

O documento a seguir foi juntado aos autos do processo de número 1001453-21.2018.4.01.3200 em 28/05/2018 19:03:49 por Ministério Público Federal
Documento assinado por:

- JOSE GLADSTON VIANA CORREIA

Consulte este documento em:
<http://pje1g.trf1.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>
usando o código: **1805281903510680000005964217**
ID do documento: **5982126**



1805281903510680000005964217



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO AMAZONAS
4º OFÍCIO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 1ª VARA DA SEÇÃO
 JUDICIÁRIA DO AMAZONAS**

Autos nº 1001453-21.2018.4.01.3200

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo Procurador da República subscritor, atuando na qualidade de fiscal da ordem jurídica, vem expor o seu parecer, na forma que segue.

1. Síntese do processado

Cuida-se de Ação Civil Pública com pedido de tutelas provisórias, ajuizada pelo SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES POR SATÉLITE – SINDISAT contra a TELEBRÁS – TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A.

Foi requerida tutela provisória de evidência *inaudita altera parte* para determinar que a TELEBRAS forneça:

- a) Cópia dos documentos nos quais foram apurados os “Preços de Reserva” dos lotes do Chamamento Público 02/2017, o que inclui suas motivações;
- b) Cópia integral dos processos administrativos que precederam e justificaram a contratação da empresa VIASAT Inc. para operar a Banda Ka do SGDC;
- c) Cópia, em mídia digital, se houver, dos áudios e vídeos das audiências

públicas e reuniões com interessados para apresentação do Chamamento Público;
d) Cópia do contrato firmado pela TELEBRÁS, incluindo eventuais outros contratos (dada a referência recente a relações mantidas com subsidiária integral da VIASAT no Brasil).

Foi também requerida *inaudita altera parte* a concessão de tutela provisória de urgência para determinar que a TELEBRAS e a VIASAT se abstenham de explorar comercialmente a capacidade satelital que foi cedida pela TELEBRÁS à VIASAT.

Como pedido final, requereu-se a confirmação da tutela provisória deferida e o reconhecimento da declaração da nulidade da contratação direta firmada pela TELEBRAS.

A demanda em análise tem por objeto a validade de contrato celebrado pela sociedade de economia mista TELEBRAS com o escopo de utilizar comercialmente a capacidade da banda Ka do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas (SGDC), o qual, segundo notícia referenciada pelo autor, “trará internet de alta velocidade e acessível para comunidades subatendidas e não atendidas em cinturões urbanos, bem como em áreas rurais e remotas em todo o Brasil”, em implementação ao Plano Nacional de Banda Larga (PNBL).

A parte autora alega na inicial que o contrato firmado entre a TELEBRAS e a VIASAT – ou sua subsidiária – é nulo por mais de um motivo. Primeiro, por ter sido realizado sem prévia licitação, embora a realização do Chamamento Público nº 02/2017 indicasse sua viabilidade. Segundo, porque afrontava o princípio da transparência e a Lei de Acesso à Informação, haja vista que nem o contrato nem as tratativas preliminares foram publicamente divulgados, embora a previsão de publicização no Chamamento nº 02/2017 – *v. g.*, preço de reserva – após sua conclusão indicasse não haver sigilo integral. Terceiro, porque haveria suspeita de que foram oferecidas à VIASAT condições (preço de reserva) mais favoráveis do que aquelas apresentadas no Chamamento Público, o que implicaria inaceitável privilégio.

Afirma, ainda, que a contratação mencionada prejudicaria a livre concorrência, pois proporcionaria risco de dominação do mercado por um operador introduzido “de maneira heterodoxa e potencialmente privilegiada”, às custas de recursos públicos. Além disso, sendo a VIASAT empresa estrangeira, não poderia prestar serviços de telecomunicações no Brasil por força do que dispõem o art. 133, I, da Lei nº 9.472/97 e o art. 6º do Regulamento aprovado pela Resolução nº 220/2000 da ANATEL.

Requer a inclusão no polo passivo da empresa contratada pela TELEBRAS, tão logo se confirmem sua identidade e qualificação.

Em despacho do dia 27/04/2018, este Juízo decidiu apreciar os pedidos liminares após a manifestação do Ministério Público Federal, bem como determinou a intimação da UNIÃO e da TELEBRAS para se manifestarem sobre os pedidos liminares.

A TELEBRAS apresentou manifestação (Id 5630513) aduzindo, em síntese, que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de evidência e que os pedidos possuem caráter satisfativo irreversível, o que obsta a concessão da tutela provisória (art. 300, §3º, do CPC). Ademais, informou que todos os documentos requeridos estão acobertados pelo sigilo comercial da TELEBRAS. Segundo afirma, a medida pretendida pelo autor viabilizaria acesso de informações estratégicas da sociedade de economia mista aos seus concorrentes, o que a colocaria em desvantagem competitiva.

A UNIÃO também apresentou manifestação (Id 5664233) arguindo a inexistência de requisitos para a concessão das tutelas provisórias de evidência, ressaltando o *periculum in mora* reverso caso os documentos sigilosos sejam apresentados, bem como a ausência de interesse da concessão de tutela de urgência, vez que tal medida já foi

liminarmente concedida nos autos nº 1001079-05.2018.4.01.3200.

2. Dos pedidos de tutela provisória

A **tutela de evidência** é uma tutela provisória de natureza satisfativa que deve ser concedida em casos em que se afigure evidente a existência do direito material, prescindindo do requisito da urgência.

O art. 311, do Código de Processo Civil, estabelece as hipóteses em que a tutela de evidência pode ser concedida e, de acordo com o parágrafo único do referido artigo, o Juiz poderá decidir liminarmente nos casos dos incisos II e III, quais sejam: II) as alegações de fato puderem sem comprovadas apenas documentalmente **e** houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito.

Ao comentarem a positivação da tutela de evidência no direito processual civil brasileiro, Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹ ensinam:

“O legislador procurou caracterizar a *evidência* do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação de ‘tutela provisória’ a partir de quatro situações arroladas no art. 311. O denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de *defesa inconsistente*. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será.

(...)

Quer se fundamente na urgência ou na evidência, a técnica antecipatória sempre trabalha nos domínios da ‘probabilidade do direito’ (art. 300) – e, nesse sentido, está comprometida com a *prevalência do direito provável* ao longo do processo. Qualquer que seja o seu fundamento, a técnica antecipatória tem como pressuposto a *probabilidade do direito*, isto é, de uma *convicção judicial* formada a partir de uma *cognição sumária* das alegações da parte.”

In casu, vê-se que as partes colocaram-se em polos opostos acerca da incidência desses dispositivos.

O autor, por um lado, trata os documentos cuja exibição

1 O Novo Processo Civil, 2ª ed., RT, São Paulo, 2016, pp. 234/236.

postula como elemento indispensável para posteriores decisões no bojo deste processo. A ré, por sua vez, entende ser necessária cognição exauriente para sua apresentação, ante o risco de irreversibilidade da medida, que implicaria revelação de segredos comerciais protegidos pelo art. 22 da Lei nº 12.527/11, pelos arts. 5º e 6º do Decreto nº 7.724/12 e pelo art. 155, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.404/76.

Portanto, o pano de fundo da controvérsia sobre a concessão da liminar é o possível caráter sigiloso dos documentos referentes ao contrato entabulado pela ré. Enquanto o autor defende que os termos do Chamamento Público nº 02/2017 autorizam concluir pela prescindibilidade do sigilo, a ré aduz que a publicização exporia sua estratégia comercial e a prejudicaria em termos competitivos. Acrescenta-se: por um lado, o sigilo comercial não pode afastar o controle judicial da legalidade dos atos encetados por ente da Administração Indireta, inclusive de eventual ato ímprobo; por outro lado, deve-se evitar, na realização do controle, desfavorecer a atuação da estatal no mercado.

Importante perceber, nesse contexto, que a controvérsia acerca da concessão de liminar para exibição de documentos não se cinge a questões estritamente jurídicas. A própria aplicabilidade das normas protetivas do sigilo invocadas pela TELEBRAS depende das respostas técnicas e fundamentadas a várias questões, dentre as quais: **(a) a revelação a concorrentes** dos preços de reserva e do modo como foram alcançados, dos processos administrativos que precederam e justificaram a contratação da empresa VIASAT e do contrato firmado pela TELEBRAS com a VIASAT **implica quebra de segredo industrial que as fragilize diante da concorrência?** **(b) Quais seriam os efeitos desta publicização?** **(c) Há meios alternativos para que se aufira a compatibilidade entre o contrato entabulado entre TELEBRAS e VIASAT e os critérios do Chamamento Público nº 02/2017, bem como sua economicidade, sem que se as coloque em desvantagem concorrencial?**

Naturalmente, as respostas a essas indagações não se restringem à seara jurídica. São necessários conhecimentos técnicos de economia e de exploração do setor de telecomunicações para que se conclua em qualquer dos sentidos.

Em outros termos, não há como concluir, por ora e sem maior maturação probatória, pela inconsistência da defesa apresentada pela TELEBRAS. O argumento por ela aduzido é relevante e há questão técnica a ser esclarecida, o que demanda instrução processual mais aprofundada. Ademais, se, por um lado, deve haver preocupação com o patrimônio público possivelmente ofendido pelo contrato entabulado pela TELEBRAS, por outro lado, o mesmo patrimônio pode ser colocado em perigo caso segredos comerciais da empresa sejam revelados de modo a prejudicar sua atuação no mercado.

Sem prejuízo da produção de prova técnica destinada a verificar os efeitos econômicos da publicização dos documentos mencionados aos concorrentes, **verifica-se ser ônus da ré demonstrar a licitude da contratação do parceiro privado. Assim, caso não logre êxito em demonstrá-lo, consequência natural será a anulação da avença**, seja em virtude da aplicação dos princípios reitores da Administração Pública já citados, seja em razão da aplicação da norma insculpida no art. 373, §1º, do Código de Processo Civil, a ser avaliada no momento processual adequado.

Portanto, não estando presente, por ora, a evidência que justifica a aplicação da norma prevista no art. 311 do Código de Processo Civil, manifesta-se este Ministério Público Federal pelo indeferimento do pedido de tutela provisória no que atine à exibição de documentos. Naturalmente, com o deslinde do feito, poderá essa questão ser reavaliada, ainda no curso da instrução processual.

Diferentemente, em relação ao pedido de **tutela de urgência**,

há elementos que apontam para a **probabilidade do direito**.

O autor apresentou motivos para que se suspeite da insuficiente transparência da TELEBRAS na escolha do parceiro comercial. Afinal, a prévia realização de chamamento público indica a viabilidade de procedimento concorrencial, de modo a respeitar os princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da competitividade, o que não foi observado. Ademais, não se utilizaram na contratação direta os padrões adotados no Chamamento Público, com repartição setorializada da capacidade satelital entre empresas, nem se expuseram minuciosamente os motivos que inviabilizariam a repetição do certame. Assim, denota-se possível ofensa ao disposto no art. 29, III, da Lei nº 13.303/16.

Não bastasse isso, apontaram-se na petição inicial dúvidas razoáveis acerca dos critérios utilizados na contratação direta: **(a)** alguns dos motivos apresentados publicamente para a contratação da VIASAT não foram acompanhados de fundamentação técnica. Em especial, não se demonstrou tecnicamente a incapacidade das demais empresas do setor de atender ao cronograma de ativação dos equipamentos previsto pela TELEBRAS; **(b)** outras razões não são atributos exclusivos da VIASAT, como a experiência internacional, o alegado alinhamento estratégico e o recebimento de prêmios; e **(c)** alguns dos fundamentos evocados não mantêm relação com o contrato a ser executado, como a capacidade de fabricar equipamentos de satélite.

Em outros termos, a TELEBRAS não se desincumbiu do ônus de demonstrar características particulares da empresa contratada, vinculadas a oportunidades de negócio definidas e específicas, que tornassem inviável o procedimento competitivo. Portanto, mesmo que se alegue não incidir *in casu* a norma do art. 29, III, da Lei nº 13.303/06 e ainda na hipótese de não reconhecer o Chamamento Público como licitação, a possível vulneração do disposto no art. 28, §3º, II, da mesma Lei torna provável, de todo modo, a ilegalidade da parceria firmada pela estatal.

Mesmo no exercício de seu objeto social, a sociedade de economia mista não pode escolher seu parceiro arbitrariamente, sob pena de total subversão de princípios basilares da Administração Pública, em especial a isonomia, a impessoalidade e a moralidade. Em termos simples, havia dois caminhos lícitos disponíveis à TELEBRAS – realizar procedimento competitivo que garantisse a observância dos princípios citados ou justificar de modo técnico e minucioso sua inviabilidade. Preferiu-se não adotar qualquer desses caminhos.

A necessidade de observar esses parâmetros normativos já era de conhecimento da ré, que tomou ciência do Acórdão 2033/2017 prolatado pelo TCU. Porém, como bem expôs a i. Procuradora-Geral da República em manifestação acerca do pedido de suspensão da medida liminar nº 1.157/AM, optou a estatal por não adotar as recomendações do órgão de contas.

Portanto, torna-se altamente provável a ilicitude da avença, preenchendo-se um dos requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, verifica-se também o ***periculum in mora***, eis que a imediata execução da parceria poderá viabilizar às rés auferir lucros com base em negócio jurídico obscuro sobre o qual recaem graves e fundadas suspeitas de ofensa aos princípios da impessoalidade, da isonomia, da competitividade e da transparência que deveriam regê-la.

Ademais, não se podem desprezar os riscos à soberania nacional pela imediata execução do contrato, como bem expôs a i. Procuradora-Geral da República no já citado parecer. A parceria em questão esvazia a função da estatal como responsável pela exploração da banda Ka do satélite, sem reserva de exclusividade que garanta a implementação dos objetivos do Programa Nacional de Banda Larga instituído pelo Decreto nº 7.175/2010. Como expôs a d. PGR:

Além disso, neste ponto, o contrato em questão constitui esvaziamento da função da Telebras como responsável pela exploração da banda Ka do satélite brasileiro, com verdadeira transferência da prestação dos serviços de conexão à internet, sem qualquer reserva de exclusividade que garanta a implementação dos objetivos do Programa Nacional de Banda Larga – PNBL. (...)

Esta reserva mínima de exclusividade, além de assegurar a implementação do PNBL, consubstancia segurança das informações governamentais e, em última análise, proteção da soberania nacional. E não se está falando, in casu, de segurança no âmbito das comunicações militares ou de defesa nacional e, portanto, de dados relacionados à Banda X do satélite brasileiro. Como explicitado pela própria requerente, a banda civil do SGDC será integralmente voltada para o interesse público, destinando-se parte de sua capacidade ao atendimento das demandas da Administração Pública, em especial os projetos da educação e da saúde.

A soberania, fundamento próprio do conceito de Estado e também princípio da ordem econômica (art. 170–I da Constituição), significa poder político supremo e independente. Na lição da doutrina, supremo porque não está limitado por nenhum outro na ordem interna; independente, porque, na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos de outros povos.

Assim, tomando-se por base um entendimento mais abrangente do citado preceito, é sim temerário que 100% dos dados operacionalizados na banda Ka do satélite brasileiro – incluindo as referidas demandas da Administração Pública – estejam sendo compartilhados com a empresa americana Viasat, principalmente levando-se em consideração que as regras de confidencialidade das informações firmadas entre as parceiras não são conhecidas. Tampouco sabe-se acerca das obrigações da organização estrangeira para com o seu Estado-nação.

Soma-se a esses argumentos o fato de que o prosseguimento da parceria poderá esvaziar o objeto da presente ação civil pública, destituindo-a de utilidade.

Dessa feita, presentes os requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil, é de rigor a concessão da tutela provisória de urgência pleiteada pelo requerente. Ressalte-se que o deferimento da medida na ação nº 1001079-05.2018.4.01.3200 não obsta a concessão da liminar neste feito, em especial porque aquela ação não é coletiva *lato sensu* e seu seguimento vincula-se ao interesse particular das autoras, ao qual não se pode submeter o interesse social subjacente à presente ação.

Finalmente, cabe ressaltar que, em caso complexo e socialmente relevante como o presente, mostra-se prudente ampliar o espectro de debate processual, para que entes com qualificação técnica extrajurídica tragam aos autos elementos úteis para o deslinde do feito.

Nesse sentido, considerando ser **competência da ANATEL**, nos termos do art. 19 da Lei nº 9.472/97, “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” (*caput*), “deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos” (inciso XVI), “compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações” (inciso XVII) e “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE” (inciso XIX), **requer-se sua intimação para que informe se tem interesse em ingressar no feito.**

Aguarda-se, ademais, a citação das rés – inclusive a litisconsorte Viasat Brasil – para apresentação de contestação, após o que se requer nova abertura de vista.

Manaus/AM, 28 de maio de 2018

José Gladston Viana Correia
Procurador da República