

01/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.668 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	:PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC DO B
ADV.(A/S)	:PAULO MACHADO GUIMARÃES
REQTE.(S)	:PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADV.(A/S)	:ALBERTO MOREIRA RODRIGUES
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.(A/S)	:ILDSON RODRIGUES DUARTE
REQTE.(S)	:PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	:CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE BARROS
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	:CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. LEI 9.472/1997. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO REGULADOR. INDEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA. SUPERVISÃO MINISTERIAL. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIAS ANATEL. DELEGAÇÃO LEGISLATIVA AO PODER EXECUTIVO NÃO VERIFICADA. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS. SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. COMPETÊNCIA PARA REALIZAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO PELO ÓRGÃO REGULADOR. IMPOSSIBILIDADE. LICITAÇÃO. OBEDIÊNCIA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ESTABELECIMENTO DE PREGÃO E CONSULTA COMO MODALIDADE LICITATÓRIA. POSSIBILIDADE. OUTORGA DE SERVIÇOS MEDIANTE CONCESSÃO, PERMISSÃO OU AUTORIZAÇÃO. GLOSA AO PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO PREVISTO PARA A PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE REGRAS ESPECÍFICAS PREVISTAS EM LEI PARA O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS. CONCOMITÂNCIA ENTRE REGIMES PÚBLICO E

ADI 1668 / DF

PRIVADO. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. PREVISÃO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR MEIO DE AUTORIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Por ocasião da apreciação do pedido de medida cautelar, por votação unânime, o Plenário não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472/1997.

2. A competência atribuída ao Chefe do Poder Executivo, para expedir decreto em ordem a instituir ou eliminar a prestação do serviço em regime público, em concomitância ou não com a prestação no regime privado, aprovar o plano geral de outorgas do serviço em regime público e aprovar o plano de metas de universalização do serviço prestado em regime público está em consonância com o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, parte final, da Constituição Federal.

3. O poder de expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado é imanente à atividade regulatória da agência, a quem compete, no âmbito de sua atuação e nos limites do arcabouço normativo sobre o tema, disciplinar a prestação dos serviços. Interpretação conforme à Constituição para fixar o entendimento de que a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir tais normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem matéria.

4. A busca e posterior apreensão, efetuada sem ordem judicial, com base apenas no poder de polícia de que é investida a agência, mostra-se inconstitucional diante da violação ao disposto no princípio da inviolabilidade de domicílio, à luz do art. 5º, XI, da Constituição Federal.

5. A competência atribuída ao Conselho Diretor da ANATEL para editar normas próprias de licitação e contratação deve observar o arcabouço normativo atinente às licitações e contratos. Interpretação conforme à Constituição, no ponto, em observância ao princípio da legalidade.

6. Diante da especificidade dos serviços de telecomunicações, é válida a criação de novas modalidades licitatórias por lei de mesma

ADI 1668 / DF

hierarquia da lei geral de licitações. Contudo, sua disciplina deve ser feita por meio de lei, e não de atos infralegais, em obediência aos artigos 21, XI, e 22, XXVII do texto constitucional.

7. A possibilidade de concomitância de regimes público e privado de prestação do serviço, assim como a definição das modalidades do serviço são questões estritamente técnicas, da alçada da agência, a quem cabe o estabelecimento das bases normativas de cada matéria relacionada à execução, à definição e ao estabelecimento das regras peculiares a cada serviço. Assim, a atribuição à agência da competência para definir os serviços não desborda dos limites de seu poder regulatório.

8. Não viola a competência legislativa da União lei federal que disciplina licitações no âmbito de Agência reguladora. Ademais, o legislador atende ao comando do art. 21, XI, da Constituição Federal, ao editar normas específicas atinentes à organização do serviço de telecomunicações.

9. Ação direta conhecida em parte, e, na parte conhecida, julgada parcialmente procedente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual do Plenário de 19 a 26 de fevereiro de 2021**, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer em parte da ação, e, na parte conhecida, julgar parcialmente procedente o pedido, para: (i) dar interpretação conforme à Constituição da República, sem redução de texto, ao artigo 19, incisos IV e X, da Lei 9.472/1997, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado; (ii) julgar inconstitucional o disposto no artigo 19, inciso XV, da Lei 9.472/1997; (iii) dar interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao artigo 22, inciso II, da Lei

ADI 1668 / DF

9.472/1997, para assentar que o exercício da competência normativa pelo Conselho Diretor deve observar o arcabouço normativo atinente às licitações e contratos; (iv) julgar inconstitucional a expressão “serão disciplinados pela Agência” do artigo 55 da Lei 9.472/1997; (v) dar interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao artigo 59 da Lei 9.472/1997, assentando interpretação no sentido de que a contratação de técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de competência da Agência, deve observar o regular procedimento licitatório previsto pelas leis de regência; e (vi) julgar inconstitucionais as expressões ‘simplificado’ e ‘nos termos por ela regulados’ do artigo 119 da Lei 9.472/1997, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Roberto Barroso, que, no que tange ao art. 55 da Lei 9.472/1997, julgava improcedente o pedido formulado na ação, e acompanhava o Relator em relação às demais conclusões de seu voto.

Brasília, 1º de março de 2021.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente

01/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.668 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	:PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC DO B
ADV.(A/S)	:PAULO MACHADO GUIMARÃES
REQTE.(S)	:PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADV.(A/S)	:ALBERTO MOREIRA RODRIGUES
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.(A/S)	:ILDSON RODRIGUES DUARTE
REQTE.(S)	:PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	:CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE BARROS
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	:CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): O Partido Comunista do Brasil – PC do B, o Partido dos Trabalhadores – PT, o Partido Democrático Trabalhista – PDT e o Partido Socialista Brasileiro – PSB ajuizaram ação direta a fim de que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de dispositivos constantes da Lei 9.472 de 16 de julho de 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 8/95.

Os dispositivos impugnados têm o seguinte teor:

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

ADI 1668 / DF

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

(...)

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;

III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;

IV - autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o

ADI 1668 / DF

desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

(...)

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

(...)

Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;

(...)

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

ADI 1668 / DF

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

Art. 56. A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

(...)

Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a

ADI 1668 / DF

quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após a etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

II - quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco;

III - para o registro de preços, que terá validade por até dois anos;

IV - quando o Conselho Diretor assim o decidir.

Art. 58. A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.

(...)

Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.

(...)

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

(...)

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

ADI 1668 / DF

(...)

Art. 69. As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos.

(...)

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

(...)

Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

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

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço 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.

(...)

Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei.

(...)

Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº

ADI 1668 / DF

8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.

Relativamente aos arts. 8º e 9º da Lei, os requerentes alegam que a Constituição Federal não autoriza a criação de órgãos que detenham independência administrativa, pois haveria esvaziamento da competência do Poder Executivo.

No que tange aos arts. 18, I, II e III, e 19, IV e X, aduzem que o art. 21, XI da Carta da República exige que os aspectos relevantes dos serviços de telecomunicações sejam disciplinados por lei, não por ato normativo das agências, a implicar usurpação da competência do Congresso Nacional. Ademais, as competências previstas no art. 19 sequer contariam com parâmetros que pudessem nortear eventual regulamentação a ser criada pela Agência.

Impugnam, também, a atribuição para realizar busca e apreensão de bens no âmbito de competência da agência, contida no artigo 19, XV da Lei, uma vez que haveria ofensa ao devido processo legal.

Os autores alegam que o art. 22, II, da Lei 9.472/97 autoriza que o Conselho Diretor edite normas próprias de licitação e contratação, no entanto, afirmam ser competência privativa da União legislar sobre normas de licitação.

Relativamente ao parágrafo único do art. 54 e aos arts. 55, 56, 57, 58 e 59, os partidos requerentes aduzem violação do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, porquanto as normas gerais de licitação têm aplicação para todas as contratações realizadas pelo poder público. Sustentam ser especialmente grave a previsão contida no art. 59, pois seria possível à Agência a contratação de serviços sem licitação.

Além disso, como a outorga de serviços delegados, conforme previsão constante do art. 175 da Constituição Federal, exige a submissão às regras gerais de licitação, seria, de acordo com os autores, manifestamente inconstitucional o art. 89 da Lei Geral de Telecomunicações. Por ofensa ao art. 175, também seriam inconstitucionais os dispositivos do art. 91, pois não é possível excepcionar as hipóteses de exigibilidade de licitação para serviços

ADI 1668 / DF

públicos.

No que se refere ao art. 119 da Lei Geral de Telecomunicações, a inconstitucionalidade decorreria da previsão de procedimento “simplificado” de licitação, matéria sujeita à reserva da lei geral de licitações. Pela mesma ofensa, também deve-se reconhecer a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei 9.472/97 que expressamente excepcionou a aplicação da lei geral de licitações.

Quanto à inconstitucionalidade dos arts. 65, 66 e 69 da Lei, os partidos argumentam, em síntese, que o serviço de telecomunicações é essencialmente público, razão pela qual seria inconstitucional a previsão de sua prestação concomitantemente em regime público e privado. Ademais, a definição de serviço público só poderia ser feita por meio de lei específica e não pela Agência, como previu o art. 69.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal deliberou sobre a medida cautelar nos seguintes termos:

“O Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472, de 16/07/1997.

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei nº 9.472, de 16/07/1997, resolveu:

1) deferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade das expressões “simplificado” e “ ” nos termos por ela regulados”, constantes do art. 119;

2) deferir, por maioria de votos, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do art.19, inciso XV, vencidos os Mins. Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiram;

3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para:

a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem

ADI 1668 / DF

outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Min. Moreira Alves, que o indeferia;

b) quanto ao inciso II do art. 22, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência, vencido o Min. Moreria Alves, que o indeferia;

c) quanto ao art. 59, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a contratação há de reger-se pela Lei nº 8.666, de 21/06/1993, ou seja, considerando-se, como regra a ser observada, o processo licitatório, vencidos os Mins. Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam;

4) indeferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, quanto aos incisos II e III, do art. 18;

5) indeferir, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar, quanto:

a) ao inciso I, do art. 18, vencidos os Mins. Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam;

b) ao parágrafo único do art. 54 ao art. 55, ao art. 56, ao art. 57 e ao art. 58, vencidos os Mins. Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam;

c) ao inciso III do art. 65, ao § 1º do art. 65, à expressão "ou concomitância", constante do § 2º do art. 65, e ao art. 66, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia;

d) ao art. 69, vencidos os Mins. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que o deferiam;

e) à expressão "as disposições desta lei e, especialmente", constante do caput do art. 89 e aos incisos I a X, desse mesmo artigo 89, vencidos os Mins. Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam;

ADI 1668 / DF

f) ao art. 91, caput, e aos seus §§ 1º, 2º e 3º, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia;

g) à expressão "ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91", constante do art. 119, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia.

O Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia do art. 210 da Lei nº 9.472, de 16/07/1997, vencido o Min. Marco Aurélio que o deferia."

Em sede de informações, o Presidente da República sustentou que a Agência mantém vinculação com o Chefe do Poder Executivo, que detém diversas competências gerenciais. Além disso, a atuação técnica independente não difere da que outros órgãos, como o Banco Central, já realizam. A previsão de que haja um órgão regulador encontraria, outrossim, respaldo constitucional no art. 21, XI, da CR.

Aduz, ainda, não ter havido usurpação de competência, porquanto os atos realizados pela Agência são meros atos administrativos destinados à execução da política de telecomunicações.

Quanto à possibilidade de novos regimes licitatórios, previstos nos arts. 54, 55, 56, 57 e 58, afirma que a inicial confunde a exigência de legislação específica com regime jurídico único. Assim, embora a Administração submeta-se à exigência constitucional de licitar, não há impedimentos para que outras formas de licitações sejam criadas. Alega que os dispositivos constantes dos arts. 58 e 59 não autorizam a interpretação indicada pelos requerentes, pois, ao se submeter aos princípios gerais da Administração Pública, a Agência deverá observar o processo licitatório para as contratações que realizar.

Relativamente à competência para realizar busca e apreensão, aduz que tal competência não viola o princípio do devido processo legal, pois cuida-se de competência ínsita ao poder de polícia.

Finalmente, no que tange a existência concomitante de dois regimes de prestação de serviços, o Poder Executivo alega que a possibilidade é constitucional e coincide com o modelo de telefonia adotado no Código de Telecomunicações, revogado pela atual Lei Geral de

ADI 1668 / DF

Telecomunicações. Além disso, não é verdadeira a possibilidade de outorga sem licitação de serviços, uma vez que a exigência foi expressamente estabelecida no art. 136, § 2º, e 164, I, da Lei.

O Presidente do Congresso Nacional afirmou que o projeto que deu origem à lei foi examinado em cada uma das comissões que integram o Poder Legislativo em sua constitucionalidade e oportunidade.

A Advocacia-Geral da União corroborou as informações prestadas pela Presidência da República, requerendo que fosse julgada improcedente a presente ação direta.

O Procurador-Geral da República pugna pela confirmação da liminar, ressaltando apenas a possibilidade de realização de licitação na modalidade pregão, conforme instituída pela Lei 10.520/02.

A Associação Nacional dos Usuários do Sistema Telefônico Fixo Comutado e Móvel Celular – ANUSTEL requereu seu ingresso no feito, mas o pedido foi indeferido pelo então Relator Ministro Ricardo Lewandowski (fl. 827).

É, em síntese, o relatório.

01/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.668 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): O Partido Comunista do Brasil – PC do B, o Partido dos Trabalhadores – PT, o Partido Democrático Trabalhista – PDT e o Partido Socialista Brasileiro – PSB propuseram ação direta a fim de que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de dispositivos constantes da Lei nº 9.472 de 16 de julho de 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 8/95.

Com efeito, se na redação originária da Constituição da República, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações eram explorados diretamente pela União ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, com a emergência da EC 8/95, inaugurou-se um novo paradigma referente aos serviços de telecomunicações, mediante a possibilidade de privatização do serviço, nos termos da nova redação do artigo 21, inciso XI da Carta Magna, *in verbis*:

“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;”

Nesse íterim, veio à lume a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que cria, em obediência ao novel comando constitucional, a Agência Nacional

ADI 1668 / DF

de Telecomunicações – ANATEL, para desempenhar a função de órgão regulador dos serviços de telecomunicações, sob a forma de autarquia especial, com as características esmiuçadas no diploma legislativo.

É em face de dispositivos dessa legislação que os partidos políticos requerentes vem pleitear o reconhecimento de inconstitucionalidade, pelas razões que irei expor em tópicos, juntamente com a decisão respectiva, abaixo declinados.

Impugnação quanto ao órgão regulador:

Os autores impugnam os artigos de lei que conferem à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a qualidade de autarquia submetida a regime especial, com independência administrativa:

“Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a **regime autárquico especial** e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º **A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa**, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

“Art. 9º **A Agência atuará como autoridade administrativa independente**, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.”

ADI 1668 / DF

Em síntese, alega-se que o texto constitucional não estabelece que a autarquia reguladora tenha regime especial, que se caracteriza pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de dirigentes, e autonomia financeira. Ainda, afirma que a conferida independência administrativa atenta contra a competência privativa do presidente e do ministro de Estado ao qual vinculado.

No entanto, por ocasião da apreciação do pedido de medida cautelar, por votação unânime, o Plenário não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472/1997, como consta da ata de julgamento:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer da ação direta quanto aos artigos 8º e 9º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.”

No julgamento, a Corte, na esteira do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, entendeu que a alusão à independência administrativa constante do § 2º do art. 8º, bem como à forma de atuação como “autoridade administrativa independente” (art. 9º) longe estão de excluir o controle ministerial, o qual está expressamente previsto no art. 19 do Decreto-lei 200, que o designa de supervisão ministerial e dispõe que todas as entidades da administração indireta estão sujeitas à supervisão do Ministro a cuja Pasta estejam vinculadas, ou da Presidência da República, caso se trate de autarquia a ela vinculada.

Desse modo, considerando que a mencionada independência administrativa, que se refere à autonomia de sua gestão administrativa, não exclui a supervisão ministerial, que está implícita na referência à vinculação da entidade ao Ministério das Comunicações, tampouco a autoridade do Presidente da República na gestão da Administração

ADI 1668 / DF

Pública, o Tribunal não conheceu da ação no ponto.

Assim, consigno o conhecimento apenas em parte da presente ação direta.

Impugnação quanto às competências da ANATEL:

a) Alegação de inconstitucional delegação legislativa ao Poder Executivo

No ponto, os requerentes questionam a redação do art. 18, I, II e III da Lei nº 9.472/1997. Eis o teor do dispositivo supracitado:

Art. 18. **Cabe ao Poder Executivo**, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;

III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;

IV - autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. **O Poder Executivo**, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, **poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações.**

Sustenta-se que a Constituição Federal, em seu art. 21, XI, reservou a disciplina dos aspectos institucionais relativos às atividades de telecomunicações à lei formal, assim como o art. 48, XII, atribuiu ao Congresso Nacional a competência para legislar sobre telecomunicações,

ADI 1668 / DF

não a decreto do Poder Executivo, muito menos a ato administrativo da autarquia.

Quanto ao ponto, por maioria, o pleito cautelar restou indeferido.

E, de fato, não se vislumbra invasão à competência legislativa, como querem os requerentes.

Nesse passo, saliento que as medidas previstas no art. 18 são atinentes à execução da política de telecomunicações definidas no corpo da lei ora examinada e estão condicionadas por várias normas desse diploma, como, por exemplo, o que dispõem os arts. 64, 65 (alterado pela Lei 13.879/2019) e 67, que tratam da classificação dos serviços, e, desse modo, norteiam a decisão de instituição de prestação de serviço em regime público.

Como ensina Clèmerson Merlin Clève acerca do poder regulamentar:

“O regulamento de execução pode ser definido como ato administrativo normativo, contendo comandos gerais, com vistas à correta aplicação da lei. A finalidade desta modalidade regulamentar é a explicitação da norma geral, e o aparelhamento dos meios concretos para sua execução.

(...)

Esse tipo de regulamento não pode operar *contra legem*, *ultra legem* ou *praeter legem*. Opera unicamente, *secundum legem* e *intra legem*.” (Atividade legislativa do Poder Executivo. São Paulo: RT, 2000, p. 297).

Assim, a competência atribuída ao Chefe do Poder Executivo, pelo *caput* do artigo em questão, para expedir decreto em ordem a instituir ou eliminar a prestação do serviço em regime público, em concomitância ou não com a prestação no regime privado, aprovar o plano geral de outorgas do serviço em regime público e aprovar o plano de metas de universalização do serviço prestado em regime público está em perfeita consonância com o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, parte final, da Constituição Federal, que atribui a competência para expedir decretos

ADI 1668 / DF

e regulamentos destinados a fiel execução de lei, bem como no inciso VI, que outorga ao Presidente o poder de dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal.

Tenho, pois, que é improcedente o pedido no ponto. Isso porque, tendo em conta que é ínsito ao poder regulamentar atuar *secundum legem* e *intra legem*, ou seja, observados os limites da legislação que rege a matéria, verifica-se que a lei em questão, ao tempo em que confere tal poder ao Presidente da República, também fixa parâmetros para o seu exercício.

Logo, não verifico a alegada violação ao disposto no artigo 48, inciso XII da Carta Constitucional.

b) Alegação de inconstitucional delegação legislativa à Agência Nacional de Telecomunicações

Os requerentes impugnam, ainda dentro da mesma temática, o conteúdo do art. 19, IV e X, por indevida delegação do poder de legislar. Os dispositivos estão assim redigidos:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

Sustentam os autores a violação ao disposto nos artigos 21, XI, e 37, *caput*, do texto constitucional, ao argumento de que os aspectos institucionais das atividades de telecomunicações devem ser dispostos

ADI 1668 / DF

por lei, sendo inviável a delegação da competência constitucional legislativa ao órgão regulador criado pela legislação guerreada.

No julgamento da medida cautelar, a Corte deferiu em parte o pedido, para *“sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo o qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado”*.

De fato, quando as agências reguladoras começaram a se tornar realidade na organização administrativa do Estado Brasileiro, no contexto da emergência de um Estado regulador, que paulatinamente se retirava das atividades econômicas para passar a ordenar determinado setor, muito se questionava acerca da configuração conferida pelo ordenamento infraconstitucional aos entes que desempenhariam tal função.

Passadas, no entanto, mais de duas décadas desde as reformas constitucionais que inauguraram esse modelo regulatório, é possível afirmar, com esteio doutrinário e jurisprudencial, que esse delineamento da função reguladora do Estado já está estabelecido:

“O modelo regulatório apresenta algumas modificações essenciais em face dos modelos clássicos de Estado de Providência.

A primeira relaciona-se com o âmbito de abrangência das atividades sujeitas aos regimes de direito público e de direito privado. Por um lado, há a transferência para a iniciativa privada de atividades desenvolvidas pelo Estado, desde que dotadas de forte racionalidade econômica. Por outro, há a liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado, para propiciar a disputa pelos particulares em regime de mercado.

A segunda peculiaridade da concepção regulatória de Estado reside a inversão da relevância do instrumento interventivo. Anteriormente, preconizou-se o exercício direto pelo Estado de funções econômicas. O novo paradigma

ADI 1668 / DF

privilegia a competência regulatória. O Estado permanece presente no domínio econômico, mas não mais com, o exercente direto de atividades.

A terceira característica reside no fato de a atuação regulatória do Estado se nortear não apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado. Tradicionalmente, supunha-se que a intervenção estatal no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios ou inconveniências. Já o modelo regulatório admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social. O mercado não estabelece todos os fins a serem realizados pela atividade econômica. Isso se torna especialmente evidente quando o mecanismo de mercado passa a disciplinar a prestação de serviços públicos. A relevância dos interesses coletivos envolvidos impede a prevalência da pura e simples busca do lucro.

A quarta característica do Estado Regulador reside na institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas. Passa-se de um estágio de regramento *estático* para uma concepção de regramento *dinâmico*. Como apontam Antonio La Spina e Giandomenico Majone, a regulação deve ser entendida 'como um processo, em que interessa não apenas o momento da formulação das regras, mas também aqueles da sua concreta aplicação, e, por isso, não a abstrata, mas a concreta modificação dos contextos de ação dos destinatários.'

(JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 588)

Nesse paradigma regulador, sobressaem em nosso ordenamento as agências reguladoras, como a ANATEL, a desempenhar a tarefa ordenadora e fiscalizatórias dos setores a elas submetidos.

E, para a adequada execução dessa função, exsurge o poder de expedir normas como imanente à atividade regulatória das agências, a

ADI 1668 / DF

quem compete, no âmbito de sua atuação e nos limites do arcabouço normativo sobre o tema, disciplinar a prestação dos serviços.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar o poder regulador das agências reguladoras,

“(...) resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, providir de providência subalternas (...). Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente” (Curso de Direito Administrativo, 19. ed., São Paulo: Malheiros, p. 157).

Este Tribunal, por diversas oportunidades, já assentou a compatibilidade entre o poder normativo conferido às agências reguladoras, e os ditames constitucionais, em especial o princípio da legalidade. Para espelhar o entendimento, cito a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874, que analisou a constitucionalidade da atividade normativa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA:

“EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº 14/2002. PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO TABACO CONTENDO ADITIVOS. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REGULAÇÃO SETORIAL. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO

ADI 1668 / DF

DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA. RAZOABILIDADE. CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO – CQCT. IMPROCEDÊNCIA. 1. Ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Lei nº 9.782/1999 delinea o regime jurídico e dimensiona as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia especial. **2. A função normativa das agências reguladoras não se confunde com a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF).** 3. **A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial.** Precedentes: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014. 4. **Improcedência do pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, XV, parte final, da Lei nº 9.782/1999, cujo texto unívoco em absoluto atribui competência normativa para a proibição de produtos ou insumos em caráter geral e primário. Improcedência também do pedido alternativo de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, III, da Lei nº**

ADI 1668 / DF**9.782/1999, que confere à ANVISA competência normativa condicionada à observância da legislação vigente.** 5.

Credencia-se à tutela de constitucionalidade in abstracto o ato normativo qualificado por abstração, generalidade, autonomia e imperatividade. Cognoscibilidade do pedido sucessivo de declaração de inconstitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. 6. Proibição da fabricação, importação e comercialização, no país, de produtos fumígenos derivados do tabaco que contenham as substâncias ou compostos que define como aditivos: compostos e substâncias que aumentam a sua atratividade e a capacidade de causar dependência química. Conformação aos limites fixados na lei e na Constituição da República para o exercício legítimo pela ANVISA da sua competência normativa. 7. A liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da Lei Maior) não impede a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas tendo em vista sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, individuais ou sociais, destacando-se, no caso do controle do tabaco, a proteção da saúde e o direito à informação. O risco associado ao consumo do tabaco justifica a sujeição do seu mercado a intensa regulação sanitária, tendo em vista o interesse público na proteção e na promoção da saúde. 8. O art. 8º, caput e § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999 submete os produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, a regime diferenciado específico de regulamentação, controle e fiscalização pela ANVISA, por se tratar de produtos que envolvem risco à saúde pública. A competência específica da ANVISA para regulamentar os produtos que envolvam risco à saúde (art. 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999) necessariamente inclui a competência para definir, por meio de critérios técnicos e de segurança, os ingredientes que podem e não podem ser usados na fabricação de tais produtos. Daí o suporte legal à RDC nº 14/2012, no que proíbe a adição, nos produtos fumígenos derivados do tabaco, de compostos ou substâncias

ADI 1668 / DF

destinados a aumentar a sua atratividade. De matiz eminentemente técnica, a disciplina da forma de apresentação (composição, características etc.) de produto destinado ao consumo, não traduz restrição sobre a sua natureza. 9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*). 10. A incorporação da CQCT ao direito interno, embora não vinculante, fornece um standard de razoabilidade para aferição dos parâmetros adotados na RDC nº 14/2012 pela ANVISA, com base na competência atribuída pelos arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999. 11. Ao editar a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 14/2012, definindo normas e padrões técnicos sobre limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e restringindo o uso dos denominados aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, sem alterar a sua natureza ou redefinir características elementares da sua identidade, a ANVISA atuou em conformidade com os lindes constitucionais e legais das suas prerrogativas, observados a cláusula constitucional do direito à saúde, o marco legal vigente e a estrita competência normativa que lhe outorgam os arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999. Improcedência do pedido sucessivo. 12. Quórum de julgamento constituído por dez Ministros, considerado um impedimento. Nove votos pela

ADI 1668 / DF

improcedência do pedido principal de interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, do art. 7º, III e XV, in fine, da Lei nº 9.782/1999. Cinco votos pela improcedência e cinco pela procedência do pedido sucessivo, não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999) – maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República) – para declaração da inconstitucionalidade da RDC nº 14/2012 da ANVISA, a destituir de eficácia vinculante o julgado, no ponto. 13. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, e, no mérito julgados improcedentes os pedidos principais e o pedido sucessivo. Julgamento destituído de efeito vinculante apenas quanto ao pedido sucessivo, porquanto não atingido o quórum para a declaração da constitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada nº 14/2012 da ANVISA.

(ADI 4874, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

Naquela oportunidade, assentei – e o mesmo raciocínio aplica-se à hipótese presente – que não se colhe do texto constitucional que todo o regramento específico do relacionamento entre Estado e Economia, à luz dos mandamentos da ordem econômica constitucional, dê-se estritamente mediante lei específica e exaustiva, mas sim que se esquadrinhe legislativamente, ou seja, de forma autorizada por lei, como tais limites serão, legitimamente, impostos.

Frise-se: não se afigura necessário que todos os aspectos institucionais das atividades de telecomunicações estejam, exaustiva e minuciosamente, estabelecidos pelo Parlamento, sendo possível que este estabeleça as balizas para uma legítima e constitucionalmente adequada atuação regulamentar por parte de agências reguladoras.

Ademais, não se pode descurar que a Constituição da República qualifica o Estado brasileiro como um agente, a um só tempo, “normativo e regulador” (Art. 174, CF), a impactar própria forma como se dá a associação entre Estado e Economia.

Ampliam-se, nessa toada, as alternativas de que pode se valer o

ADI 1668 / DF

próprio Poder Legislativo para definir, conforme as especificidades setoriais, como se dará a interação do Estado com a Economia, com um maior leque de opções e um crescente dinamismo regulatório.

O ponto foi bem percebido, em sede doutrinária, pelo professor Egon Bockmann Moreira:

“A rigor, a força – real e simbólica – dos arts. 173 e 174 (máxime este) reside na positivação de várias competências, múltiplas, simultâneas e dúcteis (‘exploração direta’; ‘agente normativo e regulador’; ‘fiscalização’; ‘incentivo’; ‘planejamento’) a serem exercitadas na dependência da realidade concreta e derivadas, sobretudo, das opções do legislador ordinário. Ao mesmo tempo em que se referem à realidade econômica brasileira, tais signos estampados na Constituição constituem essa mesma realidade. **Ampliara-se, por conseguinte, as alternativas do Poder Legislativo, a fim de que ele possa definir, setor a setor, caso a caso, momento a momento, como se dará a interação do Estado com a Economia. E as opções são muito mais amplas e dinâmicas: podem ocorrer por meio de normas (legais e/ou regulamentares) e/ou exploração direta; com caráter *hard* e/ou *soft*; dirigidas à Administração e/ou às pessoas privadas; e assim por diante. Devem, inclusive, conjugar harmoniosamente tais perspectivas - nem sempre de modo idêntico em cada um dos setores econômicos e/ou respectivos atores (que certamente apresentarão demandas socio regulatórias diferentes entre si). Porém uma coisa é certa: não se trata da mesma lógica anterior – constatação que é confirmada pela estruturação infraconstitucional do relacionamento do Estado Brasileiro com a Economia, em especial depois de 1995”.** (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.) **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139, p. 127-128; grifei)

ADI 1668 / DF

Portanto, o que se há de indagar, à luz da normatividade constitucional, é a presença de claros *standards* legais autorizativos para que a agência reguladora efetivamente regule, regulamente, o serviço que o legislador e, no caso concreto o próprio constituinte, lhe conferiu.

Colho, novamente, as certas lições do professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná:

“(...) as agências são independentes, mas não soberanas; sua competência precisa ser definida em *standards* legislativos (subordinam-se às leis e à Constituição); possuem as respectivas competências regulamentares balizadas pelas respectivas legislações de origem; os regulamentos por elas emanados dirigem-se imediatamente aos agentes econômicos (produtores e consumidores) do respectivo setor; todas elas se submetem a controle externo. Mas todas elas possuem um núcleo duro intangível: a competência para disciplinar o respectivo setor da Economia, por meio da edição de regulamentos econômicos. Atualmente a palavra-chave é ‘criar’: a interpretação das leis, inclusive pelas agências reguladoras e agentes regulados, como atividade criativa, e não meramente declarativa (como outrora defendida pelo Juspositivismo). Interpretar não é mais o meio para se chegar a algum lugar, mas a própria construção do lugar. O que faz com que os regulamentos sejam compreendidos como *atividade de determinação de significados* (e não apenas de descrição destes).” (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.) **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139, p. 130)

Logo, a existência de uma função normativa é inerente à tarefa regulatória dessas agências, até mesmo diante da necessidade de disciplinar, ordenar e fiscalizar o setor econômico-social a elas submetido. Não se trata de delegação de poderes legislativos, pois a expedição de

ADI 1668 / DF

normas regulatórias é sempre exercida com fundamento na lei, que também lhe serve de limite, mas que não esgota as possibilidades de mediação dos interesses diversos colocados para composição pelos órgãos reguladores.

Como bem asseverou a e. Ministra Rosa Weber em seu voto na ADI 4.874:

“O Legislador, de fato, não pode delegar a responsabilidade pela decisão política, mas a escolha dos meios para a persecução da política por ele definida pode ser objeto de delegação.

Isso em absoluto significa reduzir a regulação setorial ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei. Dotada de **inquestionáveis relevância e responsabilidade, a função regulatória só é dignificada** pelo reconhecimento de que **não é inferior, nem exterior à legislação**. Exerce-se, isto sim, em um espaço que se revela **qualitativamente diferente, pelo seu viés técnico, ainda que conformada pela ordem constitucional e legal vigentes.**

O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social para a **implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial**. No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à **especificação de direitos e obrigações** dos particulares, sem que possa, a agência reguladora, **criá-los ou extingui-los.**

O poder normativo atribuído às agências reguladoras vocaciona-se, como bem pontua Sérgio Guerra, a *“traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado”*.

Com efeito, a **norma regulatória** deve compatibilizar-se com a ordem legal, **integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo,** e não substituí-la

ADI 1668 / DF

ao inovar na criação de direitos e obrigações. Seu domínio próprio é o do preenchimento, à luz de critérios técnicos, dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, não o da criação de novos espaços. Hierarquicamente subordinado à lei, o poder normativo atribuído às agências reguladoras **não lhes faculta inovar *ab ovo* na ordem jurídica**, mormente para “*impor* restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado *das pessoas*”.”

Assim, a função normativa das agências reguladoras não invade espaço reservado à lei, abstratamente considerado, mas vem a colmatar uma lacuna intencional, que exige norteadores de natureza técnica, de modo a possibilitar a regulação setorial com mais eficiência e assegurando a concretização das políticas legitimamente estabelecidas pelo legislador.

Feitas essas considerações, retorno à análise específica das previsões legais questionadas:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;”

As atribuições do órgão regulador de expedir normas “quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” e “sobre prestação de telecomunicações no regime privado” compõem uma dimensão eminentemente técnica ligada à área de atuação da ANATEL, nos termos do inciso XI do artigo 21 da Constituição, pois é

ADI 1668 / DF

o órgão regulador das telecomunicações.

Essa atividade normativa deve desenvolver-se de acordo com o respeito ao princípio da legalidade, como bem ressaltado no *caput* do artigo 19, acima citado.

Ademais, o Livro III da Lei nº 9.472/1997 estabelece os parâmetros para a organização dos serviços de telecomunicações, conceituando os serviços a ser prestados no regime público e aqueles que serão prestados no regime privado, devendo as normas expedidas pela Agência, evidentemente, observar o conteúdo legal estabelecido nos artigos da própria legislação.

Portanto, o controle a ser realizado envolve os atos normativos específicos emanados pela ANATEL, que devem respeitar a legislação de regência do setor, mas não se mostra constitucionalmente adequada a glosa do próprio poder normativo da agência, cuja previsão legal não desborda da função regulatória constitucionalmente esperada do órgão.

As disposições questionadas tratam de aspectos técnicos relativos à área de atuação da agência, a quem incumbe regular e fiscalizar a atividade relacionada a prestação do serviço público de telecomunicações. Não se vislumbra aqui qualquer pecha de inconstitucionalidade.

Rememoro que, por ocasião do julgamento da medida cautelar, o Plenário conferiu, aos dispositivos em questão, interpretação conforme à Constituição Federal, para fixar exegese segundo a qual o poder da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas sobre outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações em regime público e no regime privado subordina-se aos preceitos legais e regulamentares acerca desses temas.

Tendo sido essa a opção do Plenário no julgamento da cautelar, adiro a esse entendimento apenas para que não parem dúvidas sobre a necessidade de sujeição do ato normativo editado pela agência aos preceitos legais regulamentares acerca da outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações em regime público e no regime privado.

Aqui, portanto, mantenho a cautelar anteriormente deferida, para,

ADI 1668 / DF

em relação ao artigo 19, incisos IV e X, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo o qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

Possibilidade da ANATEL realizar busca e apreensão:

Os autores impugnam também o conteúdo do artigo 19, inciso XV, *verbis*:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

XV - **realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;**”

A medida cautelar foi deferida, no ponto, para “*suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do artigo 19, inciso XV (...)*”.

O fundamento utilizado pela Corte, na oportunidade, para acolher o pleito cautelar, impedindo a produção de eficácia de dispositivo que confere aos agentes da Anatel o poder de realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência, foi o de que tal disposição fere o princípio do devido processo legal ao permitir a busca e apreensão sem que haja ordem judicial para tanto.

Esse quadro, entretanto, foi modificado com o advento da Lei 11.292/2006, que alterou a redação da Lei 10.871/2004 (que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais, denominadas Agências Reguladoras), restabelecendo o poder

ADI 1668 / DF

de apreensão dos agentes de agências reguladoras, senão vejamos:

“Art. 1º Ficam criados, para exercício exclusivo nas autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, referidas no Anexo I desta Lei, e observados os respectivos quantitativos, os cargos que compõem as carreiras de:

I - Regulação e Fiscalização de Serviços Públicos de Telecomunicações, composta de cargos de nível superior de Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações, com atribuições voltadas às atividades especializadas de regulação, inspeção, fiscalização e controle da prestação de serviços públicos e de exploração de mercados nas áreas de telecomunicações, bem como à implementação de políticas e à realização de estudos e pesquisas respectivos a essas atividades;

(...)

X - Suporte à Regulação e Fiscalização de Serviços Públicos de Telecomunicações, composta de cargos de nível intermediário de Técnico em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações, com atribuições voltadas ao suporte e ao apoio técnico especializado às atividades de regulação, inspeção, fiscalização e controle da prestação de serviços públicos e de exploração de mercados nas áreas de telecomunicações, bem como à implementação de políticas e à realização de estudos e pesquisas respectivos a essas atividades;

(...)”

“Art. 3º São atribuições comuns dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei:

(...)

Parágrafo único. **No exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia, são asseguradas aos ocupantes dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar,**

ADI 1668 / DF

quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções."

Ou seja, a partir da edição do referido diploma legal, a apreensão de bens ou produtos por agentes da Anatel tornou-se possível. Nesse sentido:

"EMENTA: RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO QUE DECIDIDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.668/DF. AGÊNCIA REGULADORA. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA A BUSCA E A APREENSÃO DE EQUIPAMENTOS RADIOFÔNICOS DE EMISSORA DE RÁDIO COMUNITÁRIA CLANDESTINA. 1. No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668/DF, entre vários dispositivos questionados e julgados, decidiu-se pela suspensão do inc. XV do art. 19 da Lei n. 9.472/97, que dispunha sobre a competência do órgão regulador para "realizar busca e apreensão de bens". 2. Decisão reclamada que determinou o lacre e a apreensão dos equipamentos da rádio clandestina fundamentada no exercício do regular poder de polícia. 3. Ao tempo da decisão judicial reclamada, já estava em vigor a Lei n. 10.871/2004, na redação da Lei n. 11.292/2006, que prevê aos ocupantes dos cargos de fiscal dos órgãos reguladores as prerrogativas de apreensão de bens e produtos. 4. Ausência de descumprimento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.668-MC/DF. 5. Reclamação: via inadequada para o controle de constitucionalidade. 6. Reclamação julgada improcedente".

(Rcl 5310, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-03 PP-00454 RTJ VOL-00205-01 PP-00155).

ADI 1668 / DF

A Presidência da República, em suas informações, sustenta que a competência conferida à ANATEL para realização de busca e apreensão de bens não representa confisco de bens particulares, mas viabiliza a imediata interrupção do funcionamento de estações de radiocomunicações clandestinas, revelando-se exercício do poder de polícia do órgão regulador.

A possibilidade de promoção de interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, contida na citada Lei nº 10.871/2004, revelam-se exercício do poder de polícia da Administração Pública, dotado de autoexecutoriedade, ínsita ao exercício dessa função.

No entanto, o dispositivo questionado na Lei nº 9.472/1997, que estabelece **busca** e apreensão de bens, tem uma dimensão distinta.

Com efeito, como bem ressaltado pela Procuradoria-Geral da República em seu Parecer, a medida, efetuada sem ordem judicial, com base apenas no poder de polícia de que é investida a agência, desrespeita a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da Constituição):

“Art. 5º (...)

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”

Saliente-se, por oportuno, que o conceito de domicílio não está limitado à residência domiciliar. Esta Corte já assentou a orientação no sentido de que o conceito de casa, para fins de observância da garantia prevista na disposição constitucional em comento, abarca também qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. Nesse sentido:

"Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de ‘casa’

ADI 1668 / DF

revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, §4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem o consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI)." (RE 251.445, Rel. Min. Celso de Mello).

Assim, salientando que a medida de busca e posterior apreensão de bens requer autorização judicial, em obediência ao disposto no artigo 5º, inciso XI do texto constitucional, compreendo que a decisão cautelar deve ser mantida, ainda que sob outro fundamento.

Destaco que o disposto no parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 10.871/2004 não é objeto da presente demanda e, portanto, não há qualquer juízo vinculante a ser realizado a seu respeito.

Todavia, em se tendo por inconstitucional a previsão de realização de buscas pela ANATEL, para posterior apreensão de bens, sem ordem judicial prévia, e em se considerando a existência de uma zona de intersecção entre ambas as figuras, sublinho que cabe a eventual avaliação judicial no caso concreto estabelecer se se trata de legítimo exercício do poder de polícia ou de indevido uso de busca sem requisição judicial.

Assim, mantenho a cautelar deferida pelo Plenário, reconhecendo a inconstitucionalidade do disposto no artigo 19, inciso XV da Lei nº 9.474/1997, por violação ao disposto no artigo 5º, inciso XI, do texto constitucional.

Impugnação quanto a dispositivos que regem as licitações para obras, serviços, publicidade, compras, alienações e locações

No tópico, os partidos requerentes questionam a constitucionalidade

ADI 1668 / DF

de dispositivos da Lei nº 9.472/1997, sob o fundamento de que, em matéria de licitação, a competência legiferante pertence à da União, que a exerceu por meio de norma geral, de abrangência nacional, que não pode ter sua aplicação excluída por outra legislação, sob pena de violação aos artigos 22, inciso XXVII, e 37, XXI da Constituição da República.

Primeiramente, impugna-se o artigo 22, inciso II da Lei:

“Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

II - **aprovar normas próprias de licitação e contratação;**”

A alegação, no ponto, é a de residir na competência privativa da União legislar sobre normas de licitação.

A medida cautelar pleiteada por parcialmente deferida, para “*sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência*”.

E, de fato, a cautelar merece ser confirmada.

Ocorre que, em atenção a toda a explanação acima descrita acerca do poder normativo das agências reguladoras, não lhes compete a prerrogativa de legislar em matéria de licitação, a uma, por violação ao disposto no art. 22, XXVII, do texto constitucional, pois se trata de competência legislativa privativa da União, a duas, porque inovar no ordenamento jurídico não se encontra dentre os atributos que a função regulatória desses órgãos possui, uma vez que colmatam eles lacunas propositais de natureza técnica na legislação, mas não podem estabelecer, de forma originária e primária, deveres e obrigações aos particulares, menos ainda exercer atividade criativa no que concerne a modalidades licitatórias e contratuais.

Como asseverou o i. Ministro Marco Aurélio, então relator deste feito, no julgamento da medida cautelar:

“Empresto ao dispositivo interpretação consentânea, sem

ADI 1668 / DF

redução do texto, com a Carta Federal. A competência ora atribuída ao Conselho Diretor não há de resultar no afastamento das normas gerais e específicas de licitação previstas nas leis de regência. Deve ficar restrita ao atendimento de peculiaridades inerentes aos serviços, sem prejuízo, portanto, do sistema de licitação, tal como existente na ordem jurídica em vigor.”

Portanto, **aqui também é o caso de se conferir interpretação conforme à Constituição para se assentar que o exercício dessa competência pelo Conselho Diretor deve observar o arcabouço normativo atinente às licitações e contratos.**

Relativamente ao parágrafo único do art. 54 e aos arts. 55, 56, 57, 58 e 59, os partidos requerentes aduzem violação do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, porquanto as normas gerais de licitação têm aplicação para todas as contratações realizadas pelo poder público. Sustentam ser especialmente grave a previsão contida no art. 59, pois seria possível à Agência a contratação de serviços sem licitação. Eis as disposições questionadas:

“Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. **Para os casos não previstos no caput, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.**”

“Art. 55. **A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:**

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá

ADI 1668 / DF

critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.”

“Art. 56. A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

ADI 1668 / DF

Parágrafo único. Encerrada a etapa competitiva, a Comissão examinará a melhor oferta quanto ao objeto, forma e valor.”

“Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após a etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

II - quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco;

III - para o registro de preços, que terá validade por até dois anos;

IV - quando o Conselho Diretor assim o decidir.”

“Art. 58. A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.

Parágrafo único. A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente.”

“Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.”

No julgamento da medida cautelar pleiteada, o Tribunal deferiu o pleito apenas em relação ao artigo 59, para “*sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a contratação há de reger-se pela Lei nº 8.666, de 21/6/93, ou seja, considerando-se, como regra a ser observada, o processo licitatório*”.

Passo à análise dos dispositivos.

O parágrafo único do artigo 54 institui, para as licitações a serem realizadas no âmbito da Anatel, que não tenham como objeto a contratação de obras e serviços de engenharia – caso em que impõe a

ADI 1668 / DF

observância da Lei de Licitações - as modalidades de pregão e consulta.

Os artigos seguintes, 55 a 58, estabelecem as regras gerais a serem observadas por ocasião da utilização das novas modalidades de licitação, que somente podem ser empregadas em certames destinados à aquisição de bens e contratação de serviços.

Saliente-se que em atenção ao comando do artigo 55 da lei sob análise, o pregão e a consulta foram regulamentados pela Resolução 5/98 – Regulamento de Contratações da Anatel, norma posteriormente revogada pela Resolução 708/2019 do Conselho Diretor daquela agência.

No entender dos requerentes, restou violada a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação em todas as suas modalidades para a administração direta e indireta, em todas as esferas da federação.

Em juízo cautelar, a Corte firmou o entendimento de que, diante da especificidade dos serviços de telecomunicações, é válida a criação de novas modalidades licitatórias, pela via legal, uma vez que a lei que as instituiu tem a mesma hierarquia da lei geral de licitações.

À luz do voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim na ocasião, o disposto no inciso XXVII do art. 22 da Carta Magna:

"não exclui, evidentemente, a possibilidade de determinados tipos de modalidades de licitações serem criadas em lei específica, principalmente considerando a especificidade da questão das telecomunicações"

Ressaltou, ainda, o Ministro, que a própria Emenda Constitucional 8/1995, que conferiu nova redação ao art. 21, XI, previu que lei específica iria dispor sobre a organização dos serviços e outros aspectos institucionais:

"Assim, a Lei Geral de Telecomunicações passou a dispor sobre matéria específica, decorrente da Emenda Constitucional nº. 8/95, matéria essa não tratada e não abrangida pela Lei nº. 8.666/93, nem pela Lei nº. 8.987/95."

ADI 1668 / DF

O Ministro Carlos Velloso, na mesma oportunidade, anotou que nada impede que a União edite para ela, União, normas específicas, em conformidade com as normas gerais, normas que terão *status* de lei federal, como a norma sob apreço, que diz respeito a serviços federais.

Dito isso, convém consignar que, no tange ao pregão, a edição da Medida Provisória 2.026, de 1.6.2000 estendeu sua aplicação para toda a esfera federal e, posteriormente, a edição da Medida Provisória 2.182-18, de 23.8.2001, convertida na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

Referida Lei, todavia, não fez menção à consulta, que ficou restrita às agências reguladoras, por força do que dispõe o art. 37 da Lei 9.986, de 18.7.2000, *verbis*:

“Art. 37. A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras poderá se dar nas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos arts. 55 a 58 da Lei no 9.472, de 1997, e nos termos de regulamento próprio.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às contratações referentes a obras e serviços de engenharia, cujos procedimentos deverão observar as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende válida a previsão, em lei, de novos tipos de procedimentos licitatórios. Sustenta, porém, que as normas sobre esse procedimento têm que ser estabelecidas também em lei e não por delegação, à agência, de matéria reservada à competência legislativa da União, pelo art. 22, inc. XXVII, da CF/88, como determina o art. 55 da lei sob exame, ao dispor que a consulta e o pregão serão disciplinados pela Anatel:

“Apesar do dispositivo estabelecer, em dez incisos, os

ADI 1668 / DF

parâmetros a serem observados na disciplina da matéria, ele padece de inconstitucionalidade, por estar delegando à Agência matéria reservada à competência legislativa da União (...)

Quando o dispositivo constitucional dá competência à União para estabelecer normas gerais, ele não está dizendo que as normas que não sejam gerais possam ser estabelecidas pelo Poder Executivo; ele está apenas restringindo a competência legislativa da União para respeitar a competência legislativa suplementar dos Estados. Mas a matéria não deixa de ser reserva do legislador” (in *Parcerias na Administração Pública*, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 152-153).

Na linha desse entendimento, também compreendo que a inserção, no ordenamento jurídico, de novas modalidades licitatórias, por lei que tem o mesmo *status* que a lei geral de licitações é admissível, e não viola a Carta Magna. Todavia, para que seja respeitado o princípio da reserva legal e, ainda, tendo em vista que a consulta é instituto que não está restrito à Anatel, mas cuja aplicação foi estendida, por meio do citado art. 37 da Lei 9.986, de 18.7.2000, a todas as agências reguladoras, tenho que sua disciplina deve dar-se por lei.

Nesse sentido, **julgo inconstitucional o art. 55 apenas na parte em que remete à Anatel a disciplina das novas modalidades licitatórias (“serão disciplinados pela Agência”).**

Quanto ao disposto no artigo 59, a alegação é a de que o dispositivo permitiria que a agência contratasse sem licitação.

A medida cautelar foi deferida, no ponto, para “*sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a contratação há de reger-se pela Lei nº 8.666, de 21/6/93, ou seja, considerando-se, como regra a ser observada, o processo licitatório*”.

Compreendo que, para não restar dúvida ao intérprete da lei, quanto à impossibilidade de contratação sem licitação de técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de competência da Agência, é mister **confirmar a cautelar, no ponto, para, dar interpretação conforme à Constituição, a**

ADI 1668 / DF

fim de assentar que a contratação somente se dará após o regular procedimento licitatório previsto pelas leis de regência.

Licitações para outorga de serviços mediante concessão, permissão ou autorização da Agência Nacional de Telecomunicações:

Nesse tópico, sustentam os requerentes a violação ao contido no artigo 175 do texto constitucional:

“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.**

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Relativamente ao art. 89, questiona-se a expressão “as disposições desta Lei e, especialmente”, *verbis*:

“Art. 89. **A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:**

- I - a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis;
- II - a minuta de instrumento convocatório será submetida a consulta pública prévia;
- III - o instrumento convocatório identificará o serviço

ADI 1668 / DF

objeto do certame e as condições de sua prestação, expansão e universalização, definirá o universo de proponentes, estabelecerá fatores e critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, determinará a quantidade de fases e seus objetivos, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato de concessão;

IV - as qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, bem como as garantias da proposta e do contrato, exigidas indistintamente dos proponentes, deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão;

V - o interessado deverá comprovar situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social;

VI - a participação de consórcio, que se constituirá em empresa antes da outorga da concessão, será sempre admitida;

VII - o julgamento atenderá aos princípios de vinculação ao instrumento convocatório e comparação objetiva;

VIII - os fatores de julgamento poderão ser, isolada ou conjugadamente, os de menor tarifa, maior oferta pela outorga, melhor qualidade dos serviços e melhor atendimento da demanda, respeitado sempre o princípio da objetividade;

IX - o empate será resolvido por sorteio;

X - as regras procedimentais assegurarão a adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos compatíveis com o preparo de propostas e os direitos ao contraditório, ao recurso e à ampla defesa.”

Em consonância ao que manifestei quanto à possibilidade de lei da mesma estatura da Lei Geral de Licitações dispor sobre novas modalidades licitatórias tendo em vista a especificidade dos serviços de telecomunicações, entendo, quanto à disposição ora analisada, por sua constitucionalidade, haja vista que o diploma legal sob exame está na mesma hierarquia normativa da Lei 8.666 e porque regula aspectos práticos do procedimento de outorga dos serviços de telecomunicações. Ademais, a própria Constituição Federal, em seu art. 21, XI, na redação da Emenda Constitucional 8/1995, remeteu à lei específica a disciplina sobre

ADI 1668 / DF

a organização dos serviços de telecomunicações e outros aspectos institucionais.

Questiona-se, ainda, o art. 91 e seus parágrafos:

“Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

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

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço 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.”

Alega-se que a outorga de serviços delegados, conforme previsão constante do art. 175 da Constituição Federal, exige a submissão às regras gerais de licitação, razão pela qual seria, de acordo com os autores, manifestamente inconstitucional o referido art. 91. Todavia, pelas mesmas razões expostas acima, tenho que o legislador atendeu ao comando do art. 21, XI, da Constituição Federal, ao editar normas específicas atinentes à organização do serviço de telecomunicações, o que inclui o procedimento de outorga dos serviços.

Além disso, na esteira do que assentou o Ministro Nelson Jobim no julgamento da medida cautelar, o art. 91 restringiu o conceito de inexigibilidade de licitação, o qual, à luz do art. 25 da Lei 8.666/1993, abrange as seguintes hipóteses:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita

ADI 1668 / DF

através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Portanto, percebe-se que, ao dispor sobre as hipóteses de inviabilidade de disputa, o art. 91 levou em conta as especificidades do serviço a ser licitado, assegurando, ainda, a segurança do sistema ao estabelecer que a inviabilidade da competição será aferida mediante processo administrativo.

No que tange ao art. 119, que dispõe que a permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei, a irresignação dos autores merece acolhida.

Eis a redação do dispositivo:

“Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório **simplificado**, instaurado pela Agência, **nos termos por ela regulados**, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei.”

No ponto, inclusive, foi deferida a cautelar pleiteada, para *“suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade das expressões ‘simplificado’ e ‘nos termos por ela regulados’”*.

Nas palavras do então relator do feito:

ADI 1668 / DF

“Exsurge do preceito competir à Agência fixar os parâmetros em que possibilitada a feitura da licitação de forma simplificada. Já aqui vê-se a contrariedade ao fato de as normas licitatórias serem cogentes, não viabilizando atuação livre deste ou daquele administrador, por maior que lhe seja a envergadura, e capaz, por isso mesmo, de levar ao esvaziamento do instituto.”

Assim como já me manifestei anteriormente, diante do princípio da reserva legal, não vejo como a Agência possa disciplinar procedimento licitatório simplificado por meio de norma de hierarquia inferior à Lei Geral de Licitações sem incorrer em inconstitucionalidade.

Confirmo, portanto, a cautelar concedida, para **declarar a inconstitucionalidade das expressões ‘simplificado’ e ‘nos termos por ela regulados’ do artigo 119 da Lei nº 9.472/1997.**

Finalmente, no que tange à ofensa à reserva da lei geral de licitações, perpetrada pelo art. 210, trago à colação a disposição questionada:

“Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofreqüência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.”

Como afirmado alhures, a Lei sob exame, atendendo a comando constitucional, disciplinou exaustivamente a matéria específica relacionada aos serviços de telecomunicações, tratando, inclusive, das licitações, sendo, portanto, lei especial que tem prevalência sobre a lei geral. Daí porque expressamente afastou a aplicação das Leis 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.

Como esclareceu o Ministro Nelson Jobim, no minucioso voto-vista que proferiu por ocasião da liminar, a Lei 8.987/1995 dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos

ADI 1668 / DF

previsto no art. 175 da Constituição Federal, ou seja, tratou da prestação de serviços públicos, por particulares, sob o regime de concessão e permissão. Abrangeu, face à conexão, a execução de obras públicas que sejam condição para a prestação dos serviços. Mas não estavam no seu âmbito de incidência os serviços de telecomunicações pela circunstância de que os então denominados serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, previstos no inciso XI do art. 21 da Constituição, redação de 1988, eram insuscetíveis de contratação com particulares. A exploração somente poderia ser diretamente pela União ou por empresas sobre o controle acionário estatal, quadro que foi alterado com a promulgação da EC 8/1995.

De outra banda, a Lei 9.074/1995 trata, exclusivamente, das concessões ou permissões de serviços e obras públicas de vias federais; da exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações; estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto; etc.

Referidas leis, portanto, têm seu âmbito de incidência voltado para outros serviços que não o de telecomunicações, de modo que não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade na disposição examinada.

Impugnação quanto ao regime jurídico do serviço de telecomunicações:

Alega-se a inconstitucionalidade dos arts. 65, III, §§ 1º e 2º; 66; e 69 da Lei, sob o argumento de que o serviço de telecomunicações é essencialmente público, razão pela qual seria inconstitucional a previsão de sua prestação concomitantemente em regime público e privado. Ademais, a definição de serviço público só poderia ser feita por meio de lei específica e não pela Agência, como previu o art. 69.

Veja-se o que dispõem as normas impugnadas:

ADI 1668 / DF

“Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.”

“Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.”

“Art. 69. As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos.

Parágrafo único. Forma de telecomunicação é o modo específico de transmitir informação, decorrente de características particulares de transdução, de transmissão, de apresentação da informação ou de combinação destas, considerando-se formas de telecomunicação, entre outras, a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens.”

Ressalto, no ponto, a superveniência da Lei 13.879/2019, a modificar substancialmente esse quadro ao permitir a adaptação dos atuais contratos de concessão (utilizados para a outorga do serviço de telecomunicações em regime público) para autorização (outorga em regime privado), bem como ao revogar a disposição de lei que classificava as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer

ADI 1668 / DF

âmbito, destinado ao uso do público em geral, como serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar (art. 4º da aludida Lei).

Oportuno salientar, no ponto, que até o advento da referida Lei, somente para o serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral havia previsão de prestação em regime público (conforme dispunha o art. 64, parágrafo único¹, da lei sob exame e a Resolução 73/1998, art. 13², do Conselho Diretor da Anatel) e, ainda assim, estabeleceu-se a possibilidade de sua prestação no regime privado. É o que dispõe o art. 144-A, introduzido pela referida Lei:

“Art. 144-A. A Agência poderá autorizar, mediante solicitação da concessionária, a adaptação do instrumento de concessão para autorização, condicionada à observância dos seguintes requisitos:

I - manutenção da prestação do serviço adaptado e compromisso de cessão de capacidade que possibilite essa manutenção, nas áreas sem competição adequada, nos termos da regulamentação da Agência;

II - assunção, pela requerente, de compromissos de investimento, conforme o art. 144-B;

III - apresentação, pela requerente, de garantia que assegure o fiel cumprimento das obrigações previstas nos incisos I e II;

IV - adaptação das outorgas para prestação de serviços de

1 Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

2 Art. 13. Serviços de telecomunicações explorados no regime público são aqueles cuja existência, universalização e continuidade a própria União compromete-se a assegurar, incluindo-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

ADI 1668 / DF

telecomunicações e respectivas autorizações de uso de radiofrequências detidas pelo grupo empresarial da concessionária em termo único de serviços.

§ 1º Na prestação prevista no inciso I, deverão ser mantidas as ofertas comerciais do serviço adaptado existentes à época da aprovação da adaptação nas áreas sem competição adequada, nos termos da regulamentação da Agência.

§ 2º Ressalvadas as obrigações previstas nos incisos I e II, o processo de adaptação previsto no inciso IV dar-se-á de forma não onerosa, mantidos os prazos remanescentes das autorizações de uso de radiofrequências.

§ 3º A garantia prevista no inciso III deverá possibilitar sua execução por terceiro beneficiado, de forma a assegurar o cumprimento das obrigações a ela associadas.

§ 4º O contrato de concessão deverá ser alterado para incluir a possibilidade de adaptação prevista no caput deste artigo.

§ 5º Após a adaptação prevista no caput, poderá ser autorizada a transferência do termo previsto no inciso IV, no todo ou em parte, conforme regulamentação da Agência, desde que preservada a prestação do serviço.”

Isso significa que os atuais contratos de concessão poderão, a pedido da companhia, ser adaptados para autorizações. Nesse contexto, deixarão de estar sujeitos às metas de universalização, obrigação de continuidade e controle tarifário, bem como aos controles da Administração relacionados ao regime público de prestação dos serviços. Em contrapartida terão outras obrigações, como o investimento na implantação de infraestrutura de rede de alta capacidade de comunicação de dados em áreas sem competição adequada e a redução das desigualdades, nos termos da regulamentação da Agência (art. 144-B, §§ 2º e 3º).

Ressalto que a superveniente regulamentação do setor não é objeto de impugnação na presente demanda, mas é pertinente a menção às modificações para situar o atual quadro dos serviços de telefonia regulados pela Lei nº 9.474/1997.

ADI 1668 / DF

Destaco, ainda, que o § 1º do art. 65 foi alterado pela Lei 13.879/2019, que lhe conferiu a seguinte redação: *“Poderão ser deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, mesmo sendo essenciais, não estejam sujeitas a deveres de universalização”*. Nada obstante, como mantido o intuito do dispositivo como um todo, compreendo inexistir prejudicialidade no conhecimento da ação, no ponto.

A medida cautelar quanto a esses dispositivo foi negada pelo Plenário, ao entendimento de que a possibilidade de concomitância de regimes de prestação do serviço, assim como a definição das modalidades do serviço são questões estritamente técnicas, da alçada da agência, a quem cabe o estabelecimento das bases normativas de cada matéria relacionada à execução, à definição e ao estabelecimento das regras peculiares a cada serviço.

Nesse sentido, compreende Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao examinar a função normativa das agências reguladoras:

“As normas que podem estabelecer têm que produzir efeitos internos apenas, dirigidos à própria agência, ou podem dizer respeito às regras que se contêm no edital de licitações, sempre baseadas em leis e regulamentos prévios, como também podem ter a natureza de atos normativos de efeitos concretos ou apenas explicitar ou interpretar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei (especialmente os conceitos técnicos).

(...)

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidade ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em

ADI 1668 / DF

lei” (idem, pp. 251-253).

Verifica-se, pois, que a atribuição à agência da competência para definir os serviços não desborda dos limites de seu poder regulatório.

De fato, na exordial sustentam os autores que, em sendo a abrangência do serviço – se restrito ou coletivo – que determina o regime – privado ou público – a ser adotado, não haveria como admitir que um serviço seja ao mesmo tempo de interesse restrito e de interesse coletivo. Ademais, alegam que admitir a coexistência de ambos é violação ao princípio constitucional da isonomia, insculpido no art. 5º da Constituição, pois o mesmo serviço, no âmbito do regime privado, sereia delegado a empresas por meio de simples autorização, enquanto que, adotado o regime público, seria imprescindível a adoção de procedimento licitatório prévio à outorga a particulares.

No entanto, a previsão constitucional do artigo 21, inciso XI, permite a exploração “diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei”.

Portanto, a despeito da previsão mais genérica do artigo 175, no caso dos serviços de telecomunicações, é o texto constitucional que permite a exploração por meio de autorização, o que significa conferir à Administração a faculdade de instituir um regime privado, submetido à livre concorrência – ainda que derogado parcialmente pela regulação estabelecida pela ANATEL.

Nesse sentido, essa Corte já decidiu:

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOVO MARCO REGULATÓRIO DA TELEVISÃO POR ASSINATURA (LEI N. 12.485/2011). SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SeAC). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL PARA PROPOR ATOS NORMATIVOS DISPONDO SOBRE TELECOMUNICAÇÕES (CRFB, ART. 22, IV) RÁDIO E

ADI 1668 / DF

TELEVISÃO, INDEPENDENTEMENTE DA TECNOLOGIA UTILIZADA (CRFB, ART. 221 E ART. 222, §5º). LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DE RESTRIÇÕES À PROPRIEDADE CRUZADA (ART. 5º, CAPUT E §1º) E À VERTICALIZAÇÃO DA CADEIA DE VALOR DO AUDIOVISUAL (ART. 6º, I E II). VEDAÇÃO DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO E DA CONCENTRAÇÃO EXCESSIVA DO MERCADO (CRFB, ART. 173, §4º E ART. 220, §5º). HIGIDEZ CONSTITUCIONAL DOS PODERES NORMATIVOS CONFERIDOS À ANCINE (ART. 9º, PARÁGRAFO ÚNICO; ART. 21 E ART. 22). NOVA FEIÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (CRFB, ART. 37, CAPUT). ACEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA OU FORMAL AXIOLÓGICA. EXISTÊNCIA DE PRINCÍPIOS INTELIGÍVEIS (ART. 3º) APTOS A LIMITAR A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS NAS ATIVIDADES DE PROGRAMAÇÃO E EMPACOTAMENTO DE CONTEÚDO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO (ART. 10, CAPUT E §1º). INEXISTÊNCIA DE RESERVA CONSTITUCIONAL PARA A IMPOSIÇÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO ESTRANGEIRO. VIABILIDADE DE DISTINÇÃO PREVISTA EM LEI FORMAL E PERTINENTE À CAUSA JURÍDICA DISCRIMINADORA. VALIDADE DA EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CREDENCIAMENTO JUNTO À ANCINE PARA EXPLORAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PROGRAMAÇÃO E EMPACOTAMENTO (ART. 12), BEM COMO DA PROIBIÇÃO À DISTRIBUIÇÃO DE CONTEÚDO EMPACOTADO POR EMPRESA NÃO CREDENCIADA PELA AGÊNCIA (ART. 31, CAPUT, §§ 1º E 2º). REGULARIDADE JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOLICITADAS PELA ANCINE PARA FINS DE FISCALIZAÇÃO QUANTO AO CUMPRIMENTO DAS REGRAS LEGAIS (ART. 13). TÍPICOS DEVERES INSTRUMENTAIS INDISPENSÁVEIS AO EXERCÍCIO DA ORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA. PROPORCIONALIDADE

ADI 1668 / DF

DA POLÍTICA DE COTAS DE CONTEÚDO NACIONAL (ARTS. 16, 17, 18, 19, 20, 23). EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS JURÍDICO-POSITIVOS (CRFB, ARTS. 221 E 222, §3º) E OBJETIVOS MATERIAIS CONSISTENTES. MEDIDA ADEQUADA, NECESSÁRIA E PROPORCIONAL EM SENTIDO ESTRITO. CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DE TEMPO MÁXIMO DE PUBLICIDADE COMERCIAL (ART. 24). DEVER DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR (CRFB, ART. 170, V). INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA OFERTA DE CANAIS QUE VEICULEM PUBLICIDADE COMERCIAL DIRECIONADA O PÚBLICO BRASILEIRO CONTRATADA NO EXTERIOR POR AGÊNCIA DE PUBLICIDADE ESTRANGEIRA (ART. 25). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO MÍNIMA PARA A CRIAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO. ULTRAJE AO PRINCÍPIO GERAL DA ISONOMIA (CRFB, ART. 5º, CAPUT) ENQUANTO REGRA DE ÔNUS ARGUMENTATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DA OUTORGA DO SeAC POR AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA SEM NECESSIDADE DE PRÉVIA LICITAÇÃO (ART. 29) NA FORMA DO ART. 21, XI, DA LEI MAIOR. OPÇÃO REGULATÓRIA SITUADA NOS LIMITES DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. VALIDADE DA IMPOSIÇÃO ÀS CONCESSIONÁRIAS DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS DO DEVER DE DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA DOS CANAIS DE SINAL ABERTO ÀS DISTRIBUIDORAS DO SeAC (ART. 32). COMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL DO ICMS (CRFB, ART. 155, §2º, X, “d”). HIGIDEZ DO CANCELAMENTO DO REGISTRO DE AGENTE ECONÔMICO PERANTE A ANCINE EM RAZÃO DE DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CRIADAS PELA LEI (ART. 36). GARANTIA DE EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS. CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE TRANSIÇÃO (ART. 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11). INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. ACOMODAÇÃO OTIMIZADA ENTRE SEGURANÇA E

ADI 1668 / DF

MODERNIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DA GARANTIA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. SETOR ECONÔMICO DOTADO DE LIBERDADE DE PREÇOS. 1. A revisão judicial de marcos regulatórios editados pelo legislador requer uma postura de autocontenção em respeito tanto à investidura popular que caracteriza o Poder Legislativo quanto à complexidade técnica inerente aos temas a que o Poder Judiciário é chamado a analisar pela ótica estrita da validade jurídica. (...) 17. O dever constitucional de licitar (CRFB, art. 37, XXI) somente incide nas hipóteses em que o acesso de particulares a alguma situação jurídica de vantagem relacionada ao Poder Público não possa ser universalizada. Destarte, descabe cogitar de certame licitatório quando a contratação pública não caracterizar escolha da Administração e todo cidadão possa ter acesso ao bem pretendido. **Ademais, no campo das telecomunicações, é certo que a Constituição admite a outorga do serviço mediante simples autorização (CRFB, art. 21, XI). 18. In casu, o art. 29 da Lei nº 12.485/11 viabiliza que a atividade de distribuição do serviço de acesso condicionado seja outorgada mediante autorização administrativa, sem necessidade de prévio procedimento licitatório, o que se justifica diante da nova e abrangente definição do SeAC (art. 2º, XXIII, da Lei nº 12.485/11), apta a abarcar todas as possíveis plataformas tecnológicas existentes (e não apenas cabos físicos e ondas de radiofrequência), bem como diante da qualificação privada recebida pela atividade no novo marco regulatório da comunicação audiovisual. Inexistência de ofensa material à Constituição de 1988.**

(...)

(ADI 4923, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 04-04-2018 PUBLIC 05-04-2018)

Nas palavras do Relator:

ADI 1668 / DF

“Surge aqui a *terceira* razão contrária à pretensão dos requerentes. Não existe qualquer óbice constitucional à outorga do serviço de TV por assinatura mediante simples autorização administrativa (e não por meio de concessão ou permissão). É que o art. 21, XI, da Constituição dispõe que compete à União *“explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei (...)”*. Vê-se, pois, que foi a própria Lei Maior que se referiu à autorização como modalidade plenamente cabível para a outorga de serviços de telecomunicações, de que é espécie o serviço de acesso condicionado (*ex vi* do art. 2º, XXIII, da Lei nº 12.485/11).

Aliás, em matéria de direito das telecomunicações, desde a Lei nº 9.472/97, existe um quadro bem sólido de classificação das espécies do serviço, bem como de seus respectivos regimes jurídicos. A Lei Geral do setor afirma que, *“quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito”* (art. 62, *caput*); já *“quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados”* (art. 63, *caput*). Esses conceitos se relacionam por, dentre outras previsões, aquela do art. 64, *caput*, ao afirmar que *“comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar”*. Parece-me, certamente, que não é o caso da TV por assinatura. Não se cogita nestes autos que a União garanta a universalização e a continuidade desse serviço. (...)

Por outro lado, diz a Lei nº 9.472/97 que *“a exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica”* (art. 126), devendo observar, dentre outros cânones, *“a competição livre, ampla e justa”* (art. 127, II). A outorga do serviço ocorre por **autorização** administrativa, disciplinada no Capítulo II do Título III da LGT, inexistindo limitação ao número de prestadores e, bem por isso, prévia licitação. Como o SeAC foi

ADI 1668 / DF

legalmente qualificado como serviço prestado no regime *privado*, nada mais natural do que a sua sujeição ao modelo de autorizações (e não de concessões ou permissões, típicas do modelo público). A Lei nº 12.485/11 simplesmente zelou pela harmonia do sistema normativo aplicável aos serviços de telecomunicações, dispensado à TV por assinatura tratamento jurídico compatível com a sua qualificação.”

A rigor, da leitura da petição inicial, depreende-se que os autores discordam da possibilidade de outorga do serviço de telecomunicações por meio de autorização, regida pelo regime privado.

No entanto, essa foi justamente a intenção da privatização do Sistema Telebrás, qual seja, permitir o ingresso de atores privados na prestação desse serviço público.

Se esta não era a intenção do constituinte originário de 1988, concorde-se ou não, o constituinte reformador operou a modificação de todo o sistema que rege as telecomunicações no País, possibilitando a outorga da atividade à iniciativa privada e que a atividade fosse desempenhada pelo regime privado, por meio de simples autorização.

De fato, a Lei nº 9.472/1997 faz a diferenciação entre a caracterização das atividades submetidas a regime público e aquelas submetidas a regime privado:

“Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.”

“Art. 64. Comportar-se prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.”

ADI 1668 / DF

Quando da apreciação da medida cautelar, o i. Min. Nelson Jobim assim se manifestou:

“Sr. Presidente, não vejo inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente do regime público, do regime privado, ou, concomitantemente, a ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência poderá definir, e, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado - forma pela qual poderá ser financiado - e aberto ao público.

Em países como o nosso, com imensa dimensão territorial, podemos citar como exemplo o sistema de comunicação usado nos rios da Amazônia. Há um sistema de comunicação usado pela Polícia Federal, no Alto Juruá, no Amazonas, ao qual tem acesso o público. Então, temos que a Agência poderá estabelecer essa forma de comunicação.

Não vejo inconstitucionalidade alguma em relação à concomitância, razão pela qual divirjo do eminente Ministro-Relator, e, no que diz respeito ao inciso III do art. 65, peço vênias para indeferi-lo.”

Assim, diante da existência de parâmetros definidores na legislação, e da permissão constitucional para a prestação do serviço de telecomunicações pelo regime privado, por meio de autorização, não assento existir inconstitucionalidade no ponto.

Dispositivo:

Diante do acima exposto, conheço em parte da presente ação, pois a decisão proferida quando da análise da cautelar não conheceu do feito quanto aos artigos 8º e 9º da Lei nº 9.472/1997.

Na parte conhecida, jugo parcialmente procedente a ação, nos

ADI 1668 / DF

seguintes termos:

- dar interpretação conforme à Constituição da República, sem redução de texto, ao artigo 19, incisos IV e X da Lei nº 9.472/1997, com o objetivo de fixar exegese segundo o qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado;

- julgar inconstitucional o disposto no artigo 19, inciso XV da Lei nº 9.472/1997;

- dar interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao artigo 22, inciso II da Lei nº 9.472/1997, para assentar que o exercício da competência normativa pelo Conselho Diretor deve observar o arcabouço normativo atinente às licitações e contratos;

- julgar inconstitucional a expressão “serão disciplinados pela Agência” do artigo 55 da Lei nº 9.472/1997;

- dar interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao artigo 59 da Lei nº 9.472/1997, assentando interpretação no sentido de que a contratação de técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de competência da Agência, deve observar o regular procedimento licitatório previsto pelas leis de regência;

- julgar inconstitucional as expressões ‘simplificado’ e ‘nos termos por ela regulados’ do artigo 119 da Lei nº 9.472/1997.

É como voto.

01/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.668 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	:PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC DO B
ADV.(A/S)	:PAULO MACHADO GUIMARÃES
REQTE.(S)	:PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADV.(A/S)	:ALBERTO MOREIRA RODRIGUES
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.(A/S)	:ILDSON RODRIGUES DUARTE
REQTE.(S)	:PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	:CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE BARROS
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	:CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

1. Adoto o relatório lançado pelo eminente Relator, Ministro Edson Fachin. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto os artigos 8º, §§ 1º e 2º; 9º, 18, I, II, III e IV; 19, incisos IV, X e XV; 22, II; 54; 55, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X; 56; 57, I, II, III, IV; 58; 59; 65, III, §§ 1º e 2º; 66; 69; 89; 91, §§ 1º, 2º e 3º; 119 e 210, todos da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), 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 8º, de 1995*".

2. Acompanho as conclusões do Relator, porém, com respeito às compreensões distintas, peço vênias para divergir quanto ao art. 55 da Lei nº 9.472/1997.

ADI 1668 / DF

3. Em relação ao art. 55 da Lei nº 9.472 de 1997, os requerentes sustentam que os dispositivos dispõem sobre regras gerais de licitação e que criam modalidades de licitação novas, denominadas “pregão” e a “consulta”, em afronta à competência privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitação, prevista no art. 22, inc. XXVII da CRFB. É o teor do dispositivo impugnado:

“Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

ADI 1668 / DF

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.”

4. Em juízo cautelar, o Supremo Tribunal Federal manteve a eficácia do dispositivo, sob o fundamento de que, diante da especificidade dos serviços de telecomunicações, é válida a criação de novas modalidades licitatórias pelo legislador, pois a lei que as instituiu tem a mesma hierarquia da lei geral de licitações (Lei n.º 8.666/1993).

5. O eminente Ministro Edson Fachin, por sua vez, vota pela inconstitucionalidade parcial do dispositivo. Confira-se:

“Na linha desse entendimento, também compreendo que a inserção, no ordenamento jurídico, de novas modalidades licitatórias, por lei que tem o mesmo status que a lei geral de licitações é admissível, e não viola a Carta Magna. Todavia, para que seja respeitado o princípio da reserva legal e, ainda, tendo em vista que a consulta é instituto que não está restrito à Anatel, mas cuja aplicação foi estendida, por meio do citado art. 37 da Lei 9.986, de 18.7.2000, a todas as agências reguladoras, tenho que sua disciplina deve dar-se por lei.

Nesse sentido, julgo inconstitucional o art. 55 apenas na parte em que remete à Anatel a disciplina das novas modalidades licitatórias (“serão disciplinados pela Agência”).”

6. Não vejo, no entanto, inconstitucionalidade no dispositivo. As agências reguladoras estão submetidas, como entes administrativos,

ADI 1668 / DF

ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), o que exige a necessidade de estrita observância das diretrizes e dos limites previstos na lei como condição de legitimidade dos atos normativos praticados no exercício da função reguladora. Portanto, o poder normativo exercido pelas agências reguladoras vê os seus limites materiais condicionados aos parâmetros fixados pelo legislador.

7. Nesse sentido, o referido art. 55 prevê a instituição dos procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão, outorgando-se à agência a edição de atos normativos que estabeleçam sua disciplina, “observadas as disposições desta Lei”. Portanto, o dispositivo determina, expressamente, a observância dos parâmetros fixados pelo legislador.

8. Ademais, por força do que dispõe o art. 37 da Lei 9.986, de 18.7.2000, a consulta e o pregão passaram a ser previstos como modalidades de licitação para todas as agências reguladoras, “observado o disposto nos arts. 55 a 58 da Lei 9.472/1997, e nos termos de regulamento próprio”:

“Art. 37. A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras poderá se dar nas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos arts. 55 a 58 da Lei no 9.472, de 1997, e nos **termos de regulamento próprio**.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às contratações referentes a obras e serviços de engenharia, cujos procedimentos deverão observar as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.”(grifo adicionado)

9. Nesse contexto, respeitando as conclusões diversas, manifesto divergência apenas em relação às conclusões do Relator no que tange ao art. 55 da Lei 9.472/1997, o qual entendo ser constitucional, razão pela qual **julgo improcedente**, neste ponto, o pedido feito na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Acompanho o relator em relação às demais

ADI 1668 / DF

conclusões de seu voto.

10. É como voto.

01/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.668 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	:PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC DO B
ADV.(A/S)	:PAULO MACHADO GUIMARÃES
REQTE.(S)	:PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADV.(A/S)	:ALBERTO MOREIRA RODRIGUES
REQTE.(S)	:PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.(A/S)	:ILDSON RODRIGUES DUARTE
REQTE.(S)	:PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	:CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE BARROS
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	:CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

V O T O – V O G A L

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada por partidos políticos (PCdoB, PT, PSB e PDT), por meio da qual são impugnados diversos dispositivos e expressões da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), a qual dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador para o respectivo setor e outros aspectos institucionais, com fundamento de validade nas disposições inseridas pela Emenda Constitucional 8/1995.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

“Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho

ADI 1668 / DF

Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

(...)

Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

(...)

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;

III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;

IV - autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações.

(...)

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade,

ADI 1668 / DF

impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

(...)

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

(...)

Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;

(...)

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto,

ADI 1668 / DF

visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

Art. 56. A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

Parágrafo único. Encerrada a etapa competitiva, a Comissão examinará a melhor oferta quanto ao objeto, forma e valor.

Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após a etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

I - para a contratação de bens e serviços comuns de alto valor, na forma do regulamento;

ADI 1668 / DF

II - quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco;

III - para o registro de preços, que terá validade por até dois anos;

IV - quando o Conselho Diretor assim o decidir.

Art. 58. A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.

Parágrafo único. A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente.

Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.

(...)

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

(...)

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o *caput* poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

(...)

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

(...)

Art. 69. As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos.

ADI 1668 / DF

(...)

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

(...)

Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

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

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço 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.

(...)

Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório **simplificado**, instaurado pela Agência, **nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91**, observado o disposto no art. 92, desta Lei.

(...)

Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações”.

Os autores da exordial questionam a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), notadamente no que diz respeito à sua independência em relação à Administração Pública; ao seu poder normativo; à possibilidade de realização de licitações em modalidade especial, disciplinada pela própria agência; e à previsão de a Anatel realizar busca e apreensão de bens.

Ao apreciar o pedido de medida cautelar, em 1998, o Plenário desta

ADI 1668 / DF

Corte o deferiu parcialmente, por meio de acórdão que restou assim ementado:

“COMUNICAÇÕES - LEI GERAL Nº 9.472/97 - CONTROLE CONCENTRADO. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão”.

(ADI 1668 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1998, DJ de 16/04/2004)

A ata desse julgamento atesta que a Corte indeferiu a maior parte dos pedidos formulados. Acolheu, por outro lado, parcela do pedido para suspender expressões contidas na lei ou dar interpretação conforme à Constituição a certos dispositivos:

“O Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472, de 16/7/97. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei nº 9.472, de 16/7/97, resolveu: **1) deferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade das expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados”, constantes do art. 119; 2) deferir, por maioria de votos, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do art. 19, inciso XV, vencidos os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam; 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no**

ADI 1668 / DF

regime público e no regime privado, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia; b) quanto ao inciso II do art. 22, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia; c) quanto ao art. 59, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a contratação há de reger-se pela Lei nº 8.666, de 21/6/93, ou seja, considerando-se, como regra a ser observada, o processo licitatório, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam; 4) indeferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, quanto aos incisos II e III, do art. 18; 5) indeferir, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar, quanto: a) ao inciso I, do art. 18, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Presidente (Ministro Celso de Mello), que o deferiam; b) ao parágrafo único do art. 54, ao art. 55, ao art. 56, ao art. 57 e ao art. 58, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Presidente (Ministro Celso de Mello), que o deferiam; c) ao inciso III do art. 65, ao § 1º do art. 65, à expressão “ou concomitância”, constante do § 2º do art. 65, e ao art. 66, vencido o Ministro-Relator, que o deferia; d) ao art. 69, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Sepúlveda Pertence, que o deferiam; e) à expressão “as disposições desta lei e, especialmente”, constante do caput do art. 89, e aos incisos I a X, desse mesmo artigo 89, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Presidente (Ministro Celso de Mello), que o deferiam; f) ao art. 91, caput, e aos seus § 1º, 2º e 3º, vencido o Ministro-Relator, que o deferia; g) à expressão “ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91”, constante do art. 119, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), que o deferia. 6) Após tais decisões, o julgamento foi

ADI 1668 / DF

suspensão em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Nelson Jobim, para efeito de apreciação do art. 210, cuja suspensão de eficácia foi deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator). Plenário, 08.10.97. Decisão: Concluindo o julgamento, o Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia do art. 210 da Lei nº 9.472, de 16/7/97, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), que o deferia. Votou o Presidente. Plenário, 20.8.98”.

Em síntese, a referida decisão assentou, quanto ao poder normativo da Anatel (art. 19, IV e X), interpretação conforme para explicitar que a edição de normas se subordina aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga de serviço público.

No que diz respeito ao procedimento especial de licitação que seria regulado pela própria agência, a Corte suspendeu as expressões constantes do art. 119. Ademais, assentou que a agência se submete às disposições da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993).

Relativamente à competência do Conselho Diretor para tratar de procedimento em matéria licitatória (Art. 22, II), o Tribunal registrou que ela fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas na legislação de regência.

Finalmente, em relação à previsão de realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência, o Plenário deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender a aplicação do art. 19, XV.

Observo que a liminar, deferida pelo Plenário desta Corte há cerca de 23 anos, teve o condão de estabilizar a disciplina da Lei Geral de Telecomunicações, afastando expressões/dispositivos que colidiam com a Constituição e dando interpretação conforme a alguns dispositivos, de modo a limitar o poder normativo da Anatel, para que seja exercido em harmonia com os preceitos legais e regulamentares que regem o serviço público de telecomunicações.

Como bem pontuou o eminente Relator, essa orientação reflete a jurisprudência atual da Corte, como podemos extrair da leitura dos seguintes julgados mais recentes:

ADI 1668 / DF

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº 14/2002. PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO TABACO CONTENDO ADITIVOS. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REGULAÇÃO SETORIAL. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA. RAZOABILIDADE. CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO – CQCT. IMPROCEDÊNCIA. 1. Ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Lei nº 9.782/1999 delinea o regime jurídico e dimensiona as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia especial. 2. **A função normativa das agências reguladoras não se confunde com a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF).** 3. **A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial. Precedentes: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF,**

ADI 1668 / DF

Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014. 4. Improcedência do pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, XV, parte final, da Lei nº 9.782/1999, cujo texto unívoco em absoluto atribui competência normativa para a proibição de produtos ou insumos em caráter geral e primário. Improcedência também do pedido alternativo de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, III, da Lei nº 9.782/1999, que confere à ANVISA competência normativa condicionada à observância da legislação vigente. 5. Credencia-se à tutela de constitucionalidade *in abstracto* o ato normativo qualificado por abstração, generalidade, autonomia e imperatividade. Cognoscibilidade do pedido sucessivo de declaração de inconstitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. 6. Proibição da fabricação, importação e comercialização, no país, de produtos fumígenos derivados do tabaco que contenham as substâncias ou compostos que define como aditivos: compostos e substâncias que aumentam a sua atratividade e a capacidade de causar dependência química. Conformação aos limites fixados na lei e na Constituição da República para o exercício legítimo pela ANVISA da sua competência normativa. 7. A liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da Lei Maior) não impede a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas tendo em vista sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, individuais ou sociais, destacando-se, no caso do controle do tabaco, a proteção da saúde e o direito à informação. O risco associado ao consumo do tabaco justifica a sujeição do seu mercado a intensa regulação sanitária, tendo em vista o interesse público na proteção e na promoção da saúde. 8.

ADI 1668 / DF

O art. 8º, caput e § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999 submete os produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, a regime diferenciado específico de regulamentação, controle e fiscalização pela ANVISA, por se tratar de produtos que envolvem risco à saúde pública. A competência específica da ANVISA para regulamentar os produtos que envolvam risco à saúde (art. 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999) necessariamente inclui a competência para definir, por meio de critérios técnicos e de segurança, os ingredientes que podem e não podem ser usados na fabricação de tais produtos. Daí o suporte legal à RDC nº 14/2012, no que proíbe a adição, nos produtos fumígenos derivados do tabaco, de compostos ou substâncias destinados a aumentar a sua atratividade. De matiz eminentemente técnica, a disciplina da forma de apresentação (composição, características etc.) de produto destinado ao consumo, não traduz restrição sobre a sua natureza. 9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*). 10. A incorporação da CQCT ao direito interno, embora não vinculante, fornece um standard de razoabilidade para aferição dos parâmetros adotados na RDC nº 14/2012 pela ANVISA, com base na competência atribuída pelos arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999. 11. Ao editar a Resolução da Diretoria Colegiada –

ADI 1668 / DF

RDC nº 14/2012, definindo normas e padrões técnicos sobre limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e restringindo o uso dos denominados aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, sem alterar a sua natureza ou redefinir características elementares da sua identidade, a ANVISA atuou em conformidade com os limites constitucionais e legais das suas prerrogativas, observados a cláusula constitucional do direito à saúde, o marco legal vigente e a estrita competência normativa que lhe outorgam os arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999. Improcedência do pedido sucessivo. 12. Quórum de julgamento constituído por dez Ministros, considerado um impedimento. Nove votos pela improcedência do pedido principal de interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, do art. 7º, III e XV, in fine, da Lei nº 9.782/1999. Cinco votos pela improcedência e cinco pela procedência do pedido sucessivo, não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999) – maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República) – para declaração da inconstitucionalidade da RDC nº 14/2012 da ANVISA, a destituir de eficácia vinculante o julgado, no ponto. 13. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, e, no mérito julgados improcedentes os pedidos principais e o pedido sucessivo. Julgamento destituído de efeito vinculante apenas quanto ao pedido sucessivo, porquanto não atingido o quórum para a declaração da constitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada nº 14/2012 da ANVISA”.

(ADI 4874, Rel. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, DJe 019, de 31/01/2019)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato.

ADI 1668 / DF

Ação julgada parcialmente procedente. 1. O art. 7º da Lei estadual nº 10.931/97, quer em sua redação originária, quer naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, determina que a nomeação e a posse dos dirigentes da autarquia reguladora somente ocorra após a aprovação da indicação pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. A Constituição Federal permite que a legislação condicione a nomeação de determinados titulares de cargos públicos à prévia aprovação do Senado Federal, a teor do art. 52, III. A lei gaúcha, nessa parte, é, portanto, constitucional, uma vez que observa a simetria constitucional. Precedentes. 2. São inconstitucionais as disposições que amarram a destituição dos dirigentes da agência reguladora estadual somente à decisão da Assembleia Legislativa. O voluntarismo do legislador infraconstitucional não está apto a criar ou ampliar os campos de intersecção entres os poderes estatais constituídos sem autorização constitucional, como no caso em que se extirpa a possibilidade de qualquer participação do governador do estado na destituição do dirigente da agência reguladora, transferindo-se, de maneira ilegítima, a totalidade da atribuição ao Poder Legislativo local. Violação do princípio da separação dos poderes. 3. **Ressalte-se, ademais, que conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia.** 4. A natureza da investidura a termo no cargo de dirigente de agência reguladora, bem como a incompatibilidade da demissão ad nutum com esse regime, haja vista que o art. 7º da legislação gaúcha prevê o mandato de quatro anos para o conselheiro da agência, exigem a fixação de balizas precisas quanto às hipóteses de demissibilidade dos dirigentes dessas entidades. Em razão do vácuo normativo resultante da inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97 e

ADI 1668 / DF

tendo em vista que o diploma legal não prevê qualquer outro procedimento ou garantia contra a exoneração imotivada dos conselheiros da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), deve a Corte estabelecer, enquanto perdurar a omissão normativa, as hipóteses específicas de demissibilidade dos dirigentes dessa entidade. 5. A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, podem-se destacar como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo. 6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo”.

(ADI 1949, Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, Publicação DJe 224, de 13/11/2014)

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator, Ministro Edson Fachin.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.668

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC DO B

ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARÃES (5358/DF)

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADV.(A/S) : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES (12652/DF)

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S) : ILDSOSON RODRIGUES DUARTE (11060/DF)

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE BARROS (08869/PE)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu em parte da ação, e, na parte conhecida, julgou parcialmente procedente o pedido, para: (i) dar interpretação conforme à Constituição da República, sem redução de texto, ao artigo 19, incisos IV e X, da Lei nº 9.472/1997, com o objetivo de fixar exegese segundo o qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado; (ii) julgar inconstitucional o disposto no artigo 19, inciso XV, da Lei nº 9.472/1997; (iii) dar interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao artigo 22, inciso II, da Lei nº 9.472/1997, para assentar que o exercício da competência normativa pelo Conselho Diretor deve observar o arcabouço normativo atinente às licitações e contratos; (iv) julgar inconstitucional a expressão "serão disciplinados pela Agência" do artigo 55 da Lei nº 9.472/1997; (v) dar interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao artigo 59 da Lei nº 9.472/1997, assentando interpretação no sentido de que a contratação de técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de competência da Agência, deve observar o regular procedimento licitatório previsto pelas leis de regência; e (vi) julgar inconstitucionais as expressões "simplificado" e "nos termos por ela regulados" do artigo 119 da Lei nº 9.472/1997, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Roberto Barroso, que, no que tange ao art. 55 da Lei nº 9.472/1997, julgava improcedente o pedido formulado na ação, e acompanhava o Relator em relação às demais conclusões de seu voto. Plenário, Sessão Virtual de 19.2.2021 a 26.2.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário