

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – DD. RELATOR DA ADPF Nº 450/2017 -
SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Requerente: Partido Democrático Brasileiro – PDT

Requerido: Telecomunicações Brasileiras S/A

TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A, sociedade anônima de economia mista federal, vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, com sede no SIG Quadra 4, Bloco A, Salas 201, 202 e 214 a 224, Edifício Capital Financial Center, CEP 70.610-440, Brasília-DF, endereço eletrônico contenciososede@telebras.com.br, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.336.701/0001-04 (doc. 01), vem, pelos advogados infra-assinados (doc. 02), nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 450/2017, em atenção ao despacho de fls., apresentar suas **INFORMAÇÕES**.

1. SÚMULA DOS FATOS

O Partido Democrático Trabalhista – PDT (adiante referido apenas como PDT) ajuíza Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com pedido de liminar sem contraditório, *ad referendum* do Tribunal Pleno, contra ato convocatório em fase de consulta pública pela Telebras, qual seja, a minuta do Edital de Chamamento Público nº 01/2017, processo nº 30/2017.

Argumenta o PDT que o referido Edital de Chamamento Público nº 1/2017 seria ato do Poder Público, considerando que a Telebras é uma sociedade de economia mista, e que tal ato consistiria em promoção de *“licitação pública para alienação do domínio de bem a terceiro (CF, art. 37, XXI, e 173, § 1º, III), qual seja, “a comercialização de capacidade satelital em banda KA do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC”*.

Conclui, portanto, que o ato questionado é tutelado pelo regime administrativo da Telebras sobre os particulares, para fins do artigo 1º da Lei nº 9.882/1999, e que a ação seria subsidiária, considerando que não poderia ajuizar ação direta, impetrar mandado de segurança, nem propor ação popular ou ajuizar ação civil pública.

Alega ser plausível a hipótese de controle abstrato de ato concreto e que há relevante interesse público, pois a ação teria por escopo *“garantir a real destinação do primeiro satélite brasileiro para o atendimento do interesse coletivo, da soberania e da segurança nacional (CF, art. 170, I, e 173), não do mercado internacional e das grandes multinacionais de telecomunicações.”*

Defende que a ofensa à Constituição seria direta e que o descumprimento de preceito fundamental seria evidenciado mediante o emprego da técnica de *interpretação*

conforme, notadamente, pelo cotejo das finalidades legais da Telebras (Lei nº 5.792/1972, art. 3º, VII) com o papel reservado ao Estado (CF, art. 173, 174 e 175) nos fundamentos da ordem econômica (CF, art. 1º, IV, e 170).

Argumenta o requerente que a expressão contida no inciso VII do artigo 3º da Lei nº 5.792/1972 — que atribui à Telebras a finalidade de “*executar outras atividades afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério das Comunicações*” — se interpretada em conformidade com o *caput* dos artigos 37 e 173 da Constituição, resultaria na exegese de que as atividades desenvolvidas pela Telebras devem ser executadas diretamente por ela, sem possibilidade de qualquer transferência a particulares sob pena de violação ao princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*) e aos limites da intervenção do Estado no domínio econômico (CF, art. 173, *caput*).

Em reforço argumentativo afirma que o ato nº 76/2014 da Anatel, amparado no acórdão nº 364/2016, na Análise nº 397/2013-GCRZ e no Parecer nº 991/2013/MGN/GF/PFE-Anatel, reconheceu à Telebras o direito de exploração de posição geoestacionária mediante inexigibilidade de licitação, em virtude de a política pública instituída pelo Decreto Federal nº 7.175/2010 (Programa Nacional de Banda Larga) somente poder ser implementada por ela.

Diante desses elementos estabelece a compreensão de que a comercialização da capacidade satelital em banda Ka do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC, mediante cessão a empresas prestadoras de serviço de telecomunicações, esvaziaria a natureza jurídica da Telebras, tornando-a mera intermediária e gestora da cessão de seu patrimônio, pois:

- (i) a finalidade da Telebras “*de executar outras atividades afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério das Comunicações*”, conforme previsto no artigo 3º da Lei nº 5.792/1972, implica em atribuir à Telebras a execução direta da atividade, sem possibilidade de transferência de domínio, sob pena de violação ao princípio da legalidade e, em última análise, dos limites de intervenção do Estado no domínio econômico;
- (ii) em devendo ser a execução da atividade direta, a exploração da capacidade satelital pela Telebras também deve ocorrer de forma direta;
- (iii) ao ceder a capacidade satelital, a Telebras deixa de explorar de forma direta a capacidade satelital e o Estado de executar diretamente a atividade no campo econômico;
- (iv) a Constituição Federal não autoriza a intervenção indireta do Estado no campo econômico ou como mero gestor de negócios;
- (v) a prestação direta de serviços públicos e a exploração direta de atividade econômica pressupõem o domínio dos bens de produção.

Afirma, pois, que a cessão de capacidade satelital, a ser deflagrada por meio do futuro Chamamento Público nº 01/2007, resultaria em descumprimento de preceito fundamental resultante dos artigos 37 e 173 da CF/88, haja vista que haveria a prestação de serviços de telecomunicação de forma indireta pela Telebras.

Maneja ADPF, assim, para que seja conferida interpretação conforme ao inciso VII do artigo 3º da Lei nº 5.792/1972 com o caput do artigo 37 e 173 da Constituição, declarando-se, por consequência, a nulidade do suposto ato convocatório instrumentalizado no Edital de Chamamento Público nº 1/2017, referente ao processo nº 30/2017.

Requeru a tutela cautelar, visando suspender o ato combatido.

Recebida a inicial, seu Relator, o Exmo. Ministro Dias Toffoli imprimiu à ADPF o rito disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99, de modo que a decisão seja tomada em caráter definitivo.

Entretanto, conforme se vislumbra abaixo, é incabível a ADPF no presente e inexistente receio de lesão a preceito fundamental.

Isto porque, de forma preliminar, (a) inexistente violação a preceito fundamental; (b) falta interesse processual em decorrência da inexistência do estado de incerteza jurídica; (c) não há ofensa direta à Constituição; (d) o ato objeto da ADPE é negocial; (e) e tal ato sequer encontra-se consolidado, haja vista que se trata de minuta de edital em consulta pública.

No mérito, a Telebras cumpre seu papel no PNBL, sendo um instrumento de atuação direta do Estado na economia; o provimento de capacidade satelital obedece a regulação da Anatel e a política pública definida pelo Ministério Supervisor; inexistente descumprimento a preceito fundamental; e há conformação do modelo a ser adotado e do chamamento público ao disposto no artigo 37 e 173 da Constituição.

2. PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO DA ADPF

a) Ausência de violação a preceito fundamental

A narrativa de violação ao princípio da legalidade (artigo 37 da CF), trazida com a inicial da ADPF, ou a imaginada transgressão ao artigo 173 da CF, não configuram violação a preceito fundamental.

Veja-se a alegação de violação ao princípio da legalidade como preceito fundamental apontada pelo requerente: por suposta contrariedade à norma do artigo 173 da CF o requerente prega a violação ao princípio da legalidade (artigo 37 da CF).

Na ADPF 33 MC⁶ o Supremo Tribunal Federal já decidiu que são preceitos fundamentais, viabilizadores da Arguição, os direitos e garantias individuais, as cláusulas pétreas, os princípios sensíveis e os princípios fundamentais.

⁶ “5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade” (ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, DJ 27-10-2006 pp-00031 ement vol-02253-01 pp-00001 rtj vol-00199-03 pp-00873)

Se fosse admissível enquadrar o descumprimento de qualquer norma da Constituição como violação ao preceito fundamental da legalidade, haveria uma desnaturalização da própria noção de preceito fundamental, sendo certo que na ADPF somente os preceitos fundamentais são objeto de sua tutela — e não qualquer dispositivo da Constituição.

Não se pode, assim, a pretexto de pressuposta violação ao princípio da legalidade, manejar a ADPF como mecanismo de proteção, por via reflexa, a qualquer regra constitucional — e não a preceito fundamental — sob pena de se pulverizar o próprio núcleo do conceito do que seja preceito fundamental, com indevido alargamento conceitual e desnaturalização do instituto. Nessa linha, seria possível encaixar qualquer suposto descumprimento a qualquer norma constitucional como violação a preceito fundamental em decorrência do descumprimento da Constituição enquanto lei em sentido formal.

De mais a mais, a doutrina⁷ considera preceito fundamental os princípios da ordem econômica previstos no artigo 170, mas não a regra estatuída na norma prevista no artigo 173 da Constituição Federal (intervenção direta do Estado no domínio econômico) — opção do legislador constituinte que não viola o princípio da livre iniciativa, dado o caráter complementar dessa intervenção.

Verifica-se, pois, sob qualquer ângulo, faltar preceito fundamental apto a ser tutelado na ADPF, considerando que não há violação direta ao princípio da legalidade — mas reflexa, em decorrência de suposta e, desde já, diga-se inexistente, transgressão ao artigo 173 da CF como preceito fundamental — e que a regra estatuída pelo artigo 173 da CF (aqui não se está a falar dos princípios da ordem econômica contidos no artigo 170 da CF) não se qualifica como preceito fundamental, o que impõe o não conhecimento da ADPF em questão.

b) Da falta de interesse processual pela inexistência do estado de incerteza jurídica

GILMAR MENDES, em sua obra⁸, alude a um estado de incerteza jurídica imprescindível para o manejo da ADPF.

Na ADPF 234 MC⁹ o Exmo. Ministro Marco Aurélio ressalta a multiplicidade de demandas como critério para possibilitar o uso da ADPF.

A relevância da controvérsia é requisito implícito da ADPF autônoma, conforme decisão monocrática do Exmo. Ministro Gilmar Mendes na ADPF 76¹⁰.

⁷ DIMOULIS, Dimitri. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: problemas de concretização e limitação. Revista dos Tribunais, v. 832, p. 16, fev. 2005.

⁸ Mendes, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 7ª ed, 2012, pg. 1280

⁹ “Assim, embora seja possível impugnar, por meio de ações judiciais, os atos administrativos formalizados e, mediante os respectivos recursos, as decisões judiciais, há o problema relativo à multiplicação de demandas e o inequívoco interesse público de ser dirimida a controvérsia em caráter definitivo.” (ADPF 234 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 03-02-2012 PUBLIC 06-02-2012)

¹⁰ “Como o instituto da ADPF assume feição eminentemente objetiva, o juízo de relevância deve ser interpretado como requisito implícito de admissibilidade do pedido. Seria possível admitir, em tese, a propositura de ADPF diretamente contra ato do Poder Público, nas hipóteses em que, em razão da relevância da matéria, a adoção da

Tais hipóteses, contudo, não ocorrem no presente caso. Inexiste o estado de incerteza jurídica, multiplicidade de demandas, não sendo relevante a controvérsia jurídica.

O artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 5.792/1972 não carece de interpretação conforme ao artigo 37 e 173 da Constituição Federal.

A norma que se extrai do texto do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 5.792/1972 não contraria o artigo 37 e 173 da Constituição:

“Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S/A. - TELEBRÁS, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a finalidade de:

(...)

VII - executar outras atividades afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério das Comunicações.”

Em tal contexto, as atividades afins a serem prestadas pela Telebras são aquelas determinadas pelo Ministério das Comunicações, atual Ministério da Ciência e Tecnologia, Inovações e Comunicações.

Não se vislumbra nenhum ataque aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade ou eficiência (artigo 37 da CF), nem mesmo ao comando que pauta a exploração direta de atividade econômica pelo Estado quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Não há dúvida jurídica quanto à exegese do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 5.792/1972 que justifique o uso da técnica da interpretação conforme — ônus de que tampouco se desincumbiu o requerente em provar, pois não há controvérsia jurídica apta a ensejar o manejo desta ação.

Disso resulta a total ausência de interesse processual, ficando registrada a preliminar de não conhecimento por falta de utilidade do processo (interesse processual) por não haver estado de incerteza jurídica, multiplicidade de ações ou relevância da controvérsia.

c) Da ausência de ofensa direta à Constituição

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que as ofensas meramente reflexas ou indiretas ao texto constitucional não constituem objeto de controle de constitucionalidade, mas apenas de verificação da legalidade, a depender do caso concreto.

via ordinária acarrete danos de difícil reparação à ordem jurídica. O caso em apreço, contudo, revela que as medidas ordinárias à disposição da ora requerente - e, não utilizadas - poderiam ter plena eficácia. Ressalte-se que a fórmula da relevância do interesse público, para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão), está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro. No presente caso, afigura-se de solar evidência a falta de relevância jurídica para a instauração da ADPF. Assim, tendo em vista a existência, pelo menos em tese, de outras medidas processuais cabíveis e efetivas para questionar os atos em apreço, entendo que o conhecimento do presente pedido de ADPF não é compatível com uma interpretação adequada do princípio da subsidiariedade.” (ADPF 76, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 13/02/2006, publicado em DJ 20/02/2006 PP-00050 RDDP n. 38, 2006, p. 150-156)

Nestes casos, por restar inviabilizada a via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, aquela Corte Suprema tem indeferido liminarmente a petição inicial, por falta de requisito essencial, qual seja, a ofensa direta ao texto da Constituição Federativa, nos termos do Agravo Regimental na ADPF nº 210/DF¹¹.

Em reforço, no bojo da ADPF nº 169, o Relator Ministro Ayres Britto negou seguimento à ação com fundamento no artigo 4º da Lei nº 9.882/1999,¹² por entender que:

[...] somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar, é que poderia este ser acimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle de constitucionalidade. Ato normativo de natureza regulamentar que ultrapassa o conteúdo da lei não está sujeito à jurisdição constitucional

Com efeito, a análise de compatibilidade do Chamamento Público com o texto do Decreto nº 7.175/2010, que regulamenta o artigo 3º, VII, da Lei nº 5.792/72, não se enquadra no conceito de violação primária à preceito constitucional. Inexiste, pois, na ADPF em questão, ofensa direta à Constituição.

Assim, aplicáveis os óbices jurisprudenciais levantados pela Corte no AGR na ADPF 210/DF, Relator o Ministro Teori Zavascki, e na ADPF nº 169, Relator o Ministro Ayres Britto.

d) Da natureza infra legal do ato impugnado (ato negocial)

Conforme entendimento consolidado na ADI nº 2.231-MC/DF, atos negociais, isto é, aqueles que envolvem particulares, não se submetem ao crivo do instituto da ADPF, porquanto comportam outras vias de impugnação¹³. É o caso em questão.

No mesmo sentido, a ADPF nº 210¹⁴ AgR, Rel. Ministro Teori Zavascki.

¹¹ “3. Na verdade, a agravante invoca desrespeito à Constituição que somente poderia ser aferido mediante cotejo analítico com outras normas primárias infraconstitucionais interpostas. É dizer, ainda que admissível como relevante e sanável por meio de ADPF, a **verificação da violação ventilada pela inicial apenas poderia ser apreciada mediante avaliação de suposta ofensa reflexa. Em casos tais, eventual ilegitimidade da norma secundária não pode ser reconhecida e declarada, salvo em situações de absoluta excepcionalidade, por ação de controle concentrado, nomeadamente por ADPF. Não havendo, no caso, situação excepcional, cumpre adotar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que a ADPF é, via de regra, meio inidôneo para processar questões controvertidas derivadas de normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar.**” (Agravo Regimental em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 210/DF. Voto do relator, o Ministro Teori Zavascki)

¹² Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 331-333.

¹⁴ “2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou-se no sentido de que a **ADPF é, via de regra, meio inidôneo para processar questões controvertidas derivadas de normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar** (ADPF-AgR 93/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). 3. Agravo Regimental improvido.” (ADPF 210 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2013, processo eletrônico dje-119 divulg 20-06-2013 public 21-06-2013).

O ato apontado pelo requerente como violador do preceito fundamental é o suposto Edital de Chamamento Público de nº 01/2017. Mas este documento reflete apenas e tão somente, a face privada da Telebras, nos estritos termos do artigo 173 da Constituição Federal, em sua atuação finalística de provimento de infraestrutura a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, em consonância com sua missão de atendimento ao PNBL, imposta pelo Decreto 7.175/2010.

A adoção do modelo de audiência pública seguida de chamamento público tem por objetivo expor à sociedade, com toda a transparência necessária e exigida às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, os mecanismos adotados pela Telebras para a seleção de parceiros para atendimento aos usuários finais dos serviços de telecomunicações.

Tratando-se, sem sombra de dúvida, de atuação estritamente mercantil da Telebras, é incabível sua impugnação mediante Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

e) Da inexistência de ato normativo consolidado alvo da ADPF.

Além disso, não há ato normativo consolidado que seja alvo da ADPF, haja vista que inexistente Edital de Chamamento Público, apenas uma **minuta** encontra-se em consulta pública, sequer tendo sido publicado na sua versão final (vide peça nº 4 juntada com a inicial), o que impede a referida ação nos termos da ADPF 43-agR¹⁵, por ser inexistente o objeto da ADPF.

É, pois, incabível o controle abstrato de constitucionalidade de ato negocial, ainda inexistente, não definitivo e sujeito à alteração.

3. MÉRITO

Ainda que superadas as questões preliminares, os argumentos de mérito trazidos pelo requerente em nada procedem. É o que se demonstrará.

3.1. Da intervenção direta do Estado e do papel da Telebras frente ao PNBL

A intervenção do Estado no domínio econômico se dá sob duas formas: direta e indireta. Na intervenção direta o Estado é o empresário (artigo 173 da Constituição Federal) em atuação complementar à iniciativa privada, mas necessária — em prol dos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. A intervenção indireta

¹⁵ "Agravo regimental adversando decisão que negou seguimento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que, à luz da Lei n. 9.882/99, esta deve recair sobre ato do poder público não mais suscetível de alterações. A proposta de emenda à constituição não se insere na condição de ato do poder público pronto e acabado, porque ainda não ultimado o seu ciclo de formação. Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado no sentido de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental veio a completar o sistema de controle objetivo de constitucionalidade. **Assim, a impugnação de ato com tramitação ainda em aberto possui nítida feição de controle preventivo e abstrato de constitucionalidade, o qual não encontra suporte em norma constitucional-positiva.**" (ADPF 43-AgR, rel. min. Carlos Britto, julgamento em 20-11-2003, DJ de 19-12-2003.)

(artigo 174 da Constituição Federal) marca a atuação do Estado regulador sobre a atividade econômica, com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

JOSÉ AFONSO DA SILVA indica que a participação do Estado como agente econômico (em atuação direta) não pode ser vista como simples exceção, *“na medida em que tanto a iniciativa privada como a estatal se destinam ao mesmo objetivo de realização daqueles fins, princípios e fundamentos”*¹⁶, nem como atuação suplementar ou subsidiária à iniciativa privada. *“Se ocorrerem aquelas exigências, será legítima a participação estatal direta na atividade econômica, independentemente de cogitar-se de preferência ou de suficiência da iniciativa privada”*¹⁷.

A atuação monopolista, por outro lado, essa sim excepcional, somente pode ser admitida nas hipóteses previstas no artigo 177 e seus parágrafos da Constituição — não se contemplando no artigo 173 da CF.

A exploração direta de atividade econômica pelo Estado, como empresário, não pressupõe uma atuação monopolista ou de concentração econômica. Nesse espírito é que deve ser interpretado o termo “exploração direta” previsto no caput do artigo 173 da Constituição.

Em síntese, a Telebras é uma empresa estatal — um instrumento de participação do Estado no domínio econômico — criada para operar no setor de telecomunicações, em atuação necessária devido a imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, para cumprir as atividades afins que lhe forem atribuídas pelo Ministério das Comunicações, atual Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC).

Não se trata aqui, hoje, de atuação monopolista, mas complementar à iniciativa privada.

De início, é bem verdade que a Telebras, por força da estatização do serviço de telecomunicações, possuía atuação monopolista, por ser a controladora do Sistema Telebras.

Entretanto, desestatizado o setor de telecomunicações por meio da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995 e da Lei Geral de Telecomunicações (Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997), a Telebras, então sem papel preponderante, foi revitalizada pelo Decreto Federal nº 7.175/2010 para o fim de auxiliar na concretização da política pública Programa Nacional de Banda Larga (PNBL), voltada à massificação do acesso a serviços de conexão à internet em banda larga e à promoção da inclusão digital, dentre outros objetivos.

Em seu novo papel, a Telebras passou a explorar atividade econômica em decorrência do relevante interesse coletivo.

¹⁶ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª edição, 2008, Malheiros, pg. 804.

¹⁷ Op. Cit. Pg. 804.

Em cumprimento ao comando contido no inciso VII do artigo 3º da Lei nº 5.792/1972, o então Ministério das Comunicações definiu para ser executada pela Telebras duas atividades afins: a) provimento de infraestrutura de telecomunicações (atividade contemplada no inciso III do artigo 4º do Decreto nº 7.175/2010); e b) prestação de serviços de telecomunicações nas hipóteses contidas nos incisos I e II do Decreto nº 7.175/2010, sendo vedada a prestação a usuários finais, salvo nas localidades em que não houver oferta adequada, conforme indicado pelo MCTIC (inciso IV e §4º do artigo 4º do Decreto nº 7.175/2010). Confira-se:

“4º Para a consecução dos objetivos previstos no art. 1º, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, caberá à Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS:

I - implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal;

II - prestar apoio e suporte a políticas públicas de conexão à Internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, telecentros comunitários e outros pontos de interesse público;

III - prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos; e

IV - prestar serviço de conexão à Internet em banda larga para usuários finais, apenas e tão somente em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços.

(...)

§ 4º O Ministério das Comunicações definirá as localidades onde inexista a oferta adequada de serviços de conexão à Internet em banda larga a que se refere o inciso IV do caput.”

Nesse passo, o Comitê Gestor do Programa de Inclusão Digital – CGPID elaborou, em 2010, o documento base do PNBL, intitulado “*Brasil Conectado – Programa Nacional de Banda Larga*”¹⁸. Por meio do referido documento são informados o foco, o conceito e os fundamentos do PNBL:

“O acesso em banda larga, como visto, é pressuposto para o desenvolvimento econômico e social do País. Todavia, a distribuição do acesso em banda larga é concentrada nos grandes centros urbanos e nas populações de maior poder aquisitivo. Adicionalmente, a infraestrutura de rede para suportar o crescimento do acesso é hoje insuficiente. Esse problema decorre de várias questões, que passam pela falta de investimento para a ampliação da rede e por questões que ultrapassam o próprio modelo regulatório para a banda larga.

O Programa Nacional de Banda Larga possui como foco inicial a disponibilidade de infraestrutura e o desenho de uma política produtiva e tecnológica compatível. Por outro lado, o PNBL possui a estrutura de continuidade desse processo, que deve aprimorar as medidas ora previstas e ainda lidar com novos focos, dentre eles conteúdos, aplicações e serviços, dos quais se destacam propostas para governo

¹⁸ Disponível em < http://www.mc.gov.br/component/docman/cat_view/22-acoos/30-programa-nacional-de-banda-larga-pnbl?Itemid=13217 >. Último acesso em 18.02.2016

eletrônico, educação, saúde, segurança pública, comércio e serviços, informação e entretenimento, conforme esquema a seguir.

(...)

O conceito de acesso em banda larga adotado pelo PNBL é propositalmente fluido, definido pelo conjunto das aplicações disponíveis em dado momento, e não por uma capacidade pré-estabelecida. A banda larga deve ser o serviço capaz de dar suporte a essas aplicações. O conceito é indiferente à tecnologia utilizada e não faz restrição quanto à mobilidade e à portabilidade, incentivando o desenvolvimento de aplicações, conteúdos e serviços interativos que favoreçam a participação coletiva, colaborativa e democrática da população, seja ela urbana ou rural.

Ao adotar esse conceito, o objetivo é que o PNBL se constitua como uma política pública que privilegie a igualdade de oportunidades. Mais importante do que a velocidade do acesso em regiões urbanas ou rurais, centrais ou periféricas, ricas ou pobres, é que o acesso possibilite as mesmas chances de se comunicar, de acessar e/ou produzir conteúdos digitais, de realizar transações ou de interagir no mundo virtual. A banda larga, portanto, será aquela suficiente para que as oportunidades sejam isonômicas em todo o País.

(...)

O PNBL se estrutura em três pilares: redução de preço, aumento de cobertura e de velocidade. Com esses três pilares, busca-se ampliar o número de cidadãos que dispõem de acesso a infraestrutura capaz de prestar o serviço e possibilitar a fruição de aplicações, conteúdos e serviços avançados, que demandam maior capacidade de transmissão de dados.”

(grifo acrescido)

Mais à frente, o CGPID, atendendo ao disposto no artigo 2º do Decreto 7.175/2010, aborda no documento as ações do Programa Nacional de Banda Larga:

“Dados o foco e os fundamentos apresentados, o desafio do PNBL é traduzi-los em ações capazes de promover, direta ou indiretamente, em um primeiro momento, o desenvolvimento da infraestrutura nacional e uma maior oferta do serviço, a preços mais baixos. Para isso, nessa primeira fase do Programa constam quatro grupos de ação: 1. ações regulatórias que incentivem a competição e normas de infraestrutura que induzam à expansão de redes de telecomunicações; 2. incentivos fiscais e financeiros à prestação do serviço de acesso em banda larga, com o objetivo de colaborar para o barateamento do custo à população; 3. uma política produtiva e tecnológica capaz de atender adequadamente à demanda gerada pelo PNBL; e **4. uma rede de telecomunicações nacional, com foco de atuação no atacado, neutra e disponível para qualquer prestadora que queira prestar o serviço de acesso em banda larga.**”

(grifo acrescido)

Quanto à rede de telecomunicações nacional, esta ação ficou a cargo da Telebras, conforme matriz de ações constantes no referido documento. Tal ação é assim abordada no Programa:

“Como a última peça do PNBL, tem-se a construção de uma Rede Nacional. Ela será um conjunto de infraestrutura e operação que suporta a formulação de políticas públicas relativas à massificação do acesso não somente à internet, mas também a conteúdo de governo que induza à inclusão social, ao exercício da cidadania, fomenta a educação e a cultura digital, entre outros objetivos já citados neste documento.

Com o objetivo de massificar o acesso à banda larga de forma que, a partir de 2014, esse serviço tenha uma abrangência nacional, tanto populacional quanto geográfica, prevê-se a construção de uma rede nacional de telecomunicações. **Essa infraestrutura básica de suporte aos serviços típicos ou inovadores transportados sobre rede de pacotes tem o objetivo de competir no mercado de telecomunicações, sobretudo no atacado, possibilitando que mais prestadoras ofereçam o acesso ao usuário final.** Essa infraestrutura parte do princípio de que as redes óticas construídas, principalmente por empresas estatais federais do setor elétrico e petrolífero, têm capacidade disponível.

Neste momento, serão abordadas as ações necessárias para utilizar a capacidade ociosa dessas redes óticas como espinha dorsal (backbone) de uma rede nacional de telecomunicações, considerando-se uma rede DWDM (Dense Wavelength Division Multiplexing), suas arquiteturas física e lógica, bem como a de uma rede complementar de transporte em rádio de alta velocidade para distribuição de dados (backhaul). Descreve, ainda, a solução de integração da rede aos pontos de troca de tráfego internet (PTT), estruturação de rede IP para prestação de serviços multimídia e alternativa para o acesso última milha, priorizando parcerias comerciais com prestadores de serviço.

(...)

A descrição estruturou-se em três níveis, conforme mostrado na Figura 6, sendo que o nível da intranet do governo é considerado apenas um nível lógico.

- a. Nível nacional – backbone ótico;
- b. Nível regional – backhaul, que consiste na interligação das sedes dos municípios ao backbone ótico;
- c. Nível local – acesso, que consiste na infraestrutura de última milha que possibilita a conexão do usuário final.”

(grifo acrescido)

Em linha com os objetivos do PNBL, descritos no artigo 1º do Decreto 7.175/2010, novo ato do Poder Executivo dispôs sobre a gestão do planejamento, monitoramento, construção e lançamento do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC. Assim, as diretrizes para a implementação do SGDC foram traçadas pelo Decreto 7.769, de 28 de junho de 2012.

A relevância do SGDC para o atingimento dos objetivos do PNBL foi elucidada pelo então Ministro de Estado das Comunicações, senhor Paulo Bernardo Silva:

‘O Decreto nº 7.769, de 28 de junho de 2012, estabeleceu as regras e os princípios para o planejamento, o monitoramento, a construção, o lançamento e a gestão da operação do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas — SGDC, bem como da implantação da sua infraestrutura de solo.

O SGDC tem como objetivos principais garantir soberania ao País em suas comunicações satelitais militares, prover a comunicação estratégica entre os Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal e ser um instrumento de massificação do acesso à Internet no âmbito do Programa Nacional de Banda Larga — PNBL.

Nesse contexto, cabe salientar que o Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, atribui especificamente a Telecomunicações Brasileiras S.A. — Telebrás a incumbência de perseguir e implementar os objetivos do PNBL.

[...]

A Telebrás necessitará operar o SGDC em banda de frequência capaz de cobrir adequadamente todo o território nacional, a exemplo da banda de frequência Ka,

com objetivo primordial de alcançar os fins do PNBL, conforme determinação específica constante do Decreto nº 7.175, de 2010: (i) implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal; (ii) prestar apoio e suporte a políticas públicas de conexão à Internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, telecentros comunitários e outros pontos de interesse público; (iii) prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos; e (iv) prestar serviço de conexão à Internet em banda larga para usuários finais, apenas, e tão somente, em localidades onde inexista oferta adequada deste serviço.

Diante da atribuição legal conferida à Telebras para a consecução da política pública encerrada no Decreto 7.175/2010, foi solicitada a concessão do direito de exploração à Anatel, destacando-se desta solicitação o seguinte trecho:

“O objeto deste requerimento é solicitar que seja concedido a TELEBRAS — exploradora do satélite — o Direito de Exploração de Satélite Brasileiro que fará parte do Sistema do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicação Estratégica do Brasil — SGDC, que deverá ser implantado e operado pela TELEBRAS para atender à demanda do Plano Nacional de Banda Larga — PNBL e às necessidades de comunicação militares do Ministério da Defesa.”

Em atendimento à solicitação da Telebras, a Anatel concedeu o direito de exploração (Ato nº 76, de 7 de janeiro de 2014 – doc. 03), tendo entre seus fundamentos o Parecer Jurídico da Procuradoria Federal de nº 991/2013/MGN/PFE-Anatel (doc. 04). Deste documento destacam-se as seguintes informações.

“12. O Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, instituiu o Plano Nacional da Banda Larga — PNBL, o qual, segundo o seu art. 1º, tem o objetivo de fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação, de modo a: (i) massificar o acesso a serviços de conexão à internet em banda larga, (ii) acelerar o desenvolvimento econômico e social, (iii) promover a inclusão digital, (iv) reduzir as desigualdades social e regional, (v) promover a geração de emprego e renda, (vi) ampliar os serviços de Governo Eletrônico e facilitar aos cidadãos o uso dos serviços do Estado, (vii) promover a capacitação da população para o uso das tecnologias de informação, e (viii) aumentar a autonomia tecnológica e a competitividade brasileiras.

13. A Telebrás, nesse cenário, possui relevante função. Com efeito, o Decreto nº 7.175/2010 tratou diretamente da referida entidade em seu art. 4º, preconizando que à Telebrás, a fim de perseguir os objetivos dispostos em seu art. 1º, compete (i) implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal, (ii) prestar apoio e suporte a políticas públicas de conexão à internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, telecentros comunitários e outros pontos de interesse público, (iii) prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos e (iv) prestar serviço de conexão à internet em banda larga para usuários finais, apenas e tão somente em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços.

[...]

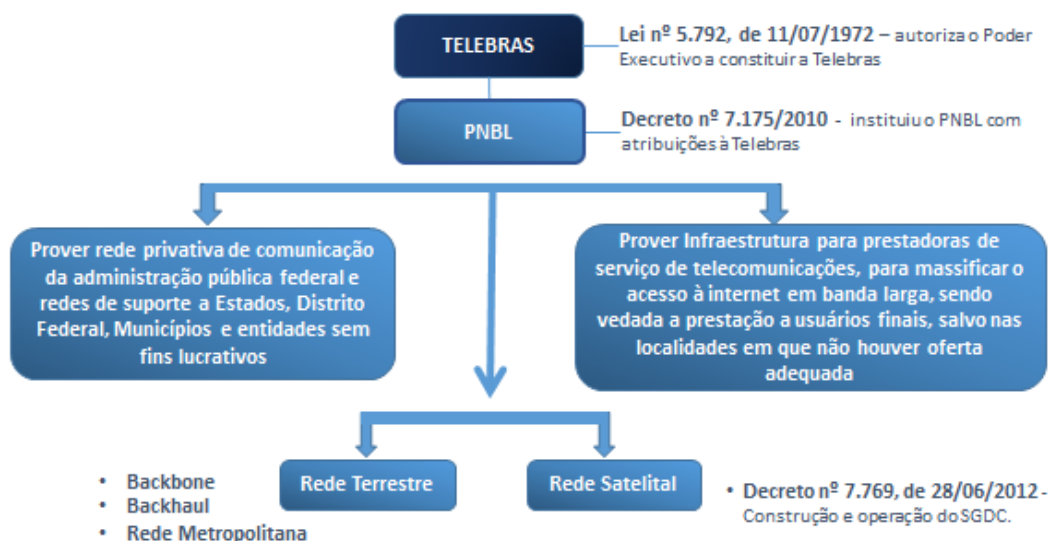
22. Nesse sentido, a partir da leitura conjunta das políticas públicas estabelecidas pelos Decretos nºs 7.175/2010 e 7. 769/2012 e pelo Ministro de Estado das Comunicações, concluiu-se que: (a) incumbe à Telebrás atuar para alcançar os objetivos do PNBL; (b) a Telebrás caberá, em conjunto com o Ministério da Defesa, a gestão do SGDC; (c) o SGDC deverá ser utilizado pela Telebrás para cumprimento do Decreto nº 7.175/2010, já que necessita, para tanto, de infraestrutura e faixa de frequência que possibilite a cobertura de todo o território nacional.

23. Diante desse cenário, levando-se em conta a instituição da política pública determinada pelo Poder Executivo, cabe à Anatel, no âmbito de sua competência, o dever de viabilizá-la. Nesse sentido, tem-se que, no caso em tela, a realização de licitação é inexigível justamente por ter entendido o Poder Executivo que a política pública e tela só pode ser realizada pela Telebrás. Dito de outro modo, tendo o Poder Executivo entendido que a referida política pública só poderá ser implementada pela Telebrás, a realização de pleito licitatório mostra-se prescindível, uma vez que não poderia surgir outro vencedor senão a própria Telebrás. De fato, a Telebrás é a entidade especificamente designada pelo Poder Executivo para cumprir os objetivos do PNBL em todo o território nacional em cotejo com a implementação do SGDC.”

Assim, com fundamento na Lei nº 5.792/1972 e nos Decretos nº 7.175/2010 7.769/2012, hoje a Telebras explora diretamente atividade econômica, consistente em prover infraestrutura e prestar serviços de telecomunicações, na forma como definida no último normativo, sem concentração econômica ou atuação monopolista, mas de forma complementar à iniciativa privada, visando ao provimento de infraestrutura e a prestação de serviços de telecomunicação no âmbito do PNBL.

As ações da Telebras voltadas ao cumprimento dos objetivos do PNBL devem ser aquelas previstas no artigo 4º do Decreto 7.175/2010 e/ou as necessárias para execução das ações de responsabilidade da Telebras definidas pelo CGPID (atualmente sob responsabilidade do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações) e descritas no documento base do PNBL. Segue abaixo, infográfico resumindo o escopo de atuação da Telebras dentro do PNBL.

Escopo Regulatório de Atuação - PNBL



E justamente para que a Telebras atue no atacado, de forma neutra, podendo disponibilizar sua infraestrutura para qualquer prestadora de serviços de acesso à internet em banda larga, é que a Telebras fará o Chamamento Público para a cessão temporária (10 anos ou prazo inferior) da capacidade satelital, sem abrir mão da operação e do controle do SGDC.

O futuro Chamamento Público para provimento de capacidade satelital é exatamente o instrumento necessário para promover os fins institucionais da Telebras consubstanciados na Lei nº 5.792/1972 e no Decreto nº 7.175/2010, em especial aquele constante no Inciso III do art. 4º do referido decreto (“prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas...”).

3.2. Do provimento de capacidade satelital

Por meio do Decreto nº 7.769/2012 a Telebras foi incumbida da gestão da operação do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC. O SGDC possui duas frequências, uma em Banda Ka, destinada à utilização civil, e outra em Banda X, destinada a uso militar.

O modelo regulatório vigente na Resolução CD/ANATEL nº 220/2000 (doc. 05) impõe que a exploração da capacidade satelital (Banda Ka) somente deve ocorrer mediante o provimento da capacidade satelital à entidade que seja prestadora de serviços de telecomunicações¹⁹, **obrigando**, inclusive, que a detentora do Direito de Exploração Satelital atenda aos pedidos feitos por essas entidades (prestadoras de serviços de telecomunicações) de maneira não discriminatória:

“Art. 49. A exploradora de satélite somente poderá prover capacidade espacial à entidade que detenha concessão, permissão ou autorização para exploração de serviços de telecomunicações ou às Forças Armadas.

Art. 50. A exploradora deverá atender, desde que tecnicamente viável e compatível com o projeto do sistema de satélite, todos os pedidos feitos por entidades que detenham concessão, permissão ou autorização de serviços de telecomunicações, tratando-as de forma não discriminatória quanto a, entre outros, preços, condições de acesso ao segmento espacial e condições contratuais, quando as solicitações forem similares.”

O instrumento isonômico para consecução desse fim – atender a todos os **reais** prestadores de serviços de telecomunicações de maneira não discriminatória – é exatamente a realização do chamamento público.

A referida Resolução CD/ANATEL nº 220 ainda incumbe ao explorador de direito satelital, a quem foi conferido o Termo de Direito de Exploração Satelital²⁰ (artigo 36), que implemente o sistema satelital.

¹⁹ O ato que concede o direito a exploração do satélite emitido pela ANATEL, denominado de Termo de Direito de Exploração de Satélite, somente permite a exploração de capacidade satelital, sendo uma atividade distinta da licença concedida para a prestação de serviços de telecomunicação.

²⁰ O Termo de Direito de Exploração de Satélites confere ao seu detentor a possibilidade de explorar a capacidade satelital, que é um insumo para a prestação do serviço de telecomunicações. A Telebras obteve o referido Termo,

O sistema satelital consiste no artefato em si e no segmento de solo, isto é, nas antenas e sistemas de radiofrequência que compõem as estações do COPE (Centro de Operações Espaciais) e suas Estações de Acesso. A operação do sistema consiste na manutenção do artefato em sua órbita alvo, garantindo ainda a disponibilidade de todos os equipamentos envolvidos no provimento da infraestrutura satelital, tanto em solo quanto em órbita.

No direito privado brasileiro, existem diversas formas jurídicas de ceder o uso de um bem, cada uma com suas peculiaridades e garantias inerentes – algumas criando direito de obrigação, outras, como direito real. São exemplos já previstos na legislação o comodato, o arrendamento mercantil, a locação e o usufruto. A depender do caso concreto e das necessidades específicas, podem, também, serem formatados contratos atípicos^{21,22}, juntando elementos de outros contratos ou criando-se elementos originais.

Tratando especificamente da cessão de uso como locação de *transponder* de satélites ou dos seus canais (forma análoga à pretendida para o SGDC), transcrevemos as lições de Heleno Torres²³:

“Como já descrito em páginas anteriores, o *transponder* é um elemento fundamental para os satélites de telecomunicações, consistindo em equipamento para os satélites de telecomunicações, consistindo em equipamento que se presta a receber sinais de estações terrenas (*uplink*), amplificar a potência das ondas e dar continuidade à transmissão, mediante retransmissão às estações terrenas de destino (*downlink*).

Para negociação direta sobre estes, geralmente os usuários utilizam contratos de locação de *transponder*, apesar de ter-se ainda alternativas de alienação ou de *leasing*. E há os contratos de venda com locação posterior (*sales and lease back*), em regra, intermediados por bancos. Todos à disposição dos proprietários de satélites.

(...)

por meio de inexigibilidade de licitação, por entender a Anatel que a Telebras é a única empresa apta a operar e controlar o SGDC, visando o atendimento dos objetivos do PNBL, uma vez que estes objetivos (provimento de infraestrutura de telecomunicações) são considerados política pública de relevante interesse coletivo. Ou seja, a inexigibilidade se refere à manutenção da posição orbital e a faixa de frequência do SGDC, infraestrutura de telecomunicação que jamais será transferida ou cedida pela Telebras.

²¹ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

²² Os *contratos atípicos* formam-se de elementos originais ou resultam da fusão de elementos próprios de outros contratos. Dividem-se em *contratos atípicos propriamente ditos* e *mistos*. Ordenados a atender interesses não disciplinados especificamente na lei, os contratos atípicos caracterizam-se pela originalidade, constituindo-se, não raro, pela modificação de elemento característico de contrato típico, sob forma que o desfigura, dando lugar a um tipo novo. Outras vezes, pela eliminação de elementos secundários de um contrato típico. Por fim, interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica, reclamam disciplina uniforme que as próprias partes estabelecem livremente, sem erem padrão para observar.

Os *contratos mistos* compõem-se de prestações típicas de outros contratos, ou de elementos mais simples, combinados pelas partes. A conexão econômica entre as diversas prestações forma, por subordinação ou coordenação, nova unidade. Os elementos que podem ser combinados são: *contratos completos*, *prestações típicas inteiras* ou *elementos mais simples*. Nesses arranjos cabem: um contrato completo e um elemento mais simples de outro; um contrato completo e uma prestação típica de outro; prestações típicas de dois ou mais contratos; prestações típicas de contratos diversos e elementos simples de outros.

(GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 120/121)

²³ TORRES, Heleno. *Tributação da Exploração Internacional de Satélites e do Provimento de Capacidade Espacial*. In: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. vol. nº 45, mar. 2007. p. 117-196

O Contrato de locação de *transponders* pode ser definido como aquele acordo por meio do qual o operador do satélite compromete-se a prover capacidade no *transponder* de um satélite de comunicações de forma exclusiva, permitindo o uso dessa capacidade pelo explorador nos limites do contrato, mediante pagamento periódico do preço, como contraprestação. Neste caso, o *transponder* não passa à titularidade do locatário, tampouco o controle das suas atividades. Tudo fica a depender das funções do explorador e dos contratos entre este e os prestadores de serviços. Geralmente, o contrato de locação vem acompanhado sempre de cláusulas que resguardam a manutenção de órbita e do equipamento, garantindo, assim, o resultado pretendido para o serviço que o usuário entende prestar a terceiros ou mesmo realizar em seu favor.”

Melhor explicitando o provimento de infraestrutura a serviços de telecomunicações, transcrevemos o seguinte trecho do mesmo doutrinador:

“Portanto, **a comercialização de capacidade satelital por parte de empresas exploradoras de satélites junto a empresas prestadoras de serviços de telecomunicações envolve, predominantemente, a locação dos bens que compõem os meios e infraestruturas de rede**. De forma meramente acessória e subsidiária, verifica-se, em menor escala, o exercício de atividades auxiliares, gerenciamento e manutenção de tais infraestruturas, atividades que não descaracterizam a natureza do contrato de locação e que possuem significação econômica sobremaneira menos relevante à locação dos bens em questão.

(...)

O provimento de capacidade satelital não representa um bem imaterial, pois o emprego do satélite está associado de forma intrínseca à existência de infraestrutura peculiar que o permite exercer as suas funções próprias de forma plena.”

(grifos acrescidos)

Nesse sentido, Eduardo A. de Oliveira Ramires, ao tratar da natureza do contrato de comercialização de capacidade de transmissão de telecomunicações, assevera:

“Há quem cogite a idéia de que a comercialização de capacidade pudesse vir a caracterizar uma espécie de licença de uso, idéia que surge da dificuldade de se compreender a natureza física da capacidade de transmissão de telecomunicações. Essa noção pressupõe a caracterização da capacidade de transmissão de telecomunicações como um bem imaterial, cujo uso, nos moldes da propriedade intelectual e industrial, poderia ser licenciado aos usuários. (...) O problema é sustentar a imaterialidade de um atributo fisicamente quantificável e aferível da infra-estrutura da rede – sua taxa de transmissão ou capacidade de transporte de telecomunicações. (...) A capacidade de transmissão como utilidade provida pela rede não está, portanto, dissociada dos bens, equipamentos, utensílios e instalações que o compõem. Sua utilização depende do acesso do usuário especificamente a tais meios. **A capacidade é um atributo da infra-estrutura da rede, uma utilidade (certamente, a principal) que lhe confere valor**. Depende da sua existência material o funcionamento. (...) Impossível, portanto, sustentar-se que a capacidade é um bem imaterial, eis que a sua existência depende e está indissociavelmente ligada a um suporte físico (corpus) bastante específico.”

(grifos acrescidos)

A própria ANATEL já concluiu que o provimento de capacidade satelital possui natureza de locação, conforme cita Ramos²⁴:

“A classificação do provimento de capacidade satelital como tendo natureza locação de equipamento (utilizado como meio para a prestação de serviços pelas empresas de telecomunicações) foi confirmada pela própria ANATEL em seu Relatório Anual publicado no exercício de 1999, nos seguintes termos:

“Provimento de capacidade do segmento espacial: atividade realizada por empresa que detém direito de exploração de satélite brasileiro ou estrangeiro para transporte de sinais de telecomunicações, mas não considerada serviço de telecomunicações. **Assim, a empresa operadora do satélite aluga seus recursos do segmento espacial – meios de transmissão – para qualquer outra empresa que detenha permissão, concessão ou autorização para prestação dos serviços de telecomunicações”.**”

(grifos acrescentados)

No mesmo sentido, afastando qualquer dúvida acerca da natureza do provimento de capacidade satelital, a Resolução CD/ANATEL nº 73 de 25/11/1998²⁵ dispõe, em seu Art. 3º, o rol de atividades que não constituem serviços de telecomunicações, incluindo o provimento de capacidade satelital, vejamos:

“Art. 3º. Não constituem serviços de telecomunicações:
I - o provimento de capacidade de satélite;”

No modelo a ser adotado no edital em elaboração, a operação do sistema satelital é e sempre será de responsabilidade da Telebras, em conjunto com o Ministério da Defesa, por meio do centro de controle do SGDC. A exploração do SGDC é de responsabilidade total e exclusiva da Telebras.

A propriedade dos bens sempre permanece com a Telebras, já que o que se pretende é a exploração do satélite mediante cessão temporária (10 anos ou prazo inferior) de infraestrutura satelital (provimento de capacidade), como forma de difundir o acesso e a massificação da internet em banda larga.

Ao contrário do esposado na exordial, tal modelo encaixa-se perfeitamente nas atribuições conferidas à Telebras por meio do Decreto nº 7.175/2010.

3.3. Do provimento de capacidade satelital vs. Execução direta da atividade – ausência de descumprimento de preceito fundamental

Ao prover infraestrutura de telecomunicação (com todo um sistema satelital por detrás da capacidade satelital) a Telebras **atua diretamente** no domínio econômico, sem

²⁴ RAMOS, Carolina Cristina Negrão. *Provimento de Capacidade de Satélite – ICMS e ISS*. Monografia apresentada ao Programa de LLM em Direito Tributário do Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, como parte dos requisitos para a obtenção do título de pós graduação em Direito. São Paulo, 2012.

²⁵ <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/1998/34-resolucao-73>. Último acesso em 28/03/2017

concentração econômica ou atuação monopolista, executando as ações incumbidas à Telebras no âmbito do Programa Nacional de Banda Larga.

Quanto à forma de provimento de capacidade satelital adotada no edital de Chamamento Público nº 01/2017, por meio de cessão de segmento espacial, observa-se sua perfeita aderência às normas instituidoras do PNBL, na medida em que, através desta cessão, que é temporária (10 anos ou prazo inferior), a Telebras implementa o que determina o inciso III do artigo 4º do Decreto 7.175/2010, que indica ser obrigação da Telebras “**prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos**”, o que perfaz o atendimento ao Art. 173 da Constituição Federal, dada a predominância do interesse coletivo.

Não é demais reiterar, portanto, que o papel da Telebras no PNBL, em cotejo com o SGDC, tem o objetivo de massificar o acesso a serviços de conexão à internet em banda larga (Decreto nº 7.175/2010, art. 1º, I).

O Ministério das Comunicações definiu que este objetivo seria “**viabilizado pela Telebrás por meio da operação do sistema satelital na banda de frequência Ka, capaz de cobrir adequadamente todo o território nacional e de atender todas as áreas de sombras da rede terrestre de fibra ótica da requerente**”. Inclusive, ratificou o modelo adotado por meio do Ofício nº 22675/2017/SEI-MCTIC (doc. 06).

O espectro de atuação da Telebras, portanto, é promover a construção de uma rede de telecomunicações que comercialmente possa atender aos objetivos do PNBL. A fim de implementar estes objetivos, **a Telebras reservou parte da capacidade em Banda Ka do SGDC para atender demandas da Administração Pública, em especial aos projetos de educação e da saúde, destinando-se a capacidade remanescente ao provimento, por meio de sua cessão temporária, a empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Os pequenos provedores também foram considerados, inclusive para atendimento de locais remotos, comunidades ribeirinhas, indígenas, quilombolas, etc.**

Esta oferta pública consiste na seleção, transparente e isonômica, de empresas interessadas na comercialização da Banda Ka do SGDC mediante cessão temporária da capacidade satelital. Esta cessão temporária foi dividida em 3 (três) lotes de cobertura nacional. O lote 1 possui 9,6 GHz (35% da capacidade em Banda Ka), e os lotes 2 e 3 possuem 5,4 GHz (22% da capacidade em Banda Ka) cada um. Os documentos referentes a este processo estão em fase de aperfeiçoamento e foram colocados em consulta pública para sua melhoria através de contribuições do mercado, do governo e da sociedade, ou seja, ainda não são definitivos.

Cabe ressaltar que este processo de oferta pública de capacidade refere-se unicamente à Banda Ka do SGDC. A operação e controle do satélite permanecem, conforme plano original, a cargo da Telebras e do Ministério da Defesa. A Banda X, equivalente a 30% dos custos do SGDC, está assegurada para utilização militar em aplicações de defesa e soberania nacionais. **Esta porção do satélite já foi objeto de contrato de cessão de capacidade com o Ministério da Defesa.**

Está claro que o requerente confunde execução direta da atividade no domínio econômico com atuação concentrada de determinada cadeia produtiva.

Ao executar as atividades descritas no Decreto nº 7.175/2010, a Telebras desempenha atividade-fim, inerente ao seu objeto social, qual seja, serviços de telecomunicações e atividades afins, em estrito atendimento ao comando disposto no artigo 3º, VII, da Lei 5.792/72 (Lei que autoriza sua criação), sujeitando-se ao regime de direito privado, conforme bem esclarece o Egrégio Supremo Tribunal Federal.^{26 27}

Nesse contexto, com o Chamamento Público a Telebras continuará exercendo suas atividades de provimento de infraestrutura e de prestação de serviços de telecomunicações²⁸. Ao contrário do que alega o requerente, **a Telebras não alienará o domínio do bem a terceiro, nem transferirá atividade que devesse realizar diretamente a particulares. Veja-se, inclusive, que com sua rede terrestre a Telebras desde sempre executa atividade preparatória aos serviços de telecomunicação, visando à massificação e difusão do acesso à internet, que é justamente o provimento de infraestrutura.**

Dito isso, há que se ver o contexto da concessão do Termo de Direito de Exploração ORLE/SOR nº 05/2014-ANATEL (doc. 07). Referido termo conferiu o direito de exploração de satélite à Telebras partindo da premissa e após ter sido reconhecida a inexigibilidade²⁹ de licitação para tanto. Bem descrevendo a conjuntura em que foi declarada a inexigibilidade em questão, o relatório da Análise 442/2013-CGRZ do Conselheiro da ANATEL Rodrigo Zerbone Loureiro (doc. 08):

4.1.1. Trata-se de solicitação de conferência de Direito de Exploração de Satélite Brasileiro formulada pela Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS, sociedade anônima aberta, de economia mista, vinculada ao Ministério das Comunicações, referente ao Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas –

²⁶ “2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art.173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito. 4. O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica as empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.” (ADI nº 1.642, Pleno. Rel. Min. Eros Grau, Julg. 3.4.2008, DJe, 18.set.2008)

²⁷ “As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. CF, art. 173, § 1º”(ADI nº 1.552-MC, Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso, Julg. 17.4.1997. DJ, 17.abr.1998)

²⁸ Diante da inexistência de procedimento legal preestabelecido para a comercialização de bens e serviços relacionados diretamente à atividade fim por empresas estatais, decidiu-se pela aplicação, por analogia, de melhores práticas de mercado e das disposições da Lei 12.462/2011 (RDC), para melhor observância aos princípios da administração pública, quais sejam publicidade, isonomia, moralidade, eficiência, impessoalidade e legalidade.

²⁹ Art. 26. Será inexigível a licitação para conferir direito de exploração de satélite para transporte de sinais de telecomunicações quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, em conformidade com o Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequências, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

§ 1º Considera-se inviável a disputa quando apenas um interessado puder obter o direito, nas condições estipuladas.

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração de satélite por todos os interessados que atendam às condições requeridas.

§ 3º O procedimento para verificação da inexigibilidade compreenderá chamamento público para apurar o número de interessados e verificar se os recursos de órbita e espectro disponíveis atendem a todos interessados habilitados técnica, legal e financeiramente - Resolução CD/ANATEL nº 220/2000

SGDC, que será implantado e operado para atender às necessidades de comunicação militares do Ministério da Defesa, às comunicações estratégicas do governo e à demanda do Programa Nacional de Banda Larga – PNBL, mediante ocupação, sem exclusividade, da posição orbital 75º W e uso das radiofrequências da denominada Banda Ka, 17,7 – 20,2 GHz (enlace de descida) e 27 – 30 GHz (enlace de subida).

4.1.2. O pleito foi deduzido em petição protocolada sob o n.º 53500.020581/2012, de 19/09/2012, e resultou na instauração do Processo n.º 53500.020766/2012, que foi instruído pelas interessadas com a documentação pertinente, em atendimento às exigências constantes dos Ofícios n.º 106/2012-PVSSP/PVSS, de 10/10/2012, e n.º 135/2012-PVSSA/PVSS-Anatel, de 30/11/2012, e no bojo do qual foi requerido o reconhecimento de hipótese de inexigibilidade de licitação.

4.1.3. **Por meio do Ofício n.º 77/2013/MC, de 01/08/2013, o Senhor Ministro das Comunicações declarou que o SGDC terá como objetivos centrais “garantir soberania ao país em suas comunicações satelitais militar e prover a comunicação estratégica entre os Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal”, bem como viabilizar a “massificação do acesso à Internet no âmbito do Programa Nacional de Banda Larga”, instituído pelo Decreto n.º 7.175, de 12/05/2010.**

4.1.4. O objetivo de expansão do provimento de acesso à internet em banda larga **será viabilizado pela Telebrás por meio da operação do sistema satelital** na banda de frequência Ka, capaz de cobrir adequadamente todo o território nacional e de atender todas as áreas de sombras da rede terrestre de fibra ótica da requerente.

4.1.5. O pleito de dispensa ou inexigibilidade de licitação foi submetido à apreciação da Procuradoria Federal Especializada – PFE, a partir de consulta formulada pela área técnica no bojo do Informe n.º 241/2013-ORLE/SOR, de 20/08/2013, e objeto de análise por intermédio do Parecer n.º 991/2013/MGN/PGF/PFE-Anatel, de 26/08/2013, que concluiu, *in verbis*:

Diante do exposto, com fundamento no § 1º do art. 10 da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, bem como nos incisos IV, V e VII do art. 128 do RI – Anatel, esta Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União, opina no seguinte sentido:

a) Considerando-se a instituição da política pública determinada pelo Poder Executivo por meio dos Decretos nº 7.175/2010 e nº 7.769/2012 e da política pública estabelecida pelo Ministro de Estado das Comunicações, materializada no Ofício nº 77/2013/MC, bem como o dever da Anatel de viabilizá-la, tem-se que, no caso da Telebrás, a realização de licitação é inexigível justamente por ter entendido o Poder Executivo que a política pública em tela só pode ser realizada pelo referido ente. Ou seja, tendo o Poder Executivo entendido que a referida política pública só poderá ser implementada pela Telebrás, a realização de pleito licitatório mostra-se prescindível, uma vez que não poderia surgir outro vencedor senão a própria Telebrás, nos termos dos arts. 91 e 92 da LGT, cabendo, ainda a observância ao art. 28 da Resolução nº 220/2000;

[...]

d) não há necessidade de realização de procedimento de chamamento público, uma vez que já é possível vislumbrar, a priori, que, conforme determinações do Poder Executivo, abstratamente só a Telebrás pode cumprir os objetivos do PNBL em cotejo com a implementação do SGDC;

e) Considerando o disposto no Ofício nº 156/GSIPR/CH/SAEI-AP (fl. 58), datado de 19.06.2012, no art. 163, §25, inciso II, da LGT, pela desnecessidade de licitação quanto à outorga de direito de exploração de satélite brasileiro, associado à radiofrequência, ao Ministério da Defesa para uso exclusivamente militares, devendo tal situação ser devidamente formalizada perante a Anatel.

4.1.6. A questão foi analisada e deliberada pelo Conselho Diretor no Circuito Deliberativo n.º 2.037, de 29/09/2013, no âmbito do qual, por intermédio do Acórdão n.º 364/2013-CD, de 10/09/2013, o Colegiado reconheceu a desnecessidade de licitação para o Ministério da Defesa e a inexigibilidade de licitação para a Telebrás, para conferência do Direito de Exploração de Satélite Brasileiro, integrante do SGDC.
(grifos acrescentados)

Ou seja, a inexigibilidade de licitação decorreu da instituição de política pública pelo então Ministério das Comunicações, ressaltando-se que *“o objetivo de expansão do provimento de acesso à internet em banda larga será **viabilizado pela Telebrás por meio da operação do sistema satelital na banda de frequência Ka**, capaz de cobrir adequadamente todo o território nacional e de atender todas as áreas de sombras da rede terrestre de fibra ótica da requerente”*.

Vê-se, desta forma, que a operação do sistema satelital constitui a forma de atingimento dos objetivos do PNBL atribuída à Telebras pelo seu ministério supervisor, o então Ministério das Comunicações, e pela agência reguladora do setor, a ANATEL. A operação do sistema satelital, repise-se, é e sempre será atividade sob responsabilidade da Telebras.

3.4. Do provimento da capacidade satelital na minuta do Edital - conformação do Chamamento Público ao disposto no artigo 37 e 173 da Constituição

Não há que se falar, pois, em descumprimento do princípio da legalidade, previsto no artigo 37 da CF/88 ou mesmo no descumprimento da regra que rege a intervenção do Estado no domínio econômico.

Como demonstrado, a Telebras está cumprindo as determinações do Decreto nº 7.175/2010, que no seu artigo 4º, incisos I a IV, lhe atribuem as atividades necessárias para atingir os objetivos do PNBL.

Nesse sentido, o mecanismo de exploração adotado pela Telebras no edital em fase de elaboração, conforme Chamamento Público nº 01/2017, atende exatamente à atribuição prevista no inciso III acima estampado, qual seja, a Telebras estará provendo infraestrutura a empresas privadas, a fim de que prestem serviços de telecomunicações, mediante cessão temporária (10 anos ou prazo inferior) de capacidade satelital, atividade desempenhada de forma direta pela Telebras, não se afastando da diretriz extraída do artigo 173 da CF/88.

Ressalva-se, ainda, ao contrário do entendimento exposto pela requerente em sua narração, que a Telebras, em virtude de disposição expressa do Decreto 7.175/2010, repise-se, norma que regulamenta o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 5.792/1972, somente pode prestar serviços de conexão de internet banda larga aos usuários finais, apenas e tão somente nas localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços, sendo imperativo destacar que tais localidades somente serão definidas pelo Ministério Supervisor, conforme se verifica de uma simples leitura do parágrafo 4º do artigo 4º do referido Decreto.

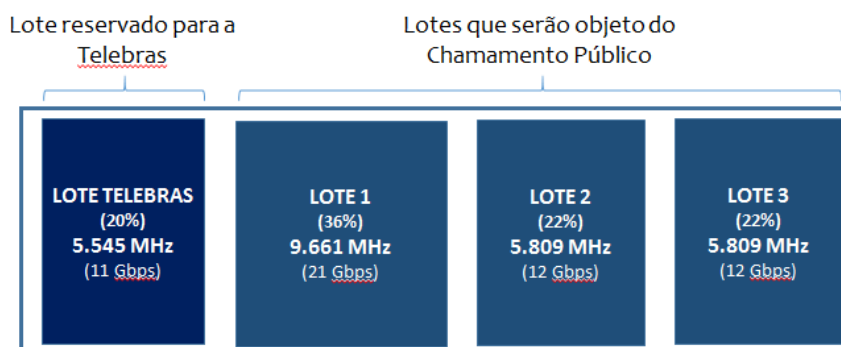
Cristalina, assim, a tentativa do requerente de levar a erro esse Eg. Supremo Tribunal Federal, perpetrando confusão no entendimento das atribuições da Telebras, já que, em sua equivocada ótica, a Telebras deveria ser a única responsável pelo atendimento aos usuários finais, situação que, como visto acima, representa exceção e não regra à atuação finalística da Telebras.

Acerca disso, as hipóteses de atendimento ao usuário final, previstas nos incisos I, II e IV (conforme disposto no § 4º do Art. 4º do Decreto 7.175/2010, serão concretizadas mediante a utilização de capacidade satelital, na forma do modelo adotado e instrumentalizado pelo chamamento público.

Portanto, o requerente confunde atuação direta – o que jamais a Telebras deixou de fazer – com atuação concentrada, em que segundo ele, a Telebras deveria executar diretamente toda a cadeia de valor do serviço, o que a Constituição não exige, nem o Decreto permite — havendo clara separação da ideia de atuação monopolista ou de concentração econômica.

Vale reforçar, o Decreto limita a atuação da Telebras de forma a subsidiar o setor de telecomunicações, considerando que, desde a Emenda Constitucional nº 18/1998, não há que se falar em monopólio estatal, devendo, pois, ser preservado o equilíbrio entre a intervenção estatal no domínio econômico e a exploração pela iniciativa privada.

Não obstante, a priori, 20% da capacidade satelital em Banda Ka terá o fim de cumprir os incisos I, II e IV, do Decreto nº 7.175/2010 (envolve a prestação de serviços de telecomunicações, Administração Pública, em especial aos projetos de educação e da saúde), e o restante (80%), em três lotes, cumprirá o inciso III do Decreto nº 7.175/2010, mediante cessão temporária (10 anos ou em prazo inferior) — forma legal mais eficiente de levar acesso à internet a todo o território nacional (atingindo, assim, um dos objetivos principais do SGDC no âmbito do PNBL de massificar o acesso a serviços de conexão a internet em banda larga), ao mesmo tempo em que atende o dever regulatório de oferecer às prestadoras a capacidade de forma isonômica, o que foi referendado pelo MCTIC Ofício nº 22675/2017/SEI-MCTIC (doc. 06).



Assim, no mérito, não há como a ADPF ser provida, pois o modelo adotado encaixa-se perfeitamente nas atribuições conferidas à Telebras por meio do Decreto nº 7.175/2010 em total conformidade com o art. 173 da CF/88.

3.5. Do dano em decorrência de decisão desfavorável

Eventual decisão desfavorável para a Telebras nesta ADPF e que limite a cessão temporária do provimento de capacidade satelital trará prejuízos incalculáveis à Telebras, perdas financeiras milionárias, dano social, e não concretização do inciso III do Decreto nº 7.175/2010, considerando que o artefato satelital já foi lançado e sua vida útil é limitada, já tendo se iniciado sua depreciação.

Sem poder ceder a capacidade satelital, como demonstrado na forma da regulamentação em vigor, a Telebras estará cerceada do direito de explorar o satélite, atender contratos já assinados e auferir receitas indispensáveis à sobrevivência da empresa.

Mais. A tese sustentada pelo requerente tem a potencialidade lesiva de, se admitida, o que se admite apenas por hipótese, tornar ineficaz as atribuições incumbidas à Telebras pelo artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 5.792/1972 e pelo artigo 4º do Decreto 7.175/2010.

O requerente, em sua imprecisa leitura, infere que, para fins do artigo 173 da CF/88 (que trata da intervenção do Estado diretamente no domínio econômico): (i) a Telebras deveria se ater unicamente à prestação direta de serviços de telecomunicações aos usuários finais, entendendo que esta atribuição teria sido repassada pelo Ministério Supervisor à Telebras em atendimento ao comando legal do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 5.792/1972, desprezando, assim, as disposições do artigo 4º do Decreto 7.175/2010; (ii) por conseguinte, entende ilegal a atuação da Telebras quando desempenha atividades afins que são insumos para a prestação de serviços de telecomunicações, nos termos do inciso III do artigo 4º do Decreto 7.175/2010 (provimento de infraestrutura).

Ora, conforme disposto neste documento, o ato executivo eficaz para o atendimento da norma aberta contida no inciso VII do artigo 3º da Lei 5.792/72 foi justamente o Decreto 7.175/2010.

As atribuições constantes no referido ato normativo, em especial aquelas dispostas no inciso IV c/c o § 4º do artigo 4º deste Decreto, despem toda a lógica construída pelo requerente, na medida em que limitam a possibilidade da Telebras de atender usuários finais apenas às localidades onde inexista oferta adequada de serviços de telecomunicações, restringindo, ainda mais tal possibilidade, às localidades eventualmente definidas pelo Ministério Supervisor.

Assim, caso o Supremo Tribunal Federal venha a limitar a atuação da Telebras apenas aos serviços de telecomunicações prestados diretamente aos usuários finais, a empresa sofrerá um grave revés em sua capacidade econômica, assim como nas políticas públicas postas a sua responsabilidade, pois terá desaparecido o fundamento legal para sua existência e que se constitui hoje em seu objeto social.

Por outro lado, o próprio avanço do PNBL ficará seriamente prejudicado, permanecendo um país de proporção continental, como o Brasil, à margem da sociedade da informação com déficit de comunicação de uma boa parte de seus habitantes, considerando o esgotamento da capacidade nos próximos anos.

CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto, depreende-se que:

- (i) É incabível ADPF por ausência de subsidiariedade, ausência de violação à preceito fundamental, falta de interesse processual pela inexistência do estado de incerteza jurídica, ausência de ofensa direta à Constituição, da natureza infra legal do ato impugnado (negocial), da inexistência de ato normativo consolidado alvo da ADPF;
- (ii) O Decreto nº 7.175/2010 atribuiu à Telebras a execução direta das atividades de (a) provimento de infraestrutura de telecomunicações e (b) prestação de serviços de telecomunicações;
- (iii) Nos termos da Resolução CD/ANATEL nº 220/2000 a exploração de satélite é feita por meio de provimento de capacidade satelital. Este provimento somente pode ser realizado para prestadoras de serviços de telecomunicações (autorizatórias, permissionárias ou concessionárias);
- (iv) A capacidade satelital é provida quando é cedida a empresas prestadoras de serviços de telecomunicações;
- (v) Provimento de Capacidade Satelital não é serviço de telecomunicação. Capacidade Satelital é infraestrutura para um serviço de telecomunicação;
- (vi) Quem provê capacidade satelital, provê infraestrutura de telecomunicações;
- (vii) A Telebras, ao prover infraestrutura de telecomunicações por meio da cessão temporária (10 anos ou em prazo inferior) da capacidade satelital, atua diretamente no domínio econômico, desempenhando sua atividade-fim (de índole negocial), alinhada com os objetivos de fomentar e difundir o Programa Nacional de Banda Larga, em estrito cumprimento ao artigo 173 da CF/88, ao artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 5.792/72 e ao artigo 4º, inciso III, do Decreto nº 7.175/2010, inexistindo violação a preceito constitucional;
- (viii) Eventual decisão desfavorável nesta ADPF, poderá extinguir a Telebras, prejudicando a concretização do PNBL.

Ante o exposto, requer ao Supremo Tribunal Federal que conheça das preliminares de não conhecimento da ADPF ajuizada e, se tocar ao mérito, que julgue improcedente os pedidos pela absoluta falta de lesão a preceito fundamental.

Brasília/DF, 07 de junho de 2017.

Gabriel Netto Bianchi
OAB/DF 17.309

Isabel Luiza R. M. dos Santos
OAB/DF 28.583