

*SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES — TELEFONIA MÓVEL CELULAR —
EMPRESA PRIVADA*

PARECER

A consulta se refere à exploração dos serviços de telefonia móvel celular que se caracterizam pela utilização de aparelhos de radiocomunicação portáteis que usuários mantêm no interior de veículos e embarcações ou conservam em seu poder pela pequena dimensão e peso.

Um conjunto de equipamentos permite que tais aparelhos autônomos promovam entre si intercâmbio e assegurem a interligação do sistema de telefonia móvel celular com os telefones tradicionais de instalação fixa.

Ao que se anuncia, é intenção do Governo Federal adotar a operação do serviço de telefonia móvel celular em duas frequências, atribuindo a exploração de uma delas a empresas sob seu controle acionário estatal e admitindo o acesso de empresas privadas a outra, mediante licitação.

O consulente assinala as dúvidas argüidas sobre a matéria, em face de Constituição de 1988 e formaliza as seguintes indagações:

I) se a Constituição de 1988 introduziu conceito novo sobre o serviço de telecomunica-

ções diversamente do que figurou nas Cartas anteriores;

II) se o sistema legal fundado na Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1982 e regulamentado pelo Decreto nº 96.618, de 31 de agosto de 1988, é compatível com as disposições constitucionais supervenientes;

III) se é constitucional o Decreto nº 177, de 17 de julho de 1991 (posterior, portanto, à Constituição de 1988) que aprova o Regulamento dos Serviços Limitados de Telecomunicações;

IV) de, em face da Constituição de 1988, o Governo Federal poderá admitir a exploração do serviço móvel celular por empresas privadas e, em caso afirmativo, qual o procedimento seletivo a adotar.

O atendimento à consulta e aos quesitos propostos pressupõe o prévio exame e definição de conceitos que se oferecem como premissas necessárias à solução das questões formuladas.

II A ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A presença do fator econômico na estrutura constitucional brasileira não assume relevo até o advento da Carta de 1934, na qual se reflete a tendência inaugurada na Constituição de Weimar de 1918 e na Constituição mexicana de 1917, fruto das transformações que marcaram a crise contemporânea à Primeira Guerra Mundial.

Entre nós, no Império como na Primeira República, a prevalência do liberalismo afasta, ao menos nominalmente, a intervenção do Estado no domínio econômico.

Durante o período colonial, o mercantilismo dominou a ação expansionista do reino português na busca de especiarias e de minerais nobres que impulsionava a era das descobertas. A riqueza da Nação se concentrava na fortuna do erário da Coroa. As colônias alimentavam o fasto da metrópole, no mecanismo de sucção da poder fiscal que exaure a atividade econômica privada.

A independência política liberou a economia brasileira da sangria imposta pelo vínculo colonial. Mas o sistema econômico de fundo agrário desconhece a intervenção do Estado como agente econômico, limitando-a à progressiva contensão do trabalho escravo e às reformas alfandegárias.

A Constituição de 1824 confere ao Estado unicamente a função de equilíbrio do Poder Moderador, como árbitro nas vicissitudes da ordem econômica subjacente.

À unidade inconstitucional se sobrepõe a disponibilidade dos interesses regionais que vão adubar as aspirações descentralizadoras da Federação, caldo de cultura da transição para o regime republicano.

A Constituição de 1891 conserva a tônica de abstenção do Estado em relação à economia agrícola, dominada pela monocultura cafeeira. O Poder Público é tão-somente aliado da atividade privada na preservação dos mercados externos ou na defesa da economia de exportação.

A competência legislativa guarda feição de neutralidade e somente com a reforma constitucional de 1926 adquire o Congresso Nacional o poder de “autorizar as limitações exigidas pelo bem publico” ao tocante ao comércio exterior e interno, conforme a nova redação do art. 34, nº 5.

O direito de propriedade é garantido “em sua plenitude” e o livre exercício “de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial” coloca o Estado à margem da economia (art. 72, nºs 17 e 24).

Contudo, as contradições econômicas e sociais, que não encontram antídoto na omissão do Governo, repercutem, em toda parte, sobre as instituições políticas. A ascensão dos trabalhadores e a dinâmica da economia da época motivam, na década de 30, as reformas do direito público, recrutando a posição ativa do Poder Público.

O vento renovador do direito comparado associa-se à demanda de revisão do modelo constitucional, que domina os trabalhos da Comissão do Itamarati, na qual se elabora o anteprojeto da futura Constituição.

A Constituição de 1934 pela primeira vez faz ingressar no texto constitucional um capí-

tulo especial destinado a regular a Ordem Econômica Social (arts. 115 a 143).

A garantia da liberdade econômica tem como limites os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, que condicionam a ordem econômica (art. 115), cumprindo aos poderes públicos aferir, periodicamente, os padrões de vida nas diferentes regiões do País (parágrafo único do art. 115).

O monopólio estatal somente é permitido mediante lei especial e a lei poderá prever a nacionalização de certas atividades, entendida a expressão como predomínio do capital privado nacional (arts. 117; 119, §§ 1º e 4º).

Lembra Alberto Venâncio Filho, em completo e clássico estudo sobre “A intervenção do Estado no domínio econômico” (Fundação Getúlio Vargas, 1968), que

“este artigo (o art. 117) acolhe no país a idéia jurídica da ‘nacionalização’ encarada, não no sentido amplo da doutrina continental européia de patrimônio da Nação ou do Estado, mas sim naquele em que se reserva aos nacionais do país o exercício de determinadas atividades econômicas” (p. 42).

A curta vigência da Constituição de 1934 não permitiu que se aprofundassem as diretrizes que nela se desenhavam.

O advento da Carta outorgada em 1937 transformou a linha dominante na disciplina da ordem econômica. Consagra o art. 135 o princípio de que “na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional” e a “intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção” (art. 135).

À plenitude aparente do liberalismo contrapõe a Constituição de 1937 o prestígio do corporativismo como forma de associação da iniciativa privada, sob orientação do Conselho de Economia Nacional, ao qual poderia, inclusive, serem conferidos poderes legislativos, mediante plebiscito (arts. 57 e 63).

Em verdade o modelo constitucional outorgado, pendente de ratificação em plebiscito que não se realizou (art. 187), não foi além da literalidade. A prática do regime autoritário

prevaleceu sobre a letra da Constituição e o intervencionismo do Estado na economia se dilatou com a expansão das autarquias econômicas e das empresas públicas industriais, como assinala Manoel Gonçalves Ferreira Filho (A Constituição Econômica, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 178, outubro-dezembro 1989, p. 18).

O mesmo autor destaca que a Constituição de 1946 voltou ao padrão de 1934 e não foi outro o posicionamento da Constituição de 1967 e da Emenda de 1969 (ob. e loc. cit.).

Em parecer emitido em 1970, assim definimos as linhas mestras do sistema constitucional então vigente:

“A Constituição brasileira, inspirada no regime capitalista, tem como base o princípio da liberdade de iniciativa e da competição econômica. A justiça social ou a função social da propriedade, que também são postulados da ordem econômica, repelem a exploração de atividade detrimetosa ao bem comum ou ao interesse geral, cumprindo ao Estado a defesa desses valores mediante o controle e a disciplina da iniciativa privada, nos termos da lei.

A organização e exploração das atividades econômicas competem, preferencialmente, às empresas privadas, preceitua o art. 170 da Constituição e o monopólio estatal de determinada indústria ou atividade não pode ter ser instituído senão mediante lei e para fins especificados, a saber, quando indispensável por motivo de segurança social, ou para organizar setor que não se possa desenvolver, com eficácia, no regime de competição e de liberdade de iniciativa (art. 163).

Não se pode constituir, tampouco, monopólio privado que importe domínio dos mercados ou eliminação da concorrência, devendo o Estado reprimir tais formas de abuso do poder econômico (art. 160, nº V)” (parecer na publicação Livre concorrência x monopólio — Everardo Moreira Lima — Editora Expressão e Cultura — 2ª ed., 1970, p. 153).

Perdurava, no entanto, a distonia entre o texto formal da Constituição e a realidade da vida nacional.

A opção pelo sistema capitalista (conciliada a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, sob a inspiração da justiça

social, nos moldes da Constituição de 1946, art. 145 e da Constituição de 1967, art. 157), convivida com a presença marcante do Estado, expressa no dirigismo econômico e na exploração direta de atividades econômicas, tanto pelo monopólio estatal como pela função concorrente.

A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 enuncia, entre seus fundamentos essenciais, a liberdade de iniciativa proclamada em seu pórtico (art. 1º nº IV) e reafirmada, de modo específico, entre os princípios que regem a ordem econômica, ao lado da valorização do trabalho humano, sob os auspícios da justiça social (art. 170).

O livre exercício de qualquer atividade econômica é assegurado a todos, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (parágrafo único do art. 170).

Correlatamente determina a Constituição a observância do princípio da livre concorrência entre os agentes econômicos privados, a serem preferidos pela qualidade e eficiência da prestação oferecida ao público consumidor.

A ênfase na economia de mercado é temperada com os deveres, que a mesma Constituição impõe ao Poder Público na preservação de direitos individuais e sociais e, ainda, de interesses difusos ou coletivos, que se colocam no âmbito do poder de polícia do Estado tanto na formulação normativa como na ação administrativa.

A Assembléia Constituinte foi palco de tendências díspares que se contraditavam entre os extremos da socialização e do liberalismo tradicional.

O texto final da Constituição, marcado pelo signo do consenso entre posições divergentes, guarda a fisionomia peculiar, a ser modelada pela criatividade do legislador e dos tribunais.

Acentua Miguel Reale que a Carta Magna em vigor “optou por uma posição intermedia entre o liberalismo oitocentista, intenso a toda e qualquer intervenção do Estado e o dirigismo estatal”.

“Dir-se-ia — completa o mestre eminente — que sua posição correspondente à do neoliberalismo ou social-liberalismo, o único, a meu ver, compatível com os problemas existentes de nosso tempo”.

(*Aplicações da Constituição de 1988*, Editora Forense, 1990, p. 13).

Não é outra a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, referindo às várias correntes que se digladiavam no seio da Constituinte, abona o entendimento de que “o resultado desse entrechoque é uma constituição econômica composta, suscetível de diferentes leituras, conforme se enfatizem estas e não aquelas normas” (op. cit., p. 19).

Com laivo socializante dos trabalhos nas comissões temáticas e nas primeiras versões do anteprojeto da Comissão de Sistematização confrontam-se as correntes conservadoras do Centrão e do Projeto Hercúles que levam ao acordo que — são ainda palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho — “logrou eliminar a linha socializante, conquanto não a tendência estatizante, nem a opção nacionalista” (ob. cit., p. 19).

Durante os trabalhos de elaboração constitucional, Raul Machado Horta aponta que a “Ordem Econômica da Constituição está impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora inflete no rumo do capitalismo neoliberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ou avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores” (A Ordem Econômica na nova Constituição: problemas e contradições in *A Constituição Brasileira de 1988 — interpretações*, trabalhos do II Fórum Jurídico, edição Forense Universitária, 1988, p. 392).

É expressivo documentar as alternâncias do texto na sucessão das etapas do processo de elaboração constitucional.

O primeiro anteprojeto da Comissão de Sistematização (junho de 1987) não inclui, no art. 2º, a menção à livre iniciativa. Apenas menciona, no art. 7º, nº III, em linguagem ambígua, como tarefa fundamental do Estado a de “democratizar a livre iniciativa”.

Os substitutivos do relator (agosto, setembro e novembro 1987) silenciam a respeito. A referência atual à livre iniciativa no artigo de abertura da Constituição surge no projeto B, do 2º turno e alcança a redação final (setembro de 1988) para compor o texto definitivo do art. 170, tal como promulgado.

A exploração direta de atividade econômica é, como princípio, medida de exceção que o art. 173 da Constituição de 1988, somente concebe “quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

Em termos equivalentes esta é a redação do art. 163 da Constituição de 1967/69 no tocante à faculdade de intervenção no domínio econômico, também firmada no princípio da excepcionalidade da ação direta do Estado na economia.

O abrandamento da tendência socializante que prevaleceu na fase inicial do processo elaborativo da Constituição mais se evidencia na progressiva construção do papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

O texto original do primeiro anteprojeto emanado da Comissão de Sistematização (junho de 1987) atribui ao Estado funções de controle, fiscalização, incentivo e planejamento da economia. Este último se apresenta como *imperativo* para o setor público e *indicativo* para o setor privado (art. 310). O texto assim editado perdura no anteprojeto do 1º turno (setembro de 1987).

Porém o acordo que levou à revisão do anteprojeto introduziu significativamente alteração que temperou a rigidez do texto. Eliminou-se entre as funções do Estado a de controle da economia e o planejamento antes imperativo para o setor público tornou-se apenas *determinante*. E como tal veio a norma a figurar no art. 174 da Constituição de 1988.

É valioso, como testemunho do vaivém na elaboração constitucional perante o conflito de tendências opostas que o preceito do parágrafo único do art. 170 (assecuratório do direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de intervenção do poder público) estava ausente na primeira fase dos trabalhos. O acréscimo surge a

partir do anteprojeto de novembro de 1987 (o chamado Projeto A) e se consolida no 2º turno (Projeto B de julho de 1988) como um dos frutos do acordo de harmonização das correntes de opinião.

OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nas constituições que antecedem à atual, os serviços de telecomunicações (radiodifusão e comunicações) aparecem na competência privativa da União, sujeitos à sua imploração direta, ou deferidos ao regime de concessão (Constituição de 1934, art. 5º, nº VIII; Constituição de 1937, art. 15, nº VII e art. 16, nº V; Constituição de 1946, art. 5º, nº XII; Constituição de 1967, art. 8º, nº XV, alínea *a*; Emenda nº 1, de 1969, art. 8º, nº XV, alínea *a*).

A Constituição de 1988 apenas explicita a matéria para destacar o tratamento do sistema em dois preceitos que se aproximam.

Segundo o item XI do art. 21, a par da exploração direta de “serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e *demais serviços públicos de telecomunicações*”, poderá a União transferi-los, mediante concessão, a empresas desde que “sob controle acionário estatal”.

Paralelamente, contudo, o item imediatamente seguinte (item XII do art. 21) prescreve, como de competência da União, “explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e *demais serviços de telecomunicações*”.

Em suma: a concessão ou permissão de serviços de telecomunicações ora têm como destinatário privilegiado as empresas sob controle acionário estatal, ora ficam abertos a empresas privadas em geral.

À exegese desses textos não é indiferente o elemento histórico.

Os anteprojetos iniciais guardam linha semelhante à da Constituição de 1967/69 que previa, em termos gerais, a competência da União para “explorar diretamente ou median-

te autorização ou concessão, os *serviços de telecomunicações*” (art. 8º, nº XV, alínea a).

A distinção se configura na redação constante do texto em 2º turno, em relação do referido acordo de conciliação das divergências expressas em emendas ao anteprojeto.

Institui-se a atual dualidade entre serviços acessíveis, como regra, as quaisquer concessionários ou permissionários privados e a ressalva de que alguns deles ficariam reservados a empresas sob controle acionário estatal, como forma oblíqua ou disfarçada de estatização.

Ao legislador ficou, assim, aberta a incumbência de particularizar o âmbito privativo ou amplo da legitimação das empresas privadas à exploração conseguida ou permitida.

O recurso à hermenêutica da alternativa encontra subsídio — como adianta se especificará — na classificação prescrita na legislação própria do setor.

O primeiro preceito (se torna privativa de empresa sobre controle acionário estatal a outorga de concessão) dirige-se ao *serviço público de telecomunicações* que, conforme a definição legal, é aquele de uso geral e indiscriminado do público.

Para os *serviços de telecomunicações limitados ou de uso restrito* prevalece a regra geral, herdada das constituições anteriores, em que a concessão ou permissão é permitida sem discriminação, a empresas privadas, independentemente da forma de controle acionário da pessoa jurídica.

A LEGISLAÇÃO ANTERIOR

À CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Código Brasileiro de Comunicações, baixado com a Lei nº 4.117, de 17 de agosto de 1962 (editado na vigência da Constituição de 1946) regula os serviços de telecomunicações em todo território nacional, classificando-os, quanto aos fins a que se destinam, em categorias distintas, a saber: *serviço público* destinado ao uso do público em geral; *serviço público restrito*, facultado ao uso de passageiros de navio, aeronaves, veículos em movimento ou

ao uso do público em localidade não atendida pelo serviço público; e serviço limitado, distribuído em varias modalidades (art. 6º).

Os serviços públicos de telégrafos, radiocomunicações e telefones estão sob jurisdição da União, que poderá explorá-los diretamente ou através de concessão, autorização ou permissão (art. 30).

Distingue a lei os troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações reservados à exploração por meio de empresas públicas (art. 30) e, portanto, imunes à outorga de concessão aos particulares, aos quais ficam porém, abertas formas derivadas do serviço, mediante concessão com exclusividade (arts. 33, 34 e 35).

O Decreto nº 96.618, de 31 de agosto de 1988, aprovou o Regulamento dos Serviços Públicos Restritos, uma de cujas modalidades atende à telecomunicação terrestre, marítima ou aeronáutica, de uso restrito, permitido o acesso aos sistemas públicos de telecomunicações (art. 3º, nº I). Com esse perfil coincide o serviço de telefonia móvel celular, de que cogita a consulta.

As sociedades anônimas ou as sociedades por cotas de responsabilidade limitada (empresas particulares, portanto) são admitidas a ser habilitar à prestação do serviço público ou restrito (art. 4º, item III).

O Serviço da Radiocomunicação Móvel Restrito será outorgado a permissionários, mediante procedimento de habilitação perante o Ministério das Comunicações, que fiscalizará a prestação do serviço. É o comando dos art. 10 a 23.

O uso do serviço permitido à empresa que o explore é acessível as pessoas físicas ou jurídicas, mediante assinatura, conforme preços e tarifas fixados pela autoridade pública (arts. 26 e 27).

Com base nesse ato regulamentar, o Ministério das Comunicações aprovou normas para o serviço de radiocomunicação móvel terrestre restrito celular (Portaria nº 6, de 16 de janeiro 1989) que foram complementadas em norma específica do Serviço Móvel Celular, objeto da Portaria nº 31, de 25 de fevereiro de 1991, do Ministério da Infra-estrutura.

Após a vigência da Constituição de 1988, os Serviços Limitados de Telecomunicações foram regulamentados pelo Decreto nº 177, de 17 de julho de 1991, admitida a exploração privada, sob regime de permissão.

A RECEPÇÃO DO DIREITO ANTERIOR PELA NOVA CONSTITUIÇÃO

O nascimento de uma nova Constituição coloca em causa a permanência, ou não, da ordem jurídica que a antecede.

O princípio da hierarquia entre as fontes de direito positivo santifica o princípio da supremacia da norma constitucional, à qual se deve afeiçoar obrigatoriamente a lei ordinária ou complementar.

Havendo discrepância, o conflito se resolve em favor da norma constitucional superior. A lei nova, que a ela se oponha, é lei inconstitucional.

O direito positivo não suporta, porém, uma total solução de continuidade sempre que uma nova Constituição é promulgada.

O ordenamento legal anterior será contrastado com a nova Constituição e parecerá, por revogação, se com ela for incompatível.

Inexistente, porém, a incompatibilidade, a lei anterior tem a sua validade e eficácia, confirmadas pelo princípio da continuidade da ordem jurídica que mantém vitalidade tal como se fosse lei nova, despida de inconstitucionalidade.

A chamada *teoria da recepção* opera no sentido da sobrevida do direito interior que se harmoniza com a nova Constituição.

Prevalece, na hipótese o sentido da conservação das leis anteriores a uma Constituição que não a contrariem. Tais leis são *recebidas* pelo novo sistema constitucional que a confirma e ratifica.

A nova Constituição, tem, em suma, um duplo e simultâneo efeito. Repele o direito anterior que a ela se opõe mas, ao mesmo tempo, mantém, sem interrupção, as leis que com ela se harmonizam.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em estudo sobre a recepção em direito constitucional, evidencia o equívoco do raciocínio de que a

legislação ordinária, editada sob os auspícios de uma Constituição, que lhe serve de fundamento, deverá acompanhar-lhe o perecimento quando essa Constituição é revogada pela promulgação da outra:

“Na verdade o que ocorre sempre — ensina o eminente constitucionalista — é que, salvo incompatibilidade entre a legislação ordinária anterior e as normas de nova Constituição, se considera que essas normas ordinárias anteriores persistem válidas e eficazes” (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 63, p. 334).

E, em abonação da tese, invoca a lição de Kelsen, assim expressa:

“Se as leis emanadas, sob a velha Constituição continuam a ver válidas sob a nova, isso é possível somente porque lhe foi conferida validade expressa ou tacitamente pela nova Constituição. O fenômeno é um caso de recepção, similar à recepção do direito romano. O novo ordenamento recebe, i.e., adota certas normas do velho ordenamento. Isso significa que o novo ordenamento atribui validade, dá vigor a normas que têm o mesmo conteúdo das normas do velho ordenamento. A recepção é um processo abreviado de criação do direito” (*Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, p. 119).

No caso, adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, trazendo à colocação conceito de Mortati, “ocorre uma novação de fontes”.

No mesmo sentido é o pensamento de Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 244-5):

“A subsistência de quaisquer normas ordinárias anteriores à nova Constituição depende de um único requisito: que não sejam desconformes com ela. Se forem desconformes. Só poderão, eventualmente, sobreviver se elevadas elas próprias então à categorias de normas constitucionais, quer dizer, se constitucionalizadas.

Por isso, o único juízo à estabelecer é o juízo da conformidade (ou da compatibilidade) material com a nova Constituição, a Constituição *atual*” (grifo do original).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue a mesma linha de hermenêutica.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.984 prevaleceu o voto do Ministro Cor-

deiro Guerra (relator para o acórdão) que manteve válida lei anterior à Constituição de 1967/69, a título da “aplicação do princípio da continuidade do direito”.

Em seu voto de adesão o Ministro Rodrigues Alkmin pondera que “se o sistema constitucional atual não se diferencia do anterior”, “parece-me que permanece o ordenamento anterior, que não contesta com o sistema atualmente adotado (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 71, p. 292-3).

Em outro julgado, no Recurso Extraordinário nº 83.833, retorna a Corte Suprema à adoção do princípio de que “permanece válida e eficaz a lei ordinária anterior à Constituição que tenha regulado matéria de lei complementar, desde que não contrastante com os seus princípios e normas ou com o seu espírito” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 77, p. 657).

Elucida o então Consultor-Geral da República Saulo Ramos que “a sucessão de uma ordem constitucional por outra provoca, necessariamente a análise entre o direito constitucional novo e o direito ordinário anterior, cujas relações são presididas pelo princípio de recepção que torna subsistentes as normas infraconstitucionais materialmente compatíveis com a nova Constituição e revoga aquelas que não ostentam esse perfil”.

E acrescenta que: “o fenômeno da recepção assegura a preservação do ordenamento jurídico infraconstitucional, existente anteriormente à vigência do novo texto constitucional.

Essa ordem normativa — anterior e inferior ao estatuto fundamental — uma vez recebida pela nova Constituição, desde que ausente qualquer conflito de natureza material, passa a ter nela o seu novo fundamento de validade e de eficácia”. (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 174, p. 208).

Este é o caso de legislação sobre os serviços de telecomunicações que a atual Constituição encontrou em vigor. Não somente se trata de lei compatível com o advento da nova Carta Política, como antes nela se vai encontrar a semente da distinção dentre os conceitos de serviço público *lato sensu* e *serviço público*

restrito, que são as duas modalidades configuradas na discriminação constitucional advinda.

Na última dessas classes se comporta o serviço de telefonia móvel celular, a que se dirige a consulta.

CONSTITUCIONALIDADE DA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR POR EMPRESA PRIVADA EM GERAL

A Constituição de 1988 encontrou declarada na legislação ordinária a classificação das modalidades de serviços de telecomunicações, distribuídos em categorias específicas, a saber: serviço público, serviço público restrito e serviço limitado.

A definição de cada uma destas categorias é objeto de norma própria, a que já aludimos, o art. 69 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962).

Quando o art. 21 da presente Constituição se reporta ora a “demais serviços públicos de telecomunicações” (item XI) ora a “demais serviços de telecomunicações” (item XII, alínea *a*) está, em verdade, abrangendo uma e outra das categorias inseridas na lei ordinária precedente.

Não está, obviamente, a excluir as últimas do âmbito genérico do serviço público em sentido lato, posto que prescreve quanto a elas a exploração estatal direta ou a fórmula de concessão ou permissão.

A indispensável conciliação dos textos, que é dever elementar do intérprete, conduz, indubitavelmente, a que se limite a incidência do primeiro daqueles preceitos — permissivo apenas de concessão a empresa sob controle acionário estatal ao serviço público de uso geral, ao qual se dirige a terminologia da lei.

Tratando-se de serviço que também é público em sua essência, porém destinado a caso específico ou limitado, a hipótese se desloca para o segundo dos preceitos constitucionais. A União, quando não queira explorá-lo diretamente, poderá transferi-lo a concessionário ou permissionário de livre formação do capital social.

Em suma, a exceção não deve prevalecer sobre a regra que, fiel à tradição das contribuições anteriores, permite a participação prestação do serviço concedido ou permitido indistintamente de empresa privada na de telecomunicações.

Nenhuma eiva de inconstitucionalidade maculará o ato da Administração Pública Federal que, como anunciado, venha a destinar uma das bandas do serviço de telefonia móvel celular à licitação entre empresas privadas em geral.

VII CONCLUSÃO

Firmadas as premissas acima exposta, passamos a responder aos quesitos oferecidos na consulta.

Primeiro — Se a Constituição de 1988 introduziu conceito novo sobre o serviço de telecomunicações diversamente do que figurou nas Cartas anteriores.

Resposta — A Constituição não trouxe conceito novo ao sistema de telecomunicações. Apenas elevou ao plano constitucional uma diversidade conceitual constante da lei ordinária anterior e ela atribuiu uma especificação quanto à natureza da empresa concessionária ou permissionária.

A classificação diferenciada, que era constitucional à luz da Constituição anterior, em cuja vigência foi emitida, fundamenta a peculiaridade assinalada.

O requisito da exigência de capital público majoritário é norma excepcional e, portanto, de interpretação restritiva. Dirige-se tão-somente ao serviço público de uso geral e indeterminado, como tal definido na lei ordinária recebida pela Constituição.

Não obsta, nem invalida, a presença de a empresas privadas fora do controle acionário estatal, nos serviços de telefonia móvel celu-

lar, espécie característica do serviço restrito de telecomunicações.

Segundo — Se o sistema legal fundado na Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1982 e regulamentada pelo Decreto nº 96.618 de 31 de agosto de 1988, é compatível com as disposições constitucionais supervenientes.

Resposta — A nosso ver é extreme de dúvidas que a Lei nº 4.117, de 1982 e os atos que a regulamentaram, foram recebidos pela nova Constituição, com a qual guardam compatibilidade material e formal.

Terceiro — Se é constitucional o Decreto nº 177, de 17 de julho de 1991 (posterior, portanto, à Constituição de 1988) que aprova o Regulamento dos Serviços Limitados de Telecomunicações.

Resposta — Pela mesma ordem de razões, o Decreto nº 177, de 1991, que regulamenta os Serviços Limitados de Telecomunicações é compatível com o novo texto constitucional.

Editando-o, o Presidente da República usou, validamente, do poder regulamentar que lhe assegura o art. 81, nº IV, *in fine* da Constituição de 1988.

Quarto — Se, em face da Constituição de 1988, o Governo Federal poderá admitir a exploração de serviço móvel celular por empresas privadas e, em caso afirmativo, qual o procedimento seletivo a adotar.

Resposta — O Edital de Habilitação nº 1/92 — DNPV/SNS/MINFRA, que prevê, para a subfaixa de frequência B do móvel celular, a concorrência de empresas privadas de capital predominantemente nacional, porém sem a exigência de controle acionário estatal, é válido e constitucional, inserindo-se na previsão do item XII, alínea *a* da Constituição de 1988.

O procedimento licitatório adotado obedece, igualmente, à determinação do art. 37, item XXI, da mesma Constituição.

Este é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 1992. *Caio Tácito*, Professor Emérito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.