



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 7/2019 – SFCONST/PGR
Sistema Único nº 7965 / 2019

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 450/DF

ARGUENTE(S): Partido Democrático Trabalhista - PDT
INTERESSADO(S): Presidente da República
RELATORA: Ministra Cármen Lúcia

Excelentíssima Senhora Ministra Cármen Lúcia,

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO 2/2017 DA TELEBRAS. SATÉLITE GEOESTACIONÁRIO BRASILEIRO DE DEFESA E COMUNICAÇÕES ESTRATÉGICAS – SGDC. EXPLORAÇÃO DA BANDA KA. COMERCIALIZAÇÃO DE CAPACIDADE SATELITAL. PRELIMINARES. OFENSA REFLEXA. INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE. PERDA DO OBJETO.

- 1. Não cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental para impugnar ato do Poder Público que demanda análise prévia de complexo normativo infraconstitucional. Hipotética afronta ao texto constitucional, caso existente, dar-se-ia apenas de maneira reflexa ou indireta. Precedentes.**
 - 2. Não preenche o requisito da subsidiariedade arguição ajuizada para solucionar lesão a preceito fundamental que pode ser sanada de maneira ampla, geral e imediata por meio de mandado de segurança.**
 - 3. A perda de eficácia posterior do ato impugnado provoca a extinção de processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.**
- Parecer pela extinção do processo, sem resolução de mérito.**

I

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Democrático Brasileiro em face do Edital de Chamamento Público 1/2017 da Telecomunicações Brasileiras – Telebras, por meio do qual se iniciou procedimento para a comercialização de capacidade satelital em banda KA do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC.

Segundo a petição inicial, o ato esvazia a atuação da Telebras, “*travestindo-a de mero ente intermediário, cujo desígnio passa a ser simplesmente o de gerenciar a cessão de seu patrimônio à iniciativa privada*”. O requerente alega que a Constituição não prevê a atuação do Estado como mero gestor de negócios, como forma de intervenção do Estado no domínio econômico. Assim, previsão desse teor afrontaria o princípio da legalidade (CF, art. 37) e subverteria a lógica da intervenção direta do Estado prevista no art. 173 da Constituição.

Ao final, requer “*seja julgado procedente o pedido para, mediante interpretação conforme do inciso VII do artigo 3.º da Lei 5.792/1972 com o caput dos artigos 37 e 173 da Constituição, declare-se, por consequência, a nulidade do ato convocatório instrumentalizado no Edital de Chamamento Público n.º 1/2017, referente ao processo n.º 30/2017, da Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás*”.

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.882/1999.

A sociedade de economia mista Telecomunicações Brasileiras S/A pronunciou-se pelo não conhecimento da arguição, por ausência de afronta a preceito fundamental, falta de estado de incerteza jurídica, inexistência de ofensa direta à Constituição e caráter infralegal do ato impugnado. No mérito, afirmou que o chamamento público está em consonância com a finalidade institucional da Telebras de prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas (art. 4.º-III, do Decreto 7.175/2010).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da arguição e pela improcedência do pedido.

Solicitou ingresso como *amicus curiae* o Intervezoes – Coletivo Brasil de Comunicação.

O requerente apresentou petição com pedido de aditamento à inicial, para incluir o Edital de Chamamento Público 2/2017, divulgado em 29.9.2017, que retificou o edital objeto de impugnação nesta arguição. Na oportunidade, reiterou o pleito de concessão de medida liminar.

É o relatório.

II

A petição inicial impugna o Edital de Chamamento Público 2/2017, promovido pela Telebras, por meio do qual foram convocadas empresas interessadas na cessão de capacidade satelital em Banda Ka do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC.

O direito de exploração do SGDC foi conferido pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel à Telebras, por meio do Ato 76, de 7 de janeiro de 2014, a fim de promover o Plano Nacional de Banda Larga. A matéria é ainda regida pela Lei 5.792/1972, que institui a política de exploração de serviços de telecomunicações, pelos Decretos 7.175/2010, 7.769/2012 e 9.612/2018 e pela Resolução 220/2000 da Anatel, que aprova o Regulamento sobre o Direito de Exploração de Satélite para Transporte de Sinais de Telecomunicações.

A matéria demanda análise prévia de complexo normativo infraconstitucional, conforme reconhece o próprio requerente, ao afirmar que “*o descumprimento de preceito fundamental, como adiante arguido, só se evidencia mediante o emprego da técnica de interpretação conforme da Lei 5.792/1972 com a Constituição*”.

Despido de autonomia, o ato administrativo impugnado não se sujeita a controle de constitucionalidade, pois, mesmo que desborde do conteúdo da lei, ainda assim, não se está diante de problema de constitucionalidade, mas de legalidade, que não se converte em objeto de processo objetivo. Ainda que o vício do ato convocatório se desdobre em potencial ofensa à Constituição, ela será meramente reflexa e não autoriza instaurar controle concentrado. Nesse sentido, há diversos precedentes.¹

¹ Por exemplo: Agravo regimental na ADPF 169/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ*, 11 out. 2013; ADPF 55/DF, Rel.: Min. Ayres Britto, *DJ* 30/8/2007; AgR/ADPF 93/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 7/8/2009; AgR/ADPF 210/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 21/6/2013. No AgR/ADPF 169, o acórdão recebeu esta ementa:

Veja-se, a título exemplificativo, o seguinte julgado:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO DO TRABALHO. PROFESSORES. POSSIBILIDADE DE GOZO CUMULATIVO DE REMUNERAÇÃO POR FÉRIAS ESCOLARES E AVISO PRÉVIO. SÚMULA Nº 10 DO TST. PRELIMINARES. VIOLAÇÃO REFLEXA OU OBLÍQUA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE LEGISLAÇÃO. ART. 322, § 3º, DA CLT. ARGUIÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. O Requerente pretende evitar e reparar alegada lesão a preceitos fundamentais causada por interpretação firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho que impõe aos estabelecimentos de ensino a obrigação de efetuar pagamento de férias coletivas e aviso prévio cumulativamente aos professores, sendo certo que o acolhimento da pretensão formulada na ADPF demandaria reinterpretação dos artigos 322, § 3º, e 487 da CLT, a revelar o caráter infraconstitucional da controvérsia.

2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível para impugnação orientação jurisprudencial apontada como contrária a normas basilares da Constituição, desde que cumprido o requisito da subsidiariedade, ante a inexistência de outro meio processual para sanar a controvérsia com caráter abrangente e imediato. Precedentes do Plenário: ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005; ADPF 144, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008; ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012; ADPF 187, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011.

3. O trânsito em julgado eventual de decisões proferidas em ações individuais e coletivas nas quais tenha sido discutida a mesma questão apresentada na ADPF não obsta a fiscalização abstrata de constitucionalidade, máxime porque a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado pode servir de fundamento para a rescisão de títulos executivos judiciais, ex vi dos artigos 525, §§ 12 a 15, e 535, §§ 5º a 8º, do CPC/2015.

4. A afronta indireta a preceitos constitucionais não autoriza o ajuizamento da ADPF, por inexistir controvérsia de ordem constitucional ou lesão direta a preceito fundamental, consoante exigido pelo art. 1º, caput e parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99. Precedentes: ADPF 406 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/2016; ADPF 350 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/11/2016; ADPF 354 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016.

5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não conhecida. (ADPF 304/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/11/2017)

Ao julgar a ADPF 392/DF, proposta contra contratos formalizados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT para o Franqueamento Autorizado de Cartas – FAC, com empresas privadas, o Ministro Edson Fachin não conheceu a ação, uma vez que para solucionar a questão *“seria necessário aferir as atividades sujeitas ao monopólio da*

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DISPOSITIVOS DO DECRETO PRESIDENCIAL N. 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.”

União, as leis que regulam as licitações da ECT, Leis e Decretos que regulamentam a atividade de franqueamento postal, os editais de licitação que vinculam as atividades das associadas da Arguente, bem como os diversos contratos firmados junto às franquias postais e às empresas que desempenham o franqueamento autorizado de cartas.”

Pelo exposto, não deve ser conhecida a arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que a apreciação da constitucionalidade do Edital de Chamamento Público 2/2017 da Telebras exige cotejo prévio com legislação infraconstitucional, de maneira que eventual incompatibilidade com a Constituição configurar-se-ia na forma reflexa.

III

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é ação constitucional vocacionada a preservar a integridade da ordem constitucional, à falta de outro meio eficaz para salvaguardá-la, em face de ato do poder público lesivo a preceitos fundamentais. Para fins de cabimento da arguição, o ato objurgado não precisa ostentar natureza normativa, bastando que emane do poder público e seja apto a lesar núcleo de preceitos, princípios e regras revestidos de essencialidade para a manutenção da ordem constitucional estabelecida.

Edital de chamamento público enquadra-se, em princípio, na definição de ato do poder público a que se refere o *caput* do art. 1º da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Ocorre que a arguição de descumprimento de preceito fundamental submete-se ao requisito da subsidiariedade, segundo o qual não deve ser admitida a arguição, quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (Lei 9.882/1999, art. 4.º-§1.º). Dessa forma, existente instrumento processual apto a resolver a controvérsia constitucional, afasta-se o cabimento da arguição.

Gilmar Mendes, em obra doutrinária, observa que o requisito da subsidiariedade não deve ser interpretado de maneira excessivamente literal, sob pena de retirar do instituto qualquer significado prático. Assim, conclui que se deve avaliar o cumprimento da subsidiariedade sob a perspectiva objetiva, no contexto da ordem constitucional global, de maneira que *“meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata”*.²

2 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.370.

A presente controvérsia constitucional pode ser sanada com efetividade por outros meios processuais, como o mandado de segurança. Embora não integre o quadro das ações de controle concentrado de constitucionalidade, esse instrumento processual soluciona, no caso em concreto, de maneira ampla, geral e imediata a questão acerca da constitucionalidade do Edital de Chamamento Pública 2/2017 da Telebras.

Nessa linha, mostra-se incabível o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, explicitado no julgamento de agravo regimental na ADPF 390/DF:

AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS. REVOGAÇÃO DO ATO CONCRETO IMPUGNADO. PREJUÍZO DO RECURSO. SUBSISTÊNCIA DOS DEMAIS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Após a interposição do recurso, sobreveio a extinção do ato de nomeação que motivou, no particular, o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em decorrência disso, a ADPF perdeu o elemento concreto que dava lastro ao interesse processual, tornando-se prejudicada.

2. A ADPF será cabível desde que não exista, para a hipótese *in concreto*, qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, tais como o *habeas corpus*, *habeas data*; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ADI estadual, entre outros meios. No caso, a decisão recorrida demonstrou a viabilidade de acionamento, com igual proveito, de diversas outras ações constitucionais, evidenciando a inobservância da regra da subsidiariedade.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ADPF 390 AgR/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 7/8/2017)

Pelo exposto, não deve ser conhecida a arguição.

IV

O Satélite Geoestacionário Brasileiro de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC foi instituído pelo Decreto 7.769/2012, estabelecendo o ato normativo que o satélite deveria ser implantado até o dia 31 de dezembro de 2017 e que a Telebras e o Ministério da Defesa seriam os responsáveis pela gestão da operação do satélite após o seu lançamento.

A outorga da licença para a exploração do satélite efetivou-se por deliberação do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, que reconheceu a desnecessidade de licitação para o Ministério da Defesa e a inexigibilidade de licitação para a

Telebras, de maneira a conferir diretamente o direito de exploração do satélite àqueles entes públicos. A exploração da capacidade militar (Banda X) foi cedida ao Ministério da Defesa e a da capacidade civil (Banda Ka) foi outorgada à Telebras para a prestação de serviços de conexão à internet em banda larga.

A ANATEL levou em consideração, no momento da análise da concessão da licença, as políticas públicas a serem promovidas pela Telebras, estabelecidas nos Decretos 7.175/2010 e 7.769/2012.

Assim, o Conselho Diretor da agência reguladora, por meio do Ato 76/2014, conferiu à Telebras o direito de exploração do SGDC, com vistas à promoção do Plano Nacional de Banda Larga – PNBL, cujos objetivos estavam previstos no referido Decreto 7.175/2010: (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.³

Ainda de acordo com a mencionada legislação, para a consecução daqueles objetivos, caberá à Telebras: (i) implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal; (ii) prestar apoio e suporte a políticas públicas de conexão à Internet em

3 O Decreto 7.175/2010 foi revogado pelo Decreto 9.612/2018, que dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações e estabelece, a respeito, os seguintes objetivos:

“Art. 2.º São objetivos gerais das políticas públicas de telecomunicações:

I - promover:

a) o acesso às telecomunicações em condições econômicas que viabilizem o uso e a fruição dos serviços, especialmente para:

1. a expansão do acesso à internet em banda larga fixa e móvel, com qualidade e velocidade adequadas; e
2. a ampliação do acesso à internet em banda larga em áreas onde a oferta seja inadequada, tais como áreas urbanas desatendidas, rurais ou remotas;

b) a inclusão digital, para garantir à população o acesso às redes de telecomunicações, sistemas e serviços baseados em tecnologias da informação e comunicação - TIC, observadas as desigualdades sociais e regionais; e

c) um mercado de competição ampla, livre e justa;

II - proporcionar um ambiente favorável à expansão das redes de telecomunicações e à continuidade e à melhoria dos serviços prestados;

III - garantir os direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações;

IV - estimular:

a) a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico e produtivo; e

b) as medidas que promovam a integridade da infraestrutura de telecomunicações e a segurança dos serviços que nela se apoiam; e

V - incentivar a atualização tecnológica constante dos serviços de telecomunicações.”

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.

Para tanto, fica a estatal autorizada a usar, fruir, operar e manter a infraestrutura e as redes de suporte de serviços de telecomunicações de propriedade ou posse da administração pública federal.

Na condição de gestora da exploração do satélite, a Telebras promoveu, em 2017, um chamamento de interessados para a comercialização de parte da capacidade satelital (Editais de Chamamento Público 1/2017 e 2/2017). O chamamento tinha por objeto a seleção de empresas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviços de telecomunicações para tornarem-se cessionárias de capacidade satelital em banda Ka do SGDC, mediante a cessão de capacidade satelital e locação dos teleportos.

No edital de chamamento, estabeleceu a Telebras que a seleção de empresas ocorreria de acordo com os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade de acesso, da publicidade, da eficiência, da economicidade e da competitividade, tendo o procedimento como objetivo a obtenção da proposta mais vantajosa para o ente público.

Ocorre que o processo de chamada pública não logrou êxito, uma vez que não foram apresentadas propostas comerciais por empresas interessadas.⁴ Posteriormente, a estatal firmou acordo direto com a companhia americana de comunicação por satélite Viasat Inc., em que autoriza a empresa a explorar 100% da banda Ka do satélite brasileiro por prazo indeterminado em todo o território nacional. O acordo foi realizado com fundamento no art. 28-§3.º da Lei 13.303/2016.⁵

4 Conforme informação presente na Nota Técnica 7145/2018/SEI-MCTIC do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

5 “Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§ 1.º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 2.º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3o do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Nessa linha, embora a contratação direta da empresa americana gere dúvidas acerca de possíveis privilégios ao particular, tratamento desigual entre os interessados e prejuízo ao erário, o objeto desta arguição encontra-se prejudicado. Isso porque o edital de chamamento 2/2017 da Telebras exauriu seus efeitos, sem que resultasse na contratação de algum dos concorrentes. Ocorreu, portanto, a perda do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que eventual declaração de inconstitucionalidade do edital impugnado não repercutirá sobre o contrato firmado.

Ressalte-se que a contratação direta realizada pela Telebras é objeto de questionamento pela Ação Ordinária 1001079-05.2018.4.01.3200. A matéria está, inclusive, submetida ao Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Liminar 1.157/DF, em que a Ministra Cármen Lúcia proferiu decisão monocrática para suspender os efeitos de medida liminar proferida pelo Juízo da Primeira Vara Federal da Seção Judiciária de Manaus/AM na mencionada ação. Tramita também no STF o MS 36.099/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin, impetrado contra o Acórdão 2.488/2018 do Tribunal de Contas da União, que versa sobre a contratação direta da Viasat Inc. pela Telebras.

IV

Pelo exposto, a Procuradora-Geral da República opina pela extinção do processo, sem julgamento de mérito.

Brasília, 15 de agosto de 2019.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

ccc

§ 3.º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4.º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3.º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.”