A Lei das Telecomunicações e a sua Constitucionalidade

*Mauro Roberto Gomes de Mattos**

No direito brasileiro, a regra geral é o dever da Administração Pública licitar os serviços e obras de que necessita para a consecução das suas finalidades. É o que resulta da norma encartada no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que após o advento da Emenda Constitucional n.º 19/98, excetuou da Lei Geral n.º 8.666/93 as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas, que possuem estatuto próprio mais flexível e compatível com o artigo 173 do mesmo texto constitucional, sem contudo liberá-las da exigência do certame licitatório.

Sucede que o aludido cânone principiológico não possui o condão de regular todas as hipóteses jurídicas que se afigurem como as mais adequadas para caso concreto, ressalvando, portanto, "os casos especificados na legislação". E coube ao legislador ordinário, dentro de uma razoabilidade, estipular quais seriam os casos em que fica afastada a competição licitatória. No caso das telecomunicações, a sua Lei Geral (Lei n.º 9.295/96) excetua a aplicação da Lei n.º 8.666/93 e Lei de Concessões, pelo fato das mesmas não contemplarem a abertura do mercado privatizado e a regulação pelos órgãos competentes.

Todavia, alguns segmentos, especialmente os que defendem o monopólio de interesses comerciais de determinadas prestadoras

de serviços telefônicos, que por não estarem dispostas a competir com as demais, vem defendendo, quando lhes interessa apenas, que o art. 175 da CF impõe ao Poder Público prestar os serviços diretamente ou sob o regime de concessão ou autorização, após a submissão do processo licitatório.

Ora, no direito não basta ler para interpretar. É necessário que se faça uma interpretação sistemática dos textos legais. In casu, o art. 21, IX da CF, com redação da EC n.º 8, estipula que compete à União, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, na forma da lei. Partindo-se dessa orientação, a Lei Geral de Telecomunicações criou dois tipos de situação, decorrendo a primeira da exploração dos serviços de telecomunicações em regime público (através de concessão ou permissão), a segunda, pelo regime privado, por força de autorização.

Pois bem, a exploração pelo regime público segue a liturgia do art. 175 da CF, ao passo que a exploração em regime de liberdade (privado) sobre a incidência do art. 174 também da lex legum. Nessa moldura, a LGT é endereçada a cumprir a regra constitucional, combatendo a exclusividade, que é substituída pela pluralidade, tendo em vista o "princípio do maior benefício ao usuário e o interesse social e econômico do País." (art. 84, § 1º).

Assim, no caso do regime público, onde a empresa que explora o serviço de telecomunicações se submeteu ao processo de concessão ou de privatização, após o competente procedimento competitório, poderia ou não expandir as suas áreas geográficas de atuação, os seus serviços, pelo fato de já ser delegatária do serviço em questão

e o seu contrato com o Poder Público não vedar tal conduta? Entendemos que sim, pois os contratos de concessão originários não previam restrição geográfica, ficando fora do contexto do art. 175, da CF. Elas são fruto do anterior procedimento licitatório ou decorrentes da própria privatização. Engessar a expansão dos serviços das empresas que já possuem a concessão de telefonia, por mero capricho do interesse econômico da concessionária que se sente ameaçada pela concorrência das demais, é o mesmo que colocar por terra o interesse social e econômico do País, para defender uma exclusividade que não existe.

A licitação toma assento no art. 37, XXI, da CF, e ressalta os casos especificados na legislação de regência, para que não haja engessamento de determinadas situações, que se atreladas às regras do certame licitatório, prestariam um desserviço à sociedade. Nessa vertente, a LGT não feriu a CF ao estipular que só será exigida licitação quando houver limites ao número de autorizações a serem expedidas para explorar um serviço (art. 136).

Para os que defendem o contrário, vai um outro argumento: não se licita o que é oferecido a todos os interessados, em razão da abertura ampla do mercado, pois a licitação visa assegurar a isonomia e a vantagem da contratação. A partir do momento que todos competem entre si, com os mesmos direitos e deveres, como licitar? O modelo eleito pela LGT é esse, todos concorrem entre si, sendo previsto expressamente a expansão no serviço do Dec. n.º 2.534/98, que instituiu o Plano Geral de Outorgas, onde foi reconhecido que todas as empresas concessionárias de telefonia, desde que antecipem a meta de universalização do serviço, podem

expandir os seus serviços, em face da ampla abertura do mercado, a partir de 31 de dezembro de 2001.

Cumpriu o citado Dec. n.º 2534/98 rigorosamente o que vem estatuído no § 2º, do art. 91 da LGT: "Art. 91 – A licitação será inexigível quando (...); § 2º - Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração dos serviços por todos os interessados que atendam às condições requeridas." Assim, a expansão dos serviços, a quem quer que queira prestá-la, desde que preenchidos os requisitos de capacitação técnica, independente de licitação, não afronta a Constituição.

Também o STF, na ADINMC 1.491-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, em 26/06/98, afastou ofensa à regra da licitação, nas hipóteses em que é assegurado a qualquer interessado na prestação de serviço de valor adicionado a utilização da rede pública de telecomunicações, que possibilitou a criação de "novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações." (art. 10, parágrafo único da Lei n.º 9.295/96), vencido o Min. Marco Aurélio que concedia a liminar por entender que a norma impugnada acabaria por afastar o processo licitatório (cf. Informativo STF n.º 116).

Portanto, a expansão dos serviços de telecomunicações é lícito, e decorre da própria necessidade dos consumidores receberem de todos os delegatários, opções que lhe permitam escolher o serviço que lhes oferece uma melhor qualidade, com a devida modicidade da tarifa cobrada. Assim sendo, não agride a CF. O levantamento de barreiras previstas nos contratos de concessão para a prestação

de determinados serviços para fora da área geográfica contratual inicialmente estabelecida, sem processo de licitação.

***Mauro Roberto Gomes de Mattos** *é advogado especializado em direito administrativo e tributário, autor do livro O Contrato Administrativo – 2ª edição, da Editora América Jurídica. É vice-presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, membro da International Fiscal Association – IFA e conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.*

Retirado de: http://www.expressojuridico.com.br/conteudo.asp?Codigo=1254
Em: 01.10.03