicações no país, tendo sido a primeira cidade brasileira a possuir uma central telefônica automática¹⁴⁴.

O avanço das telecomunicações no Brasil encontrou um importante representante na figura do Marechal Cândido Mariano da Silva, também conhecido como Marechal Cândido Rondon¹⁴⁵, mais tarde agraciado com o título de patrono das telecomunicações no Brasil. O representante militar notabilizou-se por seu trabalho no desenvolvimento das telecomunicações, já que participou, entre 1890 e 1916, das Comissões de Construção de Linhas Telegráficas do Estado do Mato Grosso, que tinham por objetivo interligar linhas já existentes em São Paulo, no Rio de Janeiro e no triângulo Mineiro com a Amazônia¹⁴⁶. Segundo SIQUEIRA¹⁴⁷, não pairam dúvidas, “de que este foi o primeiro esforço de grandes proporções para a integração nacional por meio das comunicações”.

Ocorre que o período compreendido entre as décadas de 20 e de 60 foi uma época em que o Brasil pouco se desenvolveu no setor de comunicações, tendo somente o seu despertar, no que tange à obsolescência, ocorrido com a edição do código brasileiro de telecomunicações (Lei 4.117 de 27 de agosto de 1962), momento que marca a fase institucionalizada¹⁴⁸ das telecomunicações brasileiras¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Em 1922, a cidade de Porto Alegre recebeu a primeira central telefônica da história das telecomunicações do Brasil. Antes dela, no continente americano, apenas duas cidades detiveram esta tecnologia: Chicago e Nova York.

¹⁴⁵ Marechal Rondon, devido ao seu envolvimento com as telecomunicações, desenvolveu importantes trabalhos em torno da preservação das comunidades indígenas, tendo sido consagrado como o maior defensor dos indígenas brasileiros. O lema de Rondon acerca do índios era : “Morrer se preciso for. Matar, nunca.”

¹⁴⁶ Por ter cumprido de forma brilhante o seu desafio, o dia 05 de maio foi eleito em solo brasileiro como o dia nacional das comunicações, data escolhida em homenagem ao nascimento de Marechal Rondon.

¹⁴⁷ Op. cit., p.42.

¹⁴⁸ É do General José Antonio de Alencastro e Silva esta expressão.

¹⁴⁹ SIQUEIRA, Ethevaldo, *Op. cit.*, p.50: “Explicando melhor: entre outros avanços, essa lei cria o Sistema Nacional de Telecomunicações, colocando sob jurisdição da União os serviços de telégrafos, radiocomunicação e telefonia interestatal; institui o Conselho Nacional de

Até então, o que se via era uma significativa fragmentação, com diversas empresas locais e regionais que operavam de forma descontrolada, comprometendo a qualidade e o desenvolvimento da rede telefônica nacional. A Constituição de 1946 era uma das responsáveis por esta desordem já que previa a possibilidade de exploração concomitante pela União pelos Estados e pelos Municípios.¹⁵⁰ Para se ter uma idéia, em 1962 o país contava com pouco mais de 1 milhão de telefones para uma população de mais de 70 milhões de habitantes e mais de 900 concessionárias de serviços telefônicos operavam no país¹⁵¹.

A criação da Embratel em 1965, que se deu devido à autorização conferida pela Lei 4.117/1962, representou o início da reconstrução do setor de telecomunicação nacional, complementada por ações governamentais como a aquisição, em 1968, da Companhia Telefônica Brasileira, que, então controlada pela empresa canadense Brazilian Traction Light and Power, detinha cerca de 70% dos 1,5 milhões de telefones e 80% do tráfego gerado e também as graduais aquisições do controle das demais operadoras do país¹⁵².

Com o advento da Constituição de 1967¹⁵³, houve maior facilidade para obtenção dos fins almejados, tendo em vista a centralização da competência de outorga de concessões nas mãos da União.

Em 1972, por intermédio da Lei 5.792, de 11 de julho, o governo cria uma nova empresa: a Telebrás (Telecomunicações Brasileiras S/A). A mesma Lei autoriza a transformação da Embratel em sociedade de economia mista, na condição de subsidiária integral da Telebrás. Já em 1973, por intermédio de

Telecomunicações (Contel) e o Departamento Nacional de Telecomunicações (Dentel) como sua secretaria executiva; atribui ao Contel o poder de aprovar as especificações das redes telefônicas, bem como o de estabelecer critérios para a fixação de tarifas em todo o território nacional; atribui à União competência para explorar diretamente os troncos de microondas que integram o Sistema Nacional de Telecomunicação; autoriza o Poder Executivo a constituir empresa pública com a finalidade de explorar industrialmente os troncos que integram o Sistema Nacional de Telecomunicações (essa empresa será a Embratel); institui o Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT) com recursos oriundos de uma sobretarifa de até 30% sobre as tarifas dos serviços públicos de telecomunicações, com a finalidade de financiar principalmente as atividades da Embratel; e define o relacionamento entre o poder concedente e o concessionário no campo da radiodifusão.”

¹⁵⁰ BRASIL, *Constituição Federal de 1946*, artigo 5º, XII: Compete à União : XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais (...).

¹⁵¹ BRASIL, Ministério Das Comunicações, *Telecomunicações Linha do Tempo*, disponível em <http://www.mc.gov.br/historico/telefonica/default.htm>, acesso em 20 de maio de 2005.

¹⁵² FARACO, Alexandre Ditzel, *Regulação e Direito Concorrencial – As Telecomunicações*, 2003, p. 33.

¹⁵³ BRASIL, *Constituição Federal de 1967*, Artigo 8º, inciso XV, alínea a: “Compete à união: XV - explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações.”

processos de fusão e aquisições, o número de operadoras havia sido reduzido para 37 (trinta e sete), quase todas sob o controle da Telebrás. Através do Decreto 74.379/74 foi esta Empresa designada a concessionária geral para a exploração dos serviços de telecomunicações.¹⁵⁴

Reformulado o setor, todavia, não conseguiam as empresas promover a expansão dos serviços, sobretudo o de telefonia, na mesma medida exigida pelo mercado. O que se viu, desta forma, foi uma demanda em demasia superior à possibilidade de oferta. Se até 1982 o Brasil era tido como um exemplo bem sucedido em telecomunicações, a partir daí o que se viu foi uma incrível desaceleração do setor, devido ao congestionamento suportado. SIQUEIRA¹⁵⁵, de forma pontual, enuncia o caos:

“A escassez de novas linhas faz explodir o mercado paralelo: em São Paulo, um telefone residencial chega a custar até 10 mil dólares. Como ocorre em tantas cidades brasileiras, as chamadas locais, quando completadas, sofrem todo o tipo de interferência, desde ruídos até linhas cruzadas. As ligações de longa distância não encontram rotas possíveis depois das 10 horas da manhã ou entre 3 e 6 horas da tarde. Os grandes usuários – tais como bancos, corporações internacionais e companhias aéreas – enfrentam toda a sorte de problemas: carência de redes digitais de alta velocidade, dificuldades na interligação de seus computadores, má qualidade dos circuitos e das linhas, demora no atendimento e tarifas muito elevadas para os novos serviços especiais. Quanto custa o atraso das telecomunicações ao país? Embora seja difícil quantificar, sabemos que seus prejuízos são enormes. Com o congestionamento das telecomunicações, tudo tende a ficar mais lento e complicado. Piora o abastecimento. Caem as exportações. Baixa o volume de negócios. Os socorros de urgência não podem ser efetuados, e assim o doente morre, a casa pega fogo e o ladrão foge, rindo.”

A alteração do *status* brasileiro contrapôs-se ao desenvolvimento encontrado nos países europeus e nos Estados Unidos. Se o Brasil apenas observou durante o correr dos anos 80 e 90 o caos instalado, estes países modificaram a estrutura local de regulação das telecomunicações, desde o início da década de 50, impedindo, com isto, a estagnação dos seus sistemas.

¹⁵⁴ FARACO, Alexandre Ditzel, *Op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p.71.

A via norte-americana, por exemplo, tendeu a incrementar a concorrência entre os diferentes segmentos de serviços¹⁵⁶, sob a permanente monitoração da *Federal Communications Commission* (FCC), órgão criado pelo *Communications Act* de 1934.

Por sua vez, a França e a Alemanha, como forma de promover o desenvolvimento das telecomunicações locais, também enfatizaram a concorrência, porém limitando-a aos serviços de maior valor adicionado, preservando o monopólio público da rede básica, o que visou a acelerar a digitalização e a universalização integradas da nova estrutura telemática (singelamente, pode ser definida como o conjunto das técnicas de informática e das telecomunicações)¹⁵⁷.

Enquanto os países europeus se organizavam em torno de um serviço comprovadamente capaz de promover o desenvolvimento de uma nação, ou de levá-la ao fracasso, o Brasil sofria das mazelas inerentes à má estruturação, sobretudo a relacionada ao aspecto administrativo. Exemplos comprobatórios do quanto exposto não faltam¹⁵⁸, mas atenho-me a dois: a politização dos cargos nas companhias componentes do Sistema Telebrás e a insensata gestão tarifária. Para se ter uma idéia, em 1994, um cafezinho chegava a custar 10 fichas telefônicas. O cafezinho estava caro demais? Não, “é o aviltamento tarifário, especialmente o das tarifas locais, que devora a maior parte das receitas operacionais, corroendo mais de 80% de seu valor real ao longo de dezenove anos¹⁵⁹.”

Diante destas constatações, urgiu a necessidade de ser buscada uma alternativa, até como forma de propiciar a continuidade do desenvolvimento do país.

Porém, a notória ausência de recursos públicos capazes de promover uma nova guinada rumo ao sucesso da prestação do serviço de telefonia brasileiro conduziu o governo a estabelecer uma política de busca do capital privado com vistas a reerguer o setor. Aliás, por oportuno destacar, tal situação já havia sido adotada por grande parte dos países da América Latina, como, por exemplo, o

¹⁵⁶ PESSINI, José Eduardo, MACIEL, Cláudio Schüller in *Telecomunicações, Globalização e Competitividade*, organizado por COUTINHO, Luciano, CASSIOLATO, José Eduardo, SILVA, Ana Lúcia da, 1995, p.297.

¹⁵⁷ COUTINHO, Luciano, CASSIOLATO, José Eduardo, SILVA, Ana Lúcia da, *Telecomunicações, Globalização e Competitividade*, 1995, p.25.

¹⁵⁸ Sobre o assunto ver SIQUEIRA, Ethevaldo, *Rumo ao Caos in Telecomunicações Privatização ou Caos*, 1993, p.11 e segs.

¹⁵⁹ SIQUEIRA, Ethevaldo, *Op. cit.*, p. 74.

Chile, que privatizou a *Compañía Teléfonos de Chile (CTC)*, em 1987, o México, que, em 1990, vendeu o controle da *Teléfonos de México (Telmex)* a Argentina, cujo então presidente Carlos Menem promoveu a alienação da ENTEL, em 1990 e, finalmente, a Venezuela que, em 1991, apresentou ao mundo um outro caso de sucesso na privatização das telecomunicações, quando efetuou a venda da *Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV)*.¹⁶⁰

Pois bem, ao final de 1996, o número de acionistas do Sistema Telebrás que havia chegado a 6 milhões foi reduzido para aproximadamente 4,3 milhões em função das vendas realizadas por acionistas detentores de ações recebidas em decorrência do autofinanciamento. O governo já havia iniciado o processo de abertura do setor, tendo em vista o encaminhamento ao Congresso Nacional, em 16 de fevereiro de 1995, da Mensagem nº 191/95, com a Proposta de Emenda Constitucional nº 03-A/95. Dessa proposta resultou a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal, dando-lhes 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;

(...)"

Objetivou-se com essa emenda flexibilizar o modelo brasileiro de telecomunicações, eliminando a exclusividade da concessão para exploração dos serviços públicos a empresas sob controle acionário estatal, visando ao benefício do consumidor e também ao aumento da produtividade brasileira¹⁶¹, mediante a formulação de políticas que propiciassem a universalização dos serviços e a introdução da competitividade no setor.

¹⁶⁰ No mundo todo a abertura do mercado de telecomunicações ao investimento do capital privado ocorreu em momento bastante anterior ao escolhido pelo Brasil. Como exemplos: Grã-Bretanha – 1984, Japão – 1985, Dinamarca – 1991.

¹⁶¹ BRASIL, *Diretrizes Gerais para a Abertura do Mercado de Telecomunicações do Ministério das Telecomunicações*, 1997.

Em termos normativos, após a aprovação da Emenda Constitucional nº 08/1995, sucederam-se manifestações do Estado, as quais enraizaram o projeto de desestatização¹⁶² do setor de telecomunicações, dentre elas destacam-se a Lei Geral de Telecomunicações¹⁶³, de 16 de julho de 1997, o Plano Geral de Outorgas (PGO), aprovado pelo Decreto nº 2.534/1998, o Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU), aprovado pelo Decreto nº 2.592/1998 e o Plano Geral de Metas de Qualidade (PGMQ), aprovado pela Resolução ANATEL nº 30/1998.

Em época próxima à privatização¹⁶⁴, o Sistema Telebrás encontrava-se estruturado por uma *holding*, a Telebrás, que controlava vinte e sete operadoras que promoviam os serviços estaduais e locais, e uma que promovia o serviço de Longa Distância Nacional (LDN) e Internacional (LDI). Havia outras 4 empresas não controladas pela Telebrás: (i) a Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT), do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, (ii) os Serviços de Comunicações Telefônicas (Sercontel), da Prefeitura de Londrina, (iii) as Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto (Ceterp) e (iv) a Companhia de Telecomunicações do Brasil Central (CTBC), de capital privado, situado em Uberlândia¹⁶⁵.

Em 30 de julho de 1998, então, realizou-se o leilão de privatização, em meio a protestos dos que tinham a desestatização como um malefício ao país e ao êxtase dos que a viam como o início de um novo tempo. O governo da época comemorou

¹⁶² SOUTO, Marcos Jurueña Villela, *Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*, 2001, p. 30. Segundo o Autor, Desestatização “é a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ele possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas.”

¹⁶³ BRASIL, *Lei nº 9.472/1997*, dispõem sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 08/1995.

¹⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, *A Regulação das Telecomunicações: Papel Atual e Tendências Futuras* in Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 3, 2001, p. 2 e ss. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>, Acesso em: 12 de maio de 2005. Estabelece o autor que as telecomunicações brasileiras são marcadas por 5 fases distintas: implantação, estatização, expansão, flexibilização e privatização. A Fase que antecedeu a privatização é assim descrita pelo Professor da PUC/SP: “Os textos normativos dessa época ainda têm certas conseqüências atualmente. Por isso, vale a tentativa de compreender suas características básicas. Neles, não havia propriamente a preparação de uma futura desestatização. O modelo que parecia se desenhar era o da convivência da exploração estatal com a privada. Isso é evidente, por exemplo, no tratamento que a Lei de TV a Cabo deu ao tema das redes, criando uma espécie de sujeição dos prestadores aos interesses da TELEBRÁS. O modelo quanto à outorga e prestação dos serviços por particulares era o clássico, de (licitação, concessão, propriedade pública, controle tarifário, etc.), entrando em relativa contradição com a idéia de desregulação.”

¹⁶⁵ BRASIL, *Diretrizes Gerais para a Abertura do Mercado de Telecomunicações do Ministério das Telecomunicações*, 1997.

o resultado da privatização das empresas do Sistema Telebrás, tendo em vista a obtenção de um ágio superior a 63 % (sessenta e três por cento), fruto de um volume de venda representado pela importância de 22 bilhões de reais¹⁶⁶.

Com este marco, um novo tempo para as telecomunicações brasileiras se iniciou. Inegavelmente, passados sete anos, o cenário geral é diferenciado, tendo havido no período um sensível incremento na planta das operadoras, perceptível ante ao volume de investimentos realizados pelas concessionárias (até julho de 2003, o investimento já era de aproximadamente 40 bilhões de reais)¹⁶⁷.

A atual disponibilidade contrasta com a precariedade da oferta no período que antecedeu a privatização. Para se ter uma idéia, o número de terminais fixos instalados pelas operadoras, o qual, antes da privatização, não ultrapassava, em todo o Brasil, a casa dos 18,8 milhões, é hoje de 42 milhões. Em termos de telefonia pública houve um acréscimo de aproximadamente 720 mil terminais, passando a planta de 589 mil para 1,3 milhão. No campo da telefonia celular vislumbra-se cenário igualmente impactante. O crescimento do número de terminais supera a casa dos 1000% (mil por cento), tendo em vista a passagem de um universo de 7,3 milhões de terminais móveis para os atuais 81,2 milhões de usuários, o que redundava numa densidade de 44 terminais para cada conjunto de 100 habitantes.¹⁶⁸

A telefonia deixou de ser um privilégio da classe social com alto padrão aquisitivo e se popularizou. Hoje para se ter acesso a um terminal telefônico, dependendo da região, o usuário terá que despendar cerca de R\$ 6,00 (seis reais) como taxa de instalação, um contraponto positivo em relação aos 10 mil dólares que se chegou a pagar no mercado paralelo para se ter o mesmo direito de uso do terminal.

Ainda é de se relevar que qualquer cidade brasileira com mais de trezentos habitantes, a partir de 01 de janeiro de 2006, deverá ser atendida com acessos individuais, devendo, para tal, a operadora responsável, nos termos do Plano Geral de Outorgas, efetuar a instalação em no máximo uma semana, tudo conforme os termos preceituados pelo PGMU (artigo 4º).

¹⁶⁶ FOLHA DE SÃO PAULO, 30 de julho de 1998, p.1.

¹⁶⁷ ESTADO DE SÃO PAULO, 27 de julho de 2003, p B8-B10.

¹⁶⁸ ANATEL, *Indicadores do Plano Geral de Metas para Universalização*, ano 2005, mês de outubro, disponível em http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/comunicacao_movel/smc/smc_smp_dados_por_uf.pdf, acesso em 18 de novembro de 2005.

Ligações interurbanas (LDN) e internacionais (LDI) tiveram seus custos reduzidos, devido, também, ao encerramento de uma política de subsídios cruzados utilizada no âmbito do Sistema Telebrás.

A passos largos o uso da *internet* (serviço de conexão à rede mundial de computadores), que se efetiva, no mais das vezes, com a tecnologia atrelada à telefonia, expande-se, sendo hoje uma verdadeira ferramenta de trabalho, de pesquisa e de inclusão social. As operadoras visando a novos mercados tendem a incrementar seus investimentos na área de comunicação de dados, proporcionando melhorias no processo de comunicação da sociedade globalizada e fomentado atividades comerciais até então inexistentes (v.g., *e-commerce*).

No entanto, a sensível expansão dos serviços, somada à conseqüente e acelerada aproximação dos mesmos aos usuários e também ao impacto resultante da privatização, passando as operadoras, orgulho das comunidades locais, a terem seus destinos atrelados a grupos, com objetivos distintos, causaram, de certa forma, um enfrentamento de interesses dentro da sociedade brasileira no que tange às telecomunicações.

Por seguidos anos, são as operadoras de telefonia alvo preferencial das Associações de Defesa do Consumidor. Possuem elas indicadores acentuados de reclamações nos PROCONs, nos Juizados Especiais Cíveis, na Agência Reguladora (ANATEL), nas Promotorias do Ministério Público e também na justiça comum. Obviamente, a proporcionalidade destas reclamações não pode ser desconsiderada, pois que a base de clientes é altamente superior a serviços outros, podendo em termos de amplitude ser comparada a telefonia com os serviços de saneamento básico e de energia elétrica.

Neste particular, é de se mostrar, todavia, que embora em termos de usuários tais prestadoras (energia e saneamento), muitas vezes, superem o número de usuários de telefonia, as práticas afetas a estes setores ainda não se tornaram tão populares quanto as que envolvem o setor de telefonia. Como exemplo, cito o fato de que é muito mais usual notar-se um debate acerca da tarifação realizada por pulsos do que aquele que envolve megawatts ou metros cúbicos.

Ainda, em evidência nos dias de hoje, mostra-se o debate acerca da cobrança de assinatura básica efetuada pelas prestadoras de telefonia, assunto que entope o

judiciário de reclamações (já são mais de 100.000)¹⁶⁹, enquanto pouco (quase nenhum) espaço tem a mesma cobrança mantida pelas empresas de energia elétrica ou de saneamento. Quanto à discriminação dos serviços, os interlocutores manifestam seu direito de expressão para falar acerca da necessidade de discriminação das chamadas locais efetuadas por intermédio do serviço telefônico, inexistindo, em contrapartida, qualquer alvoroço social acerca da discriminação da quantidade de luz gasta em cada um dos pontos de uso de uma residência, ou desejo de se obter a discriminação de qual o volume de água gasto pelo usuário quando de um banho tomado.

Entende-se, por conseguinte, que as ocorrências acerca da telefonia são hoje fruto de todo o processo histórico aqui desenvolvido, havendo, ainda, em cima do mesmo um forte clamor social motivado, inclusive, pela não integração das operadoras, da Agencia Reguladora e dos consumidores, algo que apesar de já ter sido iniciado, resta ser sedimentado.

Como forma de buscar compactar este cenário e traduzir o enfoque jurídico que adorna o mesmo, seguir-se-á a análise deste trabalho.

4.2

As Classificações do Serviço Público de Telecomunicação.

O Estado brasileiro vem, ao longo dos últimos quinze anos, sofrendo recondiçionamentos estruturais que modificaram em demasia o papel exercido pelo mesmo, sobretudo, no âmbito econômico. O Brasil, como se sabe, chegou ao cabo do século XX “tendo empresas estatais em praticamente todas as atividades econômicas, fruto de uma concepção de Estado altamente intervencionista¹⁷⁰.”

No entanto, por absoluta falta de recursos, causada no mais das vezes, pela equivocada politização da condução da atividade econômica, o que se viu foi o fracasso desse modelo, revelado pela ineficiência na supressão da demanda e a conseqüente impossibilidade destas empresas estatais se manterem competitivas em um mercado globalizado.

¹⁶⁹ REVISTA EXAME, *Contrato ... Que Contrato?*, Matéria publicada na edição nº 839, ano 39, de 30 de março de 2005, p.38.

¹⁷⁰ JUNIOR, Umberto Celli, SANTANA, Claudia Silva, *Telecomunicações no Brasil: Balanço e Perspectivas* in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 43, 2004, p.175.c

Com o advento da carta de 1988 já se nota a intenção de se fazer do Estado não mais o ator principal do mercado, assim entendido o executor da atividade produtiva, mas o de se buscar o enquadramento do mesmo como agente normativo e regulador da atividade econômica. É o que reluz do disposto nos artigos 173 e 174 da Constituição Federal, abaixo transcritos:

“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.

(...)

Art. 174: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Neste contexto é de se destacar que os serviços de telecomunicações encontram-se em profunda transformação, causada, principalmente, em decorrência de três fatores diversos, porém relacionados, quais sejam (i) a globalização da economia, (ii) a evolução tecnológica e (iii) a velocidade das mudanças no mercado e nas necessidades dos consumidores, aliadas à falta de recursos para novos investimentos¹⁷¹.

O processo de abertura econômica relacionada ao setor de telecomunicações, como já dito, inspirado pelas diretrizes constitucionais, teve início com a emenda constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, a qual modificou o conteúdo do artigo 21, XI, e com isto promoveu a possibilidade de eliminação do monopólio estatal na prestação do serviço e, ainda, determinou a criação de um órgão regulador.

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) é, pois, o marco definitivo do término da intervenção do Estado no setor de telecomunicações, tendo sido este diploma legal que traçou as linhas mestras da privatização do

¹⁷¹ BRASIL, *Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações*, nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996

Sistema Telebrás e, ainda, cumpriu a determinação constitucional criando a Agência Nacional de Telecomunicações.

Este normativo legal evidencia um novo momento das telecomunicações em solo brasileiro e altera a dimensão do serviço público ali referenciado. Dentre muitas outras previsões, a Lei Geral de Telecomunicações, instituiu classificações diversas acerca dos serviços prestados. No entanto, antes de se adentrar no conteúdo classificatório atinente ao serviço de telecomunicação (e, expressamente, definido na LGT), é imperioso, ainda que com brevidade, traçar breves linhas acerca da natureza jurídica¹⁷² deste serviço.

Diante das ilações do texto constitucional, pode-se afirmar, com relativa tranqüilidade, que os serviços de telecomunicações são espécies do gênero serviço público, cabendo aqui uma breve explanação acerca da visão doutrinária que caracteriza o conceito (noção) deste gênero da atividade estatal, a fim de serem perquiridas as corolárias classificações deduzidas pelo legislador infra-constitucional.

O Professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO¹⁷³ é quem recorda que “Geraldo ATALIBA já afirmava, com precisão, que embora não haja uma definição ecumênica de serviço público, há indicadores na Constituição, revelados pela doutrina e pela jurisprudência, que são as balizas que permitem ao intérprete, em cada caso, saber se está diante de serviço público ou não.”

O próprio mestre paranaense expõe que as referidas balizas constitucionais decorrem notadamente do conteúdo do artigo 175, da Constituição, na medida em que o conteúdo do seu parágrafo único concede verdadeiro comando ao legislador ordinário para que venha o mesmo a dispor sobre : (i) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização

¹⁷² JUSTEN FILHO, MARÇAL, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p.381: “A natureza jurídica consiste em um dos instrumentos fundamentais através dos quais se desenvolve o pensamento jurídico. (...) Utiliza-se a expressão natureza jurídica para referir-se às qualidades relevantes apresentadas por um fenômeno examinado sob o enfoque jurídico, as quais são utilizadas como critério para classificação em gêneros, espécies e subespécies.”

¹⁷³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: Os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira* in *Revista de Direito Administrativo*, v. 230, 2002, p.154.

e rescisão da concessão ou permissão; (ii) os direitos dos usuários; (iii) a política tarifária e (iv) a obrigação de manter serviço adequado¹⁷⁴.

Na análise do referido jurista¹⁷⁵, há ainda que se inserir no seio deste estudo o conteúdo do artigo 1º da Constituição, pois que “se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos do Estado, o interesse perseguido no exercício da função administrativa encontra seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos”, algo aferível “tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.” Mais tarde, conclui¹⁷⁶:

“Constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação cotidiana das necessidades coletivas, a legitimidade do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais. (...) A doutrina administrativa brasileira tem caminhado no sentido de reconhecer, no inciso IV, do artigo 175, da Lei Fundamental de 1988, o direito fundamental ao serviço público adequado, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade. Assim, Carmen Lúcia ANTUNES ROCHA defende que todo o cuidado do ordenamento jurídico com ‘a forma de prestação do serviço público justifica-se pela circunstância de a própria Constituição ter configurado o direito do cidadão (usuário) ao serviço público adequado’. No mesmo sentido, Adilson ABREU DALLARI afirma que ‘o direito ao uso dos serviços é um dos direitos fundamentais do cidadão.’ ”

Eros Roberto GRAU, por sua vez, serve-se da diferenciação havida entre interesse coletivo e interesse social¹⁷⁷ para afirmar que:

“Serviço Público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da

¹⁷⁴ Ibid., p.154.

¹⁷⁵ Ibid., p.154

¹⁷⁶ Ibid., p.154

¹⁷⁷ GRAU, Eros Roberto, *Op. cit.*, p. 113/114: “Interesse coletivo não é interesse social. Este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos. (...) o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social.”

interdependência social (DUGUIT) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existente relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne LIMA)¹⁷⁸,”

Destaca, ainda, o atual ministro do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁹, com espreque nos ensinamentos do filósofo francês Jean Paul SARTRE, que não há que se perquirir um **conceito** propriamente dito do que venha a ser serviço público, vez que este viés (conceitual) é atemporal, não podendo nem o tempo e nem a história serem objeto de um conceito. Na medida em que se está diante de algo que se submete à temporalidade, o conceito sofre mutações, podendo ser havido, por conseguinte, como indeterminado. A **noção**, por sua vez, “pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas.¹⁸⁰”

Para Paulo Roberto Ferreira MOTA¹⁸¹, a noção de serviço público não pode ser dissociada da idéia de universalidade, vez que este seria o princípio motriz da prestação dos serviços públicos, na medida em que se pensado de forma diversa poder-se-ia chegar à conclusão de que a Carta Constitucional é um diploma excludente. É com esteio neste pensamento que assevera, apoiado em algumas das lições antes citadas, existir na Constituição Federal um traço de “reserva de serviço público que, pouco importando a forma de prestação do mesmo, determina a observância material do regime jurídico do Direito Público com a finalidade de garantir, também materialmente, a universalidade.”

Sem maiores imersões acerca da conceituação de serviço público^{182/183/184/185}, o que nos resta de substancial neste ponto é a convergência

¹⁷⁸ Ibid., p.120/121.

¹⁷⁹ Ibid. p.94 e ss. É também da doutrina de GRAU que se extrai a usual classificação do serviço público como uma das duas espécies do gênero atividade econômica (em sentido amplo), sendo a outra espécie a atividade econômica em sentido estrito

¹⁸⁰ Ibid., 119

¹⁸¹ MOTA, Paulo Roberto Ferreira, *Regulação e Universalização dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Telecomunicações*, tese de doutorado apresentada perante a UFPR, Curitiba, 2003, p. 160

¹⁸² MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 18ª ed., 1993, p.294): “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”

¹⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 1998, p.84: “Daí a nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça

acerca da idéia do serviço de telecomunicação como serviço público, tendo em vista o disposto no texto constitucional (artigo 21, inciso XI). Desta forma, insta enveredar a análise para a classificação atinente ao mesmo, definida em linhas gerais pelo legislador pátrio.

Apesar de no âmbito do direito público não ser comum o legislador traçar definições, tal qual ocorre no âmbito do direito civil¹⁸⁶, por exemplo, a LGT ocupou-se em estabelecer algumas definições cujos comentários se farão presentes neste tópico.

É o caso da definição conferida pelo legislador do que vem a ser telecomunicação¹⁸⁷:

“Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

¹⁸⁴ DALARI, Adilson Abreu, *Conceito de Serviço Público in* Revista Trimestral de Direito Público, v.15, 1996, p.116. No tocante, ainda, aos serviços públicos, importante trabalho foi realizado pelo Professor paulistano Adilson de Abreu DALARI que, suportado pela distinta pena de Celso Antonio Bandeira de MELLO, bem distinguiu os serviços públicos do poder de polícia, distinção esta feita com reluzente clareza. : “Serviços públicos podem ter sua execução delegada a particulares por meio de concessões e permissões, mas o Poder de Polícia é indelegável, insuscetível de ser concedido a particulares, aos quais é dado, apenas e tão somente, executar serviços instrumentais ou auxiliares para os órgãos e entidades públicas investidos, diretamente por lei, de potestades públicas.”

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Op. Cit.*, p.596: “Dentre o total de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos em uma sociedade, alguns são públicos e outros privados. Para separar uns dos outros, identificando aqueles que o Estado pode colocar debaixo do regime de Direito Público (serviços públicos) temos que nos valer de duas ordens de indicações contidas no Texto Constitucional. A primeira delas é a de que certas atividades a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: alguns deles em todo e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo Estado; pois ou (a) entregou-os expressamente à responsabilidade privativa do Estado, ora devendo ser prestado exclusivamente por ele ou por empresa sob controle acionário estatal, caso dos arrolados no art. 21, X e XI, ora cabendo sua prestação quer ao Estado, quer a terceiro, mediante autorização, concessão ou permissão, caso dos previstos no inciso XII do mesmo art. 21; ou, então, (b) previu-os como serviços incluíveis na categoria de serviços públicos quando prestados pelo Estado. É o caso dos serviços: (i) de saúde, conforme previsão do art. 196 (‘dever do Estado’), os quais, entretanto, também estão entregues à livre iniciativa, como estabelece o art. 199 (‘A assistência a saúde é livre à iniciativa privada’), sendo de todo modo qualificados como ‘serviços de relevância pública’ (art. 197, primeira parte); e (ii) de educação, *ex vi* do art. 205 (‘dever do Estado’), inobstante também eles estejam entregues à livre iniciativa, a teor do art. 209 (‘o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público’).”

¹⁸⁶ BLANCHET, Luiz Alberto, *Curso de Direito Administrativo*, 2005, p.51.

¹⁸⁷ BRASIL, *Lei Geral de Telecomunicações*, 1997, Artigo 60.

Como não poderia deixar de ser, até pela dinâmica tecnológica que acompanha as diretrizes do segmento de telecomunicações, optou-se, em solo brasileiro, por uma via legislativa de caráter aberto e abrangente, residindo aí, talvez, a sua maior vantagem enquanto instrumento de viabilização das mutações¹⁸⁸.

Estas características que permearam os ideais do legislador revelam-se pela impossibilidade de se fixar o conceito de telecomunicações em algumas modalidades de serviços como a telefonia fixa comutada, telégrafos, telefonia móvel celular e etc, já que é inviável adstringir, restringir ou colocar em texto legal definições que abranjam as transformações tecnológicas, devendo por tal razão a regulamentação destes serviços ter caráter cambiante, capaz de absorver o fluxo destas alterações¹⁸⁹.

Além disso, o sistema da LGT estabeleceu premissas distintas do então vigente Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), editado em 1962, por intermédio da Lei 4.117¹⁹⁰, deixando de classificar os serviços de telecomunicações tal qual a proposta dos artigos 5º e 6º¹⁹¹ do CBT, promovendo uma distinção fundada em critérios afetos ao tratamento jurídico até então não

¹⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari, *Op. cit.*, p. 06.

¹⁸⁹ NETO, Floriano Azevedo Marques, *Direito das Telecomunicações e ANATEL in Direito Administrativo Econômico*, SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), 2002, p. 309.

¹⁹⁰ conforme o artigo 215, I, da LGT, esta revogou as disposições contidas na Lei 4.117/62, salvo no tocante à disciplina penal e também no que respeita aos preceitos inerentes à radiodifusão.

¹⁹¹ BRASIL, Lei 4.117/62, Art. 5º: Quanto ao seu âmbito, os serviços de telecomunicações se classificam em: a) serviço interior, estabelecido entre estações brasileiras, fixas ou móveis, dentro dos limites da jurisdição territorial da União; b) serviço internacional, estabelecido entre estações brasileiras, fixas ou móveis, e estações estrangeiras, ou estações brasileiras móveis, que se achem fora dos limites da jurisdição territorial da União.

Art. 6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam: a) serviço público, destinado ao uso do público em geral; b) serviço público restrito, facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicação; c) serviço limitado, executado por estações não abertas à correspondência pública e destinado ao uso de pessoas físicas ou jurídicas nacionais. Constituem serviço limitado entre outros: 1) o de segurança, regularidade, orientação e administração dos transportes em geral; 2) o de múltiplos destinos; 3) o serviço rural; 4) o serviço privado; d) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão; e) serviço de rádio-amador, destinado a treinamento próprio, intercomunicação e investigações técnicas, levadas a efeito por amadores, devidamente autorizados, interessados na radiotécnica unicamente a título pessoal e que não visem a qualquer objetivo pecuniário ou comercial; f) serviço especial, relativo a determinados serviços de interesse geral, não abertos à correspondência pública e não incluídos nas definições das alíneas anteriores, entre os quais: 1) o de sinais horários; 2) o de frequência padrão; 3) o de boletins meteorológicos; 4) o que se destine a fins científicos ou experimentais; 5) o de música funcional; 6) o de Radiodeterminação.

utilizados: quanto à abrangência do interesse envolvido (se coletivo ou restrito) e quanto ao regime jurídico de sua prestação (se públicos ou privados) ¹⁹².

As disposições inerentes a esta classificação encontram-se no Livro III da LGT.

De acordo com legislador pátrio, serviços de telecomunicações de interesse coletivo são aqueles cuja prestação deve ser ofertada pela operadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação. Trata-se de uma espécie de serviço em que a prestação é aberta a todos e, por isso mesmo, sujeita a um número maior de condicionamentos legais (como por exemplo, aceitar interconexões, operar de modo integrado, cumprir sua função social – artigo 145 e ss. da LGT) e administrativos, estabelecidos em benefício do atendimento dos interesses da coletividade ¹⁹³.

Em contrapartida, os serviços de interesse restrito consubstanciam-se na livre exploração e são limitados apenas pelos condicionamentos necessários para que a sua prestação não prejudique o interesse coletivo (artigo 62, parágrafo único da LGT). São definidos como aqueles destinados ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observados os requisitos da regulamentação. Teve o legislador a cautela de prever que sua exploração será realizada sempre em regime privado (artigo 67)

Por sua vez, a LGT conferiu ao Poder Executivo a competência para que fossem estabelecidos quais os serviços que seriam prestados em regime público. (artigo 18, I). Assim, pela via do Decreto nº 2.534/1998, também conhecido como Plano Geral de Outorgas (PGO), o Executivo previu que somente o Serviço

¹⁹² É de se por em relevo as considerações feitas por JUNIOR, Umberto Celli, *A Nova Organização dos Serviços na Lei Geral de Telecomunicações* in Revista de Direito Administrativo, nº 211, 1998, p.161, acerca das disposições que circundam a ordem internacional das telecomunicações: “A nova organização dos serviços de telecomunicações trazidas pela Lei nº 9.472/97 reafirma e está em sintonia com os compromissos básicos assumidos pelo Brasil no âmbito da OMC, quais sejam o de liberalização e ampla concorrência no setor. A existência de um órgão regulador como a ANATEL, a qual será auxiliada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em matérias referentes ao controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, deverá assegurar o pleno cumprimento desses compromissos.”

¹⁹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *Regime Jurídico da Telecomunicações: Autorização, Permissão e Concessão* in Revista Trimestral de Direito Público, nº 33, 2001, p.47.

Telefônico Fixo Comutado (STFC)¹⁹⁴, seria prestado sob a égide do regime público, podendo, no entanto, ocorrer de forma concomitante a prestação do mesmo em regime privado (artigo 1º, do PGO). Aos demais serviços de telecomunicações foi conferido o status que indicou que a prestação a eles afeta seria realizada somente no âmbito do regime privado (artigo 3º, do PGO).

Buscando-se a definição de ambos os regimes, encontra-se expressa referência legislativa apenas no tocante ao regime público, caracterizado como aquele que determina seja a prestação do serviço realizada, mediante concessão ou permissão, observadas as obrigações de universalização e continuidade pela operadora (artigo 63, parágrafo único).

Das lições de Carlos Ari SUNDFELD extrai-se que o regime público será verificado quando (i) a União considerar o serviço essencial (definição em grande parte de natureza política), (ii) bem como o jogo normal do mercado não assegurar o permanente oferecimento do serviço e quando, (iii) em consequência disso, haja a necessidade de se impor ao operador obrigações de universalização¹⁹⁵.

Assim, enquanto, os serviços de interesse restritos podem ser prestados apenas em regime privado, os de interesse coletivo o podem tanto pelos condicionamentos do regime público, quanto pela maior liberdade afeta ao regime privado, havendo a possibilidade, ainda, de coexistirem ambas as explorações em relação a um mesmo serviço (artigo 65).

Quando houver exploração em regime privado, ao operador fica assegurada a liberdade de iniciativa que norteia a ordem econômica constitucional, porém, restrições e condicionamentos poderão lhe ser impostos, mas sempre com vistas a ser obtido um equilíbrio capaz de prover o interesse público inerente ao serviço prestado. É o que dispõe o artigo 128 da LGT:

“Art. 128: Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

¹⁹⁴ BRASIL, *Plano Geral de Outorgas*, 1998, artigo 1º, parágrafo 1º: Serviço Telefônico Fixo Comutado é o serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia.

¹⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari, *Op. cit.*, p. 8.

- I. a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;
- II. nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;
- III. os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;
- IV. o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;
- V. haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.”

Neste momento, faz-se de grande relevância adentrar-se no entendimento lavrado por Floriano Azevedo Marques NETO¹⁹⁶ já que, em sua ótica, a prestação do serviço de telecomunicação sob regime de direito privado, nos termos preceituados pelo ordenamento jurídico vigente, descaracteriza-o como uma espécie de serviço público, já que, seguindo-se as balizas da concepção formalista de serviço público (segundo a qual serviço público seria o que a Constituição ou a lei definisse como tal) e os preceitos instituídos pela Lei Geral de Telecomunicações (artigo 18, incisos I e II):

“o serviço que vai ser prestado no regime público ou o serviço que será entendido como serviço público (embora a lei não utilize o conceito de serviço público, até para fugir dessa polêmica) será aquele que o Poder Executivo diga ou a União se proponha a oferecer à sociedade com o compromisso de universalização e continuidade.”

Para referido Autor, somente o Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado sob regime de direito público, isto é, por intermédio dos institutos da concessão ou da permissão, será considerado como serviço público, sendo de todas as demais espécies de serviço de telecomunicação retirada esta qualidade.

Crê-se que a questão não seja de simplicidade tão absoluta, sendo as lições de JUSTEN FILHO¹⁹⁷ bastante apropriadas para se tentar avançar em busca de um apontamento mais elucidativo:

¹⁹⁶ *Op. Cit.*, p. 310/311.

¹⁹⁷ *Op. Cit.*, p.323.

“Isso permite identificar o surgimento de uma espécie de *terceira espécie*, um conceito intermediário de serviço público e atividade econômica em sentido restrito. São atividades que apresentam características peculiares a ambos os conceitos e cujo regime jurídico não é integral ou exclusivamente de Direito público ou de Direito privado. Sob um certo ângulo, trata-se de uma retomada do conceito tão difundido na doutrina de *serviços públicos virtuais*, atividades econômicas privadas mas de interesse coletivo, que não eram nem monopolizadas pelo Estado nem subordinadas a um regime jurídico integralmente de Direito público.”

Desta forma, com a caracterização de uma categoria intermediária entre os serviços públicos e a atividade econômica em sentido restrito, o multicitado jurista paranaense fornece elementos para que se insira a categoria de serviços de interesse coletivo, prestados sob o regime de Direito privado, num ambiente em que este regime privado é de forma contumaz impregnado por princípios restritivos da autonomia privada, já que, pelo interesse envolvido, as competências fiscalizatórias estatais exercem-se de modo intenso, impondo limites mínimos de qualidade, garantias de desempenho, fiscalização em defesa dos usuários e assim por diante¹⁹⁸, algo em plena consonância com os balizamentos do serviço de interesse coletivo antes expostos.

Outra não é a conclusão que se chega, quando se observa que as empresas que exercem a atividade do setor de telecomunicação de interesse coletivo, mas sob regime privado, as quais estabelecem o ambiente concorrencial em face das concessionárias (que, por sua vez, operam sob regime de Direito público), são condicionadas pelo órgão regulador (em estreita conformidade com os ditames legais e constitucionais) a “fazê-lo em termos universais, com observância de princípios da igualdade, da continuidade e da modicidade de tarifas, obrigações estas que, de certa forma, mantêm presentes as singularidades do serviço público¹⁹⁹.”

Acerca dos instrumentos jurídicos que legitimam a prestação do serviço, pode-se dizer que nas hipóteses em que se verifique que o regime jurídico inerente seja o privado, o instrumento a ser utilizado será o da Autorização, enquanto nas

¹⁹⁸ Ibid., p.324

¹⁹⁹ Ibid., p.325.

hipóteses de configuração de regime público poderá ser utilizado tanto o instituto da concessão quanto o da permissão.

Neste particular, a permissão, sem prejuízo das disposições doutrinárias^{200/201}, foi desenhada na LGT como um mecanismo para suprir eventual situação excepcional comprometedora do funcionamento regular do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendido de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão (artigo 118).

A controvérsia referente a esta questão que, inclusive, suscitou a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal, envolveu o conteúdo do artigo 119, na medida em que este dispositivo previu que o processo licitatório a ser realizado pela ANATEL seria um procedimento “simplificado”, expressão esta afastada, em sede de medida cautelar, pela decisão proferida pela Egrégia Corte Constitucional até que sobrevenha o julgamento definitivo do feito²⁰². Esta postura do STF resultou, por ora, na ineficiência do instituto, pois que, na medida em que as licitações promovidas pela ANATEL dão-se de acordo com o seu Regulamento de Outorgas, “tornou-se mais rápido licitar uma concessão do que expedir uma permissão²⁰³”.

A conclusão a que se chega é que a distinção no tocante ao regime de prestação (público ou privado)²⁰⁴ encontra-se atrelada aos ônus, sobretudo de universalização e continuidade, que são imputáveis no caso da prestação em

²⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 1998, p.190: “Permissão, em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público.”

²⁰¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 2000, p. 376: “é o ato unilateral pelo qual a Administração faculta precariamente alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público.”

²⁰² STF, ADIn Medida Cautelar nº 1668, Pleno, publicado na DOU de 31.08.1998, Relator Ministro Marco Aurélio: “o Tribunal, apreciando normas inscritas na lei nº 9.472, de 16.7.97, resolveu: 1) deferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade das expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados”, constantes do art. 119.”

²⁰³ NETO, Floriano Azevedo Marques, *Op. cit.*, 2002, p. 314.

²⁰⁴ Segundo GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *Op. Cit.*, p. 176-177, a distinção estabelecida entre prestação em regime público e em regime privado teve por fim assegurar à população o acesso aos serviços de telecomunicações considerados mais relevantes e, por outro lado, simplificar a outorga e a prestação dos demais serviços.

regime público e na ausência destes na relação do Estado com o operador em regime privado²⁰⁵.

A intensa tentativa aqui realizada de promover a classificação dos serviços de telecomunicações tal qual a proposta erigida pelo legislador pátrio teve por fim fixar algumas premissas que serão úteis para a continuidade deste trabalho, bem como apontar que os serviços aqui tratados podem se encaixar em qualquer das espécies de atividade econômica em sentido amplo, nos termos da proposta doutrinária de Eros Roberto GRAU²⁰⁶, podendo, assim, conforme os critérios antes colacionados, apresentarem-se ora sob a forma de serviço público, ora como mera atividade econômica (em sentido estrito), sem deixar-se de evidenciar as lições supra referenciadas transcritas por JUSTEN FILHO, no que pertine à possibilidade de ser evidenciada uma terceira categoria no seio desta classificação. Lembro aqui, por oportunos, os dizeres de Genaro CARRIÓ²⁰⁷ que denotam que as classificações “no son ni verdadeiras, ni falsas”, mas sim, “serviciales ou inútiles; sus ventajas o desventajas están superditadas al interes que guía quien las formula”.

Assim, ter-se-á serviço público, no âmbito das telecomunicações nas hipóteses em que se verifique ser o serviço de interesse coletivo e prestado sob regime público. Hoje, pois, conforme a disciplina vigente apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado enquadra-se nesta categoria, com a ressalva de que por vezes é este serviço prestado também em regime privado, sujeito, destarte, às características supra expostas.

4.3

O Ambiente Econômico e Político Característico do Surgimento das Agências Reguladoras.

Sucessivas foram as transformações que permearam a existência dos Estados, havendo especial interesse para o curso deste trabalho as que envolveram os últimos dois séculos. O abandono da concepção liberal, onde houve a afirmação dos direitos políticos e também dos direitos individuais (liberdade de

²⁰⁵ NETO, Floriano Azevedo Marques, *Direito das Telecomunicações e ANATEL in Direito Administrativo Econômico*, SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), 2002, p. 313.

²⁰⁶ *Op. cit.*, p. 94 e ss.

²⁰⁷ CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho e language*, 1972, p. 72.

contrato e propriedade privada), fomentou a progressão da insatisfação da classe oprimida, que, por sua vez, exigiu do Estado a adoção de novas políticas capazes de modificar o cenário do liberalismo sem limites instaurado.

Nesta segunda etapa do Estado Moderno, novos e importantes direitos foram introduzidos no ambiente do século XIX, como a função social da propriedade e da empresa. A atuação estatal ampliou-se²⁰⁸ para abranger, além da preservação da paz e da promoção da segurança, as condições de trabalho e as garantias mínimas a serem ofertadas aos trabalhadores, legitimando, assim, o denominado Estado interventor.

Entretanto, quando alvorece a terceira e atual etapa, a da pós-modernidade, escorada na política fruto do Consenso de Washington, o que se vislumbra é a uma famigerada e intensa crítica ao modelo social até então praticado, direcionada ao caos de momento instalado o qual está associado à idéia de ineficiência arrolada.

O Estado brasileiro, como se disse, sem ter conseguido ser social e nem mesmo liberal, tem, portanto, para si o desafio de edificar seus objetivos frente a uma desgastada imagem de corrupção, burocracia, morosidade e, em meio a todo este desconforto, superar a manifesta ausência de recursos originada, sem falar é claro na necessidade de restabelecer a ordem democrática ausente durante duas décadas de ditadura militar.

Mas o desafio de transformação encontra uma grande adversária: a Constituição de 1988. Esta assertiva se deve ao fato de que a chegada do fenômeno da globalização, nos fins do século passado, marcada pela amplitude, pela diversificação e associada à idéia de eficiência, e por isso mesmo instaurada

²⁰⁸ TÁCITO, Caio, *O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro* in Revista de Direito Administrativo, nº 202, 1995, p.5: “A curva ascendente de expansão da ação direta do Estado na atividade econômica e social alcança o seu ápice no início da década de 80. (...) A limitação de serviços públicos e a tendência de retomada da abertura da ordem econômica, a par do crescimento na demanda de serviços essenciais, conduzem a uma crescente política de retração na atividade pública empresarial, com a busca de maior produtividade em áreas acessíveis à economia privada. Não somente o Estado deve ser menor – e, por via de consequência, mais eficiente – como, sobretudo, deve concentrar-se no atendimento de necessidades básicas da coletividade, sob o signo da modernidade e da satisfação de direitos coletivos e difusos. O Estado deve ser o elemento condutor do progresso da sociedade, mas não será necessariamente o agente ativo ou exclusivo no oferecimento de serviços à comunidade.”

com caráter duradouro, mostrou-se não acolhida pelo texto original editado pelo constituinte brasileiro. Neste sentido, NETO²⁰⁹:

Ora, a Constituição de 1988, ao ser promulgada, estava destinada a ser o último modelo de um Estado do bem-estar-social. Naquele fim da década dos oitenta, em momento em que outros países estavam se desvencilhando ou já haviam se despojado de seus antiquados aparelhos estatais hipertrofiados, centralizadores, burocratizados, ineficientes e, sobretudo, insuportavelmente dispendiosos, o Brasil guiado pelos constituintes de 1988, enveredava pela contramão da História. (...) Obsoleta para resolver os velhos problemas pendentes, a Constituição de 1988 muito menos havia sido pensada e aparelhada para enfrentar os problemas emergentes deste fim de século suscitado pela Revolução da Comunicações, como a globalização, a competição pelos mercados, por capitais e por cérebros, a resistência social ao aumento da tributação e o fenômeno do despertar das massas para uma crescente participação política.

Com efeito, apesar de uma nova Constituição ter sido entregue à sociedade brasileira nos fins da década de 80, é somente no decorrer dos anos 90 que o plano de reordenação do país é inaugurado, já que a Constituição ainda se prendia em demasia a algumas amarras estruturais. Necessitou, por isso mesmo, de recondiçionamentos para que houvesse a promoção do desenvolvimento consoante os termos da realidade mundial presenciada. Neste sentido, esclarecedoras são as palavras de BARROSO²¹⁰:

“Após a Constituição de 1988, e sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram ao centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo pelo qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico. Sem embargo de outras cogitações mais complexas e polêmicas, é fora de dúvida que a sociedade brasileira exibia insatisfação com o Estado no qual se inseria e não desejava vê-lo em um papel onipotente, arbitrário e ativo – desastrosamente ativo – no campo econômico.”

²⁰⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *Globalização, Regionalização, Reforma do Estado e da Constituição* in Revista de Direito Administrativo, nº211, 1998, p. 9.

²¹⁰ Segundo BARROSO, Luis Roberto, *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática* in Revista de Direito Administrativo, nº 229, 2002, p.288,

Um grande plano de reformas constitucionais teve, então, que ser formulado de modo a buscar inserir o país em um ambiente tal qual o supra descrito. Três são as marcas da transformação ocorrida²¹¹, tendo sido duas efetivadas em decorrência de emendas constitucionais e uma mediante a edição de legislação infraconstitucional: (i) **a extinção das restrições ao capital externo**, realizada por intermédio da emendas constitucionais nº 06 e 07, ambas de 1995, e, mais recentemente, pela emenda nº 36/02, que promoveram alterações nos artigos 171 (suprimido), 176, *caput*, 178 e 222 da Constituição; (ii) **a flexibilização dos monopólios estatais** consubstanciada nas emendas nº 05, 08 e 09 que modificaram o conteúdo dos artigos 25, parágrafo 2º, 21, incisos XI e XII e 177, parágrafos 1º e 2º e (iii) **o processo de privatização**, instituído em decorrência da vigência da Lei 8.031 de 12 de abril de 1990, que dispôs acerca do Programa Nacional de Privatização, depois substituída pela Lei 9.491/97

Em análise detida do Plano Nacional de Privatização, podem ser destacados os objetivos erigidos pelos incisos I, IV e V, todos do artigo 1º - (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, (ii) contribuir para a modernização do parque industrial do país e, com isto, (iii) permitir que a administração pública concentrasse seus esforços em atividades em que se vislumbre um maior interesse nacional -, os quais dão a linha da política que se busca enaltecer, amparada notoriamente na redução do aparato estatal, tal qual a proposta da política neoliberal apregoada mundo afora. Quanto ao fenômeno de minimização do Estado, BARROSO²¹² esclarece:

“A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado como o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos.”

²¹¹ Ibid., p. 288-289.

²¹² Ibid., p.290.

Os textos retratados pelo constitucionalista carioca são aqueles que envolvem a instituição das diretrizes que conduzem os rumos da atividade econômica em diferentes setores, como, por exemplo, o elétrico (Lei 9.247/96), o de petróleo (Lei 9.478/97) e o de telecomunicações (9.472/97).

A esses esforços legislativos somam-se, ainda, as disposições criadas pelo Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), as inerentes ao meio ambiente (9.605/98) e, ainda, as que se relacionam à afirmação de uma política de defesa econômica, tipificada pela criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (Lei 9.021/95), dentre outros mecanismos legais e, também, administrativos que modificaram o caráter teleológico do Estado, sobretudo no campo econômico, nos fins do século XX.

Fernando Quadros da SILVA²¹³, por sua vez, assenta que os idealizadores da Reforma Administrativa reservaram ao Estado não mais a prestação direta dos serviços públicos, mas sim a regulação de tais serviços. Por esta razão, no quadro institucional proposto ocorre a redução da intervenção direta do Estado, reservando-se, contudo, a este as atividades afetas ao poder de polícia, regulação econômica, dentre outras.

Para um melhor entendimento do novo modelo assumido, relevante se faz a menção à classificação apontada por GRAU²¹⁴ e que envolve o instituto da intervenção do Estado na ordem econômica.

Segundo referido Autor, a intervenção na ordem econômica ocorre quando o Estado atua em esfera cuja titularidade não lhe pertence, pelo que somente haverá intervenção quando a atuação do Estado se der no âmbito da atividade econômica em sentido estrito, ou seja, naquela parcela reservada à exploração da atividade privada. Nas demais hipóteses (v.g., serviço público) haverá atuação estatal.

²¹³ SILVA, Fernando Quadros da, *Agências Reguladoras – A sua Independência e o Princípio do Estado Democrático*, 2005, p.83.

²¹⁴ *Op. cit.*, p.132-133. Segundo GRAU, três são as modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica: (i) **intervenção por absorção ou participação**, espécie de intervenção *no* domínio econômico. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca, atuando em regime de monopólio. Já quando o faz por participação, a assunção dos meios de produção e/ou troca é parcial, atuando, por conseguinte, em regime de competição; (ii) **intervenção por direção**, espécie de intervenção *sobre* o domínio econômico. Aqui o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e formas de comportamento compulsório; (iii) **intervenção por indução**, espécie de intervenção *sobre* o domínio econômico. O Estado, quando o faz por indução, manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

O modelo intervencionista, típico do Estado Social, era calcado na intervenção do Estado *no* domínio econômico, onde este exercia diretamente a atividade em regime de monopólio ou em regime de competição. Para se ter uma idéia, em setembro de 1981, conforme dados extraídos do recenseamento oficial e considerando-se apenas o plano federal, havia 530 pessoas jurídicas públicas (inclusive autarquias, fundações e entidades paraestatais), com atuação vinculada à esfera econômica²¹⁵.

Com a reformulação de suas concepções, o Estado não abandonou a forma interventiva, mas sedimentou sua atuação consoante os preceitos da intervenção *sobre* a ordem econômica, ampliando, sobremaneira, a sua produção legislativa a qual tem por fim regular o mercado, respeitados os princípios que o guarnecem e que se encontram tipificados (expressa ou implicitamente) no texto constitucional.

Desprovida de valor, por conseguinte, a afirmação no sentido de que não é característica do Estado atual a adoção de política interventiva, pois, de acordo com o conteúdo da Constituição brasileira, relegar ao mercado sua autoregulação afeta a lógica do Estado Democrático de Direito já que este possui objetivos e, por corolário, não deve abdicar da intervenção para promovê-los²¹⁶.

É neste ambiente de transformações que surgem as Agências Reguladoras, as quais passaram a ocupar na estrutura da Administração Pública o papel de ordenadoras de uma determinada atividade econômica (em sentido amplo). E é na Constituição que referidas Agências encontram a sua legitimação, na medida em que o artigo 174 atesta a função de agente normativo e regulador da atividade econômica a ser exercida pelo Estado, o qual deve ser interpretado em estreita consonância com o objetivo de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, reavivando os fundamentos da ordem econômica que são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e respeitados os princípios informadores desta, enumerados nos incisos de I a IX do artigo 170.

No que respeita à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, insta reafirmar que sua idealização se encontra no artigo 21, inciso XI, o qual determina a criação de um órgão regulador para o setor de telecomunicações, sendo o objetivo próximo deste trabalho, definir o papel desta agência, bem como os fundamentos da sua atuação enquanto entidade reguladora.

²¹⁵ TÁCITO, Caio, *Op. cit.*, p. 3.

²¹⁶ SILVA, Fernando Quadros da, *Op. cit.*, p.82.

4.3.1

O Papel Regulador da Agência Nacional de Telecomunicações. O Exercício da Função Normativa.

De todo o contexto até aqui exposto, sobretudo das disposições que compuseram o capítulo 2 deste trabalho, evidencia-se que o Estado do Bem-Estar-Social representou o período em que houve o “atingimento do estágio mais evoluído no processo de aperfeiçoamento da vida comunitária”²¹⁷. Foi na sua vigência que as condições de vida elevaram-se a níveis nunca anteriormente experimentados, tendo a expectativa de vida da população crescido de forma vertiginosa. “Mais do que isto, nunca na história se ofertaram benefícios em termos tão democráticos: saneamento, educação, assistência, previdência foram assegurados para todos os cidadãos, em condições de igualdade (ao menos formal).”²¹⁸

Todavia, o também denominado Estado Providência, se por um lado gerou a multiplicação da população, não conseguiu, entretanto, fazer com que os seus mecanismos de sustento econômico de tamanhos benefícios fossem elevados ao mesmo patamar, algo que, por exemplo, gerou um desequilíbrio avassalador no sistema de previdência criado. Certamente, a crise da previdência não é a única causa da necessidade de reestruturação do modelo de Estado intervencionista (Welfare State), mas é, sem dúvida alguma, das mais importantes. Não a toa que vários países discutem a todo o momento a forma de custeio e os mecanismos procedimentais inerentes à sua estrutura previdenciária, já sendo certo às mais jovens gerações que o benefício da aposentadoria é algo muito longínquo e diferenciado da realidade que, eventualmente, seus pais ou avós hoje usufruem.

Sobre a inversão do papel do Estado na dimensão macro-econômica, Fábio Ulhoa COELHO²¹⁹, assim se postou:

“O Estado garantir a todos Educação, Saúde e Previdência é fenômeno específico do século XX, em que o capitalismo se viu envolvido numa ferrenha luta de classes. O sistema capitalista precisou defender-se de um perigo real e forte, e, para

²¹⁷ JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Op. Cit.*, p.18.

²¹⁸ *Ibid.*, p.18.

²¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, *Reforma do Estado e Direito Concorrencial in* Direito Administrativo e Econômico, SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), 2002, p. 192.

isto, usou o Estado com o objetivo de oferecer uma parte daquilo que era prometido pelo socialismo às massas desprovidas. Pois bem, o socialismo fracassou. Caiu o Muro de Berlim. Não há mais porque manter estes gastos. O Estado por consequência, retrai-se no fim do século XX, uma vez que não é necessário gastar com coisas que se justificavam num momento de guerra. E a guerra existia de verdade. Era a *guerra fria*, que só iria acabar no fim dos anos 80, com a *Glasnost* e a *Perestroika*; com a desarticulação dos Estados socialistas da Europa. Em função desta guerra é que o estado capitalista foi obrigado a criar e ampliar mecanismos de Previdência Social, a prestar serviços de Educação e Saúde. Agora quer se livrar disto. Ademais, nenhuma burguesia está disposta a financiar a continuidade deste encargo, já que não vislumbra mais qualquer perigo próximo ao sistema capitalista.”

Discorre o eminente teórico do Direito Comercial que a intervenção do Estado na economia em maior ou menor escala, segundo a ótica socialista, ocorre de acordo com a necessidade do sistema capitalista ser preservado, isto é, toda vez que o sistema do capital entra em crise, lança mão a burguesia dos instrumentos de luta de classe para salvá-lo.

Por sua vez, a ótica liberal garante que por conta da globalização hoje vivenciada, o que demanda uma maior agilidade das diversas economias para que seja enfrentada a concorrência global, justifica-se o atual esfacelamento do Estado interventor. Para o citado jurista, optando pela análise marxista ou pela análise liberal, “o fato é que o Estado está se livrando de um ônus que durante o século XX, chamou para si, que é o da manutenção de algumas comodidades para todos os cidadãos: a Educação, a Saúde, a Previdência Social.”²²⁰

A crise retratada trouxe consigo a necessidade de ser promovida a redução das dimensões do Estado, bem como a de sua intervenção direta no domínio econômico. Como consequência deste processo de diminuição apresenta-se o fenômeno da privatização²²¹, instrumento característico da política neoliberal, influenciada marcadamente pelas idéias dos economistas da escola de Chicago, liderados por Milton Friedmann, que ascendeu poderosamente sobre as políticas

²²⁰ Ibid., p.193

²²¹ SZTAJN, Raquel, *Notas sobre a Privatização in* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 117, 2000, p. 98: “Privatização é antes de mais nada, um programa que pressupõe conjunto de medidas que devem ter por escopo o aumento social ediante a reestruturação das atividades do Estado no plano econômico.”

econômicas e sociais dos Estados Unidos e da Inglaterra, respectivamente nos governos de Reagan e Thatcher. Para Almiro do Couto e SILVA²²²:

“Foi dentro desta moldura que se iniciou a discussão mundial sobre o tamanho do Estado e as medidas que deveriam ser utilizadas para reduzi-lo. Estão ligadas a este contexto as privatizações, a liberalização, a desregulamentação, a quebra de monopólios estatais de serviços públicos e a abertura à concorrência das atividades por ele exercidas, bem como a atribuição de novos papéis aos particulares na realização de fins públicos.”

O novo modelo erigido pautou-se pela idéia de intervenção do Estado na economia por intermédio do controle da atuação dos particulares, sobretudo, com esteio em sua competência normativa. Tem-se, desta forma, o incremento da política de regulação estatal da economia que, segundo a doutrina de Alexandre Santos de ARAGÃO²²³, pode ser definida como:

“o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.”

O significado disto é a identificação de um Estado Regulador em contraposição ao modelo de Estado Prestador, o que não quer dizer que se afasta da entidade estatal a responsabilidade pela promoção do bem-estar, mas, simplesmente, alteram-se os instrumentos para realização dessas tarefas²²⁴.

Cabe ressaltar que a experimentação havida em solo Latino Americano diferencia-se da vivenciada na América do Norte, na medida em que os institutos utilizados em um e em outro caso, para a adequação do novo modelo econômico impingido, são diversos, tendo-se em vista a realidade jurídica e econômica evidenciada.

²²² SILVA, Almiro do Couto, *Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira?* in Revista de Direito Administrativo, v.230, 2002, p.48.

²²³ O Conceito Jurídico de Regulação da Economia in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v.122, 2001, p.47.

²²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, *Op. Cit.*, p.21.

Assim, se nos países latino-americanos o que se viu foi a concentração maciça do fenômeno da privatização, em solo americano a receita adotada foi a desregulamentação, frise-se, ambas políticas que, num viés teleológico, buscavam assentar a marca neoliberalista. A diferença pertinente à ferramenta utilizada, no entanto, deve-se ao fato de que a experiência norte americana desde há muito era fundada na idéia de que o Estado não deveria ser o operador do mercado, mas sim apenas o seu regulador²²⁵, razão pelo que lhe pode ser atribuída a vantagem de estar em um estágio mais avançado.

Enfim, a retirada do Estado do papel de agente econômico (assim entendida a sua atuação no domínio econômico) e o redirecionamento de sua atuação para uma função regulatória foi acompanhada, no direito brasileiro, da criação das agências reguladoras, cujos traços fundantes foram herdados do direito norte americano^{226/227}.

JUSTEN FILHO²²⁸ é que nos fornece a definição de agência reguladora:

“É uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.”

As agências reguladoras²²⁹ constituem-se, sem dúvida alguma, importante inovação na construção do novo modelo de Estado brasileiro. Foram importadas,

²²⁵ SILVA, Almiro do Couto, *Op. Cit.*, p. 53: “desde tempos que remontam a 1887, quando foi criada a Interstate Commercial Commission, ou que são ainda anteriores a isso, sempre, prevaleceu, nos Estados Unidos, a posição de que o Estado ao invés de assumir uma participação direta no jogo econômico, deveria limitar-se a ser mero regulador desse jogo, só interferindo quando as regras elaboradas pelo próprio mercado fossem deficientes ou falhassem.”

²²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Op. Cit.*, p.53. Apesar de atestar que as agências reguladoras surgiram no direito norte americano, o eminente professor atesta que sua aplicação no sistema jurídico brasileiro deve respeitar as características deste, em face das diferenças havidas entre ambos os ordenamentos.

²²⁷ Sobre as vantagens e desvantagens relacionadas à adoção das agências reguladoras, ver JUSTEN FILHO, Marçal, *Op. Cit.*, p. 360/376

²²⁸ *Ibid.*, p. 344.

²²⁹ Sobre a distinção entre agências reguladoras e agências executivas ver a doutrina de SILVA, Fernando Quadros, *Op. Cit.*, p.107/109: “pode ser classificada como ‘agência reguladora’ toda entidade que tenha como função predominante a regulação dos serviços públicos ou da atividade econômica. As agências executivas estariam vocacionadas a exercer atividades típicas do Poder Executivo e insuscetíveis de delegação aos particulares, como, por exemplo, a atividade de arrecadação de tributos, a fiscalização ligada ao meio ambiente e a atuação na área social (saúde e previdência).”

com as ressalvas necessárias, da experiência norte americana e em curto espaço de tempo mostraram-se adequadas à realidade do Estado brasileiro, algo em demasia perceptível no ambiente das telecomunicações. Foi Marcos Augusto PEREZ²³⁰ quem atestou:

“pode-se afirmar que com o advento da Lei 9.472/97, o Brasil incorporou ao seu Direito Administrativo um instrumento bastante moderno e, ao que tudo indica, muito eficiente, de intervenção na economia: a agência reguladora. A ela a Administração delega o poder de produzir a nova regulamentação dos setores relevantes da economia nacional, voltada à preservação do interesse público.”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando da análise de uma questão inerente à legitimidade da ANATEL para integrar o pólo passivo de uma ação movida em face de uma das concessionárias do setor, destacou a importância das agências reguladoras no atual contexto do funcionamento da atividade econômica do país:

“As Agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário.”²³¹

Faz-se evidente que a idéia central envolvendo as agências reguladoras, sintetizada na idéia de eficiência, respeitados os preceitos do interesse coletivo, é algo que já faz parte da cultura jurídica brasileira. Ademais, parece evidente, também, que as agências reguladoras se tornaram “peças fundamentais no ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos e sua

²³⁰ *As agência Reguladoras no Direito Brasileiro: Origem, Natureza e Função* in Revista Trimestral de Direito Público, v.23, 1998, p.128.

²³¹ Voto proferido pelo Ministro Luis FUX, junto ao RESP nº 572.906, publicado no DJU de 28.06.2004. (<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=130329&tip=UN¶m>), no julgamento da ADIN nº 3367-1, que versa sobre o Conselho Nacional de Justiça

universalização”²³², na medida em que integraram ao consumo, à cidadania e à vida civilizada enormes contingentes mantidos, até então, à margem do progresso material.

Só resta concluir em conjunto com Luis Roberto BARROSO que “se este projeto fracassar, será um longo caminho de volta.”²³³. JUSTEN FILHO²³⁴ também parece demonstrar ceticismo no que respeita à eventual eliminação das agências da realidade brasileira. É o que transparece de uma entrevista fornecida pelo citado Autor, em que o mesmo, ao analisar o cumprimento pelas agências reguladoras do seu papel, afirmou não ser possível imaginar que eliminando as agências se terá o melhor dos mundos, já que, “se isto acontecer e tivermos uma regulação no âmbito dos Ministérios, teremos uma influência política extremamente negativa.”

No que tange à criação da Agência Nacional de Telecomunicações, a Lei Geral do setor conferiu a esta entidade a conotação de autarquia especial, integrante da Administração Pública indireta e vinculada ao Ministério das Comunicações²³⁵. A natureza da especialidade decorre do fato de ser a referida agência dotada de independência administrativa, autonomia financeira e, também, por fruir de ausência de subordinação hierárquica, gozando os seus dirigentes de mandatos fixos e de estabilidade²³⁶.

Sobre as suas competências, é, também, a própria Lei Geral de Telecomunicações, quem as fixa e as define (artigo 19 da Lei Geral de Telecomunicações), sendo oportuno, neste momento, trazer à colação os apontamentos a respeito das peculiares características envolvendo a atuação funcional das agências, algo que a seguir se evidencia.

²³² BARROSO, Luis Roberto, *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática* in Revista de Direito Administrativo, nº 229, 2002, p.311.

²³³ Ibid., p.311.

²³⁴ *Os Perigos do Interesse Público*, Gazeta do povo, Caderno BRASIL, entrevista publica em 15 de maio de 2005, p.22.

²³⁵ BRASIL, *Lei nº 9.472/1997*, artigo 8º.

²³⁶ Sobre este aspecto, ver GRAU, Eros Roberto, *As Agências, essas Repartições Públicas in Regulação e Desenvolvimento*, FILHO, Calixto Salomão (coord.), 2002, p.27. Muitos são os debates acerca da independência fruída pelas agências reguladoras no direito brasileiro, debates estes que não trarão maior valor ao contexto da presente análise. De toda forma, insta evidenciar a opinião de GRAU acerca desta conotação: “Ocorre que todas estas características são próprias e peculiares às autarquias, salvo as de mandato fixo e de estabilidade de seus dirigentes. Mas essas inovações são franca e irremediavelmente inconstitucionais.”

Para Sergio FERRAZ²³⁷ as marcas atinentes às competências atribuídas às agências reguladoras no direito pátrio são (i) a busca pela plena **eficiência**, (ii) a **desestatização** na prestação de serviços de interesse público, (iii) a **abertura** desse segmento ao empreendimento privado (inclusive ao investimento estrangeiro) e (iv) a segurança relacionada ao exercício da **livre concorrência**.

Luis Roberto BARROSO²³⁸, por sua vez, tenta resumir o rol de atribuições das agências identificando cinco pontos que, a despeito das peculiaridades de cada uma delas, em função da diversidade de textos legais, seriam os seguintes: (a) **controle de tarifas**, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; (b) **universalização do serviço**, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; (c) **fomento da competitividade**, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; (d) **fiscalização** do cumprimento do contrato de concessão; (e) **arbitramento dos conflitos** entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.

Na visão do jurista carioca²³⁹, apoiado nas lições de Diogo de FIGUEIREDO, “em uma tentativa de sistematização, inspirada pela clássica divisão de funções no âmbito do Estado, é possível classificar as atividades das agências reguladoras em executivas, decisórias e normativas”.

As funções executivas compreendem os atos de fiscalização e os de natureza sancionatória, caso descumpridas as disposições normativas aplicáveis. As decisórias envolvem a possibilidade de serem dirimidos pela própria agência conflitos, em âmbito administrativo, entre agentes econômicos que atuam no setor e entre estes e os consumidores. Por último, além de funções executivas e decisórias, as agências estão legitimadas para desempenharem funções de cunho normativo, sendo esta a mais polêmica²⁴⁰ de suas funções, em vista, naturalmente, do confronto que se evidencia entre tais disposições e o princípio da legalidade (artigo 5º, II, da Constituição).

²³⁷ FERRAZ, Sérgio, *Regulação da Economia e Livre Concorrência* in Revista de Direito Público da Economia, nº 1, 2003, p.201.

²³⁸ *Op. Cit.*, p.300/301.

²³⁹ *Ibid.*, p.301.

²⁴⁰ *Ibid.*, p.306: “A dificuldade está em que, embora em alguns casos seja possível dizer que a lei apenas atribui um espaço discricionário amplo aos agentes administrativos, em outros há verdadeira delegação de funções do Legislativo para a agência, transferindo-se quase inteiramente a competência para disciplinar determinadas questões.”

Não há que se supor, todavia, que tais atividades listadas por ambos os doutrinadores florescem como novidades no direito brasileiro. É o que, mais uma vez, nos ensina BARROSO²⁴¹:

“as funções transferidas para as agências reguladoras não são novas: o Estado sempre teve o encargo de zelar pela boa prestação dos serviços. Ocorre, todavia, que quando eles eram prestados diretamente pelo próprio Estado ou indiretamente por pessoas jurídicas por ele controladas (como as sociedades de economia mista e as empresas públicas), estas funções não tinham visibilidade e, a rigor, não eram eficientemente desempenhadas. Agora, todavia, a separação mais nítida entre o setor público e o setor privado revigora este papel fiscalizador.”

O conteúdo das competências das agências reguladoras, de acordo com as lições ora transcritas, deixa evidente a intenção de se buscar um tom desenvolvimentista na condução da economia nacional, algo verificável pela premissa inicial do processo de desestatização: a privatização. Nem por isto, há que se entender como consequência deste processo de busca pelo crescimento que o Estado relega para o segundo plano o atingimento da preservação do interesse público. É o que fixa a doutrina do professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO²⁴², na medida em que, talvez, a maior incumbência das agências reguladoras seja a de fiscalizar e reprimir, administrativamente, toda forma de atentado aos princípios que norteiam a exploração do serviço público, evidenciando fundamentalmente o papel de “guardião do interesse público” por elas fruído.

Expostas as razões doutrinárias acerca das potenciais competências a serem exercidas por uma determinada agência reguladora, cabe aqui a tarefa de esclarecer que o rol de competências atribuído à Agência Nacional de Telecomunicações em muito se assemelhou ao conteúdo da doutrina antes plasmada.

Pelo artigo 19, da Lei Geral de Telecomunicações, pode o intérprete absorver que diversas foram as competências relacionadas, dentre elas variadas

²⁴¹ *Natureza Jurídica e Funções das Agências Reguladoras de Serviços Públicos. Limites da Fiscalização a ser Desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado in Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v.25, 1999, p.77.

²⁴² *Op. Cit.*, p.160/161.

formas de atuação executiva, decisória e, também, normativa, em consonância com o que se apurou do magistério supra trazido de lavra de Luis Roberto BARROSO. Como exemplo, podem ser citados os seguintes incisos do artigo 19:

“Art. 19: À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I. implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

(...)

IV. expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

(...)

VI. celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII. controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixa-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

(...)

XVII. compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações;²⁴³”

É, no entanto, a competência normativa que merece maior esforço no âmbito deste trabalho, justamente por envolver a instituição de regramentos por parte da Agência Nacional de Telecomunicações, os quais servirão de base para profícua análise a ser realizada em tópicos ulteriores.

²⁴³ BRASIL, *Lei n° 9.472/1997*.

Porém, antes de se avançar entre os debates que envolvem esta função, é de valiosa monta estabelecer a diferenciação entre dois institutos jurídicos que por vezes podem ser confundidos: a competência normativa e a competência legislativa. JUSTEN FILHO²⁴⁴ nos esclarece que, se de um lado, a competência normativa refere-se ao “poder de produzir normas de conduta em virtude da qual são gerados comandos destinados a regular a conduta intersubjetiva”, de outro, a competência legislativa envolve o poder de produção de normas jurídicas de cunho eminentemente legislativo.

Assim, a competência normativa abrange a competência legislativa, na medida em que a lei (“meio pelo qual se produz o resultado norma jurídica”) é uma das espécies normativas formais, podendo ser colocada ao lado de outros institutos como a sentença, o contrato e o regulamento (todos frutos do poder emanado pela competência normativa)²⁴⁵.

Na ótica jurídica brasileira, especial conotação possui a competência legislativa, tendo-se em vista o estatuído princípio constitucional da legalidade, tipificado no artigo 5º, inciso II, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Como dito anteriormente, este contorno da legalidade é que gera a discussão acerca da competência normativa atribuída às agências reguladoras, pois que se estaria, na visão dos mais conservadores, retirando-se o cunho de legalidade das disposições normativas ao se atribuir a um órgão vinculado ao Poder Executivo atividade reguladora para edição de normas de cunho geral e abstrato.

Inicia-se, ainda, acerca deste ponto, caloroso debate acerca das disposições que contornam o instituto jurídico denominado regulamento²⁴⁶, vez que é este o ato normativo utilizado pelas agências para edição de normas de cunho geral e abstrato, existindo na doutrina pátria grande quantidade de obras relacionadas à autonomia deste (regulamento autônomo). Com o prestígio à objetividade, entende-se que apesar de ser clara a orientação constitucional acerca do respeito à legalidade, inexistente, por outro lado, impedimento para que se promova a edição de regulamentos por parte das agências reguladoras brasileiras, havendo, ao

²⁴⁴ *Op. Cit.*, p.485.

²⁴⁵ *Ibid.*, p.486/487.

²⁴⁶ *Ibid.*, p.487/488: “O regulamento configura-se como ato estatal, decorrente da atividade de um agente estatal investido de função administrativa, gerando normas gerais e abstratas.”

contrário, autorização neste sentido. No entanto, para que tal ocorra, necessário é o atendimento a determinadas premissas.

Não se pode, por exemplo, admitir que determinado regulamento seja editado com fulcro exclusivo no texto constitucional, isto é, sem a existência de uma lei prévia que o suporte, mesmo nas hipóteses em o legislador, apesar de ter recebido do constituinte a incumbência de editar determinada norma (lei), não o fez, pois há que se ter a presunção de que a ausência de edição de lei, neste caso, reflete uma opção realizada pelo próprio Legislativo, algo que não pode ser ignorado pela Administração²⁴⁷.

Portanto, para que os regulamentos sejam reputados como válidos na ordem jurídica, e, desta forma, aptos a produzirem efeitos, devem ser extraídos em decorrência de disposições prévias contidas em lei, obviamente, respeitados os parâmetros da política constitucional vigente. Dá suporte a esta afirmação aquilo que ficou conhecido como *delegação normativa de cunho secundário*, que nada mais é do que a possibilidade do Poder Legislativo optar entre abordar uma disciplina de forma exaustiva e completa ou de, simplesmente, estabelecer as regras básicas e essenciais remetendo, implícita ou explicitamente, à regulamentação a ser exercida pelo Poder Executivo²⁴⁸. Benedicto Porto NETO²⁴⁹ nos esclarece, ainda, que

“É legítima a outorga de competência normativa para a Administração quando a própria lei fixe estes parâmetros de forma *clara e concreta*, fazendo com que ela exerça essa competência em conformidade com a *vontade do legislador (ou da lei)*. Ou seja, devem estar contidos na própria lei os princípios, os limites da atuação da Agência no exercício da competência normativa e as finalidades que devem, por meio dela, ser alcançadas. Fica superado, então, o questionamento constitucional a respeito da possibilidade do exercício de competência normativa pela Agência, em face do *princípio da legalidade*.”

²⁴⁷ Ibid., p.494 e 504: “Reafirma-se, como ponto de partida, a impossibilidade de fundamentar algum poder normativo das agências diretamente na Constituição. Defender a existência de uma competência normativa primária para as agências envolveria reconhecer que dita competência teria sido retirada do Legislativo.”

²⁴⁸ Ibid., p. 513.

²⁴⁹ NETO, Benedito Porto, *Regulação e o Direito das Telecomunicações in* Direito Administrativo Econômico, SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), 2002, p. 291.

O Professor de Direito Administrativo da PUC/SP, ao analisar o conteúdo da Lei Geral de Telecomunicações no que respeita à competência normativa da Agência Nacional de Telecomunicações, atesta, ainda, que o texto legal em evidência:

“fixa condicionamentos bastante rigorosos tanto no que se refere ao *conteúdo dos assuntos* que devam ser tratados pela Agência como na definição dos procedimentos, ou seja, dos caminhos que a ANATEL deve percorrer para a edição dos seus atos. Toda atuação da ANATEL é controlada, disciplinada e limitada pela lei, de modo que não se pode dizer, pelo menos no caso específico da ANATEL, que haja violação ao *princípio da legalidade*.”²⁵⁰

Portanto, na hipótese de ser editado um regulamento, sem prévia lei que o legitime, o suporte, estar-se-á frente àquilo que foi pela doutrina denominado como regulamento autônomo, figura esta sem espaço no ordenamento constitucional pátrio²⁵¹. Acerca da “autonomia” dos regulamentos na realidade jurídica brasileira, JUSTEN FILHO²⁵² evidencia importante realidade, na medida que, apesar de serem muitos os textos produzidos acerca da matéria, estariam os mesmos direcionados a uma análise pouco proveitosa, senão, veja-se:

“Não há cabimento em discutir a existência ou não de regulamentos autônomos no Direito brasileiro. Muito mais proveitoso é investigar a amplitude normativa reconhecível aos regulamentos. Em última análise, a controvérsia versa sobre a aptidão dos regulamentos para inovar a ordem jurídica.”

E sobre este ponto, em específico, nos ensina o respeitado administrativista:

²⁵⁰ Ibid., p. 291.

²⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 1998, p.74/75: “Helly Lopes Meirelles (1996:112) inclui no conceito de poder regulamentar a faculdade de ‘expedir decretos autônomos sobre a matéria de sua competência ainda não disciplina por lei.’ Preferimos excluir do conceito essa referência, porque, não sendo complementar à lei, não se pode dizer que o decreto autônomo independente se baseie no poder regulamentar, já que este supõe a existência de uma lei a ser regulamentada. Seria, pois, o decreto autônomo manifestação do poder normativo do Poder Executivo e não do poder regulamentar. Aliás, na vigência da atual Constituição, não há mais espaço para decretos autônomos.”

²⁵² *Op. Cit.*, p. 510.

“Poderia considerar-se como merecedora de crítica a própria expressão *inovações regulamentares*, na medida em que se reputasse inviável qualquer inovação através do regulamento. Não se compartilha desse entendimento, reputando-se que conduz a tornar inútil o instituto do regulamento. É inquestionável que o conflito entre lei e regulamento resolve-se a favor daquela. Portanto, uma determinação *contra legem* contida num regulamento é inválida. Logo o regulamento não pode conter inovações incompatíveis com a lei.”²⁵³

Parecem acertadas as ponderações supra referenciadas, na medida em que se retirando dos regulamentos a possibilidade de completarem ou ampliarem as disposições legais, pouca, ou nenhuma, valia teriam os mesmos no ambiente regulatório, pois estariam adstritos a reproduzir o que já havia sido dito pelo legislador. É esta também a opinião do multicitado jurista Caio TÁCITO²⁵⁴: “Regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar.”

É de se apontar, ainda, no que pertine ao caráter inovador dos regulamentos que, em entendendo o Legislador existir alguma incompatibilidade do regulamento com os preceitos informadores da ordem regulada, poderá o mesmo, no exercício de sua competência legislativa, editar nova norma disciplinando a matéria, a qual, pelos critérios atinentes à hierarquia das normas, prevalecerá em detrimento do regulamento antes editado²⁵⁵.

Como último ponto que envolve o debate acerca da competência normativa exercida pelas agências reguladoras, apresenta-se a discussão acerca do conteúdo do inciso IV, do artigo 84, da Constituição Federal que prevê ser de competência privativa do Presidente da República a expedição de decretos e regulamentos para fiel execução das leis, o que, na visão dos críticos, inviabilizaria a delegação desta competência (expedição de regulamentos) às agências.

JUSTEN FILHO²⁵⁶, ao analisar a matéria, parte da evidencia inerente ao disposto no artigo 68, da Constituição. Certamente, deste dispositivo não se retira

²⁵³ Ibid., p. 510.

²⁵⁴ *Temas de Direito Público*, v. 1, 1997, p.510.

²⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. Cit.*, p. 505: “a insatisfação do Legislativo com eventuais regulamentações adotadas pelo Executivo pode resolver-se pela edição de outra lei sobre a mesma matéria. A existência de um regulamento não exclui a competência normativa do Legislativo sobre a mesma matéria.”

²⁵⁶ Ibid., p. 512.

o fundamento inerente à delegação da função reguladora, na medida em que está o mesmo a tratar de delegação de competência legislativa e não normativa. Todavia, justamente da análise desta distinção, é que surge a idéia de que a delegação fruída pelas agências reguladoras se legitima enquanto modalidade de delegação regulamentar e não legislativa, tal qual o previsto no artigo 68. São de sua doutrina as seguintes palavras:

“O ponto de partida reside na natureza das competências sob exame. A competência legiferante apresenta dimensão qualitativamente diversa da regulamentar. Versa sobre a inovação da ordem jurídica, com instauração de direitos e obrigações de cunho originário. A relevância da competência legiferante é muito superior àquela de cunho regulamentar. Por outro lado, há uma outra distinção relevante. A competência legiferante é de titularidade do Poder Legislativo – sua delegação representa uma solução extremamente relevante em face do princípio da separação dos poderes. A competência regulamentar é de competência do Chefe do Executivo e sua extensão envolve poderes políticos e jurídicos de menor relevo do que a competência legiferante. Ora, não se justificaria que a Constituição permitisse a delegação da competência legiferante e vedasse a delegação da competência regulamentar. Se o Poder Legislativo é autorizado a delegar o poder de fazer leis, por que adotaria solução distinta para o poder regulamentar? Não há resposta para indagação dessa ordem. (...) Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do Estado, tomando em vista a impossibilidade de delegação de competência indispensável à realização de valores constitucionalmente tutelados.”

Entende-se, assim, como assentada a questão inerente à possibilidade de ser exercida pelas agências reguladoras as competências de cunho normativo, desde que decorrentes de disposições legais, fruto do exercício do Poder Legislativo do Estado, algo demonstrável no ambiente envolvendo a Agência Nacional de Telecomunicações, em decorrência das disposições afirmadas na Lei 9.472 de 1997.

4.4

A Exploração Privada do Serviço Público de Telecomunicação: o Direito à Manutenção do Equilíbrio Econômico Financeiro.

É, também, matéria da presente análise o estudo acerca do direito fruído pelas Concessionárias de Serviço Público à manutenção do equilíbrio econômico financeiro na relação contratual havida entre estas e o Poder Concedente.

Porém, para que melhor se compreenda a noção do instituto aqui referenciado, mister se faz imergir nos delineamentos que amparam a forma idealizada pelo Legislador acerca da exploração privada dos serviços de telecomunicações em solo brasileiro.

Como se pôde observar, o Brasil chegou ao cabo do século XX mergulhado em uma profunda crise estrutural, situação esta muito bem caracterizada, sobretudo, nas últimas duas décadas (anos 80 e 90). Enquanto o primeiro mundo já experimentava os benefícios da abertura dos mercados, tendo desenhado grandes áreas de livre comércio (como é o caso da União Européia), o país via-se impedido de acompanhar o ritmo desenvolvimentista em razão, principalmente, do sucateamento tecnológico de sua estrutura, da ausência de recursos para novos investimentos e do endividamento suportado. O Estado estava falido e suportava o ônus de uma grande crise fiscal.

A partir deste contexto, e como uma forma de se implementar uma nova perspectiva apta a garantir a retomada do crescimento, o Estado vê-se instado a promover uma aliança junto ao setor privado para que este possa subsidiar a derrocada da crise vivida.

O capital privado é, pois, a ferramenta encontrada e posta a disposição do Administrador Público para realização dos reparos prementes naquilo que diz respeito à estrutura estatal, em especial, na estrutura do serviço público.

É por esta razão que se pode afirmar que, dos últimos anos para cá, “tem sido cada vez mais relevante a contribuição do capital privado para a implementação das políticas públicas e atendimento a necessidades coletivas. A perspectiva para o futuro não é diversa.”²⁵⁷

²⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, *Op. Cit.*, p. 95.

Como consequência deste processo, ocorre o redescobrimento do, então em desuso, instituto da concessão^{258/259/260}, que é o instrumento jurídico apto a materializar o ingresso do capital privado nos desígnios pertinentes aos recondiçamentos formais do serviço público até então mantido de forma direta pelo Estado.

Fala-se em redescobrimento, pois o instituto da concessão foi praticado em larga escala durante o século XIX e início do século XX, sendo, praticamente, alijado da vida pública brasileira no momento em que ascenderam os ideais calcados na intervenção estatal direta. Sobre a sua utilização no Brasil, Caio TÁCITO²⁶¹ assim atestou:

“As concessões nasceram, entre nós, no último quartel do século passado, como um instrumento de atração de capital e tecnologia externos. (...) Foi graças ao concurso da iniciativa privada estrangeira que se desenvolveram, na época, os serviços de portos, a construção de ferrovias e se implantaram, nos grandes centros, os serviços de eletricidade, gás, telefones ou transportes urbanos. Dominou em tais empreendimentos, o regime contratual, inspirado no direito francês, em que a liberdade do concessionário pouco era limitada pela intervenção do poder administrativo.”

²⁵⁸ Sobre o conceito de concessão, ver JUSTEN FILHO, Marçal, *As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público* in Revista de Direito Público da Economia, nº1, 2003, p. 95 e ss: “De modo genérico, costuma-se afirmar que a concessão do serviço público é a delegação temporária da prestação de serviço público a um terceiro, o qual assume seu desempenho por conta e risco próprios. Essa fórmula verbal, que reflete a opinião da maioria da doutrina, não é rigorosamente correta, eis que acaba dizendo mais do que se pretende, tal como adiante se evidenciará. O conceito de concessão envolve a conjugação de diferentes aspectos. Aliás, o Direito comparado evidencia de modo muito evidente a pluralidade de modelos de concessão. No âmbito francês e na dimensão comunitária, existem inúmeras soluções distintas para a configuração da delegação de serviço público.”

²⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *A Nova Lei das Concessões – Lei 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995* in Revista de Direito Administrativo Aplicado, nº 5, 1995, p. 339: “A concessão define-se como a delegação a um particular, pessoa natural ou jurídica, da gestão ou execução de um serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, por sua conta e risco e remuneração pelos usuários. É uma forma indireta, pois, de prestação de um serviço público. Dela se excluem, desde logo, certas atividades que só o Estado pode desempenhar – atividades típicas, como as que se situam dentro de limites de suas atribuições originárias.”

²⁶⁰ Sobre os traços distintivos entre concessão, permissão e autorização, BLANCHET, Luiz Alberto, *Concessão de Serviços Públicos*, 1999, p.27: “A concessão distingue-se da permissão e da autorização em primeiro lugar, por ser um ato administrativo bilateral (por não resultar da declaração de vontade apenas da Administração, mas de um acordo entre as vontades desta e do particular). (...) Outro aspecto distintivo é o caráter precário, característico da permissão e inexistente na concessão, do que deflui outra diferença: a permissão não é adequada para outorgas cujas execuções exijam altos investimentos de retorno a longo prazo, já que a extinção antecipada da outorga não dá ao permissionário direito a ressarcimento.”

²⁶¹ *A Nova lei de Concessões de Serviços Públicos* in Revista de Direito Administrativo, v. 201, 1995, p.30.

A sua retomada deve-se, consoante razões já expendidas, a um conjunto de fatos econômicos e políticos que, em prestígio à obviedade, decorreram da crise do modelo de Estado Social e maximizaram-se por intermédio dos ideais fundantes do neoliberalismo.

E foi sob a égide de um governo neoliberal que aconteceu a privatização do setor que ora se coloca sob exame, mais precisamente em 30 de julho de 1998, quando o então presidente Fernando Henrique Cardoso e sua equipe de Ministros conduziam os rumos do país.

É, pois, bastante significativo o marco da privatização do setor de telecomunicações neste cenário, não só por ser um referencial exemplificativo do sucateamento de infra-estrutura então suportado pelo serviço até ali prestado pelo Estado, mas, sobretudo, em decorrência do fato de ter referida privatização despertado muitas manifestações da opinião pública, escoradas, basicamente, na novidade configurada pelo processo.

Não a toa que referida privatização foi revestida de muita controvérsia, já que os olhos da sociedade brasileira voltaram-se para este fenômeno que foi capaz de encabeçar um processo de reestruturação eficaz, poucas vezes presenciado na história da economia brasileira.

Além da obtenção de um ágio significativo no preço pago pela concessão, consoante se extrai das razões já colacionadas em tópicos anteriores, a participação da iniciativa privada nas telecomunicações trouxe indubitável melhora não só na qualidade, mas, também, na universalização do serviço público, a exemplo do que ocorreu em setores outros, posição esta assim desenhada pela doutrina:

“Nos últimos dez anos, com a privatização operada nos setores de telecomunicações, energia elétrica (sobretudo distribuição) e rodovias, entre tantas outras, foram verificados significativos avanços não apenas em termos tecnológicos mas também, e principalmente, no acesso da população aos serviços públicos, permitindo a prestação de serviços mais eficientes a uma parcela maior de usuários. Os benefícios implementados, sem sombra de dúvida, foram enormes.”²⁶²

²⁶² ANTUNES, Mariana Tavares, *Agências Reguladoras, Poder Judiciário e Equilíbrio Econômico-Financeiro das Concessões in A Empresa no Terceiro Milênio - Aspectos Jurídicos*, WALD, Arnoldo e FONSECA, Rodrigo Garcia da (organizadores), 2005, p. 440.

Ocorre que esta participação da iniciativa privada se, por um lado não dissocia o atingimento e a manutenção do interesse coletivo afeto ao serviço prestado, por outro garante ao concessionário premissas básicas inerentes à forma como se dará a sua remuneração, o que redundará na denominada garantia ao equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão. Todavia, antes de se perquirir os caminhos de sua definição, é oportuno, desde já, destacar que o instituto citado não afasta do concessionário o risco que a atividade empresarial envolve, vale dizer:

“Na fórmula usualmente adotada entre nós, a atribuição do risco ao concessionário significa a ausência de sua remuneração por parte do poder concedente. As atividades objeto da concessão são desempenhadas ‘por conta e risco’ do concessionário por meio da exploração empresarial da atividade delegada (ou por meios conexos). As despesas e encargos são por eles custeados. Em contrapartida, remunera-se através da cobrança de tarifas de usuários e por outras soluções empresariais. Se os resultados forem satisfatórios, embolsará o lucro. Se não, arcará com o prejuízo.”²⁶³

Este é, também, o raciocínio contido na Lei Geral de Telecomunicações (artigo 83, parágrafo único), que em seu artigo 110, prevê, inclusive, ser hipótese de intervenção a constatação de eventual má condução dos negócios:

“Artigo 83: (...)

Parágrafo Único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Artigo 110: Poderá ser decretada intervenção na concessionária, por ato da Agência, em caso de:

²⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal, *Op Cit.*, p. 113.

(...)

IV. desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de má administração que coloque em risco a continuidade dos serviços.”

Semelhante disposição pode ser encontrada junto aos contratos de concessão celebrados com as concessionárias do serviço de telefonia local e longa distância nacional, senão, veja-se:

“Cláusula 12.1. - Constitui pressuposto básico do presente Contrato a preservação, em regime de ampla competição, da justa equivalência entre a prestação e a remuneração, vedado às partes o enriquecimento imotivado às custas de outra parte ou dos usuários do serviço, nos termos do disposto neste Capítulo.

§ 1º - A Concessionária não será obrigada a suportar prejuízos em decorrência do presente Contrato, salvo se estes decorrerem de algum dos seguintes fatores:

I - da sua negligência, inépcia ou omissão na exploração do serviço;

II - dos riscos normais à atividade empresarial;

III - da gestão ineficiente dos seus negócios, inclusive aquela caracterizada pelo pagamento de custos operacionais e administrativos incompatíveis com os parâmetros verificados no mercado; ou

IV - da sua incapacidade de aproveitar as oportunidades existentes no mercado, inclusive no atinente à expansão, ampliação e incremento da prestação do serviço objeto da concessão.”²⁶⁴

Assim, o equilíbrio econômico financeiro não acoberta o insucesso empresarial fruto da má gestão, pois em não ocorrendo o atingimento das expectativas envolvidas no negócio entabulado, esta frustração não garante ao prejudicado o direito a qualquer reparação, a não ser que seja verificada a

²⁶⁴ BRASIL, *Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado firmado entre a Agência Nacional de Telecomunicações e a Telecomunicações do Brasil Central*. Disponível em <http://www.anatel.gov.br/index.asp?link=/biblioteca/contrato>.

ocorrência de fato superveniente causador de um desequilíbrio não previsto contratualmente.

Desta forma, pode-se dizer que o equilíbrio econômico-financeiro, está circunscrito a dois aspectos distintos: (i) o equilíbrio econômico, que se refere ao lucro que o concessionário deve auferir em virtude da concessão, ou seja, a sua rentabilidade global e (ii) o equilíbrio financeiro que, por sua vez, significa a manutenção das entradas (receitas) e saída (desembolsos) de recursos financeiros no patrimônio do concessionário, na forma e no ritmo inicialmente previstos pelo contrato.²⁶⁵

Vale por em evidência que o referido instrumento está escorado tanto em afirmativas constitucionais, quanto em legais (infra-constitucionais). É o que se pode observar do conteúdo do artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, que garante aos contratados para execução de obras, serviços, compras e alienações a manutenção das condições efetivas da proposta apresentada. A base infra-legal, por sua vez, encontra-se esculpida nos artigos 9º e 10º da Lei 8.987, de 13/02/95.²⁶⁶

As posições doutrinárias são bastante convergentes e denotam, de forma enfática, a necessidade de se garantir ao concessionário o direito à manutenção deste equilíbrio sob pena de afetação do interesse do próprio usuário do serviço público concedido. Por tal razão, assim concluiu Arnaldo WALD²⁶⁷:

“a doutrina é, pois, uníssona em proclamar que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve ser resguardado ao concessionário de serviços públicos, como direito consagrado na constituição e na lei, devendo ser reproduzida, como cláusula obrigatória, nos contratos de concessão.”

²⁶⁵ ANTUNES, Mariana Tavares, *Op. Cit.*, p.440.

²⁶⁶ BRASIL, Lei Federal nº 8.987/95: “Art.9º: A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato: (...) §2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão de tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. (...) §4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelece-lo, concomitantemente à alteração. Art. 10: Sempre que forem atendidas as condições do contrato considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro.”

²⁶⁷ *Do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão. Direito da Concessionária à Recomposição Tarifária em Virtude de Aumento do Custo e Insumo in* Revista de Direito Administrativo, nº 222, 2000, p.303.

A convergência das posições doutrinárias deriva do fato de que a manutenção deste equilíbrio é, na verdade, um princípio que visa a garantir não só o afastamento de eventuais infortúnios não previstos contratualmente entre as partes, mas, sobretudo, busca-se, por intermédio do mesmo, a garantia do interesse coletivo consubstanciado, *in casu*, na necessidade de universalização, continuidade e qualidade do serviço público envolvido. É o que nos ensina Caio TÁCITO²⁶⁸:

“O equilíbrio financeiro, ou, conforme a terminologia consagrada, o princípio da equação financeira dos contratos tem a função dinâmica de garantir, mediante o justo regime de tarifas razoáveis, a continuidade e a melhoria do serviço concedido. É, ao mesmo tempo, a preservação do interesse de ambas as partes – investidor e usuário – na segurança da qualidade e expansão do serviço concedido. A deterioração do capital mal remunerado é um processo indireto de confisco da propriedade, e a insuficiência tarifária representa a omissão do concedente em possibilitar a regularidade do funcionamento do serviço público.”

Usual, ainda, é a doutrina de Celso Antonio Bandeira de MELLO²⁶⁹ sobre o tema, que fazendo expressa referência aos princípios da lealdade e da boa-fé, os quais se lançam, também, sobre os vínculos constituídos sob a égide do direito público, assevera:

“A idéia de respeito ao equilíbrio constituído pelas partes no contrato administrativo é absolutamente pacífica, não sendo, pois, de estranhar que, para assegurar-lo, hajam sido concebidas, difundidas e generalizadamente acolhidas, tanto a teoria da imprevisão quanto a do fato do príncipe. (...) o fato é que a conservação do equilíbrio nos contratos administrativos sustenta-se tanto sobre o princípio da lealdade e da boa-fé – princípio geral de direito – quanto sobre a teoria do fato do príncipe ou, dependendo da extensão que a este se reconheça, sobre a teoria da imprevisão, ambas de resto, suportadas igualmente sobre o princípio geral do direito que impõe tratamento equânime e respeitador das condições em vista das

²⁶⁸ *Concessão de Energia Elétrica – Tarifas – Equilíbrio Financeiro* in Revista de Direito Administrativo, nº 203, 1996, p.408.

²⁶⁹ *Contrato Administrativo: Fundamentos da Preservação do Equilíbrio Econômico Financeiro* in Revista de Direito Administrativo, nº 211, 1998, p.26-28.

quais assentou-se a manifestação de vontade das partes ao tempo em que ocorreram.”

A ação do Poder Público, no que atine ao setor de telecomunicações, não distou do conteúdo dos ensinamentos doutrinários aqui referenciado, fato aferível por intermédio do conteúdo da cláusula 12.3, componente dos contratos de telefonia local e longa distância nacional, firmados entre o Poder Concedente e cada uma das concessionárias dos serviços instados:

“Cláusula 12.3.- Independentemente do disposto na cláusula 12.1., caberá revisão das tarifas integrantes do Plano Básico do Serviço Local (e, também do Serviço de Longa Distância Nacional) em favor da Concessionária ou dos usuários, nos termos do art. 108 da Lei nº 9.472, de 1997, quando verificada uma das seguintes situações específicas:

I - modificação unilateral deste Contrato imposta pela ANATEL, que importe variação expressiva de custos ou de receitas, para mais ou para menos, de modo que a elevação ou redução de tarifas seja imposta pela necessidade de evitar o enriquecimento imotivado de qualquer das partes;

II - alteração na ordem tributária posterior à assinatura deste Contrato que implique aumento ou redução da lucratividade 18 potencial da concessionária;

III - ocorrências supervenientes, decorrentes de fato do príncipe ou fato da Administração que resultem, comprovadamente, em alteração dos custos da Concessionária;

IV - alteração legislativa de caráter específico, que tenha impacto direto sobre as receitas da Concessionária de modo a afetar a continuidade ou a qualidade do serviço prestado; ou

V - alteração legislativa que acarrete benefício à Concessionária, inclusive a que concede ou suprime isenção, redução, desconto ou qualquer outro privilégio

tributário ou tarifário, consoante do previsto no § 3º do art. 108 da Lei nº 9.472, de 1997.”²⁷⁰

É pelo conjunto de ponderações doutrinárias e normativas aqui estampadas que fica assente o entendimento acerca da validade do instituto jurídico inerente à manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão, tipificado na forma de um princípio constitucional afeto à exploração do serviço público pela iniciativa privada.

Assim, qualquer alteração do equilíbrio financeiro que prejudique a aferição de benefício econômico decorrente de ato unilateral do Poder Concedente, ou, ainda, de ação não prevista nos termos do contrato firmado dará ao concessionário o direito de obter pronta reparação, de forma a ser procedido o pronto restabelecimento do equilíbrio inicialmente idealizado (contratado).²⁷¹

Como último comentário, faz-se relevante expor que nem sempre tem sido entendida a conotação do instituto aqui estudado, pois, não raras vezes, têm os usuários dos serviços concedidos procurado a defesa de interesses que, de uma forma ou de outra, causam afetação da relação tarifária estabelecida originariamente entre Poder Concedente e concessionária de serviço público, algo que, eventualmente, tem sido acolhido pelo Judiciário e que, por sua vez, vêm gerando excessivo desgaste da relação havida entre o investidor e a Administração.

²⁷⁰ BRASIL, *Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado firmado entre a Agência Nacional de Telecomunicações e a Telecomunicações do Brasil Central*. Disponível em <http://www.anatel.gov.br/index.asp?link=/biblioteca/contrato>.

²⁷¹ TÁCITO, Caio, *Temas de Direito Público*, 1997, v. 2, p.1728: “Configurada a hipótese de quebra do equilíbrio financeiro da concessão, deve o concedente adaptar, em equivalência, a receita do concessionário mediante revisão de tarifas, subvenções, regalias fiscais ou outras modalidades equivalentes.”

5

O Serviço de Telefonia Fixa e a Necessidade de se Garantir a Continuidade do Desenvolvimento.

É, pois, no contexto do capítulo final deste trabalho que se busca consolidar o objetivo da proposta aqui feita: a interpretação do direito como ferramenta garantidora do desenvolvimento de um país.

Para tal, todavia, foi necessário realçar os contornos atinentes ao Estado Moderno, mediante a realização de alguns apontamentos acerca da teoria geral do Estado, para que, assim, se pudesse atingir a devida dimensão envolvendo a crise do Estado Social.

As máximas referentes aos ideais do movimento do constitucionalismo, por sua vez, retratam as conseqüências da teoria evolutiva do Estado, as quais projetam influências na perspectiva ideológica do intérprete do direito, sobretudo no contexto de uma constituição erigida com base no dirigismo, como foi a carta de direitos brasileira atualmente vigente que, se de um lado demonstra preocupação extrema com o assentamento dos direitos sociais, por outro prospecta a influência necessária para que se desenvolva a livre iniciativa, exigindo do seu intérprete a busca constante da axiologia para que se conclua teleologicamente qual o caminho correto a ser perseguido.

Ademais, os valores referidos sofrem (e continuarão sofrendo) os efeitos decorrentes da temporalidade, o que significa dizer que a balança que suporta a comparação destes valores, de forma indubitável, sofre as conseqüências da imprecisão a medida que o tempo evolui.

Talvez, por isto, é que os atributos axiológicos exigidos do interprete para o atingimento de uma determinada finalidade interpretativa buscada, muitas vezes dissociam-se da figura comumente instada, enaltecida e protegida divinamente que usualmente se denominou de Justiça. Desta forma, o que na concepção ideal, entendida como a que deflui do conhecimento do homem médio, seria a solução mais justa, na ótica desenvolvimentista do direito moderno nem sempre será

reputada como legítima e capaz de ser suportada em face das determinações erigidas por um determinado ordenamento jurídico.

As disposições contidas nestes quatro últimos parágrafos são, por assim dizer, um breve resumo das razões que motivaram a alocação dos capítulos segundo e terceiro deste trabalho e servem, em conjunto com as disposições específicas do setor de telecomunicação descritas no capítulo quatro, para embasar a continuidade do mesmo, consoante adiante restará evidenciado.

5.1

A Relação Usuário Versus Empresa Concessionária

A inserção do ambiente atinente ao serviço público de telecomunicação no bojo desta análise, em especial o que envolve a telefonia fixa comutada, deu-se em virtude da importância que referido serviço possui não só em termos de desenvolvimento econômico de uma determinada sociedade (é fácil afirmar que as telecomunicações são caracterizadas como insumos para todas as atividades econômicas e, por conseguinte, geradoras de benefícios amplos a toda sociedade.²⁷²), mas, principalmente, em vista de todo o fenômeno social que o acompanhou desde a sua desestatização, cujos reflexos são em demasia sentidos pelos operadores do direito, sejam advogados, sejam promotores, sejam magistrados ou mesmo delegados, todos agentes freqüentes de embates envolvendo o setor que, se não é o responsável pela maior concentração de ações no Judiciário, é, sem dúvida alguma, um dos primeiros colocados neste ranking²⁷³.

Crê-se, todavia, que o afã presenciado à época da privatização do setor de telecomunicação, e cujos reflexos até hoje são suportados não só pelas concessionárias, mas também pela Agência Reguladora e pelo próprio Poder Judiciário, decorrem basicamente de quatro distintas razões, as quais, em linha com os estudos até aqui colacionados, podem ser assim sintetizadas: (i) o **histórico negativo da qualidade e do custo** referente ao serviço até então

²⁷² MELCHIOR, Silvia Regina Barbury, *Balanço da Competição na Regulação das Telecomunicações*, Disponível em: <http://www.teleco.com.br/emdebate/silvia01.asp>, Acesso em: 18 de maio de 2005.

²⁷³ Segundo notícia publicada no sítio da internet <http://www.espacovital.com.br/colunaespacovital20052005c.htm>, a empresa Concessionária do serviço de telefonia local no Estado do Rio Grande do Sul é a primeira no ranking das empresas reclamadas no âmbito da Justiça Estadual daquele Estado.

prestado pelo Estado, notoriamente sucateado, consoante razões já anteriormente expostas; (ii) a **assunção pelo Estado de uma política neoliberal** que, por sua vez, acarretou consequências de cunho subjetivo como a exaltação do sentimento fruído pela sociedade em relação às empresas prestadoras, afigurando-se as mesmas verdadeiros orgulhos para as comunidades locais, enquanto administradas pelo Estado; (iii) a **passagem do controle regulatório** à Agência Nacional de Telecomunicações, instituída nos ideais relacionados ao Estado Regulador em contraposição ao modelo de Estado Prestador²⁷⁴ até então observado e (iv) a **rápida e eficaz popularização (universalização)** dos serviços de telecomunicações que, em pouquíssimo tempo passaram a ser prestados a um número muito maior de pessoas.

Ao contrário do que se poderia inicialmente supor, o desenvolvimento do serviço de telefonia, fixa e móvel, trouxe consigo inúmeros desafios aos operadores e controladores (também, o Estado) do setor. O primeiro foi, justamente, o de desfazer a idéia de ineficiência relacionada.

Ainda, o sentimento ufanista, decorrente da insatisfação havida diante da idéia de imposição de uma nova política dominante, mostrou-se incompatível com a idéia de privatização. A troca do comando das empresas prestadoras que trouxe, inclusive, a alteração do nome das companhias, e a assunção por grupos com diferentes interesses, em especial, o de obtenção de vantagem econômica, gerou certo sentimento revanchista (pré-indisposição) na sociedade, sobretudo em decorrência da idéia difundida de que tais empresas seriam expressões da política neoliberal impingida pelos países desenvolvidos aos países de terceiro mundo.

Ao mesmo tempo, há que se constatar que a mudança de postura do Estado no sentido de abandono da qualidade prestadora e adoção de vertente regulatória foi (e continua sendo) mal entendida não só pela comunidade, mas, também, pelos próprios operadores do direito que, em muitos casos, resistem a reconhecer à Agência Nacional de Telecomunicações a legitimidade constitucional que lhe foi outorgada.

²⁷⁴ WALD, Arnoldo, *A Empresa no Terceiro Milênio in A Empresa no Terceiro Milênio - Aspectos Jurídicos*, WALD, Arnoldo e FONSECA, Rodrigo Garcia da (organizadores), 2005, p. 09-10: “Uma vez ultrapassada a concepção do Estado Providência, com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas operacionais que não são, necessária e exclusivamente, de sua competência, amplia-se, atualmente, a missão da empresa, como órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado”

Como fator derradeiro do cenário constatado, a rápida expansão do serviço de telefonia, ocasionada, insta evidenciar, pelos aportes de recursos despejados pela iniciativa privada para recuperação das redes de telecomunicações, tornou o serviço popular, atingindo um número maior de pessoas que, em muitos dos casos, jamais haviam tido contato com referida estrutura de comunicação privada, o que, somado fatores antes expostos, colocou as concessionárias na linha de fogo do usuário.

Esta assertiva pode ser presenciada na análise das reclamações que envolvem a telefonia: são diversas as ações versando sobre a não discriminação das chamadas locais (pulsos) pelas concessionárias e maior ainda é o número de demandas que discutem hoje a cobrança da assinatura básica, preço mensal cobrado para a manutenção do serviço e que garante ao usuário a franquia de 100 pulsos.

Não é difícil perceber o que se tenta aqui evidenciar: o usuário do serviço de telefonia é, em grande parte dos casos, também usuário do serviço público de energia elétrica e/ou de saneamento. Porém, os mesmos problemas que poderiam ser colocados em debate envolvendo estes últimos serviços, não o são, tal qual ocorre com a telefonia, senão, veja-se: Por quê não existe a mesma dimensão quantitativa de demandas envolvendo o questionamento da cobrança da taxa mínima de energia elétrica e de água e esgoto, a exemplo do que ocorre com a assinatura básica de telefonia? Por quê o usuário de energia elétrica não vê um direito seu atingido pelo fato de não ter a sua disposição na fatura mensal apresentada pela companhia fornecedora a quantidade de KW/hora consumidos em cada um dos pontos de energia de sua residência (televisão, rádio da sala, rádio do quarto, ponto de luz em cima da mesa de jantar, etc.)?

As respostas a estas indagações parecem envolver a questão cultural atinente à privatização como um fenômeno isoladamente considerado. Ou seja, o fato de ter sido passado o controle das empresas de telefonia do Estado para a iniciativa privada criou um ambiente (psicológico) desfavorável às operadoras deste setor, estando elas sujeitas a um grau de exigência muito maior do que se estivessem ainda sob a égide de uma prestação promovida diretamente pelo Estado.

Parece evidente, assim, que a relação do usuário em face das concessionárias de telecomunicações é, verdadeiramente, de oposição, de conflito, ou seja, existe um confronto usuário versus empresa, algo bastante prejudicial a regular evolução

das questões. Obviamente, não se pode perder de vista, também, a visão do usuário concernente à capacidade financeira de uma empresa de capital privado e a facilidade maior encontrada para que se consiga, na seara judicial, obter uma reparação de uma empresa com esta qualidade do que do próprio Estado.

Não se quer com estas afirmações fazer um discurso em defesa das concessionárias, mas sim diagnosticar um quadro pré concebido e que não pode ser desconsiderado, sob pena de macular-se a aplicação efetiva dos institutos jurídicos erigidos pelo ordenamento pátrio.

A constatação deste cenário coloca, assim, um tempero adicional na análise jurídica das questões afetas às telecomunicações, na medida em que se exige do Judiciário uma postura de compreensão destas ocorrências, a fim de que a contrariedade ideológica da sociedade não seja elevada a uma condição de intangibilidade frente a questões de direito que são, na realidade, as verdadeiras balizas a serem trabalhadas.

5.2

Breves Comentários Sobre o Papel da Empresa na Atualidade.

A Crise do Estado Social e a ascendência da globalização exigiram da iniciativa privada uma nova concepção no tocante à assunção das responsabilidades concernentes à estrutura econômica. Das empresas hoje é exigida uma mentalidade paralela que margeie os seus objetivos precípuos relacionados à obtenção de lucros. Espera-se que elas possam efetivamente conduzir um projeto de reestruturação social, implementando condutas que assertivamente se relacionem com a promoção do bem coletivo. São de Arnaldo WALD²⁷⁵ as seguintes palavras:

“Essa nova fase de transição da humanidade, ligada a modificações tecnológicas, como as decorrentes do uso do computador, das novas formas de energia, da modernização dos sistemas de transporte e comunicações e da implantação em redes das recentes estruturas comerciais e financeiras, enseja a globalização da economia mundial e enfatiza a importância crescente da empresa como coração da

²⁷⁵ WALD, Arnaldo, *A Empresa no Terceiro Milênio in A Empresa no Terceiro Milênio - Aspectos Jurídicos*, WALD, Arnaldo e FONSECA, Rodrigo Garcia da (organizadores), 2005, p. 05-06.

vida econômica na sociedade contemporânea. É, pois, o elemento central da economia moderna.”

Portanto, na figura da empresa se devem conciliar os interesses aparentemente conflitantes, mas materialmente convergentes, de investidores, administradores, empregados e consumidores²⁷⁶. Este é, inclusive, o pensamento exarado pelo constituinte de 1988 que propôs uma inter-relação permanente entre os aspectos sociais e econômicos na sociedade brasileira, tendo erigido princípios sólidos e capazes de harmonizar este aparente conflito.

Neste cenário, é a empresa quem cria empregos, forma e qualifica a mão-de-obra, produz equipamentos mais elaborados, sem os quais fica obstado o progresso da sociedade e realiza, de forma ágil e dinâmica, o diálogo, tanto com os consumidores de seus produtos e serviços, quanto com o poder público²⁷⁷.

Já na década de 80, Mikhail GORBACHEV²⁷⁸ ao lançar o projeto de reestruturação da economia russa analisava a importância de se colocar as empresas no centro deste processo, pois, para o estadista russo

“À medida que determinamos aquela seqüência do esforço de reestruturação, tínhamos em mente que é nas empresas e conglomerados que ocorrem os processos econômicos, que valores materiais são criado e idéias científicas e tecnológicas são materializadas. São as unidades de trabalho que dão forma tangível às relações sociais e econômicas, neles os interesses pessoais, coletivos e sociais do povo estão interligados. As unidades de trabalho determinam em grande parte a atmosfera política e social de toda a nação.”

Do também respeitadíssimo jurista brasileiro, Fabio Konder COMPARATO²⁷⁹, emana entendimento semelhante, exarado em igual época, quando, ainda, vigia entre nós as disposições da Constituição de 1967/69:

“Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização

²⁷⁶ Ibid., p. 09.

²⁷⁷ Ibid., p.10.

²⁷⁸ *Perestroika: Novas Idéias para o meu país e o Mundo*. São Paulo: Best Seller, 1987, p.94-96.

²⁷⁹ *A Reforma da Empresa in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 50, 1983, p.57.

contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. É das empresas que provêm a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços.”

É de relativa facilidade a percepção de que as empresas, não de hoje, ocupam papel fundamental na estrutura do Estado.

Com o movimento renovador empreendido, entendido como sendo o que se sucedeu à crise do Estado Providência, esta conotação teve seus limites ampliados e o raciocínio constitucional não envereda em outra direção.

É singular, pois, a constatação de que a função social da empresa, assim como todo o pensamento que orienta a ordem econômica constitucional brasileira, deve ser interpretada com foco nos fundamentos do Estado, (artigo 1º, inciso III, da CF), e dentre eles importância especial deve ser conferida ao multicitado princípio da dignidade da pessoa humana, já que este fundamento do Estado apresenta-se como verdadeiro pano de fundo da carta vigente, além de se constituir o fim maior da ordem econômica (artigo 170, caput – “a ordem econômica ... tem por fim assegurar a todos existência digna”).

Pois bem, a liberdade de iniciativa, princípio garantidor da atividade empresarial, deve, assim, estender-se e projetar efeitos no mundo empírico de forma a manter a harmonia, não só com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas, também, com o da função social da empresa.

A necessidade de manutenção desta harmonia confirma o que até aqui buscou se evidenciar: a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição brasileira. Mas se engana quem pensa que é tranqüila a missão de se manter a harmonia deste sistema, pois é justamente a consonância destes valores que vêm causando grande divergência de opiniões entre os juristas que estudam o assunto.

É de se por em relevo, por exemplo, o fato de que a existência de grandes conglomerados empresariais não significa, por si só, afetação da dignidade humana, apesar de ser comum a afirmação neste sentido. Recentes dados

demonstram que as 10 maiores corporações industriais do mundo possuem faturamento anual superior a um trilhão de dólares, quantia superior ao PIB do Brasil, 9ª economia mais industrializada do mundo²⁸⁰. Isto ao contrário do que supõem Paulo Roberto Colombo ARNOLDI e Taís Cristina de Camargo MICHELAN²⁸¹, não significa que estejam as macroempresas adstritas/obrigadas à promoção do bem estar, em detrimento da sua finalidade maior, qual seja, o lucro.

Mais correto parece ser o entendimento lavrado por Luis Roberto BARROSO²⁸², para quem o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, que a iniciativa privada oriente suas atividades em busca do atingimento dos princípios-fins da ordem econômica, sacrificando, desta forma, a sua liberdade de iniciativa, constitucionalmente assegurada, pois isto representaria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado.

Desta forma, apesar de a função social da empresa ser, indubitavelmente, elemento presente na ordem constitucional brasileira, deve a mesma ser entendida, antes, como um conjunto de deveres que a empresa “possui com seus empregados, seus fornecedores de insumos, consumidores de seus produtos, (com) o Estado, com o Fisco, bem como com toda a comunidade atingida pela atividade por ela exercida”, respeitados os parâmetros do equilíbrio para que o cumprimento de sua função social não prejudique sua atividade econômica, diante de uma supervalorização de suas capacidades.²⁸³

Indo mais adiante, ainda que seja comum no meio jurídico a afirmação de que é desatualizada a defesa da posição de que a razão de existir da empresa já denota suficientemente a sua função social, este é o entendimento que se adota no âmbito deste trabalho.

Isto porque, além de produzirem empregos e, com isto, fomentarem a movimentação da própria economia, é também reflexo da atuação empresarial a qualificação da mão de obra, o recolhimento de tributos (fonte maior de receita do

²⁸⁰ Disponível em http://www.ipib.com.br/rank_mundo.asp?origem=home, acesso em 04.11.2005.

²⁸¹ *Novos Enfoques da Função Social da Empresa numa Economia Globalizada* in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 117, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.158-161.

²⁸² BARROSO, Luis Roberto, *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*, p.16.

²⁸³ BLANCHET, Jeane D'arc Anne Marie Lucie, *A Elasticidade do Conceito de Função Social da Empresa face à Liberdade Econômica e ao Bem Comum*, dissertação de mestrado apresentada perante a PUC/PR, Curitiba, 2004, p. 49.

Estado) e, ainda, a produção de tecnologia que suporta o desenvolvimento de um país. Sem empresa, não haveria consumo e, por sua vez, não haveria impostos e, por sua vez, não haveria saúde, nem educação, nem saneamento, enfim, não haveria progresso, quiçá falar-se em dignidade. Não é outro o magistério de Luis Roberto BARROSO²⁸⁴:

“Como se pode singelamente constatar, o regular exercício de suas atividades pelas empresas privadas – como tal entendido o que observa os princípios de funcionamento da ordem econômica – já viabiliza uma parte importante do bem-estar-social.”

Não se pode, portanto, utilizar o instituto da função social dos bens de produção (da empresa) para se retirar do Estado a responsabilidade de desenvolvimento de práticas retributivas, assistencialistas, vez que tais se referem primeiramente ao Poder Público. Devem, no entanto, as empresas serem agentes deste processo e, para tal, devem ser vistas pela sociedade como ferramentas de realização dos seus fins, algo que, consoante razões expendidas no tópico anterior, parece não ocorrer no setor de telecomunicação.

Sobre este setor, em específico, vale frisar que sua importância é incomensurável, na medida em que das 20 maiores empresas do Brasil, 4 são concessionárias do serviço de telefonia²⁸⁵, sendo estas companhias responsáveis por grande parte dos tributos recolhidos pelos Estados em que atuam (em geral, figuram entre os 3 maiores contribuintes), razão que, somada ao fato de envolver a prestação um serviço público, coloca referidas empresas como um dos agentes principais do conteúdo da função social aqui retratada.

Porém, é imprescindível para que os reflexos da atuação destas empresas no campo social sejam mais e mais sentidos, que se realize uma mudança de postura da própria sociedade, a fim de que a mesma se desprenda da pré-concepção que assola este mercado. Do governo, ainda, devem partir soluções que fomentem a concepção assistencialista das empresas, sendo este hoje o seu principal papel, já que a natureza provedora lhe é inviolável.

²⁸⁴ *Op. Cit.*, loc. cit.

²⁸⁵ Disponível em <http://www.ipib.com.br/>, acesso em 04.11.2005

5.3

O Serviço de Telefonia Fixa no Judiciário.

Como forma de se evidenciar o quanto até aqui exposto por intermédio da alocação de figuras exemplificativas, toma-se como evidência a questão atual que representa debate dos mais acirrados entabulados por usuários do serviço de telefonia fixa, diretamente ou representados por Associações ou mesmo pelo Ministério Público, e que circunscreve o tamanho do problema hoje enfrentado no âmbito do setor de telecomunicações.

Neste sentido, já restou assentado que os problemas que rodeiam a prestação do serviço público de telefonia fixa tem, por razões diversas, encontrado guarida no âmbito do Poder Judiciário, o qual vem sofrendo as conseqüências decorrentes de uma má interpretação da estrutura de direito material inerente ao setor de telecomunicações.

Para se ter idéia, apenas acerca da discussão inerente à legalidade da cobrança de assinatura básica do serviço de telefonia fixa (residencial e não residencial), no mês de março do ano de 2005, já se tinha comprovado o tramite de mais de 100.000 ações movidas em face das Concessionárias²⁸⁶, o que denota uma preocupação, sobretudo em vista do risco que referidas causas geram no que tange à segurança do sistema de telefonia nacional.

Em tópico anterior restou averbada a competência normativa da ANATEL para editar regulamentos exarados com respeito aos ditames da Lei Geral de Telecomunicações. Também, restou evidenciado a necessidade de se garantir o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão, visto ser este um direito pertencente às concessionárias, fruto de um pensamento jurídico não de hoje verbalizado.

Ocorre que nem uma coisa nem outra parecem ser respeitadas na discussão entabulada junto às mais de 100.000 ações já ajuizadas, envolvendo o problema da assinatura básica, o que expõe em demasia a integridade do sistema jurídico nacional e que, por conseguinte, submete o país ao risco de credibilidade na relação envolvendo o capital participativo da iniciativa privada, capital este até

²⁸⁶ REVISTA EXAME, *Contrato ... Que Contrato?*, Matéria publicada na edição nº 839, ano 39, de 30 de março de 2005, p.38.

aqui responsável pela retomada do crescimento do setor de telecomunicação em solo nacional.

Tal questão é, portanto, absolutamente capaz de denotar o atual cenário jurídico que envolve a prestação do serviço de telefonia naquilo que diz respeito ao conflito havido entre as prestadoras (concessionárias) e os usuários, sendo, pois, suficiente, para adornar o pensamento conclusivo que envolve a necessidade de se promover a sedimentação do referido serviço, com vistas a se assegurar a integridade do texto constitucional e, ainda, o crescente desenvolvimento do país.

5.3.1

A Discussão Acerca da Cobrança da Assinatura Básica.

Apesar de o estouro quantitativo de ações ter ocorrido ao longo do segundo semestre do ano de 2004, a discussão circunscrita ao título do presente tópico possui raízes antigas.

Já em 1999, o Ministério Público Federal, em demanda ajuizada junto a Justiça Federal de Cascavel, em face da União, da ANATEL, da EMBRATEL, da BRASIL TELECOM e da INTELIG, autuada sob nº 1999.70.05.003282-1, pela 3ª Vara Federal de Cascavel, instou o Poder Judiciário a se manifestar sobre o tema controverso, requerendo na oportunidade a declaração de inconstitucionalidade da tarifa de assinatura. Em síntese, seus argumentos se circunscreviam à observância da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações travadas entre concessionárias e usuários do serviço público de telefonia, haja vista tratar-se a mesma de relação jurídica de consumo. Por esta razão, a exigência de um preço referente à assinatura mensal em razão da mera disponibilização do serviço, seria ilegítima, vez que, segundo as disposições do *Codex* citado, somente poderia ser exigido do usuário o pagamento de uma prestação pecuniária na hipótese de haver por parte da empresa uma contraprestação efetiva, o que aos olhos do Ministério Público não existiria.

Em que pesem os diversos argumentos utilizados por aqueles que vêem na cobrança de assinatura básica uma ilegalidade, pode-se dizer que estaria a discussão adstrita a dois pontos bem definidos, que seriam: (i) a cobrança de um valor fixo dos usuários, mensalmente, constitui prática abusiva, vedada pelo

Código de Defesa do Consumidor²⁸⁷; (ii) a caracterização da cobrança como taxa e não como tarifa (ou preço público), o que por sua vez exigiria o atendimento das disposições constitucionais tributárias, como o princípio da legalidade e o da anterioridade.

Antes, porém, de se perquirir o mérito acerca dos fundamentos antes arrolados e que servem para suportar o argumento daqueles que são contrários à cobrança da assinatura básica, faz-se importante imersão acerca da história normativa atinente à referida cobrança.

5.3.1.1

O Espeque Normativo da Cobrança de Assinatura Básica.

Data de 1966 o início da cobrança da assinatura mensal do telefone fixo. O Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo então vigente Código Nacional de Telecomunicações, editou a resolução nº 43, de 16 de dezembro de 1966, que estatuiu a cobrança do preço mensal a ser pago pelo usuário à empresa prestadora, como forma de se garantir a manutenção da infra-estrutura que envolvia o serviço prestado.

Vê-se, assim, que referida cobrança não caracterizou nenhuma inovação realizada pelas concessionárias, pós privatização, tendo o Poder Público efetuado sua cobrança diretamente por mais de 31 anos, até que passasse a mesma a ser alvo de questionamentos por parte da coletividade usuária.

Há que se frisar, por oportuno, que o preço da rubrica aqui analisada, até a ocorrência da privatização, era subsidiado, vez que vigia na época que o serviço era prestado diretamente pelo Poder Público a prática do subsídio cruzado que nos dizeres de Marçal JUSTEN FILHO²⁸⁸ “consiste na transferência de benefícios obtidos em outras operações para compensar a insuficiência do preço praticado em setores específicos.”

²⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari, *Parecer Sobre a Legalidade da Assinatura Básica*, disponível em http://www.abrafix.org.br/areas/sala_imprensa/outros_docs_base.php?area=3.4&id=1113, acesso em 18.05.05: “O fundamento da abusividade estaria na suposta desvinculação entre esta e a cobrança efetiva do serviço pelo usuário. Ou seja, haveria abusividade sempre que a cobrança da assinatura (que é um valor fixo mensal) não correspondesse a uma proporcional utilização do serviço pelo usuário, que estaria caracterizada apenas se houvesse a originação de um determinado número de chamadas.”

²⁸⁸ *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, Dialética, 2003, p.380.

Era, pois, à época, o preço da assinatura básica subsidiado pelo preço das ligações de longa distância (nacionais e internacionais)²⁸⁹, subsídio este mantido com o propósito de que os serviços mais rentáveis e as regiões mais desenvolvidas contribuíssem para a inclusão das camadas mais pobres da população. Tratava-se, assim, do instituto de que se valia o Estado na busca da universalização do serviço, instituto que, aliás, mostrou-se ineficiente.

Todavia, a reconstrução do setor de telefonia, ao longo dos anos 90, assumiu a idéia de que a adoção dos subsídios inviabilizava a expansão do sistema, posto que a fixação tarifária era totalmente dissociada dos custos da prestação, o que motivou o governo, em época próxima a privatização, a promover a reestruturação tarifária²⁹⁰, atribuindo valores justos aos serviços, orientados pelos efetivos custos, fato que acabou por afastar a política de subsídios, os quais, inclusive, são hoje vedados pela Lei Geral de Telecomunicações (artigo 103, parágrafo segundo).

Quanto ao fundamento atual que suporta a cobrança em evidência, é partindo-se da Constituição que se chega ao mesmo, senão, veja-se. Dispõe o artigo 175 da Constituição Federal:

“Artigo 175: Incumbe ao poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos.

²⁸⁹ ²⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, *Op. Cit.*, p.10: “Nos serviços de telecomunicações essa prática era adotada de maneira evidente entre as tarifas de chamadas interurbanas e o valor das assinaturas de linhas telefônicas. As tarifas interurbanas (pagas geralmente por quem possuía maior aquisitivo, como empresas) eram muito mais elevadas do que seus custos, justamente para subsidiar o valor das assinaturas residenciais (suportadas por um maior número de usuários), que tinham o valor, em muitas ocasiões, abaixo do custo graças a tal artifício da política tarifária adotada à época (período anterior à desestatização do sistema Telebrás).”

²⁹⁰ OLIVEIRA, Gesner, *Razoabilidade Econômica da Cobrança de Assinatura nos Serviços de Telefonia Fixa*, 2004, disponível em <http://www.abrafix.org.br>, acesso em 18.05.05, p.13: “O Ajuste da estrutura tarifária vigente no período de controle público era de grande importância, pois um aspecto fundamental para atrair investidores ao processo de privatização era a perspectiva de retorno proporcionado pelos serviços de telefonia. No esquema existente sob administração estatal, as novas empresas do setor encontrariam grande dificuldade para obter níveis competitivos de rentabilidade, uma vez que as tarifas de telecomunicações no Brasil apresentavam tanto uma expressiva defasagem em relação à evolução do nível de preços da economia como também grandes distorções, em função do elevado componente de subsídio cruzado das chamadas de longa distância para o serviço local e entre operadoras mais eficientes/lucrativas e operadoras menos eficientes. (...) Em novembro de 1995 teve início o processo de ajustamento da estrutura tarifária brasileira no setor de telecomunicações, cujo objetivo final era eliminar as distorções existentes nesse mercado. Houve aumentos superiores à inflação nas tarifas locais, incremento equivalente à inflação no serviço de longa distância nacional e redução, em termos reais, da tarifa no de longa distância internacional. Essa estrutura foi mantida até julho de 1998, quando o Sistema Telebrás foi privatizado. Nesse momento, as tarifas locais já eram mais compatíveis com os padrões internacionais, o que contribuiu para tornar a privatização mais atrativa aos investidores.”

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

III. política tarifária.”

Tal norma confirma a possibilidade de ser o serviço público de telefonia prestado mediante concessão, devendo a lei fixar os elementos inerentes à política tarifária apta a remunerar os prestadores do serviço e, mediante esta, manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por sua vez, a regulamentação de referido dispositivo se deu, primeiramente, com o advento na ordem jurídica pátria das disposições plasmadas na Lei de Concessões (nº 8.987/95) e, mais tarde, por intermédio da Lei específica do setor de telecomunicações (nº 9.472/97), que instituiu, através das ilações contidas em vários de seus artigos, o plano de remuneração do serviço de telefonia fixa, sendo oportuna a menção a tais dispositivos como forma de melhor evidenciar a construção normativa que ora se pretende realizar:

LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

“Artigo 19: À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e, especialmente:

(...)

VI. celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII. controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixa-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

(...)

Artigo 83: (...)

§ Único: Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

(...)

Artigo 93: O contrato de concessão indicará:

(...)

VII. as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão;

(...)

Artigo 103: Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço:

§1º A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários.

§ 2º São vedados os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 81 desta Lei.

§3º As tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante edital ou proposta apresentada na licitação.

§4º Em caso de outorga sem licitação, as tarifas serão fixadas pela Agência e constarão do contrato de concessão.

Art. 104. Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária.

§ 1º No regime a que se refere o caput, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência.

§ 2º Ocorrendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Art. 105. Quando da implantação de novas prestações, utilidades ou comodidades relativas ao objeto da concessão, suas tarifas serão previamente levadas à Agência, para aprovação, com os estudos correspondentes.

Parágrafo único. Considerados os interesses dos usuários, a Agência poderá decidir por fixar as tarifas ou por submetê-las ao regime de liberdade tarifária, sendo vedada qualquer cobrança antes da referida aprovação.

Art. 106. A concessionária poderá cobrar tarifa inferior à fixada desde que a redução se baseie em critério objetivo e favoreça indistintamente todos os usuários, vedado o abuso do poder econômico.

Art. 107. Os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

§ 1º A redução ou o desconto de tarifas não ensejará revisão tarifária.

²⁹¹ BRASIL, *Resolução nº 85/1998* da ANATEL, artigo 3º, inciso XXI: “Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pego pelo Assinante à Prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação do serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço.”

§ 2º Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas.

§ 3º Serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços.

§ 4º A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato.

Nota-se a clareza do legislador no que tange à conferência à Agência Nacional de Telecomunicações da competência para o estabelecimento das bases inerentes à estrutura tarifária do setor, ante as disposições contidas nos artigos aqui citados. E foi no uso destas competências que a Agência estabeleceu junto aos contratos de concessão os planos tarifários, não correspondendo esta conduta a uma ofensa ao poder regulador que lhe fora atribuído pela Constituição, consoante razões já assentadas em tópico anterior.

É relevante, pois, a citação dos dispositivos do contrato de concessão, valendo as disposições aqui referenciadas para a relação havida entre o Poder Público e todas as prestadoras do serviço telefônico fixo comutado em solo brasileiro, que operam no regime de concessão:

CONTRATO DE CONCESSÃO

“Cláusula 10.1. - A Concessionária deverá ofertar a todos os assinantes, obrigatoriamente, o Plano Básico do Serviço Local, Anexo 03, parte integrante deste Contrato.

Parágrafo único - O Plano Básico do Serviço Local será único para toda a área referida na cláusula 2.1. e deverá conter, nos termos do estabelecido pela ANATEL, valores máximos para cada item da estrutura tarifária definida para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado, valores estes que serão revistos e reajustados, observadas as normas aplicáveis.

(...)

ANEXO 3

2.2 Para manutenção do direito de uso as Prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura, segundo a tabela abaixo, conforme Portarias nºs 217 e 226, ambas de 03/04/97, do Ministro de Estado das Comunicações.

Conclui-se, então, que a cobrança aqui evidenciada encontra fundamento nos contratos de concessão, sendo ali alocadas por expressa disposição legal, lei esta que, por sua vez, foi editada em conformidade com o pensamento do constituinte pátrio, não havendo, dessarte, que se falar em inconstitucionalidade ou mesmo em ilegalidade. Esta é, inclusive, a opinião do Professor da PUC/SP, Carlos Ari SUNDFELD²⁹²:

“Atendendo à determinação da Lei Geral de Telecomunicações (art. 103, §§ 3.º e 4.º), as tarifas dos serviços de telefonia fixa foram fixadas nos próprios contratos de concessão. De acordo com o modelo previsto contratualmente, foram criados diversos itens tarifários, que correspondem a diversos aspectos da prestação do serviço ao usuário. Integram a “cesta” tarifária correspondente ao Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral – STFC, os seguintes componentes: tarifa de habilitação, que pode ser cobrada no momento em que o usuário tem acesso ao STFC; tarifa de assinatura, a ser paga mensalmente, para a manutenção do direito de uso do serviço; e o pulso, cobrado em função da duração das chamadas originadas pelo usuário. (...) Como se percebe, o modelo de remuneração para o serviço de telefonia, por intermédio do qual os usuários se obrigam a pagar pela assinatura do serviço, não é criação das concessionárias. Trata-se de política regulatória instituída pela Agência reguladora do setor e que consta expressamente dos contratos de concessão. **Referidas cláusulas encontram respaldo legal no art. 103, §§ 3.º e 4.º da LGT, dispositivos que conferem à ANATEL competência para fixar as tarifas dos serviços de telecomunicações prestados no regime público.** (grifei).

²⁹² Parecer Acerca da Legalidade da Cobrança de Assinatura Básica, disponível em <http://www.abrafix.org.br>, acesso em 18.05.05.

5.3.1.2

A Natureza Jurídica da Cobrança de Assinatura Básica: A Distinção entre Taxa e Tarifa.

Exposta a questão acerca dos fundamentos que suportam a cobrança em análise, resta perquirir os meandros da discussão envolvendo a (i) caracterização da mesma como um tributo (taxa) e a (ii) que se relaciona à sua abusividade em face das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Não de hoje a doutrina se ocupa com a distinção havida entre taxa e tarifa, havendo farto material a respeito do tema, não sendo, por conseguinte, das mais difíceis a missão atinente a caracterização da natureza jurídica da cobrança de assinatura básica relacionada ao serviço de telefonia.

Preliminarmente, pois, é em Alcides Jorge COSTA²⁹³ que se encontra importante e objetivo elemento distintivo entre os referidos institutos jurídicos, sendo de seu magistério a afirmação de que a querela poderia resolver-se ante a assertiva de que a relação jurídica relativa à taxa não tem natureza contratual, podendo-se, inversamente, concluir que haverá preço público quando existir contrato entre o Poder Público e o particular.

Não destoando deste entendimento, pode-se afirmar, em conjunto com Américo Lourenço LACOMBE²⁹⁴, que haverá preço público quando uma prestação for cobrada pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, em decorrência da prática de uma atividade civil ou comercial.

Mas é em Sacha Calmon Navarro COELHO²⁹⁵ que a questão é alocada de forma mais minuciosa e explicativa, sendo imperioso, portanto, a colação de suas palavras:

“De ver, em larga síntese, o preço público (espécie contratual) e a taxa (espécie tributária) ao lume do senso comum dos juristas, segundo os “lugares” (TOPOS) que assumem em suas manifestações teóricas. (a) O preço decorreria do livre encontro das vontades (contrato). A taxa – espécie tributária – proviria da “vontade da lei” (tributo). O primeiro é autonômico, a segunda heterônoma. (b) No preço

²⁹³ *Taxa e Preço Público in* Cadernos de Pesquisas Tributárias, v. 10, São Paulo: Resenha Tributária, 1985, p.03.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 17.

²⁹⁵ *Ibid.*, p.218/219.

predominaria a “FACULTATIVIDADE”, na taxa – tributo – a “COMPULSORIEDADE”. (c) No preço de origem sempre contratual, haveria a possibilidade do “desfazimento do pactuado” e, ainda, antes disso, a recusa da cobrança, só possível após a acordância do usuário. Na taxa, ao revés, predominaria a vontade da lei e a obrigação, às vezes existindo apenas a simples disponibilidade do serviço, só seria elidível pela revogação da norma legal, irrelevante o querer do obrigado. (d) O preço seria “ex-contractu”, por suposto, e a taxa- tributo- “ex-lege”. (e) Em consequência, o preço reger-se-ia pelos preceitos do direito privado, com influxos aqui e acolá, do direito administrativo (preços públicos) e taxa reger-se-ia pelas regras de direito público e, portanto, estaria sujeitada aos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade e anualidade. (f) Os preços seriam do “jus gestionis” e as taxas do “jus imperii”. (g) Os preços, por isso que contratuais, sinalagmáticos, não comportariam “extrafiscalidade”, esta típica da ação governamental via tributos (inclusive taxas), tese, de resto polêmica no respeitante às taxas, nos contrafortes do próprio direito tributário, em razão da natureza “contraprestacional” destas. (h) Os preços seriam adequados para remunerar atividades estatais “PRÓPRIAS”, indelegáveis, tipo “Polícia”, “Justiça”, “Fisco”, etc. (i) Os preços estariam livres do controle congressional, possuindo maior elasticidade. As taxas, ao contrário, porque seriam tributos estariam sujeitas ao controle do legislativo, daí a maior rigidez do seu regime.”

Nota-se, portanto, que não incide em erro quem categoriza a cobrança da assinatura básica da telefonia como uma tarifa (preço público), sendo este, inclusive, o corolário lógico prescrito pelo constituinte de 1988, senão, observe-se.

Em se tratando a telefonia fixa de serviço público prestado mediante concessão, é na Constituição que se encontra a previsão acerca de como deve o mesmo ser remunerado (artigo 175, parágrafo único, inciso III). E o dispositivo constitucional referido é explícito ao afirmar que os serviços públicos serão remunerados mediante tarifa (e não mediante a incidência de taxa), algo que prestigia a lógica, na medida em que, além da lucratividade inerente a atividades exercidas por particulares, a exigência de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é incompatível com o regime jurídico tributário, não sendo, destarte,

possível a cobrança de uma taxa para remuneração das prestadoras. Outro não é o entendimento do muticidado tributarista, Paulo de Barros CARVALHO²⁹⁶:

“Daí porque o regime tributário se mostre inaplicável à remuneração do serviço executado pela concessionária. Para cumprir suas finalidades e manter o desejado equilíbrio econômico-financeiro, o valor exigido deve acompanhar eventuais alterações dos sistemas social, econômico e jurídico, de modo que sejam aumentadas ou reduzidas conforme se torne maior ou menor o custo para execução do serviço. Evidente que, caso a remuneração da concessionária consistisse em taxa, essa mobilidade não seria susceptível de implementação. Como espécie tributária, a modificação do valor exigido a título de taxa demanda lei, sendo necessário, também, para seu aumento, observância ao princípio da anterioridade. A rigidez do sistema tributário inviabiliza o preconizado equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, a figura da taxa não se coaduna com a idéia de lucro. Sendo sua hipótese de incidência composta pela descrição conotativa de atuação estatal específica, direta e compulsoriamente utilizada pelo particular, a base de cálculo correspondente há de mensurar o exato custo da atividade exercida, não sendo lícita a exigência de quantia que a ultrapasse. Entretanto, sabemos que a concessionária, ao executar suas funções, visa ao lucro, elemento comum às relações jurídicas privadas. A própria Lei nº 8.987/95, que disciplina o regime de concessão, determina a execução do serviço em regime de direito privado, uma vez que representa exploração de atividade econômica. Por esse motivo, sua remuneração deve dar-se por tarifa, conforme determinado pela Lei nº 9.472/97.

A propósito, insta por em evidência que os Tribunais Superiores brasileiros já tiveram a oportunidade de se pronunciar acerca do tema. É o caso do Supremo Tribunal Federal que, inclusive, possui Súmula²⁹⁷ editada disciplinando a controvérsia, sem falar na existência de inúmeros julgados que de forma direta, ou implícita, reconhecem a admissibilidade da tarifa como instituto legítimo para a remuneração dos serviços públicos.

²⁹⁶ Consulta sobre a Natureza Jurídica e a Constitucionalidade dos Valores Exigidos a Título de Assinatura Mensal dos Serviços de Telefonia Fixa Comutada, disponível em <http://www.abrafix.org.br/>, acesso em 18.08.05, p.34.

²⁹⁷ Súmula nº 545, de 03 de dezembro de 1999: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.”

É o que se observa, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 117.315/RS²⁹⁸, de relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro Moreira Alves, que tratando especificamente do setor de telefonia assentou o entendimento de que a remuneração deste serviço se dá por intermédio da incidência de tarifa, entendimento este compartilhado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consoante se extrai do conteúdo da ementa²⁹⁹ a seguir transcrita:

“ADMINISTRATIVO - SERVIÇO PÚBLICO - CONCEDIDO - ENERGIA ELÉTRICA - INADIMPLÊNCIA.

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.

2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços público.

3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.

4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão.

²⁹⁸ RE nº 117.315, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ de 22.06.90, p. 583. Do voto do eminente relator, extraí-se o seguinte trecho: “Não há dúvida de que os serviços de telecomunicações são serviços públicos facultativos, pois não decorrem de atribuição da soberania do Estado nem este os torna de utilização obrigatória por tê-los como essenciais à ordem ou ao bem-estar públicos. Como serviços públicos facultativos, à sua prestação corresponde a contraprestação que se consubstancia em preço público, que não é tributo e, conseqüentemente, não está sujeito às limitações constitucionais e legais deste.”

²⁹⁹ REsp. nº 525.500, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 10.05.2004, p. 235.

5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade da partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).

6. Recurso especial provido.”

Por fim, é convergente, ainda, o entendimento doutrinário de que a remuneração conferida a particulares que sejam prestadores de serviços públicos é incompatível com o regime tributário, vez que estes não podem ser remunerados mediante a cobrança de taxas. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO³⁰⁰:

“A meu ver, a distinção quanto à natureza da imposição, com base no conceito constitucional de taxa, só é cabível quando o serviço seja prestado *diretamente* pelo próprio Estado. **Contudo, não tem nenhum sentido quando o serviço é prestado por meio de concessão ou permissão, porque a esses institutos é inerente a cobrança de tarifa. Se a Constituição permite a prestação de serviço público por meio de concessão ou permissão, também está permitindo a cobrança de tarifa. Impor a instituição de taxa (sujeita ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos tornará inviável a utilização da concessão, já que a taxa é inadequada como meio de assegurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro. Afirmar que determinado serviço só pode ser remunerado por meio de taxa é o mesmo que afirmar que esse serviço não pode ser objeto de concessão ou permissão.**(...) Se a própria Constituição admite a prestação do serviço público por meio de concessão, repita-se, é porque está permitindo que sua remuneração se faça por meio de tarifa, independentemente da obrigatoriedade ou não da utilização do serviço pelo particular.”

Não são poucas, portanto, as razões que levam a afirmação de que a cobrança de assinatura básica, além de possuir fundamento, deve ser vista como uma tarifa (ou preço público), restando, por conseguinte, inaplicável o regime jurídico tributário a sua natureza.

³⁰⁰ *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, São Paulo: Atlas, 2002, p.335.

5.3.1.3

A Inexistência de Abusividade na Cobrança de Assinatura.

O argumento da abusividade inerente à cobrança de assinatura básica é realizado com base nas premissas do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e tem como esteio o fato de as concessionárias obterem receita sem que haja uma prestação efetiva do serviço de telefonia, já que o usuário, independentemente da utilização de seu terminal (realização de chamadas), estaria adstrito a efetuar o pagamento de uma tarifa mínima. Esta cobrança estaria, por conseguinte, em desacordo com as disposições normativas contidas nos artigos 6º, inciso IV, 39, V e 51, IV, todos do *Codex* citado.

Não parece, todavia acertada tal posição, eis que inverídica a assertiva que dá origem a esta discussão, tratando-se, na verdade, de uma falsa impressão sobre uma realidade desconhecida³⁰¹.

Antes, contudo, de se adentrar no mérito da abusividade propagada, releva-se o fato de que a cobrança de assinatura no setor de telefonia é prática usual no mundo todo, despertando a atenção de que no universo de 154 países, cujas tarifas são acompanhadas pela *International Telecommunication Union* (ITU) – ligada às Nações Unidas – haja registro de um único país que não pratica a cobrança, a Guatemala, aonde, por sinal, o prazo para instalação de um terminal de acesso chega próximo a dois anos³⁰².

É evidente que os modelos de cada um dos países guardam relação com as respectivas particularidades regulatórias, não obstante, forçosa é a conclusão de que a prática universal de cobrança de assinatura é elemento bastante robusto para enfraquecer a arguição de que estão as concessionárias brasileiras atuando com o propósito de locupletar-se indevidamente, quando praticam a cobrança do popularmente chamado “preço mínimo”.

Indo adiante, a afirmação da abusividade escorada na ausência de contraprestação a um preço cobrado, encontra resistência no fato de que o serviço de telefonia não consiste apenas na utilização pelo usuário para a realização de

³⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari, *Parecer Sobre a Legalidade da Assinatura Básica*, disponível em http://www.abrafix.org.br/areas/sala_imprensa/outros_docs_base.php?area=3.4&id=1113, acesso em 18.05.05, p.20.

³⁰² *World telecom Indicators* 2003, disponível em <http://www.itu.int/ITU-D/ict/>, acesso em 23.09.2005.

chamadas, servindo referido serviço também para que seja o titular chamado, devendo, para tal, a empresa prestadora manter a disponibilidade integral do serviço sob pena de incidência das disposições legais, contratuais e regulamentares cabíveis. Esta manutenção gera, por conseguinte, custo à prestadora, o que evidencia, mais uma vez, a ausência de abusividade. Não tem sido outro o entendimento do Poder Judiciário, senão, veja-se:

“De outra banda, não vinga o argumento de que a mera disponibilização da linha telefônica não configura serviço passível de cobrança. O usuário paga a assinatura básica para ter o serviço a sua disposição e com exclusividade, podendo, a qualquer tempo, receber ou fazer ligações, mesmo a cobrar, e para outros Estados e município, sendo certo que o mesmo não realizando ou recebendo ligações tem o serviço a sua disposição, o que, por óbvio, gera gastos para a prestadora do serviço.”³⁰³

“O direito assegurado pelo pagamento da tarifa de assinatura é o direito à fruição contínua do serviço. Não há se falar, portanto, que a cobrança da assinatura é desprovida de contraprestação ao usuário. Ainda que não haja utilização da linha telefônica para efetuar ligações, há toda uma estrutura de serviços colocada à disposição do usuário-consumidor, representada pela reede de telefonia que é estendida até a sua residência, sendo pois necessário o custeio da manutenção e do aperfeiçoamento dessa rede, ainda que o usuário a utilize apenas para receber ligações. Trata-se de um serviço efetivamente colocado à disposição do assinante, de forma contínua e ininterrupta, cujo custo deve ser por ele remunerado.”³⁰⁴

“No meu entendimento há sim contraprestação para a cobrança de tal tarifa, sendo esta a disponibilização do serviço telefônico no terminal de cada assinante e uma franquia de 90 pulsos mensais.”³⁰⁵

Como já asseverado em outro momento, parece existir no ambiente que envolve o serviço de telefonia uma pré indisposição dos usuários em face das

³⁰³ Autos nº 2004.2161-3/0, 2º Juizado Especial Cível de Ponta Grossa, Juiz Dr. João Campos Fischer, decisão de 03.03.05.

³⁰⁴ Autos de Ação Civil Pública nº 2004.61.00.020602-2, 9ª Vara Federal de São Paulo, Juiz Dr. Otávio Henrique Martins Port, decisão proferida em 04.10.04.

³⁰⁵ Autos de Ação Civil Pública nº 1999.70.07.002365-5, Vara Federal de Francisco Beltrão, Juíza Vanessa de Lazzari Hoffmann, decisão de 17 de novembro de 2003.

empresas prestadoras, algo que não tem se demonstrado vantajoso para a sociedade como um todo, seja pelos custos que isto tem significado não só para as empresas, mas também para o Estado, seja pelo desvio de foco presenciado, ocupando-se o usuário com discussões carecedoras de fundamento, enquanto outras que poderiam representar maior grau de acuidade desenvolvimentista têm sido desprestigiadas.

E isto mais uma vez pode ser confirmado pelo fato de que a cobrança de uma taxa mínima não é privilégio do setor de telefonia, apesar de o grau de litigiosidade sobre este ser evidente. Nesta linha, pode-se encontrar exemplos bem sucedidos desta cobrança tanto no setor privado, quanto no setor público.

As diárias cobradas pelos Hotéis e os preços de rodízios/buffets dos restaurantes bem caracterizam este viés no ambiente reservado ao setor privado. Independentemente do tempo ou da quantidade consumidos, em um ou outro exemplo, a cobrança praticada terá um valor fixo para todos os clientes, usufruindo uns em maior quantidade do que outros.

Já no âmbito dos serviços públicos, além dos preços mínimos já mencionados cobrados pelas empresas de energia elétrica e saneamento, juntam-se as tarifas atinentes ao transporte público, onde o usuário, ao pagar a tarifa única, terá a prerrogativa de usufruir do referido serviço por um ou dez quilômetros³⁰⁶, não havendo, entretanto, abatimento proporcional do preço, no caso de o mesmo abdicar do trajeto integral fornecido por uma determinada linha.

Por tal razão, é que outra não pode ser a conclusão que não a que aponte que a estipulação de um valor mínimo ou de referência para cobrança “não constitui prática esdrúxula ou inaceitável dentro de nossa ordem econômica”³⁰⁷.

Há, inclusive, forte tendência jurisprudencial neste sentido, tipificada, sobremaneira, naquilo que diz respeito ao setor de abastecimento de água, cuja proximidade com o tema em comento não pode ser desprestigiada.³⁰⁸

³⁰⁶ Trata-se de um mero exemplo, vez que as linhas de transportes públicos variam de extensão.

³⁰⁷ SUNDFELD, Carlos Ari, *Op. Cit.*, p.30.

³⁰⁸ Sobre o assunto, excelente trabalho de pesquisa jurisprudencial foi realizado pela Professora Dinorá Musstti GROTTI in *O Serviço Público e a Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.242-243: “STJ – RESP 39.652-2 – MG. T. 1. rel. Min. Garcia Vieira, v.u., j. 29-11-93 (DJ 21-02-94, p. 2.137); STJ – RESP 20.741 – DF. T. 2. rel. Min. Ari Pargendler, v. u., j. 09-05-96 (RT 732/176); STJ – RESP 150.137 – MG. T. 1. rel. Min. Garcia Vieira, v.u., j. 17-02-98 (DJ 27-04-98, p. 93); STJ RESP 95.920 – SC T. 1. rel. Min. Garcia Vieira, v. u., j. 17-04-98 (DJ 08-06-98); STJ – EDRESP 95.920 – SC T. 1. rel. Min. Garcia Vieira, v.u., j. 06-08-98 (DJ 14-09-98, p. 9); STJ – RESP 214.758 – RJ, T. 1. rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., j. 21-03-00 (DJ 02-05-00, p. 104); STJ – RESP 209.067 – RJ, T. 1. rel. Min. Humberto Gomes de

Diante do exposto, afirma-se como justificável o fato de ser cobrado um valor de referência mínimo pelo uso dos serviço de telefonia fixa, não sendo, por conseguinte, classificada tal cobrança como componente de um modelo abusivo, já que comprovam a sua viabilidade jurídica não só os exemplos encontrados nas relações comerciais e de consumo privadas, mas também os exemplos próprios do direito público³⁰⁹.

5.4

A Necessidade de se Garantir a Continuidade do Desenvolvimento.

Toda a exposição relacionada à discussão entabulada sobre a cobrança de assinatura básica junto ao serviço de telefonia fixa serviu para que se assentasse o atual momento presenciado, atinente ao setor de telecomunicações em solo brasileiro.

Parece restar evidente que pouco voluntarioso, sob o prisma da juridicidade, apresenta-se o embate entabulado junto as mais de 100.000 (cem mil) ações judiciais que hoje tramitam no Judiciário nacional. Entretanto, é gigantesca a exposição das concessionárias, frente a este universo de ações, sendo iminente o risco do proferimento de uma decisão liminar ou de uma decisão definitiva em demandas coletivas que conceda aos usuários a tutela jurisdicional apta a afastar a incidência desta cobrança, o que, por sua vez, colocará em xeque todo um projeto, cujas raízes são relativamente antigas.

Frise-se que decisões isoladas neste sentido já foram proferidas, estando, entretanto, sujeitas à apreciação pelos Tribunais, apesar de em alguns casos já estarem produzindo efeitos e, por corolário, fomentando um embate entre o Poder Público e as concessionárias, tendo em vista a aqui difundida afetação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Outras tantas, inclusive em sede coletiva, já foram cassadas ante ao entendimento dos Tribunais nacionais.

Urge, entretanto, a necessidade de ser rapidamente equacionada a discussão, a fim de que o risco seja afastado da prestação da atividade, sob pena de serem sentidas as conseqüências do mesmo. Não pode o setor permanecer sofrendo das

Barros, v. u., j. 21-03-00 (DJ 08-05-00, p. 62); STJ – RESP 239.525 – ES, T. 1. rel. Min. José Delgado, j. 11-04-00 (DJ 11-04-00). No mesmo sentido, STF – RE 207.609 – DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 16-04-99 (DJ 19-05-99, p. 67); TJRJ - Ap. 7.195-97 – Capital, 8ª Câm. Cível, re. Deisg. Dês. Carpena Amorim, m.v. (DO 13-08-98).”

³⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, *Parecer Op. Cit.*, p.39.

mazelas que a ele aderiram por força do processo de privatização. Deve, em contraposição, a sociedade pretender buscar o devido esteio na atuação das concessionárias do serviço de telecomunicações, a fim de que sejam os seus desafios cada vez mais compartilhados com as mesmas, promovendo referidas corporações o atendimento das funções sociais hoje insuficientemente prestadas pelo Estado, não como objetivo fim, mas como verdadeiras parceiras da Administração Pública, algo em maior escala aferível e cobrável, na medida em que sejam diminuídas as demandas desarrazoadas hoje praticadas.

Neste sentido, vale lembrar a transformação sofrida pelos serviços de telecomunicações nos últimos 7 (sete) anos, período em que os mesmos experimentaram vertiginoso incremento, em vista dos investimentos realizados pelo capital privado. Hoje para se ter um telefone disponível basta um contato por telefone com a central de atendimento das prestadoras e o pagamento de uma taxa de habilitação que em alguns casos chega a ser de R\$ 6,16 (seis reais e dezesseis centavos), cenário absolutamente diverso do experimentado em época anterior à privatização.

As ligações realizadas não enfrentam problemas de tráfego, podendo, em condições normais de prestação, serem completadas a qualquer hora e para qualquer lugar, independentemente de espera. Serviços inteligentes foram agregados à prestação a um custo bastante reduzido, sendo a internet, verdadeira ferramenta de trabalho, indissociável, no mais das vezes, de um terminal telefônico. As ligações de longa distância, com o fim dos subsídios cruzados, foram barateadas e fomentaram a interligação entre os diversos centros de comércio, facultando, portanto, desenvolvimento.

Não é mentirosa, assim, a afirmação de que todo o cenário de transformação ora exposto é reflexo de crescimento econômico e, por corolário, de verdadeiro desenvolvimento social do país, o que denota, por sua vez, o pensamento do constituinte brasileiro que ao prever a garantia do desenvolvimento nacional como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro (artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988), endossou o ideal aqui retratado, não podendo, por corolário, ser esta garantia desenvolvimentista suprimida deste processo evolutivo.

6

Conclusão

Evidencia-se forçosa a conclusão preliminar de que a formação do Estado precede o desenvolvimento dos matizes constitucionais, sobretudo pós-revolução de 1789, que hoje suportam a instituição assim conhecida, tendo sido a criação da propriedade privada o fator determinante para o desenvolvimento de um ideal inerente ao desenvolvimento do Estado.

Por tal razão, impende constatar, por corolário às idéias de ROUSSEAU, que é com a formação da sociedade civil que surge a necessidade de as pessoas se organizarem, de modo a serem estabelecidas condições aptas a garantirem a harmonia de uma convivência que a partir dali tende a ser conflituosa.

Afigura-se reluzente, todavia, que a concepção vigorante do Estado somente adquire visibilidade quando da transição do feudalismo (forma estatal medieval) para o que se denomina Estado Moderno, já que é a partir deste momento que se nota a institucionalização do Poder, sendo esta uma característica própria do conceito de soberania, que ao lado de dois outros elementos, cujos conceitos são reformulados, sustenta a tríade dominante do conceito atual de Estado.

Pois bem. Após anos de dominação de uma cultura liberal, em que o Estado experimentou, de um lado, o desenvolvimento econômico escorado nos princípios da liberdade contratual e, por conseguinte, na propriedade privada, de outro, suportou as conseqüências de seu absenteísmo, as quais exigiram do mesmo a adoção de uma política diferenciada, capaz de salvaguardar os interesses de toda a coletividade e não apenas de uma parcela, como ocorreu durante a era liberal.

Surge, assim, a concepção social do Estado a qual inspirou a edição de inúmeras cartas constitucionais, inclusive a brasileira de 1988. Ocorre que as bases do *Welfare State*, apesar de serem ideologicamente irrefutáveis, vez que calcadas no ideal de justiça social, não puderam ser suportadas por um duradouro período, ante a dificuldade de o Estado angariar receitas capazes de fazer frente às despesas excessivas que, neste modelo, são suportadas.

Por tal razão é que está o mesmo a enfrentar um processo de reestruturação, que, por sua vez, envolve a necessidade de se encontrar na iniciativa privada o equilíbrio financeiro necessário para que tal modelo seja mantido.

Entretanto, a participação que se pretende obter do capital privado, somente poderá ser satisfeita, acaso se garanta a constitucionalidade desta pretensão, sob pena de se incidir num retrocesso histórico naquilo que pertine à abdicação dos assentamentos atinentes ao que se conclama de Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o exemplo é característico, vez que apesar de a Constituição vigorante encontrar-se impregnada pelas diretrizes do Estado Social, o país mostra evidentes impeditivos de garantia do cumprimento das mesmas, ante a total ineficiência arrecadatória, quando sopesada frente aos desafios sociais constitucionalmente previstos.

Assim, é imperioso neste país que se obtenha mais e mais o apoio da iniciativa privada com vistas a serem salvaguardadas as orientações sociais propostas pelo constituinte pátrio, porém somente com uma equilibrada mediação de valores principiológicos inseridos no corpo da carta de direitos é que poderá o interprete obter a definição de como se dará a formação desta relação.

A interpretação do sistema jurídico constitucional é, por conseguinte, determinante no processo de manutenção da ordem social estatuída, possuindo fundamental relevância os balizamentos atinentes à ordem econômica vigente. Neste contexto, como princípio vetor da atividade econômica, a liberdade de iniciativa deve ser valorada não só em decorrência de todas as condicionantes constitucionalmente impostas mas, sobretudo, diante do fato social avaliado, o qual insere no ambiente interpretativo o caráter modificante e a temporalidade, fatores típicos do ambiente empírico antes retratado (crise do Estado Social e necessidade de reestruturação).

Querer, portanto, engessar a atividade econômica, por intermédio de um discurso social edificante de um pensamento retrógrado, é articular um ideal contrário ao caráter cambiante do Direito. Tal conduta, ainda, afigura-se inadequada diante das normas articuladas pelo constituinte de 88, vez que atentatórias a um dos objetivos do Estado, qual seja, a garantia do desenvolvimento nacional que, apesar de ter tido sua axiologia reformulada (concepção da carta de 67 era tão somente econômica), ainda permanece irradiando efeitos naquilo que pertine ao aspecto econômico.

Em linha com as conclusões até aqui assentadas, a inserção do serviço público de telecomunicação no âmbito deste trabalho deu-se em vista da sua importância, não só quantitativa, mas, sobretudo, diante de sua pertinência enquanto ferramenta garantidora da liberdade do indivíduo. A era da pós-modernidade calcada, sobremaneira, na idéia de informação necessita que as comunicações se dêem de forma eficaz e acelerada. São os serviços de telecomunicações as molas desta finalidade, já que é por intermédio do seu desenvolvimento que a informação se prolifera, gerando satisfação, segurança e integração a toda uma sociedade.

Não a toa que as telecomunicações são tidas como insumos para todas as demais atividades econômicas e, por conseguinte, geradoras de benefícios para a toda a sociedade. Tais expressões revelam-se de fundamental importância como corolário da posição que o setor ocupa na geração de riquezas, encontrando-se no setor 4 das 20 maiores empresas com atuação em solo nacional.

Desta forma, inconteste a conclusão de que se trata de serviço de altíssima relevância para a economia nacional e, por conseguinte, para a manutenção do Estado Social, cujas raízes não mais se sustentam sem o apoio do capital privado, conforme anteriormente exposto.

Acontece que tal serviço sofre as conseqüências de um processo de reformulação histórica, já que a evolução do mesmo foi marcada por períodos de péssima prestação à coletividade, decorrente do sucateamento a que esteve o mesmo sujeito, característico da ineficiência do Estado Provedor.

Com a privatização, as concessionárias, além de terem contra si o histórico de insatisfação da população, acautelada durante anos pelo descaso do Poder Público, sofreram com um elemento subjetivo relacionado ao processo de mudança de regime político (advento do neoliberalismo), que trouxe consigo, também, a importação do modelo de regulação que passa a ser exercido pelas Agências, figura até então pouco conhecida no universo jurídico nacional.

Estas razões servem para tentar explicar o, atualmente, controverso caráter do setor, elemento aferível diante do enorme número de ações judiciais que hoje o envolvem.

Ocorre que esta sanha social tem se mostrado prejudicial, na medida em que põe em risco o desenvolvimento do setor, eis que, na maioria das vezes,

carecedora de legitimidade jurídica, e, portanto, tipificadora de um discurso enfadonho e retrógrado, contrário, por conseguinte, aos objetivos da República.

É o que se tentou demonstrar por intermédio do exemplo envolvendo a cobrança de assinatura básica relacionada ao serviço de telefonia fixa. Outros exemplos poderiam ser citados, como a controvérsia acerca da discriminação de pulsos ou, ainda, a necessidade de entrega de laudo prévio de qualificação técnica a todos os supostos interessados na contratação do serviço de internet banda larga, todavia, entende-se como suficiente a escolha aqui realizada como forma de possibilitar uma maior reflexão acerca do caráter desenvolvimentista do Estado por parte da sociedade.

Se não realizado este exercício corre-se o risco de desprestigiar a história da humanidade, marcada de forma contumaz pela evolução, pelo desenvolvimento, algo que exige o ajustamento do pensamento conforme o momento histórico que permeia o fato social analisado.

7

Referências Bibliográficas

ALBINO, W. P., **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: Editora LTR, 1994.

AMARAL, A. C. C. Distinção Entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. **Revista Diálogo Jurídico**. n.13. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>, Acesso em: 18 de maio de 2005:

ANATEL, Indicadores do Plano Geral de Metas para Universalização, ano 2005, mês de março, disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/telefoniafixa/stfc/indicadorespgmu/2005/Brasil>. Acesso em 18 novembro de 2005.

ARAGÃO, A. S. O conceito jurídico de regulação da economia. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 122. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 38-47.

ARNOLDI, P. R. C.; MICHELAN, T. C. C. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 117. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 157-162.

BACELLAR FILHO, R. F. A Nova Lei das Concessões: Lei 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, nº 5. Curitiba: Gênese, 1995, p. 339-344

_____. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: Os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.153-162.

BARROSO, L. R. Dez anos da Constituição de 1988: Foi bom pra você também? **Revista de Direito Administrativo**. n. 214. Rio de Janeiro: Renovar. out./dez. 1998. p. 1-25.

_____. Natureza Jurídica e Funções da Agências Reguladoras de Serviços Públicos. Limites da Fiscalização a ser Desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. **Revista Trimestral de Direito Público**, v.25. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. **Revista de Direito Administrativo**. nº 222. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.179-212

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro, (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**. n.6. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12 de maio de 2005:

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 14.

Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica. jun./ago. 2002. CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, jun/ago 2002, Disponível em: <http://www.direito publico.com.br>, Acesso em: 12 de maio de 2005.

_____. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. n. 229. Rio de Janeiro: Renovar. jul./set. 2002. p. 285-311.

BLANCHET, L. A.. **Concessão de Serviços Públicos**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2005.

BLANCHET, J. D. A. M. L. **A elasticidade do conceito de função social da empresa face à liberdade econômica e ao bem comum**. Curitiba, 2004. Dissertação (mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

BOBBIO, R. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, P. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962 – Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações.

_____. Lei 5.792, de 11 de julho de 1972 - Institui política de exploração de serviços de telecomunicações, autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa Telecomunicações Brasileiras S/A. - TELEBRÁS, e dá outras providências.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

_____. Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998 - Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público.

_____. Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998 - Aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público.

BRITTO, C. A. A privatização das empresas estatais, à luz da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 12. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 125-133.

CAMUS, A. **O Homem Revoltado**. Tradução de Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record, 1999.

CANARIS, C. W. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1999.

CARRIÓ, G. **Notas sobre derecho e language**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.

CARVALHO, P. B. Consulta sobre a Natureza Jurídica e a Constitucionalidade dos Valores Exigidos a Título de Assinatura Mensal dos Serviços de Telefonia Fixa Comutada. Disponível em www.abrafix.org.br. Acesso em 18.08.05.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

CELLI JÚNIOR, U.; SANTANA, C. S. Telecomunicações no Brasil: Balanço e Perspectivas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 134. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 175-186.

_____. A Nova Organização dos Serviços na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo**. n. 211 Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 151-161.

CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, F. K. A Reforma da Empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 57-74.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**. n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 71-79.

COUTINHO, J. N. M. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTINHO, L.; CASSIOLATO, J. E.; SILVA, A. L., **Telecomunicações, Globalização e Competitividade**. Campinas: Papirus, 1995

DALLARI, A. A. Conceito de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 15. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 112-117.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1998.

DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

DRUCKER, P. **O Melhor de Peter Drucker**. Tradução Edite Sciulli. São Paulo: Livraria Nobel, 2001.

FARACO, A. D. **Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FERRAZ, S. Regulação da Economia e Livre Concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, nº1, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 201-213.

FILHO, M. G. F. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990

FREITAS, J. O controle social e o consumidor de serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 23. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 24-31.

_____. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FUX, L. Voto proferido junto ao RESP nº 572.906, publicado no **Diário de Justiça da União** de 28.06.2004. <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=130329&tip=UN¶m>, no julgamento da ADIN nº 3367-1, que versa sobre o Conselho Nacional de Justiça.

GILISSEN, J. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GORBACHEV, M. **Perestroika**: Novas Idéias para o meu país e o Mundo. São Paulo: Best Seller, 1987.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2004.

GROTTI, D. A. M. Regime Jurídico das Telecomunicações: Autorização, Permissão e Concessão. **Revista Trimestral de Direito Público**. v. 33, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 45-51.

_____. **O Serviço Público e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003

GRUPPI, L. **Tudo Começou com Maquiavel**. Porto Alegre: L&PM, 2001.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991

HUNT, E. K. **História do Pensamento Econômico**. Tradução José Ricardo Brandão Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

HUNT, E. K.; SHERMAN, H. J. **História do Pensamento Econômico**. Tradução Jaime Larry Benchimol. Petrópolis: Vozes, 2000.

IHERING, R. V. **A Luta Pelo Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

JAGUARIBE, H. **Um Estudo Crítico da História**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001.

JUNIOR, U. C.; SANTANA, C. S. Telecomunicações no Brasil: Balanço e Perspectivas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 43, São Paulo: Malheiros, 2004, p.175-186

JUSTEN FILHO, M. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. **Revista de Direito Público da Economia**. nº1, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 95-136.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KNOERR, F. G. **Ciência Política no Teocentrismo e na Pré-Modernidade**. Curitiba: Gráfica Capital, 2004.

NETTO, P. S. **Curso de Teoria do Estado**, São Paulo: Saraiva, 1982.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELCHIOR, Silvia Regina Barbury, Balanço da Competição na Regulação das Telecomunicações, Disponível em: <http://www.teleco.com.br/emdebate/silvia01.asp>, Acesso em: 18 de maio de 2005.

MELLO, C. A. B. Privatização e serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 22. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 172-180.

_____. Contrato Administrativo: Fundamentos da Preservação do Equilíbrio Econômico Financeiro. **Revista de Direito Administrativo**. n. 211 Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 21-29.

_____, **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, V. **A ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1978.

MOTA, P. R. F. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Telecomunicações**. Curitiba, 2003, Tese (Doutorado em Direito Público) Universidade Federal do Estado do Paraná.

NALIM, P. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**. Curitiba: Juruá, 2003.

NETO, D. F. M. Globalização, Regionalização, Reforma do Estado e da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, nº 211, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 1-10.

_____. Reinstitutionalização da Ordem Econômica no Processo de Globalização. **Revista de Direito Administrativo**, nº 204, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.135-144.

NETO, F. A. M., Breves Considerações Sobre o Equilíbrio Econômico Financeiro nas Concessões. **Revista de Direito Administrativo**, nº 227, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.105-109.

NUSDEO, F. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, G.; GUEDES, E.M.; PASUAL, D.; POLI, A. Razoabilidade Econômica da Cobrança de Assinatura no Serviço de Telefonia Fixa. Disponível em <http://www.abrafix.org.br>. Acesso em 18.05.05

PARDO, D. W. A. Caminhos do Constitucionalismo no Ocidente: Modernidade, Pós-Modernidade e Atualidade do Direito Constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. n. 28, São Paulo: Revista do Tribunais, 1999, p.107-127.

PAZZINATO, A. L.; SENISE, M. H. V. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1993.

PEREIRA, L. C. B., **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1996

PEREIRA, L. C. B. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1996.

PEREZ, M. A. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: Origem, Natureza e Função. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 23. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 124-128.

REALE JÚNIOR, M.; AZEVEDO, D. T. A ordem econômica na Constituição. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 12. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 134-142.

Rerum Novarum. Carta Encíclica de S.S o Papa Leão XIII sobre a condição dos operários. São Paulo: Edições Paulinas, 2004.

REVISTA EXAME, Contrato ... Que Contrato?, Matéria publicada na edição nº 839, ano 39, de 30 de março de 2005, p.38.

ROUSSEAU, J. J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

SALOMÃO FILHO, C. (coordenação). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, B. S. **Pela Mão de Alice**. São Paulo: Cortez, 1995.

SCAFF, F. F. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990

SEM, A. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIEYÈS, J. **A Constituição Burguesa**. O que é o Terceiro Estado, Lumen Júris, 2001.

SILVA, A. C. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? **Revista de Direito Administrativo**. n. 230. Rio de Janeiro: out./dez. 2002. p. 45-74.

SILVA, F. Q. **Agências Reguladoras: A sua Independência e o Princípio do Estado Democrático**. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIQUEIRA E. **Três Momentos da História das Telecomunicações no Brasil**. São Paulo: Dezembro Editorial, 1997.

SIQUEIRA, E. **Telecomunicações privatização ou caos**. São Paulo: Telepress, 1993.

SOUTO, M. J. V. **Desestatização. Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

STF, ADIn Medida Cautelar nº 1668, Pleno, publicado na DOU de 31.08.1998, Relator Ministro Marco Aurélio:

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B., **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002

SUNDFELD, C. A. A Regulação das Telecomunicações: Papel Atual e Tendências Futuras. **Revista Diálogo Jurídico**. v. I, nº 3, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, p. 2 e ss. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>, Acesso em: 12 de maio de 2005.

_____, **Parecer Sobre a Legalidade da Assinatura Básica**, disponível em http://www.abrafix.org.br/areas/sala_imprensa/outros_docs_base.php?area=3.4&id=1113. Acesso em 18.05.05:

SZTAJN, R. Notas sobre privatização. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 117. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 98-111.

TAVARES, A. R. **Estado, Economia e Globalização**, disponível em <http://arquivos.ibmec.br/hotsite/lawnews/edicao01/set06.asp>. Acesso em 18.08.2005.

TÁCITO, C. O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. nº 202, Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.1-10

_____. A Nova lei de Concessões de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**. v. 201. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 29-34

_____. Concessão de Energia Elétrica – Tarifas – Equilíbrio Financeiro **Revista de Direito Administrativo**. nº 203. Rio de Janeiro: Renovar 1996, p. 406-413.

_____. **Temas de Direito Público**, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEUBNER, G. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução José Engracia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

UEDA, V. A Implantação do Telefone: O Caso da Companhia Telefônica Melhoramento e Resistência – Pelotas/Brasil, **Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales**. Universidad de Barcelona, nº 46, 1999, disponível em http://www.ub.es/geocrit/sn-46.htm#N_14 Acesso em: 20 mai. 2005.

UNGER, R. M. **Democracia Realizada**. São Paulo: Boitempo, 1999.

WALD, A.; FONSECA R. G. (coordenadores). **A Empresa no Terceiro Milênio: Aspectos Jurídicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. A. Do Equilíbrio Economico Financeiro do Contrato de Concessão. Direito da Concessionária à Recomposição Tarifária em Virtude do Custo e Insumo. **Revista de Direito Administrativo**. nº 222. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 297-306.

WATANABE, K. **Parecer Sobre a Legalidade da Assinatura Básica**, disponível em http://www.abrafix.org.br/areas/sala_imprensa/outros_docs_base.php?area=3.4&id=1113. Acesso em 18.05.05:

XAVIER, H. A. L. **O Regime Especial da Concorrência no Direito das Telecomunicações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.