

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 37 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQTE.(S) : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**
ADV.(A/S) : **CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL FEDERAL**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão com pedido de cautelar proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, em face da omissão administrativa do Presidente da República e da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel quanto à aplicação dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST em suas finalidades, previstas na Lei 9.998/2000.

Preliminarmente, o requerente sustenta sua legitimação ativa, conforme dispõe o art. 103, § 2º, da Constituição Federal.

O requerente narra que

“[...] claramente se vislumbra uma omissão administrativa da ANATEL e do Ministério das Comunicações (órgão vinculado ao Poder Executivo Federal) quanto à aplicação dos recursos do FUST em suas finalidades.

Isso porque o Ministério das Comunicações, atualmente Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, é responsável pela definição/aprovação dos programas, projetos e atividades a serem financiados com os recursos do FUST (os quais serão objeto de Portaria do Ministro das Comunicações), conforme previsto na Norma nº 01/08, que disciplina

ADO 37 / DF

procedimentos para a aplicação de recursos do FUST, aprovada pela Portaria nº 273/08 do Ministro das Comunicações:

[...]

Na sequência, conforme o artigo 10 supratranscrito, o programa aprovado pelo Ministério das Comunicações será encaminhado à ANATEL para adoção das medidas cabíveis, consistentes na elaboração e submissão ao Ministério das Comunicações de proposta orçamentária para inclusão no Projeto de Lei Orçamentária Anual e emissão de nota de empenho no valor total do ressarcimento (valores não recuperados com a exploração eficiente do serviço), nos termos da Resolução 269/01 da ANATEL, que aprova o Regulamento de Operacionalização da Aplicação de Recursos do FUST: [...]” (págs. 5-6 da inicial).

Alega, contudo, que

“[...] não restam dúvidas acerca da omissão quanto à adoção de providências de índole administrativa, consistentes na definição, pelo Ministério das Comunicações, dos programas a serem financiados com os recursos do FUST e na efetiva destinação orçamentária, pela ANATEL, dos valores necessários ao financiamento de tais programas.

Tais omissões são inequivocamente inconstitucionais, já que, não aplicando os recursos do FUST em suas finalidades, a ANATEL e o Ministério das Comunicações vêm tornando ineficazes as normas constitucionais que asseguram direitos fundamentais da população à comunicação e à informação (artigo 5º, incisos IV, IX e XIV da CF/88), ao tratamento isonômico (artigo 5º, caput da CF/88) e à proteção ao consumidor (artigo 5º, XXXII da CF/88)” (pág. 7 da inicial; grifos no original).

Prossegue, afirmando que

“[...] o objetivo almejado com a criação do FUST era a

ADO 37 / DF

universalização dos serviços de telecomunicação, ou seja, o direito de acesso aos serviços de telecomunicações a qualquer pessoa ou instituição de interesse público, independentemente de sua localização e condição socioeconômica.

É certo que o Estado deve garantir meios para que os direitos à comunicação e à informação sejam desfrutados em sua plenitude, e um deles consiste **no amplo acesso das telecomunicações a todos os cidadãos**, sendo certo, portanto, que o direito à telecomunicação pode ser entendido como um direito fundamental.

Desta forma, a universalização dos serviços de telecomunicações é um ponto crucial para que o Estado cumpra seu papel e permita que o cidadão se integre à sociedade atual, cada vez mais voltada ao uso das tecnologias de telecomunicação na vida cotidiana” (págs. 7-8 da inicial; grifos no original).

Argumenta, também, que

“[...] a ausência de universalização dos serviços de telecomunicação leva à impossibilidade de acesso de determinadas parcelas da população a tais serviços, o que constitui discriminação entre os usuários e a consequente ofensa clara ao princípio constitucional da isonomia.

Igualmente, não se desconhece a relevância do papel da universalização das telecomunicações nas relações de consumo, haja vista estar o consumidor sistematicamente vulnerado pelas distintas condições de telecomunicação, ou seja, o consumidor dos serviços é afetado diretamente pela ausência de cobertura em sua localidade, por exemplo, ou a ausência de equipamentos de telecomunicação acessíveis às pessoas com deficiência, entre outros fatores.

Assim, não universalizado o serviço de telecomunicação resta desprotegido o consumidor, ou seja, o elo vulnerável na relação de consumo do serviço, o que contraria direito fundamental previsto constitucionalmente” (pág. 8 da inicial).

ADO 37 / DF

O requerente sustenta, assim, que “dos recursos do FUST implica também em ofensa ao princípio da referibilidade/retributividade em relação à Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, nos termos do artigo 149 da CF/88” (págs. 8-9 da inicial).

Aduz, ademais, que “o serviço de telecomunicação que, no momento da edição da Lei nº 9.998/00, era sinônimo de telefonia fixa (motivo pelo qual esta modalidade foi a única contemplada como passível de receber os recursos do FUST), hoje em dia corresponde muito mais a outros serviços, como de telefonia móvel e internet banda larga” (pág. 10 da inicial).

Ressalta, ainda, que

“[e]sse novo panorama do setor demonstra, conforme será detalhado mais adiante, que a finalidade para a qual foram criados o FUST e a respectiva CIDE resta exaurida, já que não se justifica mais o investimento em telefonia fixa, modalidade de serviço de telecomunicação que vem caindo, cada vez mais, em desuso” (pág. 10 da inicial).

Após sustentar a presença dos requisitos para a concessão de medida cautelar, requer suspensão das cobranças da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE para o FUST até o julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, “haja vista que, em atenção à referibilidade/retributividade inerente às CIDEs, não se justifica a manutenção das cobranças sem a contrapartida do investimento nas finalidades para as quais foi criada” (pág. 53 da inicial).

Prestadas as informações pelo Presidente da Anatel (documentos eletrônicos 40-42) e pelo Presidente da República (documento eletrônico 44), manifestou-se o Advogado-Geral da União pela improcedência do pedido, em parecer assim ementado:

ADO 37 / DF

“Telecomunicações. Suposta omissão inconstitucional imputada ao Presidente da República e à Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel quanto à aplicação dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - Fust. instituído pela Lei na 9.998, de 17 de agosto de 2000. Preliminar. Ausência de dever constitucional de legislar sobre a matéria. Mérito. Inexistência de omissão inconstitucional, considerando-se que o requerente busca conferir nova disciplina a matéria objeto de regulamentação federal (Lei na 9.998/2000). Existência de ações e políticas públicas voltadas a expandir e a universalizar os serviços de telecomunicações. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência dos pedidos” (pág. 1 do documento eletrônico 46).

A Procuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pela Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, opinou, igualmente, pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência dos pedidos. O parecer ministerial apresentado está assim ementado:

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

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

ADO 37 / DF

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

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

- Parecer pelo não conhecimento e, sucessivamente, pela improcedência do pedido” (pág. 1 do documento eletrônico 48).

É o breve relatório. Decido.

Bem examinados os autos, entendo que a presente ação de controle de constitucionalidade não possui viabilidade para o seu regular prosseguimento.

Nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão só pode ser proposta para buscar a efetividade de norma constitucional, que careça das medidas, a cargo do Poder Público, necessárias para viabilizá-la.

Isso porque “o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental”, a qual estará configurada quando “o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs” (ADI 1.458/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Por sua vez, a lei regulamentadora do dispositivo constitucional acima mencionado, a saber, a Lei 9.868/1999, com os dispositivos

ADO 37 / DF

incluídos pela Lei 12.063/2009, prescreve que a petição deverá indicar “a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa” (art. 12-B, I) e “o pedido, com suas especificações” (art. 12-B, II).

Pois bem. Conforme relatado, o CFOAB aponta como inconstitucional a omissão relativa à aplicação dos recursos do FUST nas finalidades previstas na Lei 9.998/2000. Aponta que, “apesar do dever legalmente previsto de aplicação dos recursos em universalização dos serviços de telecomunicação, parcela ínfima do total arrecadado desde a criação do FUST foi efetivamente investida nesta finalidade” (pág. 4 da inicial).

Ademais, colho da inicial que a não aplicação dos recursos do FUST “[...] vêm tornando ineficazes as normas constitucionais que asseguram direitos fundamentais da população à comunicação e à informação (artigo 5º, incisos IV, IX e XIV da CF/88), ao tratamento isonômico (artigo 5º, *caput* da CF/88) e à proteção ao consumidor (artigo 5º, XXXII da CF/88)” (pág. 7 da inicial), consignando que “o direito à telecomunicação pode ser entendido como um direito fundamental” (pág. 8 da inicial).

Em tempo, deve ser ressaltado que, de acordo com a abalizada doutrina,

“[a] omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação” (MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33 ed. - São Paulo: Malheiros, 2010, p. 504).

Ora, observo que não é possível extrair diretamente do texto

ADO 37 / DF

constitucional a obrigação de legislar ou de adotar medidas administrativas necessárias para viabilizar norma ou comando da própria Constituição Federal. Não consigo nem mesmo vislumbrar a falta de norma regulamentadora essencial para possibilitar a concreção de um direito fundamental.

A Lei 9.998/2000, ao instituir o FUST, com a finalidade proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, nos termos do seu art. 1º, disciplinou o disposto no art. 81, II, da Lei Geral das Telecomunicações (Lei 9.472/1997), que determinava a constituição de fundo, “para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, **nos termos da lei**” (grifei).

A previsão de universalizar os serviços de telecomunicações decorre diretamente da Lei 9.472/1997 (Título II, Capítulo I) e não do texto da Constituição Federal de 1988, a despeito da essencialidade das telecomunicações, de modo a possibilitar a difusão de informação para toda a sociedade - a universalização.

Como se vê, ainda que a CF/1988 exigisse a obrigação de legislar sobre o tema, dois diplomas legais já tratam da universalização, o que, por si só, já denotaria a ausência de omissão inconstitucional. No mais, como afirmado pelo requerente, não é pela ausência de lei que os recursos arrecadados pelo FUST não foram integralmente investidos na finalidade legalmente prevista, o que revelaria a existência de medidas necessárias à realização concreta dos preceitos constantes da Lei 9.472/1997.

Assim, em que pese a extensa e relevante argumentação formulada, entendo que o requerente não se desincumbiu do ônus de apontar a norma constitucional que deixou de ser viabilizada por ausência de medidas concretas do Poder Público destinadas a torná-la efetiva. Nesse

ADO 37 / DF

sentido, inclusive, foram as manifestações, respectivamente, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, as quais adoto como razões de decidir:

“Na espécie, observa-se que a omissão questionada pelo requerente consiste na suposta inércia do Presidente da República e da Agência Nacional de Telecomunicações quanto à adoção de providências administrativas tendentes a aplicar ‘os recursos do FUST nas finalidades para as quais o Fundo foi criado’ (fl. 55 da petição inicial). Em outros termos, **o autor pretende, essencialmente, modificar a forma pela qual o Poder Executivo executa a legislação infraconstitucional que disciplina o Fust.**

Isso porque, como já dito, **o fundo mencionado, sua fonte de receitas e a destinação dos recursos que o integram estão previstos, unicamente, em normas infraconstitucionais.** De fato, os dispositivos constitucionais apontados pelo requerente como parâmetros de controle asseguram diversos direitos fundamentais, bem como preveem a competência tributária da União para instituir contribuições, mas **não estabelecem o dever de legislar suposto pelo autor, nem dispõem sobre a matéria em questão.**

Nesses termos, **a Constituição Federal não impõe às autoridades requeridas o dever de regulamentar a destinação dos recursos do Fust,** razão pela qual não há lacuna ou omissão inconstitucional a ser sanada a respeito da matéria” (págs. 11-12 do documento eletrônico 46; grifei).

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

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

por ele financiados.

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

[...]

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

[...]

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

Diante da inexistência de obrigação constitucional expressa pendente de efetivação, é de se afastar o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta pressupõe a previsão de uma norma ou direito constitucional cuja eficácia esteja obstada por ausência de norma regulamentadora, o que não se verifica no caso” (págs. 5-7 do documento eletrônico 48; grifei).

Pelo que foi até aqui exposto, entendo que, ao deixar de indicar a omissão inconstitucional quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar sobre a universalização das telecomunicações, ou quanto à adoção de providências de índole administrativa as quais estariam

ADO 37 / DF

obrigados o Presidente da República e a Agência Nacional de Telecomunicações, a petição inicial não atendeu o art. 12-B, da Lei 9.868/1999, já que deixou de

“ [...] demonstrar que o direito fundamental, para não ser violado, exige norma que imponha conduta de fazer ou não fazer, ou que o direito fundamental, para ser usufruído, depende de norma que autorize prestações fáticas estatais” (MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Curso de direito constitucional*. 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1104).

Isso posto, com arrimo no art. 12-C, da Lei 9.868/1999, e também adotando as manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República como razões de decidir, indefiro liminarmente a presente ação de controle de constitucionalidade por omissão.

Publique-se.

Brasília, 27 de setembro de 2018.

Ministro Ricardo Lewandowski

Relator