



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 450

Requerente: Partido Democrático Trabalhista

Requerida: Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás

Relator: Ministro Dias Toffoli

Administrativo. Edital de Chamamento Público nº 1/2017 da Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS. Cessão de capacidade do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC para o fim de efetuar transmissões dos sinais de telecomunicações por meio de estações terrenas licenciadas pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. Preliminares. Ofensa reflexa. Descumprimento do requisito da subsidiariedade. Mérito. Cessão que se insere dentro das atividades inerentes ao objeto social da Telebrás. Ausência de alienação de domínio de bem a terceiro. A exploração do SGDC permanece sob a responsabilidade da entidade mencionada. Compatibilidade do chamamento público com as atribuições da Telebrás. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

A Advogada-Geral da União, tendo em vista o despacho proferido pelo Ministro Relator no dia 17 de maio de 2017, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

I – DA ARGUIÇÃO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, tendo por objeto o *“ato convocatório instrumentalizado no Edital de Chamamento Público nº 1/2017, referente ao processo nº 30/2017, da Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás.”* (fl. 15 da petição inicial).

O ato convocatório sob investiva *“tem por objetivo a seleção pela TELEBRAS de empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços de telecomunicações para tornarem-se cessionárias de Capacidade Satelital em Banda Ka do SGDC, mediante a Cessão de Capacidade Satelital e locação das Áreas de Colocation, de acordo com as especificações e condições contidas neste Edital e seus Anexos.”* (fl. 10 do documento eletrônico nº 4). Formalizado o contrato de cessão, a capacidade satelital passará a ser fornecida para uso da cessionária para a prestação de serviços de telecomunicações para uso próprio ou de seus clientes.

No entendimento do arguente, o ato questionado *“esvazia a natureza jurídica da Telebrás, pois abdica da posição de interventora no domínio econômico por motivo de relevante interesse coletivo (CF, art. 173¹) – a implantação do PNBL (Decreto nº 7.175/2010²) – travestindo-a de mero ente intermediário, cujo desígnio passa a ser simplesmente o de gerenciar a cessão*

¹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

² “Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto nº 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto nº 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências.”

de seu patrimônio à iniciativa privada” (fl. 08 da petição inicial).

Nessa linha, aduz que as operações de conexão à Internet em banda larga não constituiriam serviços públicos passíveis de delegação autorizada pelo artigo 175 da Carta Política³, “*sendo a exploração direta a única forma de atuação do Estado nessa atividade econômica (CF, art. 173).*” (fl. 13 da petição inicial).

Assim, sustenta que o chamamento público impugnado subverteria a reserva de intervenção direta do Estado no domínio econômico por relevante interesse público, razão pela qual violaria o preceito fundamental da legalidade, constante do artigo 37 da Lei Maior⁴, bem como o disposto no mencionado artigo 173 da Carta Magna.

Com esteio nesses argumentos, o arguente pleiteia a concessão de medida cautelar para suspender o procedimento licitatório referente ao Edital de Chamamento Público nº 1/2017 e, no mérito, pede a declaração da nulidade do ato convocatório sob investiva.

Distribuído o processo, o Ministro Relator Dias Toffoli, nos termos do rito previsto pelo artigo 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, solicitou informações à autoridade requerida e determinou a oitiva da Advogada-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

³ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

Em atendimento à solicitação, a Telebrás suscitou, preliminarmente, o não conhecimento da presente arguição. No que se refere à alegada violação ao artigo 173 da Constituição Federal, afirmou que *“a doutrina 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”* (fl. 04 das informações da requerida).

Ademais, sustentou que não haveria ofensa direta ao princípio da legalidade, uma vez que o exame da questão suscitada pelo arguente dependeria da verificação prévia da compatibilidade do ato impugnado com o Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, o qual, por sua vez, regulamenta o artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972⁵.

Afirmou, igualmente, que o ato atacado possuiria natureza negocial, tendo sido editado no âmbito privado concernente à atuação mercantil da Telebrás. Tratar-se-ia, além disso, de mera minuta de edital submetida a consulta pública, razão pela qual não seria revestida de carga normativa suficiente para ser questionada mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ainda em sede preliminar, alegou que faltaria interesse processual ao arguente, pois não existiria incerteza jurídica acerca das disposições que regem a matéria. Desse modo, não estaria satisfeito o requisito consistente na

⁵ “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.”

relevância da controvérsia jurídica, o qual seria indispensável ao conhecimento da arguição.

No mérito, a arguida asseverou que a intervenção do Estado no domínio econômico poderia ocorrer de forma direta, quando o Estado atua em complemento à iniciativa privada; ou indireta, nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Nesse contexto, afirmou que a Telebrás seria uma empresa estatal voltada, atualmente, a explorar atividade econômica de modo complementar à iniciativa privada, tendo deixado de exercer atuação monopolista em decorrência da desestatização do setor de telecomunicações promovida pela Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, e regulamentada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Após descrever suas características e atribuições essenciais, a Telebrás destacou que a gestão do planejamento, monitoramento, construção e lançamento do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC fora disciplinada pelo Decreto nº 7.769, de 28 de junho de 2012⁶. Afirmou, ainda, que, por meio do Ato nº 76, de 07 de janeiro de 2014, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel lhe conferiu o direito de exploração do mencionado satélite.

Diante disso, aduziu que *“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*

⁶ *“Dispõe sobre a gestão do planejamento, da construção e do lançamento do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas - SGDC.”*

III do art. 4º do referido decreto ('prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas...').” (fl. 14 das informações da requerida).

Quanto à exploração da capacidade satelital, informou que essa atividade somente poderia ser exercida por entidade prestadora de serviços de telecomunicações. Isso porque, nos termos do artigo 49 da Resolução nº 220, de 05 de abril de 2000, da Anatel, *“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”*.

Esclareceu, também, que a comercialização de capacidade satelital envolveria a locação dos bens que compõem os meios e infraestruturas de rede, de modo que a exploração do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas seria de responsabilidade total e exclusiva da Telebrás, que também deteria a propriedade dos bens da infraestrutura satelital.

Explicou, outrossim, que 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.”* (fl. 18 das informações prestadas).

Nesses termos, concluiu que a forma de provimento da capacidade satelital prevista no chamamento público em questão seria compatível com a legislação em vigor, não se configurando, por conseguinte, a alegada violação ao disposto nos artigos 37, *caput*; e 173 da Constituição.

Na sequência, vieram os autos para manifestação da Advogada-Geral da União.

II – PRELIMINARES

II.I – Ofensa reflexa à Constituição Federal

Inicialmente, cumpre ressaltar que a presente arguição não preenche as condições de admissibilidade exigidas pela legislação para seu regular processamento e julgamento.

Conforme restou decidido pelo Plenário dessa Suprema Corte no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 169, os instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade não podem ser utilizados nos casos em que se alega a ocorrência de violação meramente reflexa ao Texto Constitucional. Veja-se:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DISPOSITIVOS DO DECRETO PRESIDENCIAL 6.620, DE 29 DE OUTUBRO DE 2008, QUE REGULAMENTA A LEI DOS PORTOS (LEI 8.630/1993). **OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO.** AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - **A jurisprudência desta Suprema Corte, não reconhece a possibilidade de controle concentrado de atos que consubstanciam mera ofensa reflexa à Constituição, tais como o ato regulamentar consubstanciado no decreto presidencial ora impugnado.** II - Agravo regimental a que se nega provimento. (ADPF nº 169 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 19/09/2013, Publicação em 14/10/2013; grifou-se).

No mesmo sentido, confira-se o entendimento acolhido por esse

Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 350:

Agravo regimental. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Suposta violação dos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da inafastabilidade da jurisdição em virtude de adiamento no julgamento dos embargos de declaração opostos contra acórdão proferido na ADPF nº 153/DF, da Relatoria do Ministro Luiz Fux. **Necessidade de prévia análise da legislação infraconstitucional para verificar as suscitadas ofensas à CF/88. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Impossibilidade de discussão em sede de ADPF.** Agravo regimental não provido. 1. **A ofensa** ao art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, caso configurada, **seria meramente reflexa ou indireta, sendo incabível sua análise em sede de controle abstrato de constitucionalidade, conforme jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal. Precedente: ADPF nº 192/RN-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 17/9/15. (...) 3. Agravo regimental não provido.**

(ADPF nº 350 AgR, Relator: Ministro Dias Toffoli, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 18/11/2016, Publicação em 02/12/2016; grifou-se).

Na espécie, as alegações do arguente de que haveria ofensa ao princípio da legalidade e ao disposto no artigo 173 da Constituição Federal não prescindem da análise da legislação infraconstitucional em vigor sobre o tema.

De fato, para sustentar a suposta ocorrência de lesão a referidos preceitos constitucionais, o requerente argumenta, em síntese, que a cessão da capacidade satelital prevista pelo ato questionado vulneraria as atribuições e a natureza jurídica conferidas à Telebrás.

Nas palavras do arguente, o ato em exame “*esvazia a natureza jurídica da Telebrás, pois abdica da posição de interventora no domínio econômico por motivo de relevante interesse coletivo (CF, art. 173) – a implantação do PNBL (Decreto nº 7.175/2010) – travestindo-a de mero ente*

intermediário, cujo desígnio passa a ser simplesmente o de gerenciar a cessão de seu patrimônio à iniciativa privada” (fl. 08 da petição inicial).

Ocorre que não é possível extrair diretamente do Texto Constitucional as características e atribuições da Telebrás, de modo que a verificação acerca da compatibilidade do ato sob invecção com a natureza dessa entidade dependeria, necessariamente, da análise das normas infraconstitucionais que regem a matéria.

Tanto é assim que, na tentativa de fundamentar sua tese jurídica, o arguente menciona, de maneira reiterada, o conteúdo da Lei nº 5.792/1972, do Decreto nº 7.175/2010 e do Ato nº 76/2014 da Anatel, os quais, em conjunto com outras normas infraconstitucionais mencionadas na petição inicial, definem as atribuições da Telebrás.

Com efeito, foi o Ato nº 76/2014 da Anatel que conferiu à Telebrás o direito de exploração do Satélite Brasileiro para Transporte de Sinais de Telecomunicações pelo prazo de 15 (quinze) anos, conforme se depreende do seu artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º Conferir à TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A - TELEBRAS, CNPJ/MF nº 00.336.701/0001-04, o Direito de Exploração de Satélite Brasileiro para Transporte de Sinais de Telecomunicações, mediante ocupação, sem exclusividade, da posição orbital 75º O, pelo prazo de 15 (quinze) anos, contado da data da publicação do extrato do Termo de Direito de Exploração de Satélite no Diário Oficial da União.

Por sua vez, o Ato nº 76/2014 da Anatel foi editado com fundamento nos Decretos presidenciais nº 7.175/2010 e 7.769/2012, bem como na Resolução nº 220/2000 da própria Anatel. A propósito, veja-se o seguinte

excerto das informações prestadas pela arguida (fls. 12/13):

Em atendimento à solicitação da Telebras, a Anatel concedeu o direito de exploração (**Ato n° 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. (Grifou-se).

A Constituição Federal, a seu turno, não disciplinou diretamente a matéria, sendo inviável extrair de seu texto a alegada vedação à cessão da “*Capacidade Satelital em Banda Ka do SGDC*” (item 2.1 do Edital de Chamamento Público nº 1/2017; fl. 10 do documento eletrônico nº 4).

Ante o exposto, considerando-se a ausência de violação frontal à Carta Republicana, a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental não merece ser conhecida.

II.II – Do descumprimento do requisito da subsidiariedade

Ressalte-se, outrossim, que o conhecimento da presente arguição também encontra óbice no princípio da subsidiariedade, previsto pelo artigo 4º,

§ 1º, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, *in verbis*:

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.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. (Grifou-se).

Em sede doutrinária⁷, há intenso debate acerca da aplicação prática desse requisito. No cerne da questão, discute-se o conteúdo e o alcance da expressão “*qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”.

Nesse sentido, a fim de analisar, também por essa vertente, o cabimento da presente arguição, cumpre examinar se a suposta lesão a preceitos fundamentais suscitada pelo arguente poderia ser solucionada por outro meio igualmente eficaz.

Como visto, o requerente, sob o pretexto de combater alegada ofensa aos artigos 37 e 173 da Constituição Republicana, pleiteia que essa Suprema Corte declare “*a nulidade do ato convocatório instrumentalizado no Edital de Chamamento Público nº 1/2017, referente ao processo no 30/2017, da Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás.*” (fl. 15 da petição inicial).

Observa-se, pois, que o autor pretende obter dessa Suprema Corte a prolação de decisão judicial desconstitutiva de ato administrativo, o qual, como visto, não se reveste de caráter primário ou normativo.

⁷ A propósito, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 273-278.

Trata-se, destarte, de pretensão jurídica passível de ser veiculada mediante instrumentos processuais de índole subjetiva e que integram o âmbito do controle incidental de constitucionalidade, a exemplo do Mandado de Segurança.

Em outros termos, o controle judicial do ato impugnado pode ser adequadamente exercido através da via difusa, uma vez que a ordem constitucional contempla outros instrumentos judiciais aptos a sanar, com a efetividade necessária, a suposta ofensa a preceitos fundamentais.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que, nos termos do acórdão proferido por essa Suprema Corte no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 141, o exame acerca da existência de *“outros meios processuais, capazes de fazer cessar a lesividade ou a potencialidade danosa dos atos (...) questionados”* deve levar em consideração, também, os instrumentos processuais de índole subjetiva. Veja-se:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO TEXTO CONSTITUCIONAL. PREFEITO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA ALEGADA LESÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I - **Aplicação do princípio da subsidiariedade. A arguição de descumprimento de preceito fundamental somente pode ser utilizada quando houver o prévio exaurimento de outros meios processuais, capazes de fazer cessar a lesividade ou a potencialidade danosa dos atos omissivos questionados.** II - **A Lei 8.429/1992 e o Decreto-lei 201/1967, dentre outros, abrigam medidas aptas a sanar a ação omissiva apontada.** III - Não está evidenciado, ademais, documentalmente, o descumprimento de preceito fundamental, seja na inicial da ADPF, seja no presente recurso. IV - Agravo improvido.

(ADPF nº 141 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/05/2010, Publicação em 18/06/2010; grifou-se).

Desse modo, havendo outros meios eficazes para sanar, de forma efetiva, a lesividade supostamente decorrente do ato administrativo questionado, resta evidente o não atendimento ao requisito da subsidiariedade, o que também enseja o não conhecimento da presente arguição.

III – DO MÉRITO

Conforme relatado, o arguente impugna o ato convocatório instrumentalizado no Edital de Chamamento Público nº 01/2017, por meio do qual a Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás pretende selecionar empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços de telecomunicações para se tornarem cessionárias de capacidade satelital em Banda Ka do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC.

De início, é pertinente registrar que a Telebrás é uma sociedade de economia mista criada com fundamento na Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, para planejar e promover a exploração dos serviços de telecomunicações, além de executar outras atividades afins que lhe forem atribuídas pelo Ministério das Comunicações⁸. Confira-se, a propósito, o teor do artigo 3º desse diploma legal:

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

⁸ Denominado, atualmente, de Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

finalidade de:

I - planejar os serviços públicos de telecomunicações, de conformidade com as diretrizes do Ministério das Comunicações;

II - gerir a participação acionária do Governo Federal nas empresas de serviços públicos telecomunicações do país;

III - promover medidas de coordenação e de assistência administrativa e técnica às empresas de serviços públicos de telecomunicações e aquelas que exerçam atividades de pesquisas ou industriais, objetivando a redução de custos operativos, a eliminação de duplicações e, em geral a maior produtividade dos investimentos realizados;

IV - promover a captação em fontes internas e externas, de recursos a serem aplicados pela Sociedade ou pelas empresas de serviços públicos de telecomunicações, na execução de planos e projetos aprovados pelo Ministério das Comunicações;

V - promover, através de subsidiárias ou associadas, a implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações, no território nacional e no exterior.

VI - promover e estimular a formação e o treinamento de pessoal especializado, necessário às atividades das telecomunicações nacionais;

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

§ 1º A TELEBRÁS terá sede e foro na Capital Federal e o prazo de sua duração será indeterminado.

§ 2º A TELEBRÁS poderá constituir subsidiárias e participar do capital de outras empresas, cujas atividades sejam relacionadas com o setor de telecomunicações.

Já sob a vigência da Carta de 1988, o setor de telecomunicações foi remodelado pela Emenda Constitucional nº 8/1995⁹, que alterou a redação originária do artigo 22, incisos XI e XII, alínea “a”, da Lei Maior. Essa emenda

⁹ “Art.1º O inciso XI e a alínea ‘a’ do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 21. Compete à União:

.....
XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII -

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;’

Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional.”

foi regulamentada pela Lei nº 9.472/1997, que “*dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995*”.

Nesse contexto, as atribuições da Telebrás sofreram modificações em decorrência da edição do Decreto federal nº 7.175/2010, que instituiu o Programa Nacional de Banda Larga – PNBL. Além de massificar o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga e promover a inclusão digital, referido programa tem em vista a consecução dos seguintes objetivos:

Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL com 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.

(...)

Art. 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.

Como se nota, compete à Telebrás tanto o provimento de infraestrutura de telecomunicações, como a prestação de serviços de telecomunicações nas hipóteses previstas nos incisos I, II e IV do artigo 4º do Decreto nº 7.175/2010. Sendo assim, referida entidade é responsável pela exploração direta de atividade econômica, consistente em prover infraestrutura e prestar serviços de telecomunicações.

Ressalte-se, também, que, por meio do Decreto nº 7.769/2012, a gestão da operação do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC foi deferida à Telebrás. Veja-se, a respeito, a redação do artigo 9º desse diploma normativo:

Art. 9º A TELEBRÁS e o Ministério da Defesa serão responsáveis pela gestão da operação do SGDC após o seu lançamento.

Ademais, conforme destacado nas informações prestadas pela Telebrás na presente arguição, o SGDC possui duas frequências, uma destinada à utilização civil (Banda Ka), e outra para uso militar (Banda X), sendo que esta última não está englobada no objeto do edital sob investida.

De acordo com o modelo regulatório definido na Resolução nº 220/2000 da Anatel, a exploração da capacidade satelital civil somente poderá ocorrer mediante seu provimento a entidade que seja prestadora de serviços de telecomunicações, nos seguintes termos:

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.

Nesse contexto, a Telebrás reservou para si 20% (vinte por cento) da capacidade satelital em Banda Ka, a fim de cumprir as competências previstas nos já mencionados incisos I, II e IV do artigo 4º do Decreto nº 7.175/2010. O percentual restante foi dividido em três lotes, em observância ao disposto no inciso III desse artigo 4º, a serem cedidos com o intuito de ampliar a eficiência do serviço de Internet em todo o território nacional.

A referida divisão da capacidade satelital contribui para a massificação do acesso a serviços de conexão à Internet, de modo a viabilizar um dos objetivos principais do SGDC no âmbito do Plano Nacional de Banda Larga. Ao mesmo tempo, tal providência observa o dever regulatório de oferecer a capacidade às prestadoras de serviços de telecomunicações de forma isonômica.

Percebe-se, assim, que a Telebrás, ao lançar o citado edital de chamamento público, se limitou a desempenhar atribuição inerente ao seu objeto social, que compreende a prestação de serviços de telecomunicações e atividades afins, sujeitando-se, portanto, ao regime de direito privado, nos termos da jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA "d"

DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. **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 artigo 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 artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.** 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição à alínea "d" do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas. (ADI nº 1642, Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 03/04/2008, Publicação em 19/09/2008; grifou-se).

Ademais, diversamente do que alega o arguente, o ato sob investiva não propicia a alienação a terceiros do domínio do bem consistente na capacidade satelital, bem como não transfere a particulares o desempenho de atividade que deveria ser, necessariamente, realizada pela Telebrás de modo direto. É o que se depreende das informações prestadas pela requerida (fls. 15 e

17)

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 modelo a ser adotado no edital em elaboração, a operação do sistema satelital é e sempre será de responsabilidade da Telebrás, 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 Telebrás, 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.

Por fim, saliente-se que a possibilidade de cessão prevista no edital em exame não retira da Telebrás a responsabilidade de gerir, em conjunto com o Ministério da Defesa, a operação do sistema satelital (artigo 9º do Decreto nº 7.769/2012¹⁰), cuja exploração, portanto, não é afetada pelo ato em exame.

Conclui-se, nessa linha, que, ao prover infraestrutura a serviços de telecomunicações, a Telebrás exerce ações que lhe foram legalmente incumbidas no âmbito do Programa Nacional de Banda Larga, não havendo nenhum óbice constitucional à realização de chamamento público tendente a viabilizar a cessão de capacidade satelital a empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

¹⁰ “Art. 9º A TELEBRÁS e o Ministério da Defesa serão responsáveis pela gestão da operação do SGDC após o seu lançamento.”


Em outros termos, não se verifica a alegada ocorrência de afronta aos artigos 37 e 173 da Constituição Federal.


IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Advogada-Geral da União manifesta-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, pela improcedência do pedido veiculado pelo arguente.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do despacho proferido no dia 17 de maio de 2017, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, 19 de junho de 2017.


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Advogada-Geral da União


ISADORA MARIA B. R. CARTAXO DE ARRUDA
Advogada da União
Secretária-Geral de Contencioso


ANDREA DE QUADROS DANTAS ECHEVERRIA
Advogada da União

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Diretor do Departamento de Controle
Concentrado de Constitucionalidade