



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 185 /2018 – SFCONST/PGR
Sistema Único nº 172.405/2018

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 37/DF

REQUERENTE: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
INTERESSADO(S): Presidente da República
Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)
RELATOR: Ministro Ricardo Lewandowski

Excelentíssimo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. SUPOSTA MORA DO PODER EXECUTIVO EM APLICAR RECURSOS DO FUNDO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES (FUST), INSTITUÍDO PELA LEI 9.998/2000. DESCABIMENTO DE ADO. INEXISTÊNCIA DE DEVER CONSTITUCIONAL PENDENTE DE CONCRETIZAÇÃO. CARÁTER LEGAL DO FUNDO. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL QUANTO À UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.

1. Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) pressupõe a existência de norma constitucional cuja eficácia dependa de adoção de medida por parte de poder ou de órgão da administração pública.

2. Não há comando constitucional que trate da instituição do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) ou cuide da destinação de recursos públicos a fundo semelhante.

3. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, substituir-se ao legislador infraconstitucional para alterar a destinação de recursos do FUST, a fim de determinar sua utilização em políticas públicas distintas daquelas previstas na lei instituidora.

- Parecer pelo não conhecimento e, sucessivamente, pela improcedência do pedido.

I

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de mora do Presidente da República e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), relativa à aplicação de recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST).

Segundo a requerente, prestadoras de serviços de telecomunicações contribuem para o mencionado fundo desde a sua instituição, pela Lei 9.998, de 17 de agosto de 2000, por meio do pagamento de contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE). Não obstante, apenas uma ínfima parcela dos recursos estaria sendo efetivamente investida nas finalidades institucionais do fundo, com a maior parte ficando contabilizada como reserva de contingência para fins de superávit primário. A situação representaria um “estado de coisas inconstitucionais”, com “grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas”, representada pela precariedade da situação dos serviços de telecomunicação no país.

Afirma haver omissões inconstitucionais “quanto à adoção de providências de índole administrativa, consistentes na definição, pelo Ministério das Comunicações, dos programas a serem financiados com os recursos do FUST e na efetiva destinação orçamentária, pela Anatel, dos valores necessários ao financiamento de tais programas”. Tais omissões tornariam “ineficazes as normas constitucionais que asseguram direitos fundamentais da população à comunicação e à informação (artigo 5º, incisos IV, IX e XIV da CF/88), ao tratamento isonômico (artigo 5º, *caput* da CF/88) e à proteção ao consumidor (artigo 5º, XXXII, da CF/88)”, e violariam o princípio da referibilidade da CIDE, previsto no art. 149 da Constituição.

Postula que o Supremo Tribunal Federal julgue procedente o pedido para:

(a.1) determinar a suspensão das cobranças da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação – FUST até o julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, haja vista que, em atenção à referibilidade/retributividade inerente às CIDEs, não se justifica a manutenção das cobranças sem a contrapartida do investimento nas finalidades para as quais foi criada; e

(a.2) impedir expressamente que os valores acumulados no FUST sejam desviados das finalidades constitucionais e legais para as quais foi criado o Fundo, determinando-se que, não havendo a possibilidade de aplicação dos recursos em universalização dos serviços de telecomunicação de telefonia fixa (STFC), não seja gasto absolutamente nenhum valor, preservando-se, assim, a aplicação futura do saldo existente em novas políticas públicas de interesse da população como a internet banda larga e a telefonia móvel.

[...] seja declarada a inconstitucional omissão quanto à adoção de providência de índole administrativa no que concerne à aplicação dos recursos do FUST nas finalidades para as quais o Fundo foi criado (universalização dos serviços de telecomunicação);

(f) seja determinada a imediata restituição ao Fundo, pelo Tesouro Nacional, dos valores inconstitucionalmente desviados das finalidades para as quais o FUST foi criado, conforme demonstrado no decorrer da presente Ação, principalmente por meio da análise comparativa entre os dados fornecidos pela ANATEL e pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN, contida no Acórdão TCU nº 28/16 (docs. 06 e 07);

(g) ainda no mérito, seja determinada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações a formulação/aprovação, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias ou outro que entenda razoável, de novas políticas públicas, para posterior implementação e repasse de valores do FUST pela ANATEL, observadas as premissas detalhadas no tópico 3.4 (aplicação em serviços privados prestados com interesse público e possibilidade de formulação de propostas de políticas pelas empresas de telefonia).

(g.1) deferido o presente pedido, seja determinada a suspensão das cobranças da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação – FUST até a efetiva aprovação de nova política pública e consequente edição de Portaria pelo Ministério das Comunicações, com o esgotamento dos recursos bloqueados e sem a devida destinação/utilização, haja vista que não se justifica a manutenção das cobranças sem existência de programas eficazes para destinação dos recursos;

(h) subsidiariamente, caso se entenda pela necessidade de alteração da LGT para implementação de novas políticas públicas para destinação dos recursos do FUST, a procedência do pedido de mérito para que seja declarada a inconstitucional omissão quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar e determinado, nesse caso, aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem assim à Presidência da República, que ajustem o artigo 64 da mencionada lei para compreender a previsão de prestação, no regime privado, de serviço de telecomunicação no interesse público; e

(i) definidas novas políticas públicas eficazes, seja determinada a imediata implementação de tais políticas, com a aplicação dos recursos do FUST nas finalidades definidas, tanto os acumulados quanto os futuros.

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 (peça 35).

A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) afirmou não haver dever constitucional passível de ser concretizado pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Afastou a alegação de mora inconstitucional, uma vez que a aplicação dos recursos do FUST é direcionada à universalização do Serviço de Telecomunicações Fixo Comutado (STFC), o qual já estaria em estágio avançado de implementação. A ADO visaria a

conferir nova disciplina à matéria, alterando o regime da legislação federal vigente para possibilitar a aplicação dos recursos do FUST em outros serviços, como o Serviço Móvel Pessoal (SMP) e o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), o que não encontraria respaldo jurídico (peças 40 e 41).

A Presidência da República e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se no mesmo sentido (peças 44 e 46).

É o relatório.

II

Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) pressupõe a existência de norma constitucional cuja eficácia dependa de adoção de medida por parte de poder ou de órgão da administração pública. Acerca desse instrumento de controle concentrado, GILMAR FERREIRA MENDES observa:

[...] a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. A omissão legislativa constitui, portanto, objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade em apreço.¹

Omissão que dá ensejo a propositura de ADO tanto pode ser total (caracterizada por existência de lacuna normativa sobre a matéria), quanto parcial (apesar de existir norma, esta não satisfaz plenamente o mandamento constitucional, porque insuficiente para concretizar direitos ali assegurados). Além disso, pode advir não somente de falta de legislação exigida pela Constituição, mas também de falta ou insuficiência de norma ou de prestação fático-administrativa, de modo a inviabilizar a concretização de comando constitucional.

Em relação ao objeto da omissão inconstitucional suscetível de impugnação por ADO, afirma LUIZ GUILHERME MARINONI:

A letra do § 2º do art. 103 da CF deixa claro que o objeto da omissão inconstitucional não é apenas o produto do Legislativo, mas igualmente os atos que deixaram de ser praticados pelos órgãos administrativos. A omissão inconstitucional, objeto da ação direta de

1 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.293.

inconstitucionalidade, é, em princípio, normativa. É a falta da edição de norma – cuja incumbência é, em regra, do Legislativo, mas que também pode ser do Executivo e até mesmo do Judiciário – que abre oportunidade à propositura da ação. Neste sentido, pode ser objeto da ação a ausência de ato de caráter geral, abstrato e obrigatório.

Assim, a ação não permite questionar apenas a ausência de atos normativos primários, mas também a falta de atos normativos secundários, como os regulamentos, de competência do Executivo, e, eventualmente, até mesmo a inexistência de atos normativos cabíveis ao Judiciário.

No caso em que a lei não contém os elementos que lhe dão condição de aplicabilidade, a falta de regulamento é empecilho evidente para a efetividade da norma constitucional. Porém, a falta de ato de caráter não normativo, inclusive por poder ser enquadrado na previsão do art. 103, § 2º, da CF, que remete à ciência para a “adoção de providências necessárias”, igualmente pode ser objeto de omissão inconstitucional e da correspondente ação direta.²

Portanto, é imprescindível para o ajuizamento de ADO a ocorrência de alguma mora legislativa ou administrativa em efetivar determinação contida no texto constitucional.

O objeto da presente ação é a alegada omissão inconstitucional em adotar providências legislativas e administrativas atinentes à destinação de recursos orçamentários ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) e à definição de programas a serem por ele financiados.

Em se tratando de serviços de telecomunicações, a universalização constitui meta estabelecida pelo legislador infraconstitucional, por meio da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento do órgão regulador e outros aspectos institucionais:

TÍTULO II - DOS SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME PÚBLICO

Capítulo I - Das Obrigações de Universalização e de Continuidade

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. O Sistema Constitucional Brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; ____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.241-1.242.

Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.

§ 1º O plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras.

§ 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.

Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I - Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.

Parágrafo único. Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do caput, poderão ser adotadas também as seguintes fontes:

I - subsídio entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários;

II - pagamento de adicional ao valor de interconexão.

Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

A instituição do FUST ocorreu por meio da Lei 9.998, de 17 de agosto de 2000, que incumbiu o Ministério das Comunicações e a Anatel de formular e implementar políticas, diretrizes, e prioridades, bem como definirem programas, projetos e finalidades a serem por ele financiados:

Art. 1º Fica instituído o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust, tendo por finalidade proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do disposto no inciso II do art. 81 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 2º Caberá ao Ministério das Comunicações formular as políticas, as diretrizes gerais e as prioridades que orientarão as aplicações do Fust, bem como definir os programas, projetos e atividades financiados com recursos do Fundo, nos termos do art. 5º desta Lei. (Vide Medida Provisória nº 51, de 2002)

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º Compete à Anatel:

I – implementar, acompanhar e fiscalizar os programas, projetos e atividades que aplicarem recursos do Fust;

II – elaborar e submeter, anualmente, ao Ministério das Comunicações a proposta orçamentária do Fust, para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição, levando em consideração o estabelecido no art. 5º desta Lei, o atendimento do interesse público e as desigualdades regionais, bem como as metas periódicas para a progressiva universalização dos serviços de telecomunicações, a que se refere o art. 80 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

III – prestar contas da execução orçamentária e financeira do Fust.

Conforme observou a Advocacia-Geral da União, os preceitos constitucionais indicados como parâmetro nesta ação – arts. 5º, *caput* e incisos IV, IX, XIV e XXXII, e 149 da Constituição da República –, não estabelecem dever algum de legislar ou adotar providências administrativas no sentido pretendido pela requerente. A Constituição da República não traz disciplina alguma relativa à instituição do FUST ou à destinação de recursos públicos a fundo semelhante. Tampouco estabelece direito fundamental à universalização de serviços de telecomunicações.

Diante da inexistência de obrigação constitucional expressa pendente de efetivação, é de se afastar o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta pressupõe a previsão de uma norma ou direito constitucional cuja eficácia esteja obstada por ausência de norma regulamentadora, o que não se verifica no caso.

De resto, ainda que estivesse o FUST assentado explicitamente na Lei Fundamental, não estaria caracterizada a omissão inconstitucional, tendo em vista que a universalização dos serviços de telecomunicações têm sido promovida pelo Poder Público, como reconhece a própria autora (p. 26 da inicial):

3.2 – Do Exaurimento da Finalidade para a qual foi Criado o FUST:

Conforme já demonstrado, a aplicação dos recursos do FUST é limitada a “programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações”, ou seja, apenas a serviços de telefonia fixa (Serviço de Telefonia Fixa Comutada – STFC) prestados no regime público.

Porém, o **investimento dos recursos do FUST em suas finalidades** no tempo adequado atualmente **torna-se inviável pelo próprio exaurimento de tais finalidades**, motivado pela obsolescência do sistema de telefonia fixa, já que o cenário desta modalidade de te-

lefoneia no Brasil nos dias atuais é muito diferente daquele que se colocava em 2000, quando o FUST e a respectiva CIDE foram criados.

Busca a ADO, na realidade, alterar a destinação de recursos do FUST (restrito à universalização de serviços de telefonia fixa, nos termos da legislação), a fim de que sejam utilizados em políticas públicas que promovam acesso universal à internet banda larga e à telefonia móvel, independentemente de previsão legal. A pretensão esbarra no princípio da divisão funcional do Poder, uma vez que não cabe ao Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade, criar norma geral e abstrata, em substituição ao Poder Legislativo (ADO 22/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 51, 3/8/2015).

De mais a mais, consoante observou a Anatel, nas respectivas informações (peça 41, pp. 27 e seguintes), o Poder Público tem implementado medidas em prol da expansão do acesso a serviços de conexão à internet banda larga, como o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL) e o Programa Brasil Inteligente, instituídos pelos Decretos 7.175, de 12 de maio de 2010, e 8.776, de 11 de maio de 2016.

Não há, portanto, mora legislativa na regulamentação de norma constitucional a ser sanada por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

III

Pelo exposto, a Procuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento do pedido ou, caso conhecido, pela sua improcedência.

Brasília, 21 de agosto de 2018.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

AMO