PARECERES

SERVIÇOS DE TELEFONES — PUBLICAÇÃO DE LISTAS DE ASSINANTES — MONOPÓLIO E LIVRE CONCORRÊNCIA — LEI E REGULAMENTO

— Em nosso direito constitucional vigora o princípio da reserva legal ou de supremacia da lei; assim sendo, o texto regulamentar não pode exorbitar daquele diploma legal cuja fiel execução se propõe a realizar.

— A exploração comercial das listas, mediante publicidade, constitui uma atividade livre, de cunho privado, que não pode ser tolhida em benefício de privilegiados.

PARECER

VOTO

A Lei n.º 4.117, de 27 de agôsto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, define a telefonia como serviço de telecomunicação (artigo 4.º); explorados os respectivos serviços pelo Estado ou município, diretamente ou através de concessão ou autorização, a partir do momento em que houver ligação direta ou indireta a serviços congêneres existentes em outra unidade federativa, ficarão todos sob fiscalização do Conselho Nacional de Telecomunicações,

"que teerá podêres para determinar as condições de tráfego mútuo, a redistribuição das taxas daí resultante e as normas e especificações a serem obedecidas na operação e instalação dêsses serviços, inclusive para fixação das tarifas" (art. 22, § 2.º).

Com remissão expreessa a êste dispositivo legal e com base no art. 87, I, da Constituição de 1946, o Presidente da República, com a expedição do Decreto n.º 57.611, de 7 de janeiro de 1966, aprovou o Regulamento dos Serviços de Telefonia, assinado pelo Presidente do Conselho Nacional de Telecomunicações, como o regulamento específico, previsto no art. 1.º, § 1.º, letra *a* do Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações — o Decreto n.º 52.026, de 20 de maio de 1963 — baixado para execução da Lei n.º 4.117, de 1962.

O art. 23 do Decreto n.º 57.611, de 1966 (Regulamento Específico dos Serviços de Telefonia) incluído no Título V que trata das "Condições de Outorga de Concessões e Permissões", estabelece que:

"A organização, a publicação e a distribuição de catálogos ou listas de assinantes dos Serviços de Telefonia Pública

são de responsabilidade das concessionárias e permissionárias dos referidos serviços".

II

Pelo Decreto n.º 68.417, de 24 de março de 1971, o Presidente da República, usando da atribuição que lhe é conferida pelo art. 81, item III da Constituição de 1967 (Emenda n.º 1, de 1969) deu nova redação ao art. 23 do Decreto n.º 57.611, de 1966, acrescentando, ao texto transcrito, que ficou mantido, cinco parágrafos, assim redigidos:

§ 1.º — A inserção, em tais catálogos ou listas, do nome e enderêço do assinante, far-se-á sem qualquer ônus para êste. Poderão, entretanto, ser comercializadas, por preços especiais, inserções suplementares e de anúncios, nos mesmos catálogos ou listas.

§ 2.º — As concessionárias ou permissionárias poderão contratar com emprêsas especializadas, com ou sem exclusividade, a organização, publicação e distribuição dos catálogos ou listas de que trata êste artigo, bem como a comercialização das inserções de que trata o § 1.º.

§ 3.º — É vedada a reprodução, total ou parcial, dos catálogos ou listas de qeu trata êste artigo sem expressa autorização das respectivas concessionárias ou permissionárias.

§ 4.º — As concessionárias ou permissionárias sòmente serão obrigadas a fornecer dados que possibilitem a confecção de catálogos ou listas, à emprêsa com a qual tenham feito contrato nos têrmos do § 2.º

§ 5.º — A renda que as concessionárias ou permissionárias vierem a auferir, direta ou indiretamente em virtude dos parágrafos anteriores, será incorporada à receita do serviço telefônico".

Em vigor desde a data de sua publicação, no Diário Oficial de 25 de março de 1971, o Decreto n.º 68.417, de 1971, vem suscitando dúvidas quanto à sua interpretação, aplicação e finalidades.

III

Comenta-se, com efeito, que os parágrafos 1.º e 5.º dizem respeito às relações entre o poder concedente e as emprêsas concessionárias ou permissionárias; mas, os demais (§§ 2.º, 3.º e 4.º), regulam interêsses de terceiros contrariando opiniões de juristas pátrios (Pontes de Miranda, Seabra Fagundes, Carlos Medeiros Silva, Miguel Reale, Themístocles Brandão Cavalcanti, Ruy Cirne Lima e Caio Tácito que recentemente opinaram sôbre a publicidade em catálogos telefônicos, emitidas em pareceres divulgados em anexo ao livro *Livre concorrência monopólio* da autoria do ilustre advogado Everardo Moreira Lima (Editôra Expressão e Cultura, Rio, 1970; idem *Revista de Direito Administrativo*, 102 e 103).

A principal objeção é que através de simples Decreto Executivo se pretende atribuir um monopólio que a própria União não tem, "qual seja o da exploração comercial da publicidade nas listas de assinantes". Êste propósito ressalta do parágrafo 2.º transcrito quando se permite que as concessionárias ou permissionárias contratem com emprêsas especializadas *com exclusividade* a organização, publicação e distribuição dos catálogos ou listas de assinantes, bem como a comercialização das inserções de anúncios; no parágrafo 3.º a posição monopolística do contratante se reforça com a proibição de reprodução dos catálogos ou listas "sem expressa autorização das respectivas concessionárias ou permissionárias; finalmente, nos têrmos do § 4.º, a concessionária ou permissionária sòmente está obrigada a fornecer dados que possibilitem a confecção de catálogos ou listas à emprêsa com a qual tenham feito contrato para o mesmo fim.

IV

Exposta, assim, a controvérsia, emprêsa interessada na sua elucidação faz-me consulta redigida nos seguintes têrmos:

1. quais as finalidades e implicações do Decreto n.º 68.417, de 24 de março de 1971?

2. trata-se de ato inconstitucional?

3. a matéria prevista nos cinco parágrafos do ato em exame podia ser objeto de decreto?

4. sabido que basta ao serviço telefônico a organização das listas de assinantes pela ordem alfabética dos nomes, seria admissível estender-se a vedação do § 3.º também à exploração comercial de listas de assinantes organizadas pela ordem alfabética de endereços, ou pela ordem alfabética de suas atividades econômicas?

5. a emprêsa de publicidade que edita listas com anúncios contratados e inserções autorizadas está reproduzindo o catálogo oficial?

6. no caso de ser inconstitucional o decreto em questão, quais os remédios jurídicos que têm as emprêsas prejudicadas pelo abuso de poder?

7. estão as sociedades de economia mista sujeitas ao regime de licitação previsto no Decreto-Lei n.º 200, de 25/2/1967, ou melhor, estão as concessionárias que sejam sociedades de economia mista obrigadas a contratar a exploração comercial de publicidade em seus catálogos mediante licitação (concorrência pública, tomada de preços ou convite), ou podem fazê-lo livremente com a emprêsa que lhes aprouver, obedecidas as exigências legais?".

V

O Decreto n.º 68.417, de 1971, repetiu, no corpo do art. 23, a norma anterior quanto à responsabilidade das concessionárias e permissionárias dos serviços de telefonia públicos, pela organização, publicação e distribuição de catálogos ou listas de assinantes. A afirmação não podia ser objeto de contestação plausível de vez que a feitura e circulação das listas é condição essencial ao funcionamento do serviço telefônico.

Em parecer anterior acentuei que "a obrigação de editar e distribuir as listas telefônicas cabe ao concessionário, como elemento essencial ao uso dos aparelhos, objeto da concessão". "Esta providência", acrescentei, "indispensável ao funcionamento do serviço, é de interêsse do público em geral, e especialmente dos assinantes e da própria emprêsa concessionária, interessada, naturalmente, expansão da rêde telefônica" (Parecer de 14/7/70, in *Revista de Direito Administrativo*, 102: 447/453 e MOREIRA LIMA, Everardo, op. cit., págs. 97/106).

O nôvo texto regulamentar, repetindo o anterior, tornou explícito, neste particular, o que já era entendimento geral, como encargo decorrente da concessão ou permissão do serviço.

O objetivo, portanto, do texto em exame, como, aliás consta de sua ementa, foi o acréscimo dos parágrafos que não existiam na redação primitiva do artigo 23 do Decreto n.º 57.611, de 1966.

Mas não tendo havido inovação legislativa, que reclamasse nova regulamentação "para a sua fiel execução" (segundo o preceito constitucional — artigo 81, n.º III, da Constituição — Emenda n.º 1, de 1969) *o suporte legal do nôvo texto é ainda o mesmo do antigo*, ou seja o art. 30, § 2.º, da Lei n.º 4.117, de 1962, que atribuiu ao Conselho Nacional de Telecomunicações, entre outros podêres, o de determinar "normas e especificações a serem obedecidas na operação e instalação dêsses serviços", dispositivo invocado no preâmbulo do Decreto n.º 57.611, de 1966, — agora modificado para que o art. 23 tenha maior amplitude.

Inscritos em nosso texto constitucional vigente (como nos anteriores) os princípios que os doutrinadores denominam de "supremacia da lei" e da "reserva legal", o *texto regulamentar* não pode exorbitar daquele texto legal cuja "fiel execução" se propõe a realizar.

A par do art. 81, n.º III, da Constituição, que discrimina e delimita as atribuições do Presidente da República, ao assegurar os direitos e garantias individuais, o texto fundamental, enumera,

entre êstes, o de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 153, § 2.º.).

Francisco Campos, depois de reportar-se à doutrina estrangeira, comenta:

"A garantia em questão se destina, sobretudo, a limitar a ação regulamentar ou perceptiva do Poder Executivo. Êste não poderá, por via regulamentar e muito menos mediante ato administrativo ou de caráter individual, editar qualquer mandamento, de conteúdo positivo ou negativo, do qual possa resultar para o indivíduo o dever de prestar um ato ou a obrigação de se abster de uma atividade, a não ser que em lei anterior se haja combinado a prestação ou a abstenção" (Parecer in *Revista de Direito Administrativo*, 80: 373/382).

Além, portanto, das normas e especificações a serem obedecidas na operação e instalação dos serviços (art. 30, § 2.º, da Lei n.º 4.117, de 1962) o texto regulamentar não pode estabelecer outras que visem a regular relações jurídicas entre concessionários e terceiros, salvo quando usuários do serviço concedido. É o que acontece com a chamada *comercialização* de anúncios e inserções suplementares nos catálogos ou listas.

A matéria não está vinculada, necessàriamente, à instalação e operação dos serviços, que poderão funcionar com a edição de catálogos ou listas *sem os acréscimos referidos* (anúncios e inserções).

Mas foi precisamente êste assunto, envolvendo direitos e interêsses de terceiros, estranho à relação do concessionário com o usuário, que o nôvo texto regulamentar se propôs a disciplinar, com restrições exorbitantes da lei, atingindo a liberdade individual e o exercício de uma atividade econômica e lícita, de caráter comercial ou industrial, — a propaganda comercial através da edição e distribuição de catálogos ou listas telefônicas.

Êste propósito ficou explícito, na segunda parte do parágrafo 1.º e nos parágrafos 2.º, 3.º e 4.º do texto recentemente baixado, pelo Poder Executivo, no uso de uma atribuição regulamentar.

Assim exposta, sem maior dificuldade, a finalidade do Decreto n.º 68.417, de 1971, como pede a consulta, resta indagar quais as suas implicações. Estas são várias, como se verá pela resposta aos demais quesitos da consulta; mas a principal delas é violação dos princípios da "supremacia da lei" e da "reserva legal" a que já nos referimos, de vez que, por via de regulamento, não é lícito estabelecer restrições a direitos e garantias individuais, cujo exercício é assegurado na Constituição e nas leis.

O poder regulamentar, cujo conteúdo tive oportunidade de expor mais de uma vez com remissão à doutrina nacional e estrangeira (O poder regulamentar e sua extensão. In: *Revista de Direito Administrativo*, 20:1 *e seg.* O poder regulamentar no direito comparado. In: *Revista de Direito Administrativo*, 30: 28 e seg., 1952, particularmente quando se trata de disciplinar direitos individuais, continua confinado, entre nós, *por fôrça de texto constitucional*, à missão de dar "fiel execução" às leis (ver também MORAIS, Antão de. Parecer. In: *Revista de Direito Administrativo*, 61:337-345, 1959; FORTES, Bonifácio. O poder regulamentar. In: *Revista de Direito Administrativo*, *65*:26 e seg., 1960; FERNANDES PINHEIRO, Hésio. Os regulamentos na técnica legislativa. In: *Revista de Direito Administrativo*, *61*: 346 e seg., 1960; NUNES LEAL, Vitor. Lei e regulamento. In: *Revista de Direito Administrativo*, 1:371 e seg., 1945; ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, *97*:21 e seg.

No direito estrangeiro, a despeito das peculiaridades dos vários regimes constitucionais (parlamentarismo e presidencialismo), no que toca à separação de podêres, elaboração e delegação legislativas, centralização e concentração administrativas, *o princípio da supremacia da lei sôbre a ação regulamentar*

é a regra. É êste o testemunho que nos dão autores de obras e trabalhos recentes (DOUENCE, Jean Claude. *Recherches sur le pouvoir réglementaire ed l'administration.* 1968, p. 37 e seg.; RAINAUD, Jean-Marie. *La distinction de l'Acte Reglementaire et de l'Acte Individuel.* 1966, p. 36 e seg.; VINCENT, François. *Le pouvoir de décision unilaterale des autorites administratives.* 1966, p. 38 e seg.; FERREIRA, Manuel Gonçalves Filho. A autonomia do poder regulamentar na Constituição francesa de 1958. In: *Revista de Direito Administrativo, 84*:24 e seg., 1966 SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano.* Ed. Forense, 1966, p. 244 e seg.; ANTIEAU, Chester J. *Modern constitutional law.* 1969, v. 2, p. 528 e 534; PHILLIPS, O. Hood. *The constitutional law of Great Britain and the Commonwealth.* 1957, p. 17-18, 363 e seg.; JAMES, Philip S. *Introduction to English law.* 1959, p. 150-154; VIRGA, Pietro. *Diritto constituzionale.* 6. ed., 1967, p. 373).

VI

O Decreto n.º 68.417, de 1971, na parte em que trata da "comercialização" da publicidade nos catálogos é ilegal e inconstitucional. Exorbita da Lei número 4.117, de 1962, que sòmente prevê regulamentação no que concerne à "operação e instalação dos serviços (art. 30, § 2.º) e, conseqüentemente, do art. 81, n.º III, da Constituição que limita o poder regulamentar à "fiel execução das leis".

Mas além dêsses vícios, o citado diploma regulamentar contraria outro preceito básico como o da livre concorrência, quando permite o contrato, por parte de concessionários ou permissionários com emprêsas especializadas, *com exclusividade*, com o objetivo de exploração de publicidade.

Em parecer anterior, já citado, sustentei que "o fornecimento feito com exclusividade a determinada pessoa, natural ou jurídica, da informação sôbre os números dos aparelhos telefônicos e respectivos assinantes, para constituir fonte de riqueza do beneficiário, sem possibilidade de concorrência, integra os requisitos do monopólio de um veículo de publicidade, que é a edição das listas e catálogos". E acrescentei que "a eliminação da concorrência, total ou parcialmente, foi destacada entre as formas de abuso do poder econômico pela Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, art. 2.º, n.º I, idem, Decreto n.º 52.025, de 20/5/63" (*Revista de Direito Administrativo, 102*:447 e seg.).

O monopólio sòmente pode ser instituído por *lei federal* "quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de *competição e de liberdade de iniciativa*, diz expressamente o art. 163 da Consituição (Emenda n.º 1), preceito que vem do direito anterior, com modificação de redação (Constituição de 1946, art. 146).

No regime constitucional de 1946 tive oportunidade de opinar sôbre a competência exclusiva da União para estabelecer monopólios (Parecer. In *Revista Forense, 203*:50 e seg., 28/3/62; com remissão a abundantes fontes doutrinárias).

Mediante *decreto* é que a "competição e a liberdade de iniciativa" em setor de atividade privada, como a "comercialização" de publicidade, jamais poderão ser suprimidas, tanto mais que não há, no caso, nem exigência de segurança nacional, nem incapacidade de dar-lhe expansão, dentro do regime da livre concorrência.

Não é demais repetir a lição de Ruí Barbosa segundo a qual o monopólio constitui "concessão odiosa do poder" e que "mediante ela se retiram à livre exploração do trabalho, da iniciativa, do engenho individual certos e determinados ramos do comércio ou da indústria, que, arredada absolutamente a concorrência natural, se vão concentrar ùnicamente nas mãos dos privilegiados" ("Os pri-

vilégios exclusivos na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos", Parecer, Rio, 1911, p. 3).

VII

Os parágrafos acrescidos ao art. 23 do Decreto n.º 68.417, de 1971, que pretendem regular relações e interêsses de cunho jurídico entre as concessionárias e permissionárias e terceiros que não os usuários (especialmente os de números 2, 3 e 4) contém matéria de direito substantivo (civil e comercial) que sòmente à lei federal, ainda que fora do regime do monopólio, será lícito disciplinar.

Assim o tabelamento de preços (§ 1.º, 2.ª parte) o contrato *com exclusividade* para organização, publicação e distribuição dos catálogos ou listas, visando a "comercialização" (§ 2.º), a vedação de reprodução de catálogos ou listas contratada com exclusividade (§ 3.º) o fornecimento de dados a quem não tenha contrato com os concessionários ou permissionários (§ 4.º) *são matérias que sòmente por lei podem ser reguladas.*

O Regulamento, em exame, ante o disposto no art. 30, § 2.º, da Lei n.º 4.117, de 1962, tem a sua órbita restrita às prescrições contidas no corpo do art. 23, de seu parágrafo 1.º, parte 1.ª e parágrafo 5.º (operação e instalação dos serviços telefônicos e respectivas tarifas).

No que concerne às demais normas inseridas no texto regulamentar (preços, exclusividade, reprodução e fornecimento de dados) a matéria é de *lei* que não foi invocada no preâmbulo do Decreto n.º 68.47, de 1971, e que, se existente, configuraria um monopólio sem os pressupostos estabelecidos na Constituição (segurança nacional, incapacidade de desenvolvimento no regime de competição e de livre concorrência).

VIII

A organização dos catálogos ou listas de assinantes dos serviços de telefones públicos não obedece a padrões pré-estabelecidos. Ela se faz com o objetivo de melhor atender aos fins a que se destina, os interêsses do usuário, assinante ou não, e do concessionário ou permissionário quanto à regularidade do serviço.

A forma mais elementar de organizar as listas de assinantes é a de arrolá-los pela ordem alfabética dos respectivos nomes; mas a concessionária ou permissionária não está impedida de fazê-lo por outra forma, desde que melhor atinja a finalidade da lista ou catálogo.

A exploração comercial das listas, mediante publicidade, constitui, porém, uma *atividade livre*, de cunho privado, que não pode ser tolhida em benefício de privilegiados.

Os catálogos ou listas podem ser (e o são freqüentemente) editados e distribuídos com as inserções suplementares ou a publicidade comercial. Assim, tudo aquilo que é inserido no catálogo ou lista, *mediante remuneração do interessado no destaque, ou na publicidade*, envolve direito dêste, que um simples regulamento, ou um contrato privado, não poderá tolher.

IX

Não existe, na prática, um catálogo *oficial* no sentido em que êste vocábulo é usado na linguagem do direito, ou seja, um catálogo editado ou aprovado diretamente por *autoridade pública;* existem, sim, os catálogos que se podem denominar "autênticos", ou de responsabilidade direta das emprêsas concessionárias ou permissionárias (art. 23 *caput* do Decreto n.º 57.611, de 1966 c/c Decreto n.º 68.417, de 1971).

O catálogo, assim editado, destina-se a maior divulgação, no interêsse do público e do serviço; a sua reprodução, desde que correta, não ofende a direitos da concessionária ou permissionária, que deve distribuí-los gratuitamente.

Não sendo o catálogo, em princípio, destinado a venda, a reprodução de seus elementos essenciais (nomes, endereços

e números de aparelhos) não envolve direitos autorais, protegidos pela lei.

A restrição ou proibição de sua reprodução sòmente será lícita, por parte da concessionária ou permissionária, no caso de culpa ou dolo de reprodutor.

X

Contra os atos baseados nos dispositivos ilegais e inconstitucionais do recente Regulamento, cabe mandado de segurança contra os agentes da administração concedente, ou contra as concessionárias ou permissionárias que os executarem, por abuso de poder, conforme sustentei no parecer anterior, com invocação dos textos legais, da doutrina e da jurisprudência (*Revista de Direito Administrativo, 102*:447 e seg.).

XI

As sociedades de economia mista, definidas no art. 5.º, n.º III, do Decreto-Lei n.º 200, de 25/2/67 (Reforma Administrativa) ainda que concessionárias ou permissionárias de serviços de telefonia públicos, não estão obrigadas a contratar a exploração comercial de publicidade em seus catálogos mediante concorrência pública; esta modalidade de escolha de contratante se aplica, obrigatòriamente, aos órgãos da administração direta e às autarquias tal como dispõe a mesma Lei (art. 125; art. 4.º, n.º I e n.º II, *a;* art. 5.º).

XII

Os sete quesitos da consulta ficam assim respondidos.

A matéria dispensa maior explanação, partindo-se do princípio de que sòmente a *lei* pode estabelecer monopólio ou cercear o regime de livre competição e de liberdade de iniciativa conforme disposição constitucional expressa (art. 163); no caso a Lei n.º 4.117, de 1962 (artigo 30, § 2.º), por sua vez, restringe a ação dos órgãos do Poder Executivo, de forma a resguardar os interêsses de terceiros, não usuários, que contratam serviços com as emprêsas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos de telefones.

A exploração comercial de publicidade, atividade econômica livre (Lei n.º 4.680, de 1965) ainda que feita através de catálogos ou listas de assinantes do serviço telefônico público (não sendo essencial à sua organização, publicação e distribuição) não pode sofrer restrições estabelecidas em Regulamento, tal como procurei demonstrar.

É o que me parece, s.m.j. Rio de Janeiro, 26 de abril de 1971. — *Carlos Medeiros Silva,* Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.