

#### ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

#### PARECER n. 00058/2018/DECOR/CGU/AGU

NUP: 53500.029497/2014-87

INTERESSADOS: ANATEL - GPR - GABINETE DA PRESIDÊNCIA

ASSUNTOS: SALDO DE RECURSOS REMANESCENTES. DESTINAÇÃO PREVISTA EM EDITAL.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGÊNCIAS REGULADORAS. LICITAÇÕES. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EDITAL N° 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL. COMPETÊNCIAS. ANATEL. CONSELHO DIRETOR DA ANATEL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES. SALDO DE RECURSOS REMANESCENTES. DESTINAÇÃO.

- 1. Nos termos do item 7, Anexo II-B, do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel, o saldo de recursos remanescente, se houver, deverá ser destinado à distribuição de Conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, às famílias que já não os tenham recebido, dentre outros projetos, sob critérios a serem propostos pelo GIRED e decididos pelo Conselho Diretor da Anatel.
- 2. A técnica redacional utilizada no edital ("deverá" e "dentre outros projetos") revela rol exemplificativo e ausência de projeto preferencial, sendo recorrente no ordenamento jurídico nos mais variados sistemas que o compõem, como ocorre no Direito Administrativo e inclusive no Direito Penal, ramo informado pelo princípio da tipicidade, consoante os exemplos colacionados neste parecer.
- 3. De acordo com o item 15.VII, Anexo II-B, do Edital de Licitação nº 2/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, compete ao GIRED a "proposição dos critérios de utilização de saldo de recursos remanescentes de que trata o item 7". Por conseguinte, a proposição dos critérios de utilização fora estabelecida em face de todo o saldo previsto na íntegra textual do enunciado no item 7. Assim, é legítima a criação de Grupo de Trabalho e a competência do GIRED para dispor sobre o saldo, os critérios e projetos.
- 4. As balizas do item 7, Anexo II-B, do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel, constituem texto específico em relação às demais previsões editalícias. Nessa linha, o item foi direto e detalhado ao conferir ao Conselho Diretor da ANATEL a decisão final acerca do saldo de recursos remanescentes, dos respectivos projetos e critérios de utilização.
- 5. Não pode haver interferência ulterior nos termos do edital e no cumprimento dos compromissos de sua abrangência, além dos termos assinados pelos envolvidos, por intermédio de atos normativos secundários (e.g. portarias, instruções normativas), notadamente após o exaurimento de suas finalidades. O magistério jurisprudencial das Cortes Superiores não dá guarida a tanto (e.g. RE 318.106/RN, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.10.2005; e os MS 26.668/DF, 26.673/DF e 26.810/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgados em 15.04.2009).
- 6. A Portaria nº 3045/2018/SEI-MCTIC, de 07 de junho de 2018, que dispõe sobre a destinação do saldo de recursos remanescente para distribuição de conversores, viola as competências previstas para o GIRED e o Conselho Diretor da ANATEL no instrumento convocatório e seus anexos. Cabe ao órgão avaliar sobre a sua anulação ou revogação.

Excelentíssimo Coordenador-Geral de Orientação,

#### I - RELATÓRIO

- 1. Os autos revelam controvérsia jurídica entre a Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Telecomunicações e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, cuja argumentação central gira em torno da destinação de saldo de recursos financeiros remanescentes, prevista no Edital n° 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL.
- 2. Conforme consta dos autos, fora submetido à Pasta Ministerial questionamento sobre a destinação dos referidos recursos administrados pela Entidade Administradora do Processo de Redistribuição e Digitalização de Canais de TV e RTV EAD. O ofício foi proveniente da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão ABERT, em conjunto com a Associação Brasileira de Rádio e Televisão ABRATEL.
- 3. Posteriormente, ambas enviaram à Agência Nacional de Telecomunicações a mesma proposta para que estes recursos custeiem uma distribuição adicional de kits conversores. No âmbito ministerial, fora exarada a Nota Técnica nº 5923/2018/SEI-MCTIC, no sentido de que "o saldo remanescente deverá ser destinado à distribuição de Conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz às famílias que não o tenham recebido".
- 4. Além disso, a nota asseverou que "em relação aos outros projetos, conforme descrito no item 7, do ANEXO II-B, do Edital  $n^{\circ}$  002/2014-SOR/SPR/CD-Anatel, a Secretaria de Radiodifusão entende que, não havendo consenso nas deliberações do GIRED, a proposta a ser encaminhada ao Conselho

Diretor da Anatel, para decisão, caberá à Anatel ou ao MCTIC, respeitadas suas respectivas competências".

- 5. A CONJUR do MCTIC, por sua vez, inicialmente expôs as suas conclusões no PARECER n. 257/2018/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU, pela viabilidade jurídica do posicionamento apresentado pela Secretaria de Radiodifusão. Acresceu, ademais, que a definição das políticas nacionais de radiodifusão, bem como de telecomunicações. são da competência da Pasta Ministerial, à luz do disposto no art. 27, da Lei nº 13.502/17.
- 6. Nesse contexto, o Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações expediu o Ofício nº 10900/2018/SEI-MCTIC, com o objetivo de recomendar à ANATEL que sejam observadas as posições firmadas pela área técnica e Consultoria Jurídica, afora destacar trecho do Acórdão TCU nº 2301/2014 Plenário. Em outras palavras, que o saldo remanescente dos recursos financeiros administrados pela EAD fosse utilizado na compra de conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e desempenho otimizado, ou com filtro de 700 MHz, para as famílias que ainda não os tenham recebido, destinação que estaria abarcada pelas diretrizes do "Compromisso de Pagamento dos Custos Decorrentes da Redistribuição de Canais de TV e RTV e das Soluções para os Problemas de Interferência Prejudicial nos Sistemas de Radiocomunicação", previsto no referido Edital nº 002/2014-SOR/SPR/CD-Anatel.
- 7. Por outro vértice, a ANATEL, no Ofício nº 236/2018/SEI/GPR-Anatel, informou que na 42ª Reunião Ordinária do GIRED (29/05/2018), no uso das competências estabelecidas pelo § 2º do art. 4º do Regimento Interno do Grupo, este decidiu criar o Grupo Técnico de Projetos Adicionais (GT-Projetos Adicionais), a ser composto por representantes do MCTIC, ANATEL, além de profissionais e colaboradores indicados previamente pelas proponentes vencedoras e pelos radiodifusores, sendo 4 (quatro) representantes da radiodifusão e 1 (um) representante de cada uma das quatro sociedades empresárias vencedoras da licitação, sem prejuízo dos suplentes.
- 8. O objetivo seria a elaboração de propostas alternativas para a utilização do saldo de recursos remanescentes aportados na EAD (se houver), posterior submissão ao próprio GIRED e, por fim, à decisão do Conselho Diretor da ANATEL. Realizado o procedimento, haveria o encaminhamento ao MCTIC para ciência, nos termos do item 7 do Edital do Anexo II-B do Edital nº 002/2014-SOR/SPR/CD-Anatel.
- 9. Em resposta, o MCTIC informou a Agência, por meio do Ofício nº 23442/2017/SEI-MCTIC, "da desnecessidade da criação do GT-Projetos Adicionais, tendo em vista a publicação da Portaria nº 3045/2018/SEI-MCTIC, de 07 de junho de 2018, que dispõe sobre a destinação do saldo de recursos remanescente, proveniente da licitação de que trata o Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel, administrados pela Associação Administradora do Processo de Redistribuição e Digitalização de Canais de TV e RTV EAD".
- 10. O PARECER n. 00453/2018/ PFE-ANATEL/PGF/AGU da PFE-Anatel divergiu do teor da Portaria nº 3.045, de 7 de junho de 2018, do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, publicada na Seção 1 do Diário Oficial da União de 8 de junho de 2018, que dispõe sobre a destinação do saldo de recursos remanescente. Por fim, a necessidade do GT-Projetos Adicionais fora reiterada pelo Presidente da Agência (Ofício nº 240/2018/SEI/GPR-ANATE), inclusive para dar cumprimento à política pública do setor de telecomunicações mencionada na Portaria Nº 3.045, de 7 de junho de 2018, do MCTIC, e constante no Edital nº 002/2014-SOR/SPR/CD-Anatel.
- 11. À luz do teor do anterior PARECER n. 00257/2018/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU, que diverge dos posicionamentos da PFE-Anatel, bem como da Portaria nº 3.045/2018, a CONJUR-MCTIC exarou o PARECER n. 00689/2018/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU. Entendeu, entre outros fundamentos que serão abordados na manifestação deste Departamento, que a "interpretação sistemática dos dispositivos do próprio Edital nº 2/2014, em observância ao que dispõe a Lei 4.117/62, bem como à política pública de implantação do SBTVD-T estabelecida por decreto presidencial, indica que a utilização dos recursos remanescentes deve priorizar a destinação de conversores de TV Digital às famílias que ainda não receberam (item 7, do Anexo II B do edital)".
- 12. Após a elaboração da manifestação consultiva por este Departamento, surgiu um fato novo nos autos, a inserção do PARECER n. 00860/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU, em novembro de 2018, relativo a dúvida jurídica endereçada ao órgão. A PFE-Anatel, por sua vez, concluiu no sentido da possibilidade de "que a EAD utilize recursos do Edital da faixa de 700 MHz para executar a redistribuição de canais que não foram previstos no Anexo II-E, em razão de inconsistências na base de dados da Agência à época do levantamento, mas cujos remanejamentos são necessários para a efetiva liberação da faixa de 700 MHz para o SMP no prazo previsto no Edital (...)".
- 13. Portanto, a controvérsia tangencia aspectos jurídicos relativos ao procedimento (e.g. competências) que resvalam na própria definição do destino a ser dado aos recursos remanescentes, oriundos do aporte financeiro realizado pelas vencedoras do processo licitatório em referência.

#### II - FUNDAMENTAÇÃO

14. Tendo em mira o que fora relatado, percebe-se que a problemática tem íntima ligação com o estatuído no item 7 do Anexo II-B do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel. Sendo assim, é imperioso transcrevê-lo para perceber o sentido e o alcance de suas disposições normativas.

#### Edital n° 2/2014- SOR/SPR/CD-ANATEL

(...)

7. Após a utilização dos recursos referidos no item 3.1 para ressarcir os custos decorrentes da redistribuição de canais de TV e RTV e implementar as soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação, na forma dos itens 5 e 6 e subitens, o saldo de recursos remanescente, se houver, deverá ser destinado à distribuição de Conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, às famílias que já não os tenham

recebido, <u>dentre outros projetos</u>, sob critérios a serem <u>propostos</u> pelo Grupo de que trata o item 14 e <u>decididos</u> pelo Conselho Diretor da Anatel.

- 15. Como visto, o GIRED é constituído pela ANATEL, com composição híbrida e multifacetada, uma vez que conta com a participação do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, de representantes de entidades de radiodifusão e das proponentes vencedoras da licitação sob exame. Entre seus objetivos estão **a disciplina e a fiscalização** da implantação do processo de redistribuição de canais de TV e RTV, das soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação e das atividades da EAD.
- 16. Na presente controvérsia tem sido invocado o item 14.3, do ANEXO II B, do Edital n° 002/2014-SOR/SPR/CD-Anatel, o qual estatui que **não havendo consenso** nas deliberações no âmbito do GIRED, a decisão **caberá à Anatel ou ao então Ministério das Comunicações,** respeitados os limites de suas respectivas competências legais.
- 17. É importante salientar que o art. 11 do Regimento Interno do Grupo trata das deliberações do grupo, tomadas por consenso e, em caso de divergência, a prevalência do voto do Presidente do GIRED, nos assuntos de competência da ANATEL, ou do Representante do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, quando a matéria for da competência da Pasta.
- 18. Conforme enfatizado anteriormente, as áreas técnica e consultiva entenderam que aquele dispositivo editalício **determina** a distribuição de conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 Mhz, às famílias que ainda não os tenham recebido. Desse modo, **haveria preferência em face de outros projetos alternativos**, de maneira que as eventuais **proposições de outros projetos pelo GIRED seriam necessárias apenas se ainda assim restassem recursos**, tal como a respectiva decisão pelo Conselho Diretor da Anatel.
- 19. Algumas premissas básicas devem ser estabelecidas para a adequada interpretação do item 7 do Anexo II-B do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel. Primeiro, que a fração inicial da cláusula excluída a parte final, portanto relativa apenas ao dever de destinação dos recursos remanescentes, para a distribuição de conversores, não diz respeito a direito subjetivo de outrem ou a rol de atribuições de órgãos. Nestes dois casos, não haveria como afirmar a inexistência de direito plenamente exercitável ou a ausência de uma atribuição, mesmo que o legislador ou o administrador tivesse utilizado a técnica de estabelecimento de rol exemplificativo, pois estaria presente o desiderato de assegurar e cumular direitos ou atribuições, não de exclusão de outros(as) direitos ou atribuições.
- 20. Exemplificadas aquelas duas situações, a premissa secundária é que o edital dispôs sobre recursos **remanescentes** para **projetos**, **a demonstrar a marca da imprevisibilidade** não só no que tange a estes últimos, mas também quanto à própria existência de valores remanescentes. A ocorrência é natural principalmente em licitações pautadas por cronogramas longos, no bojo de políticas públicas mais complexas e amplas. Por conseguinte, *in casu*, um projeto aventado quando do lançamento do edital poderia e pode não ser o mais adequado ao **interesse público** hodiernamente, o que invariavelmente demanda estudos, investigações, dados, comprovações, comparações, análise da relação custo *versus* benefício, para fins de justificação e homenagem àquela cláusula geral.
- 21. A terceira premissa é que, em uma visão macro, a técnica utilizada no edital ("dentre outros projetos") é recorrente no ordenamento jurídico nos mais variados sistemas que o compõem. Não é desconhecida, por exemplo, a fórmula adotada no direito penal, sistema fincado no princípio da tipicidade:

#### Código Penal

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

§ 2° Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura **ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum**;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação **ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa** do ofendido;

 $\mbox{\sc V}$  - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

- 22. O mesmo ocorre com o art. 25, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), que previu ser "inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, **em especial**:", bem como o art. 7º da Lei n 11.340/06 (Lei Maria da Penha), ao dispor que "são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, **entre outras**:".
- 23. Não há dúvidas de que a frase "deverá ser destinado à distribuição de Conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, às famílias que já não os tenham recebido, dentre outros projetos, sob critérios a serem propostos pelo Grupo", não previu rol taxativo, tampouco preferência, ainda que tenha sido acompanhada da assertividade e afirmação decorrente do uso da expressão "deverá". Esta característica também está espraiada pelo ordenamento.
- 24. Em termos de **projetos e recursos remanescentes (eventuais), não se pode falar que houve preferência estabelecida abstratamente** desde há muito (v.g. lançamento de edital), de modo que se tenha previsto o futuro, sem o estabelecimento de estudos e avaliações que pudessem ser utilizados para aferir se persistiu ou persistiria no tempo o interesse público no projeto. Desse raciocínio

jurídico deriva o igual descabimento da alegação de que, além disso, as proposições de outros projetos pelo GIRED seriam necessárias <u>apenas</u> se restassem recursos provenientes da preferencial distribuição de conversores às famílias que já não os tenham recebido.

- 25. A interpretação levada a cabo pelo MCTIC e pela CONJUR **nulifica a parte final** do item 7 do Anexo II-B do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel: "sob **critérios a serem <u>propostos</u> pelo Grupo".** Não houve discriminação prévia destes critérios e foram alçados à análise do grupo, sendo que permanecem necessários para quaisquer destinações de recursos remanescentes a projetos, tendo em vista o contínuo decurso do tempo e seus consectários, tais como as mudanças sociais e econômicas.
- 26. É relevante sublinhar que o item 15.VII, Anexo II-B do Edital de Licitação nº 2/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, inclusive previu ser atribuição do GIRED a "proposição dos critérios de utilização de saldo de recursos remanescentes de que trata o item 7". Por conseguinte, a proposição dos critérios de utilização fora estabelecida em face de todo o saldo previsto na íntegra textual do item 7, sem que haja fracionamento ou parcelaridade na análise desta cláusula, ainda que o próprio GIRED conclua que deva ser distribuído para a distribuição de conversores. Assim, é legítima a criação de Grupo de Trabalho e a competência para dispor sobre os critérios e o saldo.
- 27. A possibilidade de remanescer **saldo** vem prevista de forma antecedente a qualquer tipo de destinação ou critérios ("<u>o saldo</u> de recursos remanescente, se houver, deverá ser destinado"), sendo inviável entender que o GIRED poderá dispor sobre outros projetos **apenas** se restarem recursos da distribuição de conversores a quem não recebeu, o que não fora previsto no texto.
- 28. Algo básico e ignorado é que o item 7 do Anexo II-B do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel **é específico em relação às demais previsões editalícias.** Desse modo, e isto tem a ver com os dois parágrafos anteriores desta manifestação, o item foi direto e detalhado ao conferir ao Conselho Diretor da ANATEL a decisão acerca do saldo de recursos remanescentes e respectivos critérios de utilização: "decididos pelo Conselho Diretor da Anatel".
- 29. Assim, embora a CONJUR-MCTIC tenha alinhavado que a disposição deve ser interpretada no sentido de conferir ao Conselho Diretor da Anatel **poder de decisão acerca dos critérios** que serão propostos pelo GIRED, **não de decidir acerca da destinação final** destes recursos, uma vez que a política nacional de radiodifusão é conduzida pelo MCTIC, o argumento não supera a disposição editalícia, porquanto fora prevista competência para a "**proposição dos critérios de utilização de saldo de recursos". Ou seja, <u>a utilização de tudo</u> o que remanesceu, a diferença positiva <b>entre créditos e débitos, numa ótica contábil.**
- 30. Independente da forma de apuração de entendimentos deliberativos, consultivos, propositivos, etc. do GIRED, o assunto deve chegar ao Conselho Diretor da ANATEL para decisão. Não seria necessário distinguir os tipos ou espécies de competências do grupo para concluir sobre a competência expressamente prevista para o Conselho Diretor de ANATEL. Com efeito, o item 14.3, Anexo II-B do Edital de Licitação nº 2/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, além do art. 11 do Regimento Interno do Grupo, são despiciendos **pelo menos para definir a competência final.**
- 31. De qualquer sorte, quanto à atribuição intermediária (do GIRED), por ser um órgão colegiado, poder-se-ia cogitar de ser necessária uma **deliberação** sobre o que seria proposto ao órgão competente para decidir, no entanto **esta interpretação gera um efeito contrário à competência** qual seja **impedir** de pronto que determinados projetos e critérios sejam apreciados pelo Conselho Diretor, por exclusão sumária ao exclusivo alvedrio do grupo, o que tolheria a competência deliberativa do Conselho e o engessaria.
- 32. Ainda que assim não fosse, nos termos do art. 11 do Regimento Interno do Grupo e do i tem 14.3 do Anexo II-B do Edital de Licitação nº 2/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, *in fine*, em caso de divergência prevaleceria o voto do Presidente do GIRED, nos assuntos de competência da ANATEL, decorrência da própria competência final prevista para o Conselho Diretor, consoante a norma editalícia específica transcrita. De outra banda, a competência do Representante do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações se dá apenas quando a matéria for da estrita competência da Pasta. A exclusão ou impedimento (juízo negativo) não se coaduna com a natureza propositiva de projetos alternativos, que ensejam variadas visões e uma apreciação dialética e comparativa dos que foram apresentados, caso contrário seriam encaminhados apenas os de consenso ou os que obtiverem a concordância do Presidente do GIRED, por exemplo, o que vai de encontro à composição heterogênea e à competência decisória final do Conselho Diretor da Anatel. Assim, debatidas as proposições tidas como viáveis, todas devem ser encaminhadas.
- 33. Aparentemente, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão ABERT, em conjunto com a Associação Brasileira de Rádio e Televisão ABRATEL. têm preferido a distribuição dos conversores, independentemente da análise de outros projetos eventuais, previstos pelo instrumento convocatório.
- 34. A CONJUR-MCTIC entende que as interpretações sistemática e teleológica devem prevalecer em detrimento da literal. De fato, este Departamento tem conferido especial atenção a ambas quando da uniformização dos entendimentos submetidos, inclusive ao elemento lógico. Em recente manifestação, restou consignado que a interpretação deve considerar todas as demais partes (unidade), bem como a estruturação que constou do discurso juridicamente consagrado no ordenamento. Nas palavras do Prof. Daniel Sarmento,

Savigny distinguia o elemento lógico do elemento sistemático. Para ele, o elemento lógico referia-se "à estruturação do pensamento, ou seja, à relação lógica na que se acham suas diversas partes", e o elemento sistemático, "à conexão interna que enlaça a todas as instituições e regras jurídicas dentro de uma magna unidade". Aqui os dois elementos não serão individualizados, como tampouco costuma ocorrer na doutrina.

A premissa básica do elemento sistemático é a de que o Direito não é um mero conjunto de normas, mas compõe um ordenamento, em que cada parte tem conexão com o todo, à luz do qual deve ser compreendida. A interpretação

sistemática busca promover a harmonia entre essas partes. Isso não significa dizer que essa harmonia no ordenamento seja um dado da realidade, que se possa comprovar pela análise das leis em vigor. Sabe-se, pelo contrário, que no Estado contemporâneo, caracterizado pela inflação legislativa e pelo pluralismo dos interesses que são juridicamente tutelados, a existência de tensões e conflitos entre normas jurídicas é fenômeno corriqueiro. Na verdade, a busca da harmonização e da coerência no ordenamento é uma tarefa que o intérprete deve perseguir; muitas vezes uma tarefa dificílima. Trata-se de um ponto de chegada que se aspira atingir, e não do ponto de partida do intérprete.

- 35. De igual sorte, o elemento teleológico (*purposive*) tem sido observado, mormente em conflitos entre normas constitucionais não é o caso -, por ser o principal elemento da interpretação constitucional, nos dizeres de Aharon Barak, constitucionalista israelense.
- 36. Todavia, na hipótese dos autos, a norma que advém do texto, na linha da inexistência de rol taxativo e ausência de preferência, não traz consigo quaisquer evidências na direção de que o elemento teleológico não foi observado pela ANATEL, ou seja, que eventual não distribuição de conversores automaticamente afronte diretamente as finalidades perseguidas pela política pública nacional. Os projetos alternativos sequer foram formatados e seriam necessários fundamentos robustos e muito bem detalhados de que eventualmente estão distantes da política nacional, máxime em virtude da abrangência desta.
- 37. O argumento no sentido de que a interpretação da Pasta Ministerial evitaria que a população em geral, principalmente as famílias menos abastadas, sofressem a interrupção da transmissão da TV aberta nas suas casas, não impressiona, pois não significa que se outros projetos diferentes vierem a ser aprovados haverá o comprometimento desta finalidade de interesse público (manutenção da transmissão).
- 38. A única exigência feita na Portaria nº 481, 9 de julho de 2014, do então Ministério das Comunicações, fora constar a obrigação de distribuir, na forma do edital, um conversor (set-top-box) para recepção da televisão digital terrestre, às famílias cadastradas no Programa Bolsa Família do governo federal. Se tivesse existido interesse em vincular a destinação dos recursos preferencialmente a outras demandas, à época do edital, teria sido realizada previsão semelhante ou estabelecida a ordem de preferência com sói acontecer no ordenamento jurídico, mediante as expressões "preferencialmente", "sucessivamente", "subsidiariamente", "na seguinte ordem", entre outras. A previsão, se realizada à época, daria maior previsibilidade específica para todos os envolvidos sobre qual seria a destinação dos recursos financeiros eventualmente à disposição. Eis um exemplo de estabelecimento de preferência:

#### Lei nº 8.666/93

- Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
- (....)
- § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, **será assegurada preferência, sucessivamente,** aos bens e serviços:
- Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
- § 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados <u>deverão</u>, <u>preferencialmente</u>, <u>ser celebrados mediante a realização de concurso</u>, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.
- 39. O mesmo ocorre quando a questão é focada sob as lentes **do sistema**, pois para a CONJUR-MCTIC a preservação da interpretação sistemática determina que sejam respeitados **outros enunciados que regem a política nacional de telecomunicações (e.g. Lei 4.117/62).** É possível ir mais além, a ótica passa inclusive pela Constituição e pela teoria geral do Direito Administrativo, vinculação ao instrumento convocatório, segurança jurídica, entre outros fundamentos, **não apenas as telecomunicações.**
- 40. A interpretação sistemática não pode ser utilizada de modo tautológico, ou seja, para sempre superar e fulminar interpretações de subsistemas, em uma hermenêutica da consciência/voluntarista, diferente da hermenêutica filosófica, in casu os termos dispostos no edital e a técnica utilizada na redação (largamente consagrada, consolidada, pacífica), igualmente sustentados por pilares de maior envergadura (v.g. ordenamento nacional é mais amplo; direito constitucional: segurança jurídica; direito administrativo: instrumentos convocatórios e normas reguladoras). Não houve lacuna ou ambiguidade no texto apreciado.
- 41. **Sob o prisma da lógica,** não seria coerente destinar prévia e preferencialmente valores para a distribuição de conversores, a ser realizada **após um lapso temporal bastante elástico**, de modo que se pudesse assegurar que todas as condições políticas e sociais seriam mantidas. Suponha-se que tivesse sido estabelecida a preferência, consequentemente os recursos seriam destinados mesmo em face de outros projetos **eventualmente** vantajosos, como se tivesse sido realizado 5 (cinco) anos antes o prognóstico. Não haveria margem e seria uma destinação absoluta, pois no contexto atual sempre haverá uma parcela da população com a necessidade de conversor, o que enseja análises micro

e macro de verificação da vantajosidade e do interesse público.

- 42. Gize-se que não cabe a este órgão assentar qual destinação tem prevalência no âmbito das políticas públicas que envolvem a regulamentação da faixa de 700 MHz e o Edital de Licitação nº 2/2014/SOR/SPR/CD-Anatel. Entretanto, **o cumprimento do item 7**, do Anexo II-B do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel, nos termos aqui consignados, incluída a previsão da competência decisória do Conselho Diretor da ANATEL, **não colide com a política geral tracejada pelo Poder Executivo Federal.** Esta tem escopo geral e, a bem da verdade, é ampla e apenas após a definição dos projetos seria possível demonstrar que, **sob o prisma jurídico**, viola **diretamente** a política pública **geral** normatizada.
- 43. Outro ponto que não pode ser ignorado pelos órgãos conflitantes é que **não pode haver interferência ulterior nos termos do edital e no cumprimento dos compromissos de sua abrangência, além dos termos assinados pelos envolvidos,** por intermédio de atos normativos secundários (e.g. portarias, instruções normativas), notadamente após o exaurimento de suas finalidades. O magistério jurisprudencial das Cortes Superiores não dá guarida a tanto.
- 44. É possível traçar um paralelo com os editais de concursos públicos, onde **o Supremo Tribunal Federal** decide de modo iterativo que o edital seja a "lei" do assunto, a ensejar a observância obrigatória. Apenas seria legítima a modificação das condições de um certame em andamento, originalmente previstas no respectivo edital, quando necessário para adequação a eventuais novidades surgidas na legislação posteriormente à publicação do edital, mesmo assim contanto que o concurso público ainda não esteja concluído e homologado (RE 318.106/RN, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.10.2005; e os MS 26.668/DF, 26.673/DF e 26.810/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgados em 15.04.2009).
- 45. Assim, "após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira" (MS 27.160/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 18.12.2008). De qualquer sorte, de modo bastante excepcional, de forma que não se vulnerem outras garantias constitucionais ou o núcleo da segurança jurídica consagrada constitucionalmente.
- 46. Em conclusão, a Portaria nº 3045/2018/SEI-MCTIC, de 07 de junho de 2018, que dispõe sobre a destinação do saldo de recursos remanescente para distribuição de conversores, viola as competências previstas para o GIRED e o Conselho Diretor da ANATEL no instrumento convocatório e seus anexos. Cabe ao órgão avaliar sobre a sua anulação ou revogação.
- 47. Na edição de atos normativos infralegais é importante prezar por uma diretriz fundamental, de forma a não inovar no ordenamento jurídico em face dos diplomas legais editados legislador, bem como usurpar competências das entidades descentralizadas pelo legislador.
- 48. Por exemplo, a previsão de **expedição de normas complementares necessárias à execução e operacionalização do SBTVD-T** (v.g. Decreto nº 5.820/06, art. 14), por parte do MCTIC, não diz respeito ao centro da controvérsia, sendo **restrita ao conjunto de padrões tecnológicos** a **serem adotados para transmissão e recepção de sinais digitais** terrestres de radiodifusão de sons e imagens. Em outras palavras, **não dá suporte ao afastamento do que previsto no instrumento convocatório,** que teve por objeto diversas explorações no âmbito da autorização para uso de radiofrequências.
- 49. Os diplomas legislativos anteriores a 1988, tais como a Lei nº 4.117/62 e o Decreto nº 52.795/63, devem ser compreendidos sem ignorar o tratamento legislativo ulterior quanto às competências, atribuições, princípios e objetivos, de maneira a harmonizar o arcabouço legal que rege a matéria.

#### Lei nº 9.472/93

LIVRO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º **Compete à União, por intermédio do órgão regulador** e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, **organizar a exploração** dos serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. A **organização inclui, entre outros** aspectos, o **disciplinamento** e a **fiscalização** da execução, comercialização e uso dos serviços e da **implantação** e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da **utilização** dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

- 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.
- § 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-selhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

50. Na linha do parágrafo 44, não pode ser ignorada, por fim, aquela premissa constitucional primária, qual seja a previsão pelo constituinte originário da possibilidade de descentralização. No caso, a União descentralizou competências para a Agência Nacional de Telecomunicações, regidas por lei. Nesta senda, por mais que o Poder Executivo Federal continue com competência para guiar as políticas públicas gerais, na concretização há maior deferência às competências legais previstas para a autarquia especializada e descentralizada.

#### Lei nº 9.472/93

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;

 $\mbox{III}$  - aprovar o plano  $\mbox{\underline{geral}}$  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, impessoalidade e publicidade, e especialmente:
- l implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

(...)

- IV **expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição** dos serviços de telecomunicações no regime público;
- V **editar atos de outorga e extinção de direito** de exploração do serviço no regime público;
- VI **celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar** a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

(...)

VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

(...)

- $\boldsymbol{X}$  expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;
- XI expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

(....)

XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

(....)

XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor:

#### Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(....)

 $\vee$  - aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência, intervenção e extinção, em relação às outorgas para prestação de serviço no regime público, obedecendo ao plano aprovado pelo Poder Executivo;

 $\mbox{VI}$  - aprovar o plano geral de autorizações de serviço prestado no regime privado;  $\mbox{VII}$  - aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência e extinção, em relação às autorizações para prestação de serviço no regime privado, na forma do regimento interno;

VIII - aprovar o plano de destinação de faixas de radiofrequência e de ocupação de órbitas;

IX - aprovar os planos estruturais das redes de telecomunicações, na forma em que dispuser o regimento interno;

- 51. Seria suficiente o art. 19, I, para demonstrar que a ANATEL, diferentemente do alegado pelo MCTIC, tem competência legal para **implementar** a política nacional de telecomunicação e, mais que isto, observar os termos do edital lançado, **que não fora impugnado à época.** Desse modo, cabe à autarquia decidir acerca da destinação dos recursos, conforme previsto no instrumento convocatório e, frise-se, compete ao Conselho Diretor detém competência para aprovação dos planos e editais.
- 52. A atuação da ANATEL é mais próxima da implementação (e.g. destinação de recursos remanescentes) e concretização de planos ligados à destinação de faixas de

radiofrequência, ao passo que as aprovações - pela Pasta - dos planos de caráter nacional para o setor de telecomunicações, sim, deve focar diretrizes essenciais, centrais, estratégicas, com viés mais programático.

#### Lei nº 9.472/93

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

- I garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;
- II **estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações** pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;
- 53. O fundamento de que a política nacional de radiodifusão é conduzida pelo MCTIC, se isoladamente considerado e superestimado, poderia contornar toda e qualquer atuação da ANATEL, razão pela qual, salvo violação direta, chapada ou frontal, tem peso reduzido, sendo argumento de reforço dependente de uma análise acurada de todos os demais. Outrossim, permitir e garantir o usufruto do serviço público de radiodifusão de sons e imagem de TV aberta pela população, à guisa de exemplo, é argumento com carga bastante abstrata, sem embargo de ser política pública.
- 54. É inquestionável que o acesso ao Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre SBTVD-T deve ser assegurado ao público em geral, de forma livre, gratuita e está inserto na política pública geral, porém é igualmente correto afirmar que diversas outras ações podem estar incluídas, sem desbordá-la.
- 55. Não se vislumbra ultrapassagem pela ANATEL dos limites das suas competências materiais e normativas definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violação chapada às políticas públicas definidas para o setor pela Administração direta. Pelo contrário, repita-se, está presente a observância ao instrumento convocatório e seus termos.
- 56. Por fim, não procede o argumento de autoridade de que o Tribunal de Contas da União teria determinado a destinação dos recursos remanescentes para a distribuição de conversores. Na ocasião, a Corte exerceu a sua competência primordial quanto à análise contábil e econômica, enquanto à Advocacia-Geral da União cabe exercer a sua competência constitucional consultiva de assessoramento do Poder Executivo Federal e dirimir as controvérsias prejudiciais à uniformização da interpretação do ordenamento jurídico.
- 57. No acórdão não houve o enfrentamento da questão, mormente porque os atuais fundamentos sequer foram debatidos à época, assim limitou-se a repetir trechos do edital, sem qualquer pretensão de interpretação ou aprofundamento nos temas, à luz das presentes circunstâncias apontadas pelos órgãos. Não se pode extrair que o Tribunal de Contas da União teve a preocupação "de utilizar estes recursos remanescentes para contemplar às famílias que ainda não os tenham recebido", pois não condiz com o julgamento realizado naquele contexto.

#### III - CONCLUSÕES E ENCAMINHAMENTOS

Ante o exposto, conclui-se que:

- a) Nos termos do item 7, Anexo II-B, do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel, o saldo de recursos remanescente, se houver, deverá ser destinado à distribuição de Conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, às famílias que já não os tenham recebido, dentre outros projetos, sob critérios a serem propostos pelo GIRED e decididos pelo Conselho Diretor da Anatel;
- b) Por consequência, a técnica redacional utilizada no edital ("deverá" e "dentre outros projetos") revela rol exemplificativo e ausência de projeto preferencial, sendo recorrente no ordenamento jurídico nos mais variados sistemas que o compõem, como ocorre no Direito Administrativo e inclusive no Direito Penal, ramo informado pelo princípio da tipicidade, consoante os exemplos colacionados neste parecer;
- c) De acordo com o item 15.VII, Anexo II-B, do Edital de Licitação nº 2/2014/SOR/SPR/CD-Anatel compete ao GIRED a "proposição dos critérios de utilização de saldo de recursos remanescentes de que trata o item 7". Por conseguinte, a proposição dos critérios de utilização fora estabelecida em face de todo o saldo previsto na íntegra do enunciado no item 7. Assim, é legítima a criação de Grupo de Trabalho e a competência do GIRED para dispor sobre o saldo, os critérios e projetos;
- d) As balizas do item 7, Anexo II-B, do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel, constituem texto específico em relação às demais previsões editalícias. Nessa linha, o item foi direto e detalhado ao conferir ao Conselho Diretor da ANATEL a decisão final acerca do saldo de recursos remanescentes, dos respectivos projetos e critérios de utilização;
- e) Não pode haver interferência ulterior nos termos do edital e no cumprimento dos compromissos de sua abrangência, além dos termos assinados pelos envolvidos, por intermédio de atos normativos secundários (e.g. portarias, instruções normativas), notadamente após o exaurimento de suas finalidades. O magistério jurisprudencial das Cortes Superiores não dá guarida a tanto (e.g. RE 318.106/RN, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.10.2005; e os MS 26.668/DF, 26.673/DF e 26.810/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgados em 15.04.2009); e
- f) A Portaria nº 3045/2018/SEI-MCTIC, de 07 de junho de 2018, que dispõe sobre a destinação do saldo de recursos remanescente para distribuição de conversores, viola as competências previstas para o GIRED e o Conselho Diretor da ANATEL no instrumento convocatório e seus anexos. Cabe ao órgão avaliar sobre a sua anulação ou revogação;

Sugere-se, ainda, a cientificação da Agência Nacional de Telecomunicações e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

À consideração.

Brasília, 31 de julho de 2018.

#### JOAO PAULO CHAIM DA SILVA ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500029497201487 e da chave de acesso b3259ba6



#### ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

#### DESPACHO n.º 798/2018/DECOR/CGU/AGU

NUP: 53500.029497/2014-87

INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES E MINISTÉRIO DA CIÊNCIA,

TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES

**ASSUNTO: SALDO DE RECURSOS REMANESCENTES** 

Excelentíssimo Senhor Diretor.

- 1. Estou de acordo com o Parecer n.º 58/2018/DECOR/CGU/AGU, da lavra do Exmo. Sr. Advogado da União João Paulo Chaim da Silva.
- 2. Ultimada a apreciação da matéria, recomendo a cientificação da Agência Nacional de Telecomunicações e da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

À consideração superior.

Brasília, 19 de dezembro de 2018.

#### ANTONIO DOS SANTOS NETO ADVOGADO DA UNIÃO COORDENADOR DE ORIENTAÇÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500029497201487 e da chave de acesso b3259ba6

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DOS SANTOS NETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 208783173 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DOS SANTOS NETO. Data e Hora: 19-12-2018 11:57. Número de Série: 2354148774697928242. Emissor: AC CAIXA PF v2.



#### ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

#### DESPACHO n. 00145/2019/DECOR/CGU/AGU

NUP: 53500.029497/2014-87

**INTERESSADOS:** Anatel e Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. **ASSUNTOS:** Interpretação do item 7 do Anexo II-B do Edital n° 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL.

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

- 1. Nos termos do art. 8º, inciso III, e 9º da Portaria AGU nº 1.399, de 2009, deixo de acolher o Parecer nº 58/2018/DECOR/CGU/AGU e o Despacho nº 798/2018/DECOR/CGU/AGU, firme nas razões jurídicas que seguem.
- 2. A divergência de ordem jurídica estabelecida nestes autos entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e a Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Telecomunicações se refere à interpretação do item 7 do Anexo II-B do Edital n° 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL, notadamente acerca da disposição editalícia que cuida da destinação a ser conferida a eventual saldo remanescente de recursos decorrentes do certame:
  - 3. As Proponentes vencedoras desta Licitação ressarcirão os custos decorrentes da redistribuição de canais de TV e RTV e das soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação descritas no item 6 e subitens, em concordância ao disposto no artigo 16 do Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências na Faixa de 698 MHz a 806 MHz, aprovado pela Resolução nº 625, de 11/11/2013.
  - 3.1. Os valores relativos ao ressarcimento a que se refere o item 3, a serem pagos por cada uma das Proponentes vencedoras de cada um dos Lotes, encontram-se explicitados no ANEXO II- A, e deverão ser repassados à Entidade de que trata o item 9 nos seguintes prazos e percentuais:
  - a) 1ª Parcela: 30 (trinta) por cento, em até 30 (trinta) dias após a constituição da Entidade;
  - b) 2ª Parcela: 30 (trinta) por cento, até 31 de janeiro de 2016;
  - c) 3ª Parcela: 30 (trinta) por cento, até 31 de janeiro de 2017;
  - d) 4ª Parcela: 10 (dez) por cento, até 31 de janeiro de 2018.
  - 5. O ressarcimento de que trata o item 4 e subitens será realizado exclusivamente por meio da aquisição e instalação, ou adaptação, quando possível, de equipamentos e infraestrutura essenciais ao funcionamento dos novos canais de TV e RTV atribuídos, garantindo condições técnicas de cobertura, capacidade e qualidade semelhantes as dos canais de TV e RTV originais, bem como a continuidade do serviço durante a redistribuição do respectivo canal.

...

- 6. Para possibilitar a redistribuição dos Canais de TV e RTV e também a solução para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação, a Entidade de que trata o item 9 deverá:
- 6.1. Distribuir 1 (um) Conversor de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, bem como 1 (uma) antena de recepção de TV Digital, para cada família cadastrada no Programa Bolsa Família do Governo Federal.

..

- 7. Após a utilização dos recursos referidos no item 3.1 para ressarcir os custos decorrentes da redistribuição de canais de TV e RTV e implementar as soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação, na forma dos itens 5 e 6 e subitens, o saldo de recursos remanescente, se houver, deverá ser destinado à distribuição de Conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, às famílias que já não os tenham recebido, dentre outros projetos, sob critérios a serem propostos pelo Grupo de que trata o item 14 e decididos pelo Conselho Diretor da Anatel.
- 3. Atenta leitura das disposições editalícias revela que há determinação para que os recursos sejam utilizados para ressarcimento dos custos decorrentes da redistribuição de canais de TV e RTV, para solucionar problemas de interferência nos sistemas de radiocomunicação, e para distribuição de conversor de TV Digital e 1 (uma) antena de recepção de TV Digital para cada família cadastrada no Programa Bolsa Família do Governo Federal, tudo consoante itens 3.1, 5 e 6.1 acima reproduzidos.
- 4. O dissenso reside na destinação a ser conferida para eventual saldo remanescente dos recursos, precisamente sobre a existência ou não de priorização para a finalidade de distribuição de

conversores para famílias que não os tenham recebido em detrimento de "outros projetos", uma vez que, na forma do item 7.1 do Anexo II-B do edital, se houver recurso remanescente, este "deverá ser destinado à distribuição de Conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, às famílias que já não os tenham recebido, dentre outros projetos, sob critérios a serem propostos pelo Grupo de que trata o item 14 e decididos pelo Conselho Diretor da Anatel".

- 5. Para a escorreita compreensão da divergência, cumpre, ainda, reproduzir o disposto nos itens 14.3 e 15.VII do edital em mesa, segundo o qual será constituído o GIRED, composto por representantes da Anatel, do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e pelos representantes das vencedoras do certame; o qual terá por atribuição "disciplinar e fiscalizar a implantação do processo de redistribuição de canais de TV e RTV, as soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação e da EAD". Consoante se extrai dos itens editalícios referenciados e abaixo reproduzidos, cabe ao GIRED a "Proposição dos critérios de utilização do saldo de recursos remanescentes de que trata o item 7", sendo certo que, caso não haja consenso no âmbito do GIRED, "a decisão caberá à Anatel ou ao Ministério das Comunicações, respeitados os limites de suas respectivas competências legais":
  - 14. Para disciplinar e fiscalizar a implantação do processo de redistribuição de canais de TV e RTV, as soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação e da EAD, a Anatel constituirá o GIRED, coordenado e presidido por Conselheiro Diretor indicado pelo Conselho Diretor da Agência em até 15 (quinze) dias corridos a partir da publicação dos extratos dos Termos de Autorização no Diário Oficial da União.
  - 14.1. O GIRED será composto por representantes da Anatel e do Ministério das Comunicações, bem como por representantes de todas as Proponentes vencedoras e, em mesmo número que essas, por representantes de entidades que representem os radiodifusores.
  - 14.2. Os membros do GIRED serão nomeados em sua reunião de instalação.
  - 14.3. Não havendo consenso nas deliberações no âmbito do GIRED, a decisão caberá à Anatel ou ao Ministério das Comunicações, respeitados os limites de suas respectivas competências legais.

...

- 15. São atribuições do GIRED, dentre outras listadas neste Edital:
- I. A disciplina e a fiscalização das atividades da EAD conforme as obrigações previstas no presente Edital;
- II. Definição da forma e demais aspectos do provimento, pela EAD, de página na Internet e campanha publicitária, inclusive em TV aberta, para informar toda a população sobre o processo de redistribuição de canais e de desligamento do sinal analógico de TV, e também sobre as formas de mitigação das possíveis interferências prejudiciais quando da implantação das redes SMP na faixa de 700 MHz.
- III. Acompanhamento dos procedimentos operacionais relacionados às atividades da EAD para atendimento dos objetivos e cronogramas estabelecidos;
- IV. Coordenação de processos negociais e oferta de subsídios que permitam ao Conselho Diretor da Anatel dirimir eventuais conflitos que venham a ocorrer nos procedimentos relativos às atividades da EAD;
- V. Aprovação do cronograma operacional de atividades da EAD, que deverá respeitar os prazos definidos pelo Ministério das Comunicações por meio das Portarias  $n^{o}$  477, de 20 de junho de 2014 e  $n^{o}$  481, de 9 de julho de 2014, expedidas em observância ao artigo 10 do Decreto  $n^{o}$  5.820, de 29/06/2006, alterado pelo Decreto  $n^{o}$  8.061, de 29/07/2013;
- VI. Definição da forma de tratamento dos equipamentos recolhidos pela EAD conforme o item 5.3;

# VII. Proposição dos critérios de utilização do saldo de recursos remanescentes de que trata o item 7;

- VIII. Estabelecimento dos critérios a que se refere o item 4 e subitens para definição da entrada em operação ou da realização de investimentos;
- IX. Avaliação de viabilidade técnica para antecipação do prazo para início da prestação do SMP utilizando as subfaixas de radiofrequência objeto deste edital de licitação, conforme item 17 e subitens;
- 6. O entendimento da CONJUR/MCTIC, consoante se extrai do Parecer nº 689/2018/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU e do Despacho nº 1087/2018/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU (seq. 19/20), é no sentido de que o saldo remanescente dos recursos, se houver, deve ser destinado prioritariamente para fins de distribuição de Conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, para as famílias que já não os tenham recebido, uma vez que, ainda segundo a CONJUR/MCTIC, as disposições editalícias revelam que seu objetivo foi evitar que "a população em geral deixasse de usufruir do serviço público de radiodifusão de sons e imagem de TV aberta", assim, conclui ser "absoluto contrassenso" admitir a destinação dos recursos remanescentes para " outra finalidade que não seja para permitir que famílias que ainda não têm acesso à TV Digital usufruam da TV aberta".
- 7. Eis, em sua literalidade, a conclusão do Parecer nº 689/2018/ CONJUR-MCTIC/CGU/AGU (seq. 19), aprovado pelo Despacho nº 1087/2018/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU (seq. 20):

ao que dispõe a Lei 4.117/62, bem como a política pública de implantação do SBTVD-T estabelecida por decreto presidencial, indicam que a utilização dos recursos remanescentes deve priorizar a destinação de conversores de TV Digital às famílias que ainda não receberam (item 7, do Anexo II B do edital);

- b) a interpretação teleológica do item 7 do Anexo II B do edital também conduz ao mesmo raciocínio. Afinal, o objetivo destes recursos e das normas acima elencadas do edital sempre foram evitar que a população em geral deixasse de usufruir do serviço público de radiodifusão de sons e imagem de TV aberta. Logo, destinar os recursos remanescentes para outra finalidade que não seja para permitir que famílias que ainda não têm acesso à TV Digital usufruam da TV aberta revela absoluto contrassenso;
- c) o item 14.3 do Anexo II B do edital deve ser utilizado na hipótese de não existir consenso no GIRED acerca dos critérios que serão propostos de utilização do saldo remanescente de que trata o item 7, uma vez que o fato do inciso VII do item 15 e do item 7 utilizarem o termo "propor critérios" não afasta a necessidade que exista um consenso acerca dos critérios que serão propostos pelo GIRED e encaminhados ao Conselho Diretor da Anatel para decisão, sob pena de afastar o caráter de órgão colegiado do GIRED;
- d) a previsão contida na parte final do item 7 do Anexo II B do edital deve ser interpretada no sentido de conferir ao Conselho Diretor da Anatel poder de decisão acerca dos critérios que serão propostos pelo GIRED para utilização deste recurso e não de decidir acerca da destinação final destes recursos, uma vez que a política nacional de radiodifusão é conduzida pelo Ministério de Estado da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, considerando que os recursos remanescentes do item 7 do edital decorrem da execução de política pública de radiodifusão. Inexiste escoramento legal para conferir competência ao Conselho Diretor da Anatel para decidir acerca da destinação destes recursos que são destinados originalmente para execução de política pública de radiodifusão;
- e) da leitura do voto do Acórdão nº 2301/2014-TCU-Plenário, é possível concluir que o Tribunal de Contas da União tem a preocupação de utilizar estes recursos remanescentes para contemplar as famílias que ainda não tenham recebido os Conversores de TV Digital, uma vez que indicou apenas esta obrigação na hipótese de existir recursos remanescentes; f) em que pese inexista controvérsia entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, verifica-se clara divergência de posicionamentos jurídicos entre órgãos consultivos de execução e vinculados à AGU (PFE-Anatel e CONJUR-MCTIC), o que atrai a competência d o Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos DECOR, da Consultoria-Geral da União, para dirimir esta controvérsia, com fundamento no art. 22 do Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007 e no art. 12, V, do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010.
- 8. A Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Telecomunicações, por sua vez, posicionou-se por meio do Parecer nº 453/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU, aprovado pelo Despacho nº 1156/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU (seq. 13), no sentido de que a expressão "dentre outros projetos", posta no item 7 do Anexo II-B do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL denota que a aplicação do saldo remanescente dos recursos para distribuição de conversores de TV Digital para as famílias ainda não contempladas não é uma destinação prioritária, uma vez que o rol de possibilidades possui caráter exemplificativo, cabendo ao gestor avaliar a aplicação que melhor atenda ao interesse público e às políticas públicas vigentes.
- 9. Eis, em sua literalidade, as conclusões do Parecer  $n^{\circ}$  453/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU, aprovado pelo Despacho  $n^{\circ}$  1156/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU e Despacho  $n^{\circ}$  1155/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU (seq. 13)
  - a) Quanto ao item 7 do Anexo II-B do Edital de Licitação nº 2/2014-SOR/SPR/CD-Anatel, não é possível extrair de sua leitura a ordem de preferência de destinação defendida pelos referidos documentos:
  - b) A alusão à distribuição de conversores de TV Digital às famílias não contempladas inicialmente, seguida da expressão "dentre outros projetos", constante do artigo editalício, denota claramente a ideia de conferir um caráter exemplificativo ao rol de possibilidades de destinação a ser dada no caso de haver saldo de recurso remanescente, dando ao administrador a discricionariedade necessária para avalizar o projeto que melhor atenda o interesse público e as políticas públicas vigentes;
  - c) Ademais, a interpretação do item 7 do Anexo II-B do Edital de Licitação em tela não requer a complementação normativa do item 14.3 do mesmo documento;
  - d) Da leitura do item 14.3 do Anexo II-B do Edital de Licitação nº 2/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, a lógica divisão de competências entre a Agência e o MCTIC nos casos em que não houver consenso no GIRED aplica-se tão-somente nas hipóteses em que o Grupo tem poder de decisão. E, especificamente com relação às providências relacionadas ao item 7 do Anexo II-B do documento editalício, observa-se que o GIRED não tem poder decisório, mas apenas de propor os projetos que serão custeados pelo eventual saldo de recursos remanescente, nos termos do item 15.VII do Anexo II-B do Edital citado;
  - e) Aliás, o poder decisório para decidir quanto aos critérios de utilização de saldo de recursos remanescente foi expressamente conferido à Anatel pelo Edital de Licitação nº 2/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, uma vez que o item 7 de seu Anexo II-B dispõe que na hipótese de se configurar saldo de recursos remanescente, este deverá ser destinado à distribuição de Conversores de TV Digital às famílias que já não os tenham recebido, dentre outros projetos, sob critérios a serem propostos pelo GIRED e decididos pelo Conselho Diretor da Anatel;

- f) Em relação possível destinação a ser dada ao eventual saldo de recursos remanescente, é possível constatar, do teor das políticas públicas que envolvem a regulamentação da faixa de 700 MHz e o Edital de Licitação nº 2/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, que a digitalização do sinal analógico e a digitalização do sinal aberto também são consequências da necessidade de liberação da faixa de 700 Mhz para atendimento aos objetivos delineados no Plano Nacional de Banda Larga (PNBL), aprovado pelo Decreto nº 7.175, de 2010, e das tendências internacionais para a utilização desta parte do espectro;
- g) Nesse sentido inclusive, o teor da Portaria nº 14, de 2013, do Ministério das Comunicações, que resolveu estabelecer diretrizes para a aceleração do acesso ao Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre SBTVD-T e para a ampliação da disponibilidade de espectro de radiofrequência para atendimento dos objetivos do Plano Nacional de Banda Larga PNBL (cf. art. 1º), determinando à Anatel que inicie os procedimentos administrativos para a verificação da viabilidade da atribuição, destinação e distribuição da faixa de 698 MHz a 806 Mhz para atendimento dos objetivos do PNBL, conforme se extrai de seu art. 2º;
- h) Fala-se, pois, de políticas públicas legitimamente estabelecidas pelo Poder Executivo para o setor de radiodifusão e de telecomunicações, não sendo possível extrair, nem da redação do item 7 do Anexo II-B do Edital e nem do ponto de vista teleológico, preferência de uma política em relação à outra que justifique o entendimento segundo o qual a providência de distribuição de conversores digitais às famílias que não os tenham recebido deve ter prevalência sobre eventuais outros projetos que venham a ser executados com o saldo de recursos remanescente:
- i) Especificamente sobre a política pública de digitalização do sinal analógico, o teor da Portaria MC  $n^{o}$  481, de 2014, estabeleceu as condições e premissas necessárias para o desligamento, determinado no caput de seu art.  $1^{o}$  que o cumprimento da política pública em tela determina, como condição para o desligamento, que ao menos 93% (noventa e três) por cento dos domicílios do município acessem o serviço livre, aberto e gratuito por transmissão terrestre estejam aptos à recepção do sinal digital, demonstrando que o switch off apenas ocorrerá naqueles municípios que atingirem o percentual;
- j) Nesse ideário, faz todo o sentido a previsão do item 7 do Anexo II-B do Edital, ao dispor que, caso haja saldo de recursos remanescente, este deverá ser destinado à distribuição de Conversores de TV Digital às famílias que já não os tenham recebido, dentre outros projetos, em clara alusão de que (i) o *switch off* requer o cumprimento da política pública de digitalização do sinal aberto e que (ii) outras políticas públicas relacionadas à faixa de frequência em comento (como, por exemplo, o atendimento dos objetivos do PNBL) podem se valer de eventual saldo de recursos remanescente;
- k) Caberá ao Conselho Diretor, nos termos editalícios, após analisar os critérios propostos pelo GIRED, decidir sobre os projetos que devem ser executados com o eventual saldo de recurso remanescente, considerando as políticas públicas que envolvem o objeto do Edital de Licitação em análise:
- I) Sobre o teor do Ofício nº 23442/2017/SEI/MCTIC (SEI nº 2839676), datado de 13.06.2018 reputa-se, em que pesem as considerações dispostas no expediente, que a criação do GT-Projetos Adicionais de fato parece relevante e necessária na discussão referente à destinação do saldo de recursos remanescente e, mesmo que tais recursos, mediante deliberação do Conselho Diretor da Agência, sejam destinados exclusivamente à distribuição de conversores digitais às famílias que ainda não os tenham recebido, é importante que alguns aspectos técnicos (localidades e critérios de distribuição, por exemplo) sejam definidos para o seu melhor aproveitamento.
- m) Da leitura do voto do Ministro Benajmim Zymler, Relator do Acórdão nº 2301/2014-TCU-Plenário, depreende-se que a análise da Corte de Contas restringiu-se ao cálculo dos valores efetuado pela Agência a serem aportados pela EAD para a limpeza da faixa, restringindo-se, portanto, ao exame da suficiência ou não destes para os fins propostos, constatando ao final que, apesar de observadas algumas falhas na estimativa de custos, tais seriam corrigidas por mecanismos previstos no próprio edital;
- n) Não é possível inferir, da análise do Relator, que esta destinação para o saldo de recursos remanescente (distribuição de novos conversores) seria única ou preferencial aos "outros projetos" previstos no item 7 do Anexo II-B do Edital;
- o) O órgão de controle não examinou o mérito da destinação de tais saldos, não adentrando em análise de preferência da distribuição de conversores digitais às famílias que ainda não o tiverem recebido sobre outros projetos propostos pelo GIRED e decididos pelo Conselho Diretor, tal como prevê o Edital de Licitação, mas apenas demonstrou que eventuais falhas nos cálculos para os custos de limpeza da faixa seriam resolvidos pelos instrumentos constantes do próprio instrumento convocatório;
- p) O Tribunal de Contas, ao analisar o item 7 do Anexo II-B do Edital de Licitação, não vislumbrou qualquer irregularidade na previsão, o que demonstra que, para a Corte, é lícito que outros projetos que não a distribuição de conversores às famílias que ainda não os tenham recebido também sejam contemplados com o saldo de recurso remanescente, a partir de critérios propostos pelo GIRED e decididos pelo Conselho Diretor, motivados, no entender desta Procuradora, a partir das políticas públicas legitimamente estabelecidas pelo Poder Executivo para os setores envolvidos e relacionadas ao objeto do Edital de licitação em tela;
- q) Vale mencionar, por fim, que ainda não houve deliberação do Conselho Diretor da Anatel acerca da destinação do saldo remanescente de recursos. Dessa forma, no presente momento, não se verifica controvérsia entre a Agência Nacional de Telecomunicações e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, o que poderia ensejar o

encaminhamento do tema aos órgãos da Advocacia-Geral da União competentes para tratar de controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública.

- 10. Extrai-se destes autos, por conseguinte, que o dissenso jurídico estabelecido entre a CONJUR/MCTIC e a PFE/ANATEL funda-se, em ligeiro resumo, na destinação do saldo remanescente dos recursos arrecadados na forma do item 7 do Anexo II-B do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL, uma vez que para a primeira a aplicação prioritária deve ser necessariamente revertida para distribuição de conversores de TV Digital para as famílias que ainda não tenham recebido e "apenas após o atendimento destas famílias, na eventualidade de ainda existir saldo, seria possível o seu emprego em outros projetos". Em sentido oposto, entende a PFE/ANATEL que não há que se falar em destinação prioritária dos recursos remanescentes para distribuição dos referenciados conversores, cumprindo ao Conselho Diretor da Anatel, a partir de critérios apresentados pelo GIRED, deliberar acerca da destinação que melhor resguarde o interesse público, uma vez que a previsão de destinação dos recursos para distribuição dos mencionados conversores é acompanhada da expressão "dentre outros projetos".
- 11. Com a devida vênia aos termos e conclusões do Parecer nº 58/2018/DECOR/CGU/AGU e do Despacho nº 798/2018/DECOR/CGU/AGU que o aprovou, merece prevalecer o entendimento da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, considerando, precipuamente, que as disposições editalícias em apreciação devem ser interpretadas sob o pálio do preceito constitucional do livre acesso à informação e do brocardo jurídico que impede a solução de continuidade na prestação de serviços públicos.
- 12. A Constituição Federal de 1988 assegura, no rol de direitos e garantias fundamentais Art. 5º, inciso XIV, "o acesso de todos à informação". Sobre a "Comunicação Social", há capítulo específico na Carta para tratar da matéria, o qual resguarda que o acesso à informação não sofrerá qualquer restrição. Especificamente no que se refere aos serviços de radiodifusão sonora e de televisão, há dispositivo constitucional específico para orientar a programação, os quais seguem:
  - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

**XIV - é assegurado a todos o acesso à informação** e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

...

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e <u>a informaçã</u>o, sob qualquer forma, processo ou veículo <u>não sofrerão qualquer restrição</u>, observado o disposto nesta Constituição.

...

- Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
- I preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.
- 13. O direito à informação, na esteira de precedente do Supremo Tribunal Federal, compreende "a liberdade de informar, de se informar e de ser informado":

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

- 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.
- 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.
- 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

- 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.
- 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.
- 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.
- 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

(ADI 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

14. O Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei nº 4.117, de 1962, estabelece a universalização do acesso à radiodifusão sonora e de sons e imagens, uma vez que deve ser "recebido direta e livremente pelo público em geral":

Art. 1º Os serviços de telecomunicações em todo o território do País, inclusive águas territoriais e espaço aéreo, assim como nos lugares em que princípios e convenções internacionais lhes reconheçam extraterritorialidade obedecerão aos preceitos da presente lei e aos regulamentos baixados para a sua execução.

...

Art. 6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:

...

d) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão;

...

15. Em precedente sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal já consolidou, inclusive, que liberdade de imprensa é consectário da garantia fundamental do livre acesso à informação, o qual se constitui como verdadeiro bem de personalidade:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997.

...

- 2. Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. <u>Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado</u> pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de "manifestação do pensamento", liberdade de "criação", liberdade de "expressão", liberdade de "informação". Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de "Fundamentais": a) "livre manifestação do pensamento" (inciso IV); b) "livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação" (inciso IX); c) "acesso a informação" (inciso XIV).
- 7. O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de "outorga" do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo.

(ADI 4451 MC-REF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DIe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 REPUBLICAÇÃO:

DJe-167 DIVULG 23-08-2012 PUBLIC 24-08-2012 RTJ VOL-00221-01 PP-00277)

- 16. No âmbito da digitalização dos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão, o Decreto  $n^{\circ}$  5.820, de 2006, ao disciplinar a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital, estabelece que para o adequado cumprimento das outorgas deve ser assegurado livre e gratuito acesso do público em geral ao Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre SBTVD-T:
  - Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre SBTVD-T na plataforma de transmissão e retransmissão de sinais de radiodifusão de sons e imagens.

Art. 2º Para os fins deste decreto, entende-se por:

I - SBTVD-T - Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre - conjunto de padrões tecnológicos a serem adotados para transmissão e recepção de sinais digitais terrestres de radiodifusão de sons e imagens; e

...

- Art. 4º O acesso ao SBTVD-T será assegurado, ao público em geral, de forma livre e gratuita, a fim de garantir o adequado cumprimento das condições de exploração objeto das outorgas.
- 17. Nestes termos, e na espécie, o preceito constitucional fundamental que se volta para assegurar o acesso livre, geral e irrestrito à informação deve necessariamente guiar a atuação do exegeta, considerando que o certame regido pelo Edital n° 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL busca destinar para os serviços de telecomunicação móvel terrestre de interesse coletivo a faixa de radiofrequência de 700Mhz, a qual era ocupada pelo sinal analógico da televisão aberta, desta maneira, caso não sejam adotadas as devidas cautelas na transição do sistema analógico para o sistema digital será possível que considerável parcela da população em geral seja privada do acesso à radiodifusão de sons e imagens, o que abalaria sobremaneira a garantia constitucional de acesso à informação, uma vez que os aparelhos de TV adequados para a recepção do sinal analógico demandam a instalação de "conversores", sem os quais não é possível a captação e transmissão dos sinais digitais.
- 18. Para reforçar o quão caro é para a ordem jurídica pátria o preceito fundamental do acesso à informação, do qual decorre logicamente o acesso livre, direto e gratuito aos serviços de radiodifusão de sons e imagens, cumpre destacar que a Suprema Corte, no âmbito do marco regulatório da televisão por assinatura, consolidou que não ofendem a Constituição as disposições legais que obrigam "a disponibilidade gratuita dos canais de TV aberta às distribuidoras e às geradoras de programação da TV por assinatura", e que o acesso à informação é preceito que confere conformação constitucional a adoção de medidas legais antitruste:

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 TELEVISÃO, INDEPENDENTEMENTE DA TECNOLOGIA UTILIZADA (CRFB, ART. 221 E ART. 222, §5º). (...)

...

- 5. In casu, as restrições à propriedade cruzada (art. 5º, caput e §1º), bem como a vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II), todas introduzidas pela Lei nº 12.485/11, pretendem, de forma imediata, concretizar os comandos constitucionais inscritos no art. 170, §4º e 220, §5º, da Lei Maior; bem como realizam, de forma mediata, a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação, no que tem destaque o papel promocional do Estado no combate à concentração do poder comunicativo. Inexistência de ofensa material à Carta da República.
- 6. A moderna concepção do princípio da legalidade, em sua acepção principiológica ou formal axiológica, chancela a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo, desde que pautada por princípios inteligíveis (intelligible principles) capazes de permitir o controle legislativo e judicial sobre os atos da Administração.

• • •

12. A legitimidade constitucional de toda intervenção do Estado sobre a esfera jurídica do particular está condicionada à existência de uma finalidade lícita que a motive, bem como ao respeito ao postulado da proporcionalidade, cujo fundamento deita raízes na própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116).

...

19. O art. 32, §§ 2º, 13 e 14, da Lei nº 12.485/11, ao impor a disponibilidade gratuita dos canais de TV aberta às distribuidoras e às geradoras de programação da TV por assinatura, não ofende a liberdade de iniciativa nem os direitos de propriedade intelectual, porquanto o serviço de radiodifusão é hoje inteiramente disponibilizado aos usuários de forma gratuita. A Lei do SeAC apenas replicou, no âmbito do serviço de acesso condicionado, a lógica vigente na televisão aberta.

...

21. A existência de um regime jurídico de transição justo, ainda que que consubstancie garantia individual diretamente emanada do princípio constitucional da segurança jurídica e

da proteção da confiança legítima (CRFB, art. 5º, XXXVI), não impede a redefinição e a atualização dos marcos regulatórios setoriais, tão caras à boa ordenação da vida em sociedade.

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

- 19. Não se olvide, outrossim, que o Decreto nº 4.901, de 2003, ao instituir o Sistema Brasileiro de Televisão Digital SBTVD, disciplinou, dentre seus objetivos, a promoção da inclusão social, a criação de uma rede universal de educação à distância; e o planejamento do processo de transição da televisão analógica para a digital, de maneira a resguardar a "gradual adesão de usuários a custos compatíveis com sua renda":
  - Art.  $1^{\circ}$  Fica instituído o Sistema Brasileiro de Televisão Digital SBTVD, que tem por finalidade alcançar, entre outros, os seguintes objetivos:
  - I promover a inclusão social, a diversidade cultural do País e a língua pátria por meio do acesso à tecnologia digital, visando à democratização da informação;
  - II propiciar a criação de rede universal de educação à distância;

...

IV - planejar o processo de transição da televisão analógica para a digital, de modo a garantir a gradual adesão de usuários a custos compatíveis com sua renda;

...

- 20. Desta maneira, diante do patamar constitucional da garantia de livre acesso à informação, a legislação ordinária e regulamentar refletem referenciada garantia nas disposições que regem o Sistema Brasileiro de Televisão Digital, em especial para assegurar o acesso livre, direto e gratuito à radiodifusão de sons e imagens, inclusive no decorrer da transição do sinal analógico para o digital.
- 21. Sobre a matéria, o então Ministério das Comunicações editou a Portaria nº 481, de 9 de julho de 2014, a qual estabelece que será possível promover o desligamento da transmissão analógica apenas após a certificação de que pelo menos noventa e três por cento dos domicílios têm pleno acesso ao sinal digital de televisão aberta:
  - Art. 1º É condição para o desligamento da transmissão analógica dos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão, respeitado o prazo final estabelecido no Decreto nº 5.820, de 2006, alterado pelo Decreto nº 8.061, de 2013, que, pelo menos, noventa e três por cento dos domicílios do município que acessem o serviço livre, aberto e gratuito por transmissão terrestre, estejam aptos à recepção da televisão digital terrestre.
- 22. Não há garantias fundamentais absolutas, de maneira que se admite o desligamento da transmissão analógica caso se atinja o percentual de domicílios previsto no art. 1º da Portaria nº 481, de 2014, do então Ministério das Comunicações, não obstante, de forma a salvaguardar em sua inteireza e plenitude o preceito constitucional do livre acesso à informação, o Edital em mesa cuida expressamente da possibilidade de distribuição de conversores, caso haja saldo de recurso remanescente, para as famílias que porventura não os tenham recebido, de maneira a proteger por inteiro a garantia fundamental de acesso à informação posta na Carta de 1988.
- 23. Sobre os conflitos entre direitos fundamentais, seguem elucidativos precedentes da Suprema Corte, a qual confirma que a liberdade de informação e de imprensa deve ser resguardada mesmo diante de potenciais danos à honra e imagem de agentes públicos, de maneira que se promove a reparação dos danos sem prejuízo das mencionadas garantias fundamentais. É consolidado, ainda, que "A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é":

Ementa: AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DETERMINAÇÃO DE RETIRADA DE CONTEÚDO DA INTERNET. DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA. CONFIGURAÇÃO DE CENSURA PRÉVIA. VIOLAÇÃO À ADPF 130. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

- 1. A liberdade de informação e de imprensa são apanágios do Estado Democrático de Direito.
- 2. O interesse público premente no conteúdo de reportagens e peças jornalísticas reclama tolerância quanto a matérias de cunho supostamente lesivo à honra dos agentes públicos.
- 3. A medida própria para a reparação do eventual abuso da liberdade de expressão é o direito de resposta e não a supressão liminar de texto jornalístico, antes mesmo de qualquer apreciação mais detida quanto ao seu conteúdo e potencial lesivo.
- 4. A reclamação tendo como parâmetro a ADPF 130, em casos que versam sobre conflitos entre liberdade de expressão e informação e a tutela de garantias individuais como os direitos da personalidade, é instrumento cabível, na forma da jurisprudência (Precedentes: Rcl 22328, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 09/05/2018; Rcl 25.075, Rel. Min.

Luiz Fux, DJe 31/03/2017).

- 5. In casu, não se evidencia que o intento da publicação tenha sido o de ofender a honra de terceiros, mediante veiculação de notícias sabidamente falsas.
- 6. Agravo interno provido.

(RcI 28747 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 09-11-2018 PUBLIC 12-11-2018)

EMENTA: RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO. ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO DE GREVE. ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEI N. 7.783/89. INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS. AMPLITUDE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

...

3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (Il Seção da Il Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça --- onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV].

...

(RcI 6568, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-02 PP-00736)

- 24. É certo que a disposição editalícia autoriza a possibilidade de aplicação do saldo porventura remanescente em "outros projetos", no entanto, referenciada disposição conferiu prioridade à distribuição de conversores, em homenagem ao preceito constitucional do acesso à informação, considerando, inclusive, que foi utilizado o vocábulo "deverá", e não "poderá". Ora, consta no edital que eventual saldo remanescente de recurso "deverá ser destinado à distribuição de Conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, às famílias que já não os tenham recebido, dentre outros projetos".
- 25. Em igual sentido, a expressão "às famílias que já não os tenham recebido" não pode ser ignorada pelo exegeta, de maneira que, consoante já consignado, apenas após a certificação de que pelo menos noventa e três por cento dos domicílios "que acessem o serviço livre, aberto e gratuito por transmissão terrestre, estejam aptos à recepção da televisão digital terrestre" será possível promover-se o desligamento da transmissão analógica, o que indica aplicação de recursos na distribuição dos conversores como medida, via de regra, prévia ao desligamento (item 6.1 do Edital). Há, por conseguinte, fixação no edital de priorização de destinação dos recursos porventura remanescentes para assegurar a plena continuidade do acesso à transmissão da radiodifusão de sons e imagens.
- 26. Ou seja, na forma dos itens 6.1 e 7 do Edital em exame, os recursos devem ser destinados para fins de assegurar a não solução de continuidade dos serviços de radiodifusão, corolário do preceito constitucional que assegura o direito à informação, mediante medidas que compreendem: ressarcimento dos custos decorrentes da redistribuição de canais de TV e RTV; implementação de soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação; e distribuição de 1 (um) Conversor de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, bem como 1 (uma) antena de recepção de TV Digital, para cada família cadastrada no Programa Bolsa Família do Governo Federal. Não resta, por conseguinte, controvérsia sobre a priorização conferida para tais finalidades.
- 27. Para o eventual saldo de recurso remanescente, não custa reiterar que o edital determina, inclusive com uso do termo "*deverá*", a distribuição de conversores para famílias que ainda não tenham recebido, "dentre outros projetos", o que revela que a preponderância de que a transição da transmissão do sinal analógico para o sinal digital deve necessariamente perseguir o preceito da

universalização do acesso, livre, gratuito e direto ao espectro da radiodifusão de sons e imagens, inclusive por ser corolário da garantia constitucional do livre acesso à informação.

- 28. Registre-se, por oportuno, que a tese que ora prevalece não enseja, obviamente, que todos os recursos remanescentes devem ser revertidos para a distribuição de conversores de TV Digital em favor das famílias que não os tenham recebido, isso porque referenciada aplicação deve ser fundada em prévia certificação técnica acerca do proveito da medida para o alcance do bem jurídico perseguido, qual seja: a garantia do acesso à informação mediante não interrupção dos serviços de radiodifusão de sons e imagens. Neste diapasão, a robusta demonstração técnica do binômio necessidade e utilidade é condição que se impõe, de maneira que, por exemplo, os recursos não devem ser empregados para distribuição de conversor para família cujo domicílio já tenha acesso ao sinal digital.
- 29. Acerca da supervisão ministerial e as agências reguladoras, cumpre observar que em vigor encontra-se o Parecer AC-51, aprovado pelo então Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União que circulou em 19 de junho de 2006, consoante se extrai do sítio eletrônico da AGU na rede mundial de computadores (http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8453). Referenciado Parecer, vinculante para toda a Administração Pública, delimita os contornos da supervisão ministerial sobre as atividades das agências, resguardando a sua possibilidade jurídica, inclusive via recurso hierárquico impróprio, notadamente para "as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta".
- 30. Em igual sentido, estabelece-se que "*não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor*". Eis a ementa do Parecer referenciado:
  - PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES.
  - I O Presidente da República, por motivo relevante de interêsse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal (DL  $n^{o}$  200/67, art. 170).
  - II Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.
  - III Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.
  - IV No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005.
  - V A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória.
  - VI Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União.
  - VII As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras.
  - VIII As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001.
- 31. Em seu Despacho de aprovação, o então Consultor-Geral da União delimitou: que a "exata inteligência constitucional exclui nichos de autonomia absoluta no interior da administração"; que "inexiste área administrativa imune à supervisão ministerial"; que "pressuposto necessário da premissa é a existência incondicional da supervisão ministerial como traço essencial do regime presidencialista vigente", de maneira que "não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precípua atenção aos objetivos públicos". Assim, ainda consoante os

termos do Despacho do então Consultor-Geral da União "as ações e atividades das agências reguladoras, embora submetidas ao mesmo regime de supervisão, só desfrutam dessa pretendida autonomia na medida em que desempenhem seus encargos ou poderes no limite da competência legal, situação em que a supervisão ministerial fica inversamente mitigada":

- (...) Daí resulta perfeitamente compreensível que em relação à administração direta ou indireta do poder executivo todas as instituições estão vinculadas à lei e as determinações regulamentares do Presidente da República, estas as quais resultam por sua vez precisamente do exercício do poder de definir as prioridades e discrição de sua administração auxiliada pelos Ministros de Estado. Em resumo, Presidente da República através de seus Ministros, exercendo a administração pública superior, estão limitados apenas pela Constituição e pelas leis, em cujos limites, por isso, exercem também a supervisão e controle dos órgãos intermediários e inferiores da administração. Em outros termos, a adequada compreensão como acima mencionada se fixa pela exata inteligência constitucional que exclui nichos de autonomia absoluta no interior da administração e pela necessária atenção ao sistema constitucional de regulação. Nesse quadro é que se deve desenvolver a discussão ora descrita no parecer em causa. Assim, a questão não é a quantidade de autonomia destinada pela lei às agências reguladoras senão a intensidade da supervisão que lhes pode votar a administração direta dos Ministérios. Nesse sentido, a argumentação do parecer referido é precisa ao definir as bordas da -autonomia- reguladora titulada por elas nos limites de suas precípuas finalidades legais e na escrupulosa sintonia com as políticas públicas a cargo dos ministérios. A rigor, uma e outra têm sede legal ou constitucional, daí porque em verdade a controvérsia não se situa no reconhecimento da autonomia ou não, mas na compreensão da vontade legal-constitucional relacionada com a atividade de cada uma delas. Nessa linha de compreensão, as ações e atividades das agências reguladoras, embora submetidas ao mesmo regime de supervisão, só desfrutam dessa pretendida autonomia na medida em que desempenhem seus encargos ou poderes no limite da competência legal, situação em que a supervisão ministerial fica inversamente mitigada, o que, de resto, é comum a todas as entidades da administração indireta. Assim, o pressuposto necessário da premissa é a existência incondicional da supervisão ministerial como traço essencial do regime presidencialista vigente - que, aliás, repita-se, não é mera aplicação das regras do Decreto-Lei nº 200/1967, mas reconhecimento da aplicação sistemática das prerrogativas constitucionais de regulação privativas do Presidente da República - e então a aferição da autonomia das agências e de suas condutas além de diretamente vinculadas às suas finalidades institucionais se mede principalmente pela adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente a República e os Ministérios que o auxiliam. Pelas mesmas razões, o cabimento do recurso hierárquico impróprio não encontra objeções já que inexiste área administrativa imune à supervisão ministerial, reduzindo-se, contudo, o âmbito de seu cabimento, de modo idêntico, na mesma razão inversa da obediência às políticas de iniciativa do Ministério supervisor. Em suma, não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precípua atenção aos objetivos públicos. Não é outra, portanto, a conclusão com respeito à supervisão ministerial que se há de exercer sempre pela autoridade ministerial competente, reduzindo-se, no entanto, à medida que, nos limites da lei, se atendam às políticas públicas legitimamente formuladas pelos Ministérios setoriais. Por isso, se afirma que a autonomia existe apenas para o perfeito cumprimento de suas finalidades legais. Nesses termos, encaminho a manifestação referida ao exame de Vossa Excelência, sugerindo a aprovação e propondo ainda submeterse o caso à arbitragem presidencial na forma legal.
- 32. Neste sentido, a melhor interpretação dos itens 14.3 e 15.VII do Edital, já reproduzidos neste Despacho, é no sentido de que cabe à Anatel ou ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações decidir acerca das questões afetas às suas competências caso haja dissenso no âmbito do GIRED. Consoante referenciadas disposições editalícias, cabe ao GIRED a "*Proposição dos critérios de utilização do saldo de recursos remanescentes de que trata o item 7*", sendo certo que, caso não haja consenso no âmbito do GIRED, "*a decisão caberá à Anatel ou ao Ministério das Comunicações, respeitados os limites de suas respectivas competências legais*".
- 33. Na espécie, consoante consignado pela CONJUR/MCTIC, a disposição editalícia que obriga a distribuição de conversores de TV Digital decorre da Portaria nº 481, de 9 de julho de 2014, do então Ministério as Comunicações, que determina que a Anatel, dentre outras medidas, promova a distribuição dos conversores:
  - Art. 2º Caberá à Agência Nacional de Telecomunicações Anatel, dentre outras obrigações previstas no edital de licitação para a faixa de 700 Mhz:
  - I distribuir, na forma do edital a que se refere o *caput*, um set-top-box com os requisitos constantes do Anexo I, para recepção da televisão digital terrestre, às famílias cadastradas no Programa Bolsa Família do governo federal;

•••

34. Portanto, considerando que a aplicação dos recursos prevista nos itens 6.1 e 7 do Anexo II-B do Edital n° 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL decorre de execução de política pública de radiodifusão, eventual ausência de consenso no GIRED acerca da matéria demanda atuação do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, na esteira dos itens 14.3 e 15.VII do referenciado edital, e

- Art. 25. Constitui área de competência do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações:
- I política nacional de telecomunicações;
- II política nacional de radiodifusão;
- III serviços postais, telecomunicações e radiodifusão;

...

- 35. Desta maneira, destinar a aplicação dos recursos remanescentes " para a distribuição de Conversores de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, às famílias que já não os tenham recebido" inspira-se no preceito constitucional que resguarda o livre e irrestrito acesso à informação. É certo que não há direitos e garantias fundamentais absolutos, de forma que, diante de eventual conflito entre os interesses públicos envolvidos, deve o gestor fazer prevalecer aquele que melhor resguarde os valores axiológicos perseguidos pela Constituição Federal.
- 36. Assim, na espécie, prevaleceu no âmbito da política pública em execução que, como condição para o desligamento do sinal analógico, preponderou a promoção da modernização e o uso da faixa de 700 MHz para os fins de serviços de telecomunicação caso seja certificado que pelo menos noventa e três por cento dos domicílios que acessem o serviço livre, aberto e gratuito por transmissão analógica terrestre estejam aptos à recepção da televisão digital, no entanto, para os fins de resguardar a continuidade do acesso aos serviços, determinou o Edital em epígrafe que os recursos porventura remanescentes sejam destinados a promover o integral acesso da população ao sinal digital.
- 37. A interpretação conferida pela PFE/ANATEL, com a devida vênia, não deve prevalecer também em razão da Teoria dos Motivos Determinantes, a qual deve orientar a interpretação dos atos administrativos, uma vez que a Administração se vincula às justificativas postas para a edição do ato, ainda que seja discricionário.
- 38. Sobre a matéria, consoante destacou a CONJUR/MCTIC no Parecer nº 689/2018/ CONJUR-MCTIC/CGU/AGU (seq. 19): "31. Como já apresentamos acima neste parecer, interpretando sistematicamente o edital, em especial os itens 3, 4, 5, 6 e 7 do Anexo II B do edital, verifica-se que parcela considerável de recursos arrecadados no leilão deixou de ir para os cofres públicos para cumprir uma finalidade de interesse público: evitar que a população em geral, principalmente as famílias menos abastadas, sofressem a interrupção da transmissão da TV aberta nas suas casas, uma vez que o sinal analógico da TV aberta ocupa(va) a faixa de radiofrequência de 700MHZ, faixa esta a ser ocupada pelas empresas vencedoras do presente certame para prestação de serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo".
- 39. Ora, como já consignado, extrai-se de atenta leitura do item 7 do edital que a finalidade precípua dos recursos é conferir continuidade ou não interrupção aos serviços de radiodifusão de sons e imagens, uma vez que se busca inicialmente "ressarcir os custos decorrentes da redistribuição de canais de TV e RTV e implementar as soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação". Sobre a Teoria dos Motivos Determinantes e a decorrente vinculação da Administração, segue precedente exarado em âmbito de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSITIVO DO ART. 535, I E II, DO CPC/1973. (...).

...

- 3. No caso, o Conselho Nacional de Educação, instado a se manifestar, editou ato público (Parecer CNE/CES n. 290/2006, revisando o Parecer CNE/CES n. 14/2006) e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, a propósito do curso objeto desta demanda, explicitando que era "do Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e Programas do seu Sistema de Ensino, não havendo necessidade de reconhecimento do 'curso' no MEC, pois não se trata de programa ofertado na modalidade de educação a distância".
- 4. Com efeito, a revisão posterior desse entendimento afronta a boa-fé dos interessados, o princípio da confiança, bem como malfere os motivos determinantes do ato, os quais se reportaram à efetiva incidência do inciso III do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996 LDB, bem como para atender ao contido no Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei n. 10.172/2001, dentro da denominada "Década da Educação".
- 5. Outrossim, descabia ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, como perfizera via do Parecer n. 193/2007, restringir o escopo preconizado pelo inciso III do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996, quando dispõe acerca da realização dos programas de capacitação. É que o dispositivo legal permitiu a realização de "programas de capacitação para todos os professores em exercício", não exigindo que os discentes sejam professores com vínculo formal com instituição pública ou privada.
- 6 · <u>Segundo a teoria dos motivos determinantes, "a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada" (RMS 20.565/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15/3/2007, DJ 21/5/2007).</u>

•••

(REsp 1498719/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017,

- 40. Há, pois, duas valências que não podem ser ignoradas: foi estabelecida, consoante itens 6.1 e 7 do do Anexo II-B do Edital n° 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL, uma manifesta e incontroversa priorização para aplicação dos recursos visando "ressarcir os custos decorrentes da redistribuição de canais de TV e RTV e implementar as soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação", o que incluiu a "distribuição de 1 (um) Conversor de TV Digital Terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, bem como 1 (uma) antena de recepção de TV Digital, para cada família cadastrada no Programa Bolsa Família do Governo Federal". Para "o saldo de recursos remanescente, se houver", deve prevalecer o entendimento de que também foi estabelecida uma ordem de prioridade, uma vez que a distribuição de conversores ou a aplicação em outros projetos se dará apenas após esgotadas as finalidades principais referenciadas, as quais prestigiam medidas voltadas para uma adequada transição da transmissão do sinal analógico para o digital.
- 41. A distribuição de conversores para as famílias que não os tenham recebido é, pois, medida prioritária em relação a demais projetos, o que se extrai do preceito constitucional do livre acesso à informação, da Teoria dos Motivos Determinantes; e inclusive do uso dos termos " deverá" e "às famílias que já não os tenham recebido", que foram postos na redação do item 7 do Anexo II-B do Edital n° 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL.
- 42. Nestes termos, caso haja recursos remanescentes, deve ser conferida priorização para distribuição de conversores de TV Digital, até mesmo porque a finalidade precípua do item 7 do edital é resguardar a não solução de continuidade dos serviços de radiodifusão no curso da transição do sinal analógico para o sinal digital.

#### Conclusões

- 43. Ex positis, este Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União, no regular exercício de suas competências voltadas para promoção da uniformização da jurisprudência administrativa, nos termos do art. 14 do Anexo II do Decreto nº 7.392, de 2010, conclui, firme nas razões expostas, que:
  - a) a melhor exegese para o item 7 do Anexo II-B do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL é aquela que resguarda a garantia fundamental de acesso à informação e protege a não solução de continuidade da prestação dos serviços de radiodifusão de sons e imagens, de maneira que, na espécie, caso haja saldo remanescente de recursos, este deverá ser aplicado, prioritariamente, na distribuição de conversores de TV Digital terrestre com interatividade e com desempenho otimizado, ou com filtro 700 MHz, às famílias que já não os tenham recebido;
  - b) há, por conseguinte, preponderância da distribuição de conversores de TV Digital em relação a "outros projetos", o que demanda, obviamente, prévio exame acerca da efetiva necessidade e utilidade da medida, ou seja, os recursos porventura remanescentes devem ser necessariamente aplicados na finalidade de distribuição de conversores de TV Digital caso haja certificação técnica do proveito da medida para o alcance do interesse público perseguido, qual seja: a continuidade ou não interrupção do livre, direto e gratuito acesso aos serviços de radiodifusão de sons e imagens; e
  - c) considerando que a destinação dos recursos de que cuidam os itens 6.1 e 7 do Anexo II-B do Edital n° 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL é inspirada no preceito constitucional que resguarda o direito à informação e, assim, voltada para promoção da política pública de radiodifusão, notadamente para fins de salvaguarda do preceito da não solução de continuidade do acesso livre, direto e gratuito dos aludidos serviços, conclui-se que as questões afetas à política pública de radiodifusão (art. 25, inciso II, da MP nº 870, de 2019) demandam decisão do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, caso haja dissenso no âmbito do GIRED acerca da aplicação do saldo dos recursos remanescentes (itens 14.3 e 15.VII do Anexo II-B do Edital n° 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL).

Brasília, 11 de abril de 2019.

#### VICTOR XIMENES NOGUEIRA

#### ADVOGADO DA UNIÃO DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500029497201487 e da chave de acesso b3259ba6

230121433 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 11-04-2019 14:15. Número de Série: 1781977. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12 ANDAR - AGU SEDE I FONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70.070-030

#### COTA n. 00026/2019/GAB/CGU/AGU

NUP: 53500.029497/2014-87

INTERESSADOS: ANATEL - GPR - GABINETE DA PRESIDÊNCIA

**ASSUNTOS: ATIVIDADE FIM** 

- 1. Trata-se de processo atribuído a esta Consultoria-Geral da União CGU, no qual se analisa divergência de ordem jurídica entre a Procuradoria-Federal Especializada da Agência Nacional de Telecomunicações PFE-Anatel e Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações CONJUR-MCTIC, acerca da interpretação de dispositivos do Edital n. 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL.
- 2. Tendo em vista que aprovei Parecer ( **Seq. 19 e 20**) que inaugurou a divergência neste caso concreto, então como Consultor Jurídico Adjunto da Consultoria Jurídica junto ao MCTIC, remeto os autos ao Consultor da União responsável, na forma da Portaria nº 81, de 28 de janeiro de 2019, para apreciação da manifestação jurídica do Departamento de Coordenação e Orientações de Órgãos Jurídicos DECOR, que propõe solução à controvérsia no âmbito desta Consultoria-Geral da União CGU.

Brasília, 11 de abril de 2019.

GIORDANO DA SILVA ROSSETTO Advogado da União Consultor-Geral da União Substituto

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500029497201487 e da chave de acesso b3259ba6

Documento assinado eletronicamente por GIORDANO DA SILVA ROSSETTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 249998300 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): GIORDANO DA SILVA ROSSETTO. Data e Hora: 11-04-2019 16:28. Número de Série: 17347821. Emissor: Autoridade Certificadora SERPROREBV5.

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12 ANDAR - AGU SEDE I FONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70.070-030

#### DESPACHO n. 00338/2019/GAB/CGU/AGU

NUP: 53500.029497/2014-87

INTERESSADOS: ANATEL - GPR - GABINETE DA PRESIDÊNCIA

ASSUNTOS: Interpretação do item 7 do Anexo II-B do Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL.

- 1. **Aprovo** o <u>DESPACHO n. 00145/2019/DECOR/CGU/AGU.</u> Em consequência, não acolho as conclusões do <u>PARECER n. 00058/2018/DECOR/CGU/AGU.</u>
- 2. Após apreciação pelo Sr. Advogado-Geral da União, dê-se ciência à *Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Telecomunicações* e à *Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações*, solicitando seja dada ciência, respectivamente, à Agência Nacional e ao Ministério.

Brasília, 12 de abril de 2019.

EDIMAR FERNANDES DE OLIVEIRA

CONSULTOR DA UNIÃO

Respondendo pelo Expediente - arts. 2º e 3º da Portaria AGU nº 81/2019

(DOU 29.01.2019 - Seção 2 - pág. 2)

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500029497201487 e da chave de acesso b3259ba6

Documento assinado eletronicamente por EDIMAR FERNANDES DE OLIVEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 250646439 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): EDIMAR FERNANDES DE OLIVEIRA. Data e Hora: 12-04-2019 15:54. Número de Série: 3804434533248010141. Emissor: AC CAIXA PF v2.



### ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

## DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO № 190

PROCESSO Nº:

53500.029497/2014-87

**INTERESSADOS:** 

ANATEL e MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E

COMUNICAÇÕES

ASSUNTO:

SALDO DE RECURSOS REMANESCENTES.

APROVO, nos termos do Despacho 00338/2019/GAB/CGU/AGU, o Despacho nº 00145/2019/DECOR/CGU/AGU.

Restituam-se os autos à Consultoria-Geral da União para as providências

decorrentes.

Brasília, 18 de obcil

de 2019

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA