

NATUREZA JURÍDICA DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

RECHTLICHE ANSPRUCH NATUR DER TELEKOMMUNIKATION IN BRASILIEN

Artigo recebido em 24/05/2022

Artigo aceito em 09/06/2022

Artigo publicado em 29/01/2023

Fábio Fernandes Neves Benfatti

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Messina, UNIME, Itália. E-mail: benfatti@hotmail.com.br.

Fernanda Lemos Zanatta

Mestranda em Direito, Sociedade e Tecnologias pela Faculdades Londrina. Especialista em Direito Aplicado (EMAP-PR) e Direito Notarial e Registral (IBMEC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: fernandalemoszanatta@hotmail.com

Vinicius Fachin

Bacharel em Direito (PUCPR). Bacharel em Sistemas de Informação (PUCPR). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário (IDCC/UENP). Mestrando em Direito, Sociedade e Tecnologias na Escola de Direito das Faculdades Londrina. Advogado,

RESUMO: Presente estudo tem como objetivo o estudo constitucional da Natureza Jurídica das Telecomunicações no Brasil, sob a ótica da Constituição de 1988, em um período de fortes transformações, sejam pelas privatizações da década de 90 do século passado, seja pela criação das agências reguladoras, e criação (extinção) do Ministério da Comunicações, e o mais importante, a participação do Estado Nacional Brasileiro, ora como interventor ora regulador, seja na comunicação pública ou privada, através do método doutrinário, busca a exploração de vasto material sobre o assunto em prol da sua relevância social, que é saber se as Telecomunicações no Brasil são ou não Serviço Público, assunto que por si só já vale a sua devida repercussão política, jurídica e econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Direito Econômico; Tecnologia; Telecomunicações.

ZUSAMMENFASSUNG: Diese Studie zielt auf die verfassungsrechtliche Untersuchung der Rechtsnatur der Telekommunikation in Brasilien aus der Perspektive der Verfassung von 1988 in einer Zeit starker Veränderungen ab, sei es aufgrund der Privatisierungen der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts oder aufgrund der die Schaffung von Regulierungsbehörden und die Schaffung (Auslöschung) des Ministeriums für Kommunikation und vor allem die Beteiligung des brasilianischen Nationalstaats, entweder als Eingreifer oder als Regulierungsbehörde, ob in der öffentlichen oder privaten Kommunikation, durch die

doktrinäre Methode, versucht zu erforschen umfangreiches Material zu diesem Thema zugunsten seiner sozialen Relevanz, nämlich zu wissen, ob Telekommunikation in Brasilien ein öffentlicher Dienst ist oder nicht, ein Thema, das an sich schon die gebührenden politischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen wert ist.

SCHLÜSSELWÖRTER: Technologie; Telekommunikation; Verfassungsmäßiges Recht; Wirtschaftsrecht.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, pretende estabelecer um paralelo no estudo jurídico dos Serviços de Telecomunicação no Brasil, enfocando a diversidade de formas de comunicação, destacando a relevância social e como ela se manifesta na ciência do Direito.

Para isso, no âmbito Constitucional, mereceu uma proteção única, tendo como roupante, a qualificadora como Serviço Público. Também é o caso da vedação constante do artigo 2o da Emenda Constitucional no 8/1995, que veda a utilização de medida provisória para a regulamentação dos serviços de telecomunicações, cuja lei é de competência da União, nos termos do artigo 21, inciso XI, da Lei Maior. (DANTAS, 2012, p. 735)

2 TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL E SUA RELAÇÃO DIRETA COM A UNIÃO FEDERAL

Estamos falando sobre serviços públicos de Telecomunicações, que por sinal, são bens da União e descritos na Constituição, Dantas quando trata das Telecomunicações, as vincula como competência da União:

Cabe-lhe também elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; 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. (DANTAS, ob. cit, p. 553)

E ao final conclui

Incluem-se entre as competências legislativas privativas da União, do mesmo modo, legislar sobre desapropriação; requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; serviço postal; sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais. (DANTAS, ob. cit, p. 554)

A autoexecutividade, também é destacada

Em muitos casos, como se sabe, a Administração Pública pode exigir condutas ou abstenções dos administrados, ou mesmo impor sanções administrativas, sem necessidade de utilizar o Poder Judiciário para tal fim. Citemos, a título de exemplo, a lacração de equipamentos de telecomunicações, realizada por fiscais da Agência Nacional de Telecomunicações, quando se deparam com alguém operando uma rádio clandestina, inclusive colocando em risco vidas humanas, ao causar interferências nas comunicações aeronáuticas. (DANTAS, ob. cit, p. 659)

Não necessitando portanto, a necessidade de ordem judicial para atos que considere danoso para a Nação, contudo, a contrário senso, não é possível a utilização de Medidas Provisórias para regulamentar o Serviço de Telecomunicações.

3 TELECOMUNICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Constituinte, teve tanto cuidado para qualificar as telecomunicações como essencial para esse país, que é competência exclusiva da União, legislar sobre os seus assuntos, tal importância imputada ao assunto no art. 20 XI, com redação pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95 e artigo 22, IV, sobre a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, fazendo assim a reserva do legislador ordinário federal.

Tendo em vista estarmos tratando de direitos e garantias fundamentais, requer seja declarado repercussão geral este assunto, pois, trata-se de cerceamento de defesa. Quantos processos são deixados de lado por uma simples falta de juntar uma cópia, sendo que tal cópia está nos autos.

4 AS COMUNICAÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Zulmar Fachin, assim trata sobre as comunicações

A Constituição Federal assegura o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5.o, inciso XII). A inviolabilidade das comunicações telefônicas, no entanto, pode sofrer restrições. É que as comunicações telefônicas podem ter seu sigilo violado por decisão judicial devidamente fundamentada, observando-se as hipóteses e a forma estabelecidas em lei, quando se tratar de investigação criminal ou instrução processual penal. Nesse sentido, conforme Carlos Mário da Silva Velloso, “a quebra do sigilo telefônico tem, por expressa disposição constitucional, finalidade certa”, destinando-se “única e exclusivamente, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal”. (FACHIN, 2013. p. 298)

E completa

Nesse sentido, a interceptação das comunicações telefônicas, de qualquer natureza, poderá ser autorizada por decisão fundamentada do juiz competente para o processo. Mas ela somente caberá quando: a) houver indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal; b) a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis; c) o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão (Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, art. 2.o) (FACHIN, ob. Cit)

Não deixando de ser uma das proteções do Estado Democrático de Direito.

As provas obtidas por meios ilícitos podem violar a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem da pessoa (art. 5.o, inciso X). Podem violar, ainda, o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Observe-se, no entanto, que as comunicações telefônicas são suscetíveis de serem violadas, nos termos da autorização constitucional (art. 5.o, inciso XII). Nesse sentido, a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamentou a interceptação de tais comunicações, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, mediante autorização do juiz competente da ação principal, devendo o processo tramitar em segredo de justiça (art. 1.o). (FACHIN, ob. cit. p. 310)

Não há assim como negar a importância que o legislador originário e derivado deram para as telecomunicações no texto constitucional, destacando assim a representação popular fruto da representação eleitoral, seja através da pactuação do contrato social.

5 A INTERNET COMO FORMA DE COMUNICAÇÃO E SEU MARCO REGULATÓRIO

Octaviani, já destaca a utilização das chamadas tecnologias de comunicação.

O desenvolvimento participativo de tecnologias, incluindo a avaliação construtiva de tecnologias, bem como iniciativas nos domínios das

tecnologias apropriadas, das energias alternativas, do acesso a água potável e saneamento básico, do desenvolvimento de novos materiais, dos usos das tecnologias da comunicação e informação para cidadania ativa. (Otaviani, 2013, p 250)

O setor contudo encontra-se privatizado desde 1998

Autorizada a usar e manter a infraestrutura e as redes de suporte de serviços de telecomunicações da administração pública federal, desde 1998, com a privatização do Sistema Telebras, permaneceu existindo apenas como uma holding não operacional.

O Decreto no 7.175/2010, que instituiu o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL), incumbiu à Telebras implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal, apoiar e suportar políticas públicas em banda larga e ainda prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos.

Executivos do setor de telefonia posicionaram-se contra a reativação da Telebras. Em que pese empresas privadas terem condições de operacionalizar o Plano Nacional de Banda Larga, o Governo Federal optou pela estatal, mesmo sob o risco de comprometer a competição no mercado e implicar em desestímulos ao investimento privado. (Bagnoli, 2013. p. 88)

6 DO MÉRITO CONSTITUCIONAL, DAS TELECOMUNICAÇÕES COMO SERVIÇO PÚBLICO.

O referencial teórico que fundamentou o estudo sobre telecomunicações é a sua natureza pública, ou privada, e principalmente o seu interesse público, como bens do Estado Nacional Brasileiro, assim telecomunicações é serviço público, com base em no Texto Constitucional e científico conforme se vislumbra abaixo, bem como na Jurisprudência e principalmente na doutrina do Ordenamento Jurídico na visão de Norberto Bobbio.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil, considera as Telecomunicações como serviço público, conforme redação do art. 66 dos atos das disposições constitucionais transitórias.

Ou seja, o próprio constituinte, no momento de fazer o contrato social desse país, no mais altivo documento normativo de nosso ordenamento jurídico, definiu inequivocamente como sendo da natureza jurídica das telecomunicações ser serviço público.

O tema aqui enfrentado não é apenas de mera hermenêutica, trata-se um dos assuntos mais importantes já enfrentados pela Constituição, conforme se lê no art. 5º, XII sobre o sigilo

das comunicações telefônicas. O valor protegido, telecomunicações, é norma plenamente eficaz, que só pode ser relativizada o seu sigilo, através de ordem judicial.

Art. 20. CF São bens da União:

XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União; (BRASIL, 2022)

Como já afirmado acima, além do artigo 66 do ADCT, nomear as telecomunicações como serviço público, em sua própria lógica Constitucional, o próprio sistema Constitucional, que é aberto, ou seja, recebe influencias externas, agora, determina, as telecomunicações como serviço público, explorado diretamente, ou concedido pela União, o Constituinte, teve tanto cuidado para qualificar as telecomunicações como essencial para esse país, que é competência exclusiva da União, legislar sobre os seus assuntos, tal importância imputada ao assunto, seja sobre a ótica do art. 22, IV, seja combinado com o art. 48, XII.

Ainda sob essa luz, apenas o Congresso Nacional, após sanção do Presidente da República, dispõe sob matéria de competência da União.

Art. 2.º adct No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

§ 1.º Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa cessionários de serviço público. (BRASIL, 2022)

Mesmo a legislação infraconstitucional considera telecomunicações serviço público, o Código Brasileiro de Telecomunicações expõe diretamente como sendo Serviço Público as Telecomunicações na Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962:

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 telecomunicações;
- 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 RADIOAMADOR, 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 as 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. (BRASIL, 1962)

Logo, *ope legis*, está declarada as Telecomunicações como Serviço Público.

A Lei 8367 de 30 de Dezembro de 1991, artigo 1º, define Telecomunicação como serviço público.

Art. 1º As concessões de serviços públicos de telecomunicações em vigor em 5 de outubro de 1988, não abrangidos pelo inciso XI do art. 21 da Constituição Federal, são mantidos nos termos do art. 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pelo prazo de oito anos, a contar da data da publicação desta lei, que poderá ser prorrogado. (grifos nossos) (BRASIL, 1991, p. 31.103)

Lei Ordinária nº 9.074, de 07 de julho de 1995, Promulgação em 07/07/1995, Publicação no DOU de 08/07/1995.

CAPÍTULO III - Da Reestruturação dos Serviços Públicos Concedidos - Artigos 26 a 30

Art. 27. Nos casos em que os serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes, a União, *exceto* quanto aos *serviços públicos de telecomunicações*, poderá:

I - utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário;

II - fixar, previamente, o valor das quotas ou ações de sua propriedade a serem alienadas, e proceder a licitação na modalidade de concorrência. (BRASIL, 1995).

Importante, nessa Lei, é destacar mais uma vez a Telecomunicação como Serviço Público, bem como a validade isenção tributária

Decreto-Lei nº 2.186, de 20 de dezembro de 1984, Promulgação em 20/12/1984, Publicação no DOU de 21/12/1984

Art. 1º. Parágrafo único. São isentos do imposto os serviços de telecomunicações nas seguintes modalidades:

I - telefonia quando prestados:

a) em chamadas locais originadas de telefones públicos e semipúblicos;

b) em localidades servidas unicamente por posto de serviço público ou por centrais locais de até 500 (quinhentos) terminais; (BRASIL, 1984)

Dessa forma, mesmo a Legislação Tributária, como sendo matéria análoga, considera Telecomunicação como Serviço Público.

Decreto nº 3.624, de 05 de outubro de 2000, Promulgação em 05/10/2000, Publicação no DOU de 09/10/2000, DISPÕE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DO FUNDO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - FUST.

Capítulo V - Da Aplicação dos Recursos do Fust.

Art. 13. Os recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com planos preconizados no art. 6º deste Decreto, que contemplarão, dentre outros, os seguintes objetivos:

X - implantação de serviços de telecomunicações em unidades do serviço público, civis ou militares, situadas em pontos remotos do território nacional; (BRASIL, 2000)

Também a doutrina entende as Telecomunicações como serviço público.

Serviço público restrito: modalidade de serviço de telecomunicações destinado ao usados passageiros de veículo em movimento ou do público em comunicação temporária ou temporariamente situada em localidade ainda não atendida por determinada classe de serviço público de telecomunicação fixo local.” (PALADINO, 1997, p. 477) Grifos nossos

A lógica científica portanto, entende como sendo serviço público restrito, a telecomunicação de telefonia fixa ou em movimento, tornando inequívoca a concepção de serviço público das Telecomunicações.

“Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais a respeito deste artigo, é importante registrar que: conquanto as bases do regime a que está sujeito o domínio da nação ou domínio nacional estejam em normas jurídicas incluídas na lei civil, tal regime é de direito público. (TELLES, 2000, p. 139) Grifos nossos

Mais uma vez não se pode fugir a lógica do fato de que, conforme destacado acima, os bens pertencentes e prossegue:

Importante conclusão pode, desde logo, ser extraída desta observação: dois são os regimes jurídicos que governam, nitidamente, os bens no sistema jurídico brasileiro – o privado (que rege os pertences aos particulares) e o público (que disciplina os de iguais natureza).

Se a expressão bens particulares não oferece qualquer dificuldade para entendimento, eis que são eles norteados pelo regime jurídico de direito privado, tal não ocorre coma Segunda (bens públicos).

São estes últimos governados pelas normas especiais, derogatórias do direito privado, por se incluírem no domínio público.

Realmente, domínio público “é expressão que se contrapõe à expressão domínio privado e que, na aparência simples, oferece extrema dificuldade para ser conceituada. Figura excepciona da propriedade, subtraída ao comercio dos homens, ao menos o comercio de todos os dias ou de direito comum ou, às normas de compra e venda civil e da prescritibilidade da propriedade, o domínio público não é conceito moderno, embora algumas modalidades se descubram aos poucos em sua evolução jurídica e sobretudo nas chamadas propriedades especiais, diversas matizes e efeitos jurídicos menores do que aqueles que caracterizam o domínio público imóvel, que converte a propriedade pública em comum.

Cumpra pois, anotar que o vocábulo público , em alusão a bens , apresenta significado muito abrangente.

Compreende não só aqueles pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios mas, muito mais do que isso, por que eles são a própria nação brasileira.

Na verdade, todos os bens públicos são domínio nacional, sendo administrados, respectivamente, pelas pessoas jurídicas às quais a lei empresta competência para tanto , sempre, todavia, no interesse geral. (TELLES, ob cit, p. 140)

Os bens públicos assim, além de patrimônio da própria nação brasileira, sob pena de discussão da questão temporal, de serem a qualquer momento transferidas a terceiros, sob o regime da sociedade empresária, ainda que com a chamada privatização ou licitação publica, ainda assim fazem parte do patrimônio nacional, e assim serviços públicos por excelência.

Ocorre uma descentralização funcional ou técnica (ou uma descentralização de serviço público) quando o Estado (União, Estados – membros, Distrito Federal ou Municípios) cria, por lei, pessoas jurídicas de direito público ou

privado e a elas transfere ao mesmo tempo, a titularidade e a execução de um serviço público. A entidade assim criada passara a prestar o serviço a ele outorgado, em seu próprio nome e por sua própria conta e risco.

Como regra, esse tipo de descentralização ocorria apenas com as autarquias, que são pessoas jurídicas de direito público com privilégios processuais e tributários e prerrogativas próprias do ente instituidor. Em nossos dias, entretanto, nada impede que o Estado transfira também para pessoas jurídicas de direito privado tanto a execução como a titularidade de determinados serviços públicos e de atividades de interesse coletivo. Assim, por exemplo, as sociedades de economia mista, as fundações e as empresas públicas.

Nesse tipo de descentralização, regra geral, a titularidade do serviço ou atividade continua sendo do Estado, que pode fiscalizá-lo, nele intervir e mesmo retomá-lo, nos termos da lei. (ROLIN, 2004, p. 30-31)

Da mesma forma a privatização do sistema telebrás, contudo sem perder a característica de serviço público em Telecomunicação, dessa forma, mesmo que já tivesse se tornado Sociedade Anônima, ainda assim remanesceria a obrigação, por se tratarem de bens públicos.

Serviços públicos lato sensu – conceituação

Em sentido amplo (lato sensu), consideram-se públicos todos aqueles prestados diretamente pelo próprio Estado como também aqueles serviços e atividades executados, de forma indireta, por seus delegados. São assim considerados porque tem, como única finalidade, o atendimento a um interesse público. (ROLIN, ob. cit. p. 31)

Não importando assim, se tratar de Serviço Público prestado diretamente pelo Estado Nacional, seja posteriormente, através de Sociedades Empresárias.

Leon Duguit entendia como serviço público ‘todas as atividades do Estado’ incluindo nesse contexto tanto as funções do poder executivo, como as do poder legislativo e do poder judiciário; ‘o serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental’, afirmava ele. Pontes de Miranda preconizava um conceito também abrangente, definindo serviço público como todo aquele que concerne ao desenvolvimento da atividade do estado nos três poderes: legislativo, executivo e judiciário ‘É toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento típico de direito público’, define José Cretella Junior: Mario Mazagão já é mais restrito, ao entender que ‘serviço público é toda a atividade judiciária’.

Celso Antônio Bandeira de Mello restringe também o conceito de serviço público, considerando como tal somente as atividades ‘de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administradores, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público portanto portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais instituídos pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo. (ROLIN, ob cit. p. 38-39)

Dessa forma, o Serviço Público de Telecomunicação, atende, entre outras, a finalidade essencial de atender as necessidades públicas, além do mais Celso Antônio Bandeira de Melo, em momento nenhum definiu as Telecomunicações como não sendo serviço público, mesmo porque, estaria contraditando o Princípio da Legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição, combinado com os artigos 20, XII, também da Constituição e 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Concluimos, portanto, que é o Estado, por meio de lei, que escolha as atividades que, em determinado momento, são considerados 'serviços públicos', considerando – os, dessa forma, como toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público. (ROLIN, ob. cit, p. 43-44)

E qual função mais relevante do que as Telecomunicações, em seu papel democrático de transmissão do pensamento, por esse motivo houve um delineamento jurídico em sua proteção.

O art. 175 da CF, é explícito em determinar, in fine, que o objeto da concessão é a prestação de um serviço público, e não na execução de uma simples atividade ou tarefa de interesse público. Destarte, os concessionários são pessoas jurídicas de direito privado do que, contratados pelo Estado, executam serviços públicos stricto sensu ou serviços públicos propriamente ditos, com todas as conseqüências jurídicas a isso pertinentes. (ROLIN, ob. cit, p. 228)

Logo, uma concessionária do serviço de Telecomunicação, automaticamente, é detentora do Serviço Público, e prossegue:

O serviço público não pode ser definido senão em relação ao interesse coletivo, É desta noção que ele tira a sua razão de ser. O serviço público é serviço de interesse da coletividade.

Tomando a análise de Duguit, logo que uma atividade é indispensável à realização da interdependência social, ela se mostra por natureza um serviço público e supõe a intervenção da força governante, garante do interesse da coletividade. Desde a sua origem, a doutrina francesa do serviço público acordava um lugar eminente à finalidade do interesse coletivo, e uma grande diversidade foi rapidamente introduzida nas modalidades do exercício do interesse coletivo. (DERANI, 2004, p. 55).

Assim, é da essência do serviço público o atendimento as necessidades da população, essa realização pública essa latente em toda doutrina.

Em nome do interesse coletivo e apoiando-se sobre textos de valor constitucional, o poder público pode erigir certas atividades em forma de

serviço público. O poder público apreciara se uma necessidade coletiva existe e se é justificado que um serviço público seja instituído para satisfazê-la; a decisão será então uma questão da oportunidade.

No entanto, o indicador da necessidade está fora da esfera subjetiva. É pela capacidade de efetivar os princípios - essência da constituição os quais apresentam os fundamentos da sociedade aspirada que a escolha oportuna será conforme o direito e terá sua validade.

O exercício do poder público se manifesta na prestação de serviços . As atividades realizadas pelo Estado , em razão do preenchimento dos valores máximos da sociedade , chamam-se serviços públicos. Para Duguit , o serviço público é um dado objetivo e material (ele não se cria, ele se constata): “toda atividade , cuja realização deve ser assegurada , regulada e controlada pelos governantes , porque a realização desta atividade é indispensável á realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e que é de uma tal natureza que ela não pode ser realizada completamente senão pelos governantes“ é um serviço público. (DERANI, 2004, p. 61-62)

Logo, o interesse público constitucional, consubstanciado em serviço público é a questão qualificadora da Administração pública.

Acessibilidade é um objetivo fundamental do serviço que é de interesse da coletividade. A acessibilidade procurada é social e territorial: a acessibilidade de serviços para as camadas sociais as mais amplas , a acessibilidade de serviços para todos os territórios e não somente para aqueles nos quais a distribuição é imediatamente rentável.

Favorecendo ao acesso a bens e serviços de base, como o transporte, o correio, o telefone, a eletricidade; as redes de serviço público preenchem uma função social essencial. O acesso a estes serviços aparece como um direito fundamental (DERANI, 2004, p. 68)

Fica alçado a telefonia, e as próprias telecomunicações a Direito Fundamental, a Direito Básico, e dessa forma, a característica essencial do interesse público, consubstanciado em Serviço Público.

Do ponto de vista do produto, o serviço público econômico define pelo caráter estratégico da produção, por representar alto conhecimento para o país, (...) porque impulsiona as teias econômicas de produção , porque garante abastecimento de gêneros de necessidade social. (DERANI, 2004, p. 69).

É fator assim de Desenvolvimento Nacional, combinado com o artigo 170 da Constituição Federal, ainda que o concedido seja Pessoa Jurídica de Direito Privado, mesmo nesse caso, é necessário a fiscalização, de determinação do Poder Concedente, que será sempre o Poder Público.

O serviço público pode mudar de prestador mas não de destinatário. Usuário, cliente, consumidor; estas diferenças terminológicas não são neutras. Hoje , muitas empresas de serviço público consideram ter clientes e não usuários . O

cliente só é consumidor quando paga o bem ou a prestação . Ora, certos serviços públicos são essenciais e devem ser acessíveis, mesmo em caso de insolvência. Uma tal função exige da parte das empresas um comportamento particular que ultrapassa as relações com simples clientes. (DERANI, 2004, p. 79).

A concepção empresarial, clientelista, própria da busca da Sociedade Empresária por lucro, nos termos do artigo 966 do Código Civil, não desnatura a característica de serviço público, como no presente caso concreto.

A opção pela execução direta do serviço público atende basicamente a duas ordens fundamentais : a ordem política e a ordem econômica. Existirão, portanto, serviços cuja natureza peculiar faz que sejam identificados pela comunidade, ou pelos governantes , como revestidos de essencialidade e importância tais que transferir a sua prestação a particulares poderia jogar em risco valores sociais fundamentais . Logo , a essencialidade – e aqui está – se diante de um conceito jurídico indeterminado carregado de conteúdo ideológico- constitui elementos preponderante na opção política pela prestação de um serviço público diretamente pelo Estado. (SANTOS, 2002, p. 58/59).

A opção pelo Poder Público em explorar diretamente ou não, a atividade essencial, não desnatura a característica de serviço público, contudo, mesmo assim, como é público e notório, através da sua conveniência e oportunidade.

Historicamente o regime de concessão de serviços públicos tem demonstrados ser cíclico. Quando implementadas as primeiras concessões no Brasil, o instituto surge como instrumento de atração de capital e de tecnologia externos mediante a concessão de obras públicas. O concessionário realizava a obra e se investia no direito de explorar o serviço para amortizar o investimento . Com isto havia crescimento econômico: foi assim que se construíram os portos e as ferrovias; foi assim que se implantaram os serviços de eletricidade, de gás, de telefone e transporte urbano. (SANTOS, 2002, p. 120/121) grifos nossos.

Logo, tem-se que fica claro a sua Natureza Jurídica, seja como Autarquia ou mesmo Sociedade Empresária, as telecomunicações como Serviço Público essencial.

O autor acompanhando a lógica de Celso Antonio Bandeira de Mello, considera que sendo o Serviço Público, oferecimento de comodidades ou utilidades materiais, conclui explicitamente que telecomunicações é serviço público.

No direito brasileiro, exemplo de conceito amplo é o adotado por Mário Masagão, levando em consideração os fins do Estado, ele considera como serviço público “toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins” (1968:252). Amplo também é o conceito de José Cretella Junior (4980:55-60), para quem serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”. Hely Lopes Meirelles (1996:296) define o serviço público como “todo aquele prestado pela

administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidade essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado” (DI PIETRO. 2001. P. 94) grifos nossos

66, toda a atividade exercida, qualquer que seja, para atingir a finalidade do Estado, na segunda, qualquer atividade para atender as necessidades públicas, e por fim a terceira, do Mestre, Helly Lopes Meirelles, para atingir qualquer necessidade, essencial, secundária ou simples conveniência estatal, quanto mais, o serviço essencial, objeto concreto desse apelo.

Restrito é o conceito de Celso Bandeira de Mello (1975:20 e 1995:399). Para ele, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público.” (...) Tal conceito restringe demais com a expressão utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados. Nesse sentido, seriam serviços públicos, por exemplo o da água, o de transportes, o de telecomunicações, o de energia elétrica, pois estes são fruíveis diretamente pelos administradores. (grifo nosso). (DI PIETRO. 2001. P. 98)

E conclui,

Mas existem outras espécies de serviço que são considerados públicos e nem por isso são usufruíveis diretamente pela coletividade. Assim é o caso dos serviços administrativos do Estado prestados inteiramente, dos serviços diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, os quais só por via indireta beneficiam a coletividade. (DI PIETRO. 2001. P. 98)

Da lógica científica conclui-se, tratar-se as Telecomunicações serviço público, com fundamentos científicos e doutrinários, e prossegue a autora, sob o enfoque do mesmo autor dos vários autores acima, ser as Telecomunicações no Brasil, seja sob à ótica do Constituinte Originário, seja o Constituinte Derivado, da Legislação Ordinária ou mesmo Doutrinária, ou seja, sob múltiplas fontes do Direito, ser da sua natureza jurídica Serviço Público essencial, de atendimento a toda a população, com reserva legal, e de base para o avanço tecnológico.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As telecomunicações são usufruíveis por todos os nacionais, mas sem embargos de entendimentos diversos, mesmo que só beneficiasse indiretamente, o que não é o caso, ainda seria serviço público, pois beneficia toda a coletividade, não importando se direta ou

indiretamente, o que em última instância é o próprio Juízo de Justiça da Administração Pública, ou seja, fazer o bem comum.

Ou seja, o próprio constituinte, no momento de fazer o contrato social desse país, no mais altivo documento normativo de nosso ordenamento jurídico, definiu inequivocamente como sendo da natureza jurídica das telecomunicações ser serviço público.

O tema aqui enfrentado não é apenas de mera hermenêutica, trata-se um dos assuntos mais importantes já enfrentados pela Constituição.

Como já afirmado acima, além do artigo 66 do ADCT, nomear as telecomunicações como serviço público, em sua própria lógica Constitucional, o próprio sistema Constitucional, que é aberto, ou seja, recebem influências externas, agora, determina, as telecomunicações como serviço público, explorado diretamente, ou concedido pela União. O Constituinte, teve tanto cuidado para qualificar as telecomunicações como essencial para esse país, que é competência exclusiva da União, legislar sobre os seus assuntos, tal importância imputada ao assunto. Ainda sob essa luz, apenas o Congresso Nacional, após sanção do Presidente da República, dispõe sob matéria de competência da União.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*, 6ª edição. Atlas, 2013.

BRASIL, *Constituição da república federativa do Brasil*. 57ª. ed., atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL, *LEI Nº 4.117, DE 27 DE AGOSTO DE 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações*. Diário Oficial da União. 17.12.1962.

BRASIL, *Decreto-Lei nº 2.186, de 20 de dezembro de 1984*, Promulgação em 20/12/1984, Publicação no DOU de 21/12/1984.

BRASIL, *LEI Nº 8.367, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991*. Dispõe sobre o prazo para concessão para exploração de serviços públicos de telecomunicações, relativo ao art. 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1991, Página 31.103.

BRASIL, *Lei Ordinária nº 9.074, de 07 de julho de 1995*, Promulgação em 07/07/1995, Publicação no DOU de 08/07/1995.

BRASIL. Decreto nº 3.624, de 05 de outubro de 2000, *DISPÕE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DO FUNDO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - FUST*. Promulgação em 05/10/2000, Publicação no DOU de 09/10/2000.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. Atlas, 2012.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos*. São Paulo – Editora Max Limonad, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. Ed.- São Paulo : Atlas , 2001.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional, 6ª edição*. São Paulo, Forense, 2013.

Octaviani, Alessandro. *Recursos genéticos e desenvolvimento, 1ª edição*. Saraiva, São Paulo, 2013.

PALADINO, Enzo. *Dicionário Enciclopédico de telefonia*. Editora Ciência Moderna , Rio de Janeiro, 1997.

ROLIN, Luiz Antonio. *A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos : equilíbrio econômico – financeiro* ./ 1ª ed. (ano 2002), 3ª tir./ Curitiba: Juruá , 2004.

TELLES, Antônio A Queiro. *Introdução ao direito administrativo*.- 2. Ed. Ver. , atual. E ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.