
ANÁLISE ACERCA DA OCORRÊNCIA DE CASO FRTUITO NA OPERAÇÃO DO SEGMENTO ESPACIAL REFERENTE AO DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE SATÉLITES

Luciana Chaves Freire Félix

Procuradora Federal. Coordenadora de Procedimentos Regulatórios Adjunta

Marina Georgia de Oliveira e Nascimento

Procuradora Federal. Coordenadora de Procedimentos Regulatórios

PARECER n. 00365/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.023907/2012-14

INTERESSADA: ECHOSTAR 45 TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ASSUNTO: Prorrogação do prazo de entrada em operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite conferido à Echostar 45 Telecomunicações Ltda. na posição orbital 45°W por meio do Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV n° 157/2012-ANATEL.

EMENTA: 1. Prorrogação do prazo de entrada em operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite conferido à Echostar 45 Telecomunicações Ltda. na posição orbital 45°W por meio do Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV n° 157/2012-ANATEL. 2. Não caracterização de caso foruito ou força maior. 3. Óbice à prorrogação pleiteada.

1. RELATÓRIO.

1. Trata-se de pedido de prorrogação do prazo de entrada em operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite conferido à Echostar 45 Telecomunicações Ltda. (Echostar) na posição orbital 45°W por meio do Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV nº 157/2012-ANATEL.

2. Para fins de relato, vale transcrever os itens 3.2 a 3.7 do Informe nº 1405/2017/SEI/ORLE/SOR:

3.2. A Echostar 45 Telecomunicações Ltda. participou da Licitação nº 002/2011/PVSS/SPV-ANATEL, que teve como objeto “conferir até quatro Direitos de Exploração de Satélite Brasileiro para Transporte de Sinais de Telecomunicações, doravante apenas Direito de Exploração, utilizando satélites geostacionários, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma única vez, em posições orbitais que estejam em processo de coordenação ou de notificação em nome do Brasil ou resultantes de processos de coordenação a serem iniciados ante a União Internacional de Telecomunicações - UIT, e uso de radiofrequências associadas”.

3.3. Originalmente, o Direito de Exploração de Satélite Brasileiro, mediante ocupação, sem exclusividade, da posição orbital 45°W e radiofrequências associadas nas faixas referentes às bandas Ku (Apêndices 30 e 30A), Ka e S, foi conferido pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogáveis por igual período, à HNS AMÉRICAS COMUNICAÇÕES LTDA, CNPJ nº 33.804.832/0001-10, por meio do Ato nº 1.797, de 28 de março de 2012 e Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV nº 157/2012-ANATEL, e transferido posteriormente para ECHOSTAR 45 TELECOMUNICAÇÕES LTDA, CNPJ nº 15.787.701/0001-90, por intermédio do Ato nº 5.246, de 28 de agosto de 2013, e Termo de Direito de Exploração ORLE/SOR nº 03/2013-ANATEL (Termo de Sub-rogação de Direitos e Obrigações).

3.4. O extrato do Termo de Direito de Exploração nº 157/2012 foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) no dia 8 de maio de 2012.

3.5. Nas Cartas datadas de 2 de junho de 2016 (SEI nº 0538597), 31 de outubro de 2016 (SEI nº 0926021) e 19 de dezembro de 2016 (SEI nº 1052396), a empresa apresentou argumentos favoráveis à prorrogação do prazo para entrada em operação do segmento espacial.

3.6. Tendo em vista as manifestações da interessada, foram expedidos Memorandos à Gerência de Espectro, Órbita e Radiodifusão - ORER, registrados no SEI sob os nº 0846211, 1061787 e 1206179, solicitando subsídios para prosseguimento do processo.

3.7. Em resposta, a ORER encaminhou os Memorandos cadastrados no SEI sob os nº 1012506, 1108246 e 1227050.

3. Registre-se que, por meio do Despacho Decisório nº 71/2017/SEI/ORLE/SOR (SEI 1317837), foram deferidos os pedidos de restrição de acesso das cartas registradas sob os nºs SEI 0380655, 0538597, 0926021, 0934252, 1009208 e 1052396, por conterem informações técnicas de caráter estratégico da Echostar.

4. A área técnica analisou o pedido de prorrogação, por meio do Informe nº 1405/2017/SEI/ORLE/SOR, e propôs o seguinte:

4.1. Tendo em vista o disposto acima, propõe-se que seja prorrogado o prazo para entrada em operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite conferido à Echostar 45 Telecomunicações Ltda. por meio do Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV nº 157/2012-ANATEL, na posição orbital 45°W, até 8 de dezembro de 2020.

5. Foi anexada ao referido Informe Minuta de Termo Aditivo ao Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV nº 157/2012-ANATEL (SEI nº 1326777).

6. Por meio da Matéria para Apreciação do Conselho Diretor nº 247/2017, o Superintendente de Outorga e Recursos à Prestação propôs o seguinte:

5.1. Atendidas as exigências legais pela interessada, conforme instruído no processo, manifesta-se favoravelmente ao atendimento da solicitação de prorrogação, até 8 de dezembro de 2020, do prazo para entrada em operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite conferido à Echostar 45 Telecomunicações Ltda. na posição orbital 45°W, no contexto da Licitação nº 002/2011/PVSS/SPV-ANATEL, por meio do Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV nº 157/2012-ANATEL.

5.2. Encaminhe-se o presente processo ao Superintendente Executivo para posterior envio à deliberação do Conselho Diretor.

5.2.1. Nos termos do Regimento Interno, a presente matéria deverá ser objeto de sorteio para sua distribuição ao Conselheiro relator.

7. Por meio da Certidão SEI nº 1393516, foi certificado que o presente processo foi objeto de sorteio no dia 20 de abril de 2017 às 10h, tendo sido o Conselheiro Otavio Luiz Rodrigues Junior designado relator.

8. Após, por meio do Memorando nº 20/2017/SEI/OR, o processo foi devolvido para redistribuição, considerando que o Conselheiro Otávio Luiz Rodrigues Junior estava em férias.

9. Por meio da Certidão SEI 141881, foi certificado que o presente processo foi objeto de sorteio no dia 27 de abril de 2017 às 10h, tendo sido o Conselheiro Leonardo Euler de Moraes designado relator.

10. O Conselheiro Leonardo Euler de Moraes, por meio da Análise nº 32/2017/SEI/LM, propôs a conversão da deliberação em diligência, pelo prazo de 30 (trinta) dias, para que a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel se manifestasse nos autos acerca dos aspectos jurídicos do pedido de prorrogação.

11. Assim é que o Conselho Diretor, por meio do Despacho SEI nº 1448314, decidiu, em sua Reunião nº 825, de 4 de maio de 2017, tendo por fundamento a Análise nº 32/2017/SEI/LM (SEI nº 1420234), converter a deliberação em diligência, pelo prazo de 30 (trinta) dias, para que a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE) manifeste-se nos autos acerca dos aspectos jurídicos do pedido de prorrogação.

12. É o relatório. Passa-se a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO.

13. No que atine ao objeto da Licitação nº 002/2011/PVSS/SPV-Anatel, o Edital de Licitação aduz o seguinte:

1.1 O objeto desta licitação é conferir até quatro Direitos de Exploração de Satélite Brasileiro para Transporte de Sinais de Telecomunicações, doravante apenas Direito de Exploração, utilizando satélites geoestacionários, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma

única vez, em posições orbitais que estejam em processo de coordenação ou de notificação em nome do Brasil ou resultantes de processos de coordenação a serem iniciados ante a União Internacional de Telecomunicações - UIT, e uso de radiofrequências associadas.

1.1.1 Direito de Exploração de Satélite Brasileiro para Transporte de Sinais de Telecomunicações, de acordo com a Lei n.º 9.472/97, é o que assegura a ocupação da órbita e o uso das radiofrequências destinadas ao controle e monitoração do satélite e à telecomunicação via satélite.

1.1.2 O prazo pelo Direito de Exploração referido em 1.1 iniciar-se-á na data de publicação no Diário Oficial da União – DOU do extrato do Termo de Direito de Exploração conferido à entidade vencedora de cada etapa desta licitação.

1.2 A Anatel, a seu critério, poderá iniciar, quando considerar conveniente, novo processo visando conferir novos Direitos de Exploração, após o término do presente processo licitatório.

14. No que se refere à obrigação de a adjudicatária colocar o segmento espacial em operação, transcreve-se o item 10.4.3 do Edital de Licitação e seus subitens, *verbis*:

10.4.3 A adjudicatária compromete-se a colocar o segmento espacial em operação no prazo de 4 (quatro) anos, contado a partir da publicação no DOU do extrato do Termo de Direito de Exploração, ressalvadas as situações de força maior ou caso fortuito.

10.4.3.1 Quando se tratar de utilização de posição orbital e faixas de frequências associadas aos Planos dos Apêndices 30, 30A e 30B do Regulamento de Radiocomunicações da UIT, o prazo para colocar em operação o segmento espacial será de 5 (cinco) anos, contado a partir da publicação no DOU do extrato do Termo de Direito de Exploração, ressalvadas as situações de força maior ou caso fortuito.

10.4.3.2 Como condição para assinatura do Termo de Direito de Exploração, a adjudicatária deve apresentar, até 5 (cinco) dias antes da referida assinatura, garantia de execução do compromisso de colocar o segmento espacial em operação, com prazo de validade mínimo de 50 (cinquenta) meses, no caso do item 10.4.3, e de 62 (sessenta e dois) meses, no caso do item 10.4.3.1.

10.4.3.2.1 Se a Adjudicatária não apresentar a garantia de execução do compromisso a que se refere o item 10.4.3.2, serão adotadas as medidas indicadas no item 12.1.

10.4.3.2.2 A adjudicatária deve apresentar garantia de execução do compromisso a que se refere o item 10.4.3.2 no valor de R\$ 394.584,41 (trezentos e noventa e quatro mil, quinhentos e oitenta e quatro reais e quarenta e um centavos).

10.4.3.2.3 A Adjudicatária poderá optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

a) carta de fiança bancária, emitida em favor da adjudicatária por banco comercial, de investimentos ou múltiplo;

b) caução em dinheiro feita na Caixa Econômica Federal, em formulário específico, conforme dispõe o Decreto-Lei n.º 1.737/79.

15. No mesmo sentido, estabelece o Termo n.º 157/2012-ANATEL:

Capítulo III – Do Projeto Técnico

3.1. Obriga-se a EXPLORADORA DE SATÉLITE a informar previamente à Anatel alterações técnicas ao projeto, relativamente ao constante da Metodologia de Execução, sob pena de extinção do Direito de Exploração e perda do valor pago por este direito referido no item 2.1.

3.2. Não serão admitidas alterações:

a) do prazo de 5 (cinco) anos para entrada em operação do segmento espacial, contado a partir da data de publicação do extrato do Termo no Diário Oficial da União, salvo em situações de força maior ou caso fortuito;

b) dos requisitos técnicos do projeto estabelecidos no Anexo 1 deste Termo (Edital de Licitação nº002/2011/PVSS/SPV-ANATEL).

3.2.1. O não cumprimento destas obrigações sujeita a EXPLORADORA DE SATÉLITE à caducidade do Direito de Exploração e perda dos valores das parcelas pagas pelo direito referido no item 2.1.

3.2.2. Além do estabelecido no item 3.2.1, o não cumprimento do compromisso de colocar o segmento espacial em operação no prazo estabelecido implica a execução, pela Anatel, da garantia de execução do referido compromisso.

16. No que se refere às posições orbitais envolvidas, eis o que o Edital de Licitação aduziu:

2.3 Na elaboração de seus projetos técnicos, as Proponentes deverão atender os requisitos técnicos obrigatórios estabelecidos no Anexo I.

2.4. No Anexo II deste Edital constam informações relativas às posições orbitais e radiofrequências associadas em processo de coordenação ou de notificação em nome do Brasil ante a UIT, bem como as posições orbitais e radiofrequências associadas aos Planos dos Apêndices 30, 30A e 30B do Regulamento de Radiocomunicações da UIT em nome do Brasil, entre as quais uma, em cada etapa, poderá ser pleiteada pela Proponente, observado o disposto no item 2.4.2.

2.4.1 A critério da Proponente, em cada uma das etapas, poderá ser pleiteada:

a) outra posição orbital diversa daquelas listadas na Tabela 1 do Anexo II, a qual será objeto de processo de coordenação e notificação pelo Brasil ante a UIT; ou

b) a inclusão de uma nova consignação ao Plano dos Apêndices 30 e 30A em relação àquelas listadas na Tabela 2 do Anexo II, que estará sujeita aos procedimentos de coordenação e notificação previstos nos referidos Apêndices; ou

c) a inclusão de um sistema adicional ou a modificação da posição orbital, no que concerne ao Plano do Apêndice 30B, Tabela 3 do Anexo II, que estará sujeita aos procedimentos de coordenação e notificação previstos no referido Apêndice.

2.4.1.1 Nos casos previstos no item 2.4.1, a Anatel verificará o impacto da utilização da posição orbital, considerando os pedidos de direito de exploração de satélite em andamento e os direitos de exploração de satélite já conferidos, bem como a possibilidade de restringir outros usos de posições orbitais e radiofrequências associadas aos Planos dos Apêndices 30, 30A e 30B em nome do Brasil.

2.4.2 A escolha da posição orbital e radiofrequências associadas a ser utilizada pela Proponente, conforme itens 2.4 e 2.4.1, é de inteira responsabilidade da Proponente, não cabendo, relativamente aos termos e condições estabelecidos neste Edital, quaisquer condicionamentos ou responsabilidades da Anatel que, sempre que possível e observado o disposto neste item:

a) apoiará toda e qualquer ação necessária perante as demais administrações estrangeiras envolvidas na coordenação da posição

orbital escolhida, no sentido de fazer valer os direitos da entidade detentora de Direito de Exploração;

b) promoverá reuniões nacionais entre detentoras de Direito de Exploração, sempre que necessário, por iniciativa da Anatel ou de detentora de Direito de Exploração, de forma a buscar os necessários acordos de coordenação; e

c) permitirá futuras alterações no projeto do segmento espacial da detentora do Direito de Exploração, com relação à escolha original da posição orbital, caso seja esta a solução efetiva para eventuais conflitos de coordenação identificados com outros segmentos espaciais, desde que atendidas as demais condições estabelecidas neste Edital.

2.4.3 É vedada a escolha de posição orbital e radiofrequências associadas para as quais a proponente já detém direito de exploração de satélite.

17. A HNSA Américas Comunicações Ltda. (cujo direito de exploração de satélite foi transferido para a Echostar), após ofertar o maior lance na primeira etapa da Licitação de 2011, escolheu a posição 45°O associada às frequências 12,2-12,7 GHz e 17,3-17,8 GHz, correspondentes a faixa planejada do AP30-30A (item 1.1.2 do Anexo I do Edital e tabela 2 do Anexo II). Além destas faixas, conforme item 3.1 do Anexo I do Edital, a empresa solicitou as faixas 1980-2025 MHz e 2160-2200 MHz, referentes a Banda S, e 17,7-20,2 GHz e 27 à 30 GHz, referentes a Banda Ka.

18. O Direito de Exploração de Satélite Brasileiro foi conferido pela Anatel por meio do Ato nº 1.797/2012, publicado no DOU em 05 de abril de 2012, e por meio do Termo de Direito de Exploração PVSS/SPV nº 157/2012-Anatel assinado em 4 de maio de 2012 e o extrato publicado no DOU de 8 de maio de 2012.

19. O prazo para colocação do satélite em operação na posição orbital e faixas de frequências associadas é de 5 (cinco) anos a partir da publicação no DOU do Termo de Direito de Exploração de Satélite, conforme item 10.4.3.1. Sendo assim, a empresa Echostar teria até o dia 8 de maio de 2017 para colocar em operação o satélite que irá ocupar a posição orbital de 45°O e transmitirá nas faixas de frequências das bandas S, AP30-30A e Ka.

20. De início, cumpre destacar que a área técnica consignou não haver óbice para que uma empresa coloque em operação um segmento espacial que utilize satélites diferentes. Vejamos:

3.10. Inicialmente, para um maior esclarecimento da matéria, transcreveremos abaixo o inciso XVIII, do art. 9º do Regulamento sobre o Direito de Exploração de Satélite para Transporte de Sinais de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 220, de 5 de abril de 2000, que traz o conceito de segmento espacial:

XVIII - Segmento Espacial: são os satélites e as estações de rastreamento, telemetria, comando, controle, monitoração e equipamentos requeridos para suportar a operação desses satélites;

3.11. Tendo em vista a definição acima, não se vislumbra óbice para que uma empresa coloque em operação um segmento espacial utilizando satélites diferentes (divisão por bandas de frequências, por exemplo).

21. *In casu*, segundo informações da interessada, ela já teria promovido a entrada em operação de parte do segmento espacial por meio do satélite Echostar XXIII, na banda Ku (Apêndices 30 e 30A). A empresa informou, por meio da petição SEI nº 1405093 que houve o lançamento do satélite Echostar XXIII em 16 de março de 2017 e que a ativação do segmento espacial estava prevista para ocorrer até 8 de maio de 2017. De qualquer sorte, tal ativação ainda não restou atestada nos autos.

22. Não obstante, ainda resta a entrada em operação do segmento espacial relativo às bandas Ka e S. No que se refere a essas bandas, a Echostar requereu a prorrogação para entrada em operação do segmento espacial, sob a alegação de ocorrência de força maior ou caso fortuito.

23. Nos termos da cláusula 3.2 do Termo nº 157/2012-ANATEL, **“não são admitidas alterações: a) do prazo de 5 (cinco) anos para entrada em operação do segmento espacial, contado a partir da data de publicação do extrato do Termo no Diário Oficial da União, salvo em situações de força maior ou caso fortuito”**.

24. Importa analisar, portanto, *in casu*, a configuração ou não de força maior ou caso fortuito, a justificar a prorrogação de prazo requerida.

25. No que atine aos fundamentos do pedido de prorrogação formulado pela Echostar, cumpre transcrever os itens 3.16 e 3.17 do Informe nº 1405/2017/SEI/ORLE/SOR, que bem os resume:

3.16. A interessada relaciona, como fato necessário a justificar a prorrogação, uma possível redução do espectro da banda S por parte da Anatel, cujas faixas de radiofrequências ainda não teriam sido destinadas para serviços de comunicação móveis via satélite e também poderiam sofrer interferência com links de micro-ondas (faixas terrestres).

3.17. Como fatos secundários, trouxe os seguintes argumentos: o fato de o protocolo da Echo 45 perante a UIT para as bandas Ka e S ter prioridade muito baixa; incertezas quanto a destinação das faixas de radiofrequências relativas à banda Ka; e aspectos relacionados à crise econômica vivida pelo país.

26. No que se refere à banda S, eis o que a área técnica consignou:

3.18. No que concerne à situação envolvendo a banda S, transcrevemos trecho do Memorando nº 23/2017/SEI/ORER/SOR, de 24 de fevereiro de 2017 (SEI nº 1227050), por meio do qual a Gerência de Espectro, Órbita e Radiodifusão - ORER posiciona-se acerca do caso:

“4. Em resposta ao requerimento da interessada, por meio do Ofício nº 22/2012-PVSSR/PVSS-Anatel, de 22 de março de 2012, observou-se que as referidas faixas de radiofrequências, apesar de atribuídas para o serviço móvel por satélite, ainda não estavam destinadas a serviço de telecomunicações que possa utilizar capacidade espacial de sistemas do serviço móvel por satélite e que somente após a destinação a interessada poderia fazer uso daquelas faixas de radiofrequências.

5. Sobre este assunto, o processo de destinação da banda S (Processo SEI nº 53500.015486/2016-81) foi iniciado em Junho de 2016. A proposta da área técnica, passível de mudança nas instâncias superiores e ainda sujeita a Consulta Pública, é realizar a destinação de faixas na banda S. No entanto, cabe ressaltar que na proposta da área técnica, a largura de faixa a ser destinada será inferior àquela solicitada pela interessada.

6. Como marcos importantes para esse processo, temos a Consulta Pública, cuja previsão para ocorrer é no segundo semestre de 2017, e conclusão do processo, prevista para o terceiro trimestre de 2018.”

3.19. No contexto acima, a interessada já havia informado sobre a contratação da Airbus Defense & Space como empresa responsável pela

construção do satélite nas bandas Ka e S, por meio de correspondência datada de 1 de março de 2016 (SEI nº 0295809).

3.20. Não obstante, na Carta registrada sob o nº SEI 0926021, a interessada expôs sobre a impossibilidade de continuação do projeto do satélite enquanto a situação envolvendo as radiofrequências referentes à banda S não fosse resolvida:

“Até que tenhamos certeza sobre as frequências específicas em que teremos autoridade para operar, nós não podemos progredir no desenvolvimento de um satélite para a 45WL em Banda S. Portanto, trata-se, esse fator, de um evento de força maior, que nos impossibilita de cumprir com os requisitos previstos”.

3.21. A alegação da interessada procede. Invariavelmente, a configuração do satélite contratado sofrerá ajustes de acordo com a quantidade de espectro a ser destinada à banda S pela Anatel. Por exemplo, se houver diminuição, em tese, a empresa carregará menor quantidade de *transponders* em banda S e maior em banda Ka, para tornar o empreendimento viável economicamente, pois o provimento de capacidade em banda S será, obviamente, reduzido. Em contrapartida, se o espectro for mantido como originalmente atribuído, a empresa poderá carregar maior quantidade de *transponders* em banda S, pois haverá maior capacidade na faixa para ser provida.

3.22. Deve ser frisado que, uma vez lançado, não há como reconfigurar o satélite, por isso a preocupação da empresa em desenvolver e lançar uma estação espacial que venha a cumprir as obrigações estabelecidas e, ao mesmo tempo, seja viável economicamente.

27. Como se vê a área técnica consignou que, muito embora as faixas de radiofrequências estejam atribuídas para o serviço móvel por satélite, ainda não estão destinadas a serviço de telecomunicações que possa utilizar a capacidade espacial de sistemas do serviço móvel por satélite e, somente após a destinação, a interessada poderia fazer uso daquelas faixas de radiofrequências. Ademais, continua a área técnica, tramita na Agência processo de destinação da banda S (Processo SEI nº 53500.015486/2016-81), na qual a largura de faixa a ser destinada será inferior àquela solicitada pela interessada.

28. Assim é que a área técnica destaca que, invariavelmente, a configuração do satélite contratado sofrerá ajustes de acordo com a quantidade de espectro a ser destinada à banda S pela Anatel e que, uma

vez lançado, não há como reconfigurar o satélite, por isso a preocupação da empresa em desenvolver e lançar uma estação espacial que venha a cumprir as obrigações estabelecidas e, ao mesmo tempo, seja viável economicamente.

29. Pois bem. Nos termos do Código Civil, o caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, *verbis*:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

30. De modo a conceituar esses institutos, vale transcrever a ementa do Recurso Especial nº 258707/SP, *verbis*:

DIREITO CIVIL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. RESTAURANTE.MANOBRISTA. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. INEVITABILIDADE. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR PRECEDENTES DA CORTE. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A responsabilidade de indenizar, na ausência de pactuação em contrário, pode ser afastada pela prova da ocorrência de força maior, como tal se qualificando o roubo de objetos sob a guarda do devedor.

II - Segundo qualificada doutrina, que encontrou eco nesta Corte, caso fortuito é “o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes” enquanto a força maior é “o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer”, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade.

(REsp 258.707/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 25/09/2000, p. 111) (grifos acrescidos)

31. José dos Santos Carvalho Filho conceitua os institutos da seguinte maneira^[1]:

Caso fortuito e força maior são situações de fato que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais. O primeiro decorre de eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, e o segundo é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, como é o clássico exemplo de greve.

(grifos acrescidos)

32. Ressalte-se que o caso fortuito ou força maior são caracterizados por situações excepcionalíssimas. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho adverte que o caso fortuito ou força maior são situações excepcionais, totalmente diversas de fatos contidos na álea normal dos contratos^[9]:

Assinale-se, por fim, ser correta a advertência de que tais situações devem caracteriza-se pela imprevisibilidade, inevitabilidade e impossibilidade total do cumprimento das obrigações. Fora daí, os fatos estarão dentro da álea normal dos contratos.

33. A ocorrência do caso fortuito ou da força maior deve ser verificada no caso concreto. *In casu*, no entanto, não se verifica a ocorrência de nenhum desses institutos. Não houve qualquer acidente ou fato de terceiro que tivesse criado um obstáculo ao adimplemento da obrigação, tampouco há de se falar na ocorrência de qualquer excepcionalidade característica do caso fortuito ou da força maior.

34. Explica-se. Quando a Echostar, ou melhor, à época a HNSA, solicitou que lhe fosse conferido o direito de também utilizar outras faixas adicionais, nos termos do item 3.1 do Anexo I do Edital de Licitação, as aludidas faixas ainda não estavam destinadas a serviço de telecomunicações que pudesse utilizar a capacidade espacial de sistemas do serviço móvel por satélite e, mesmo assim, ela, por sua conta e risco, conforme prevê o item 2.4.2 do Edital, as escolheu.

35. Cumpre destacar que não havia no Edital de Licitação ou no respectivo Termo, tampouco na regulamentação, qualquer disposição que contivesse o dever jurídico de a Anatel destinar as referidas faixas. Também não havia qualquer disposição nesses instrumentos que estabelecesse que o prazo de 5 (cinco) anos para entrada em operação do segmento espacial apenas começaria a ser contado após a destinação das faixas pela Anatel.

36. Note-se que o extrato do Termo de Direito de Exploração PVSS/SPV n° 157/2012-Anatel foi publicado no DOU de 8 de maio de 2012. Naquela época, como já salientado, as faixas ainda não haviam sido destinadas, e não era imprevisível que não fossem destinadas em um curto espaço de tempo. Até porque, considerando que, via de regra, a construção de satélites é demorada, para que a obrigação de entrada em operação fosse cumprida a tempo, as especificações técnicas do satélite deveriam ser definidas imediatamente ou ao menos em um curto espaço de tempo após a publicação do Termo.

37. Cumpre destacar, ainda, que à época da escolha de faixas adicionais pela HNSA, a Anatel não fez - até porque não cabia fazê-lo - qualquer juízo de valor sobre elas ou qualquer juízo técnico de viabilidade. De acordo com as disposições editalícias, a proponente poderia escolher utilizar outras faixas de frequência, aplicando-se, nesse caso, as disposições do item 2.4.2 do Edital, *verbis*:

2.4.2 A escolha da posição orbital e radiofrequências associadas a ser utilizada pela Proponente, conforme itens 2.4 e 2.4.1, é de inteira responsabilidade da Proponente, não cabendo, relativamente aos termos e condições estabelecidos neste Edital, quaisquer condicionamentos ou responsabilidades da Anatel que, sempre que possível e observado o disposto neste item:

- a) apoiará toda e qualquer ação necessária perante as demais administrações estrangeiras envolvidas na coordenação da posição orbital escolhida, no sentido de fazer valer os direitos da entidade detentora de Direito de Exploração;
- b) promoverá reuniões nacionais entre detentoras de Direito de Exploração, sempre que necessário, por iniciativa da Anatel ou de detentora de Direito de Exploração, de forma a buscar os necessários acordos de coordenação; e
- c) permitirá futuras alterações no projeto do segmento espacial da detentora do Direito de Exploração, com relação à escolha original da posição orbital, caso seja esta a solução efetiva para eventuais conflitos de coordenação identificados com outros segmentos espaciais, desde que atendidas as demais condições estabelecidas neste Edital.

38. Como se vê, o Edital de Licitação contém disposição expressa no sentido de que a escolha da posição orbital e radiofrequências associadas a

ser utilizada pela proponente é de inteira responsabilidade da proponente, não cabendo, relativamente aos termos e condições estabelecidos no Edital, quaisquer condicionamentos ou responsabilidades da Anatel.

39. Aliás, o próprio Edital e respectivo Termo previam a responsabilidade de a proponente observar a regulamentação. Dessa feita, se à época a faixa ainda não estava regulamentada, já era previsível que não poderia ser utilizada, não sendo imprevisível ou inevitável a não regulamentação imediatamente ou em curto espaço de tempo.

40. Dessa feita, tendo a HNSA à época escolhido uma faixa ainda não destinada, por sua conta e risco, e não tendo a Anatel, em razão disso, qualquer dever jurídico de o fazer, não é possível afirmar que o fato de a faixa ainda não estar destinada era algo imprevisível, não se configurando como acidente ou fato de terceiro que capitaneiam o caso fortuito e a força maior.

41. Aliás, a destinação da aludida faixa depende da gestão estratégica da Anatel segundo seu juízo discricionário. Portanto, não há de se falar, *in casu*, em fato alheio à vontade das partes, seja acidente, seja fato de terceiro, que caracterizem a ocorrência de caso fortuito ou força maior. A não regulamentação, repita-se, era plenamente previsível à época, até porque, além de não haver dever jurídico que a imponha à Anatel, a regulamentação depende da gestão estratégica da Agência.

42. Nesse sentido, o fato de o processo nº 53500.015486/2016-81 estar em trâmite na Agência e ter como objeto a destinação das faixas de radiofrequências de 1980 a 2025 MHz e de 2160 a 2200 MHz, a chamada banda S, para o Serviço Móvel Global por Satélite (SMGS), não parece ter relevância para a solução do presente pedido de prorrogação, na medida em que se constitui em proposta de regulamentação, ainda não aprovada pela Agência. Dessa feita, eventual aprovação necessariamente ocorrerá após a expiração do prazo para entrada em operação do satélite, a qual, aliás, já se efetivou em 8 de maio de 2017, não tendo havido qualquer caso fortuito ou força maior que justifique sua prorrogação.

43. Dessa feita, não tendo sido caracterizada a ocorrência de caso fortuito e força maior, que são as únicas exceções previstas no Edital e no respectivo Termo que permitem a alteração do prazo para entrada em operação do segmento espacial, resta inviável a prorrogação pleiteada pela Echostar.

44. A respeito da questão envolvendo a Banda Ka e sua eventual realocação para o 5G, a área técnica destacou que “apenas existem estudos na UIT que buscam identificar parte do *uplink* da banda Ka para o IMT (5G)”.

45. Nesse ponto, cumpre destacar que recentemente foi aprovada a Resolução nº 676, de 7 de abril de 2017, por meio da qual a Anatel limitou a utilização das faixas de radiofrequência de 18,1 GHz a 18,6 GHz e de 27,9 GHz a 28,4 GHz a redes de satélite do Serviço Fixo por Satélite.

46. Dessa forma, ainda que existam estudos em sentido contrário, verifica-se que eles não traduzem a realidade atual. Isso sem contar que é plenamente previsível que haja discussões sobre a destinação e realocação de faixas, sendo que eventual realocação em sentido contrário ao da interessada constitui-se em risco inerente ao negócio. Dessa forma, também não se trata de fato que caracterize caso fortuito ou força maior a justificar a prorrogação pleiteada.

47. Da mesma forma, o fato de o protocolo da Echo 45 perante a UIT para as bandas Ka e S ter eventualmente prioridade baixa não se constitui em caso fortuito ou força maior.

48. Sobre a crise econômica como fato a justificar a prorrogação pleiteada, a área técnica consignou o seguinte:

3.24. Sobre a configuração de uma crise econômica como fato necessário a justificar a prorrogação para entrada em operação de segmento espacial referente a direito de exploração de satélite brasileiro, assim decidiu o Conselho Diretor por meio da Análise nº 35/2017/SEI/AD, de 21 de março de 2017 (SEI nº 1296690), nos autos do processo nº 53500.022042/2016-01, em caso análogo:

4.57. Acrescente-se nesse cenário, a situação econômica vivida no país, causando retração nos últimos 3 (três) anos. É de conhecimento de todos esse fato, que se acentua nas empresas fornecedoras de infraestruturas, uma vez que nesses momentos, o investimento alvo passa a ser aqueles que oferecem retornos financeiros mais rápidos. A Star One, não tem o condão de impedir ou evitar os efeitos de situações dessa natureza.

4.58. Diante dos fatos, fica configurada hipótese de caso fortuito ou força maior a ensejar a possibilidade de prorrogação do pleito da solicitante.

4.59. Em caso semelhante, o Conselho Diretor já se manifestou favoravelmente, ressaltando a situação econômica como justificativa para

aprovar a prorrogação para entrada em operação de segmento espacial referente a direito de exploração de satélite brasileiro. Essa decisão consta do Despacho nº 10.119/2010-CD, de 29 de outubro de 2010, às fls. 141 a 143 e 145 dos autos do processo nº 53500.010933/2010-11 (SEI nº 0855197):

“Acolho, integralmente a fundamentação e análise trazida por meio do Informe nº 497/2010, entendendo que o tema foi devidamente tratado, restando clara a ocorrência de situação de caso fortuito ou força maior no presente processo que conduz ao deferimento do pleito da Requerente. E, ainda, em atendimento ao interesse público, entendo ser a dilação do prazo a melhor alternativa, já que os maiores beneficiados serão os usuários.

Por oportuno, vale salientar que os documentos acostados pela Requerente demonstram os seus esforços em cumprir o prazo anteriormente firmado, contudo demasiadamente afetado pelo cenário econômico mundial que passou por forte turbulência como é de conhecimento público e notório.”

3.25. A interessada solicitou, a priori, por meio da Carta de nº SEI 0538597, a dilação em 3 (três) anos do prazo para entrada em operação. Posteriormente, na Carta registrada sob o nº SEI 1052396, requereu a extensão do prazo para 43 (quarenta e três) meses, com término em 8 de dezembro de 2020.

49. Nesse ponto, muito embora o Conselho Diretor tenha decidido pela prorrogação, nos autos do processo nº 53500.022042/2016-01, em face da situação econômica vivida no país, cumpra a esta Procuradoria consignar que tal fato (crise econômica), por si só, não tem o condão de justificar a prorrogação pleiteada. Trata-se de fato previsível inserido no risco do negócio. Nesse sentido, vale citar os seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. SUPERMERCADO. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE PRAZO A TÍTULO DE AVISO PRÉVIO. 30 (TRINTA) DIAS. INOBSERVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE CRISE ECONÔMICA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO CASO FORTUITO OU MOTIVO DE FORÇA MAIOR. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES TRAZIDAS PARA APRECIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A alegação de crise econômica não pode ser caracterizada como caso fortuito ou motivo de força maior para fins de rescisão contratual, visto

que se enquadra no risco inerente à atividade empresarial exercida pela agravante. Ora, o momento pelo qual passa a nação caracteriza-se como fato previsível, sobretudo em razão dos prognósticos econômicos há muito veiculados na mídia especializada, sendo, portanto, os efeitos passíveis de adequação;

2. Saliente-se que, como o próprio agravante afirma por mais de uma vez em suas razões, os rumores de encerramento de suas atividades já circulavam na imprensa, fato que demonstra que tal decisão já havia sido cogitada com bastante antecedência. É de se estranhar, portanto, ao menos à primeira vista, que os sublocatários do imóvel apenas tenham sido notificados, por meio de carta, dois dias antes do fechamento definitivo. Tal medida não é provida de qualquer razoabilidade, sendo deveras prejudicial aos locatários o abrupto encerramento das atividades lotéricas desempenhadas. Isso sem falar na ofensa aos mais basilares princípios do direito contratual, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva;

3. Demonstrado, portanto, que a crise econômica não pode ser entendida como elemento a configurar caso fortuito ou força maior, bem como que, ausente o termo de rescisão, entende-se como existente e em vigor o contrato de locação estabelecido entre o agravante e o locador, a conclusão a que se chega é que falta verossimilhança em suas alegações, não estando seus argumentos constituídos da solidez necessária à concessão do efeito suspensivo vindicado.

4. Precedentes dos Tribunais Pátrios;

5. Recurso conhecido e improvido. Unanimidade.

(Processo AI 08000787120168020000 AL 0800078-71.2016.8.02.0000, 3ª Câmara Cível, do TJAL Publicação em 22/02/2016, Relator Des. Alcides Gusmão da Silva)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. REJEIÇÃO. MÉRITO: AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. DEMORA NA ENTREGA DO BEM. ALEGAÇÃO DE CRISE ECONÔMICA. FORÇA MAIOR NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA MANTIDA.

1. NOS TERMOS DO ARTIGO 462 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, “SE, DEPOIS DA PROPOSITURA DA AÇÃO, ALGUM FATO CONSTITUTIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO INFLUIR NO JULGAMENTO DA LIDE, CABERÁ AO JUIZ TOMÁ-LO EM CONSIDERAÇÃO, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE, NO MOMENTO DE PROFERIR A SENTENÇA”.

2.CONSTATADO QUE O PROVIMENTO JURISDICIONAL EXARADO GUARDA CORRELAÇÃO COM O PEDIDO FORMULADO NA INICIAL, DEVE SER REJEITADA A PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA.

3.A CRISE ECONÔMICA MUNDIAL, POR SE ENCONTRAR INSERIDA NO RISCO ESPECÍFICO DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA POR CONSTRUTORAS, NÃO CONFIGURA CIRCUNSTÂNCIA APTA A CARACTERIZAR MOTIVO DE FORÇA MAIOR SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O ATRASO NA ENTREGA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA NO PRAZO FIXADO CONTRATUALMENTE.

4.RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(Processo APC 20100110097762 DF 0005149-56.2010.8.07.0001, 3ª Turma Cível do TJDF, Publicado no DJE em 26/07/2013, Relatora Des. Nídia Corrêa Lima)

APELAÇÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PEDIDO ADMINISTRATIVO DE REEQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO – ENTREGA DE CESTAS BÁSICAS PARA O MUNICÍPIO – AUMENTO DE PREÇOS DOS PRODUTOS – Pretensão da autora ao recebimento de indenização referente ao indeferimento da revisão de preços pleiteada perante à Fazenda Municipal, nos termos do art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93 – Preliminar: cerceamento do direito de defesa – inoocorrência – suficiência de instrução do feito – Mérito: alegação de crise econômica intensa no país, que causou o aumento absurdo das mercadorias que compõem a cesta básica objeto do contrato – descabimento – hipótese em que se cuida de evento esperado e corriqueiro em uma economia como o Brasil, que possui ampla concorrência e possui câmbio flutuante, não tendo sido demonstrada a ocorrência de álea extraordinária – ausência de justificativa razoável apta a elidir a responsabilidade do contratado em prever noções de risco de mercado – empresa que atua no ramo há considerável tempo – sentença mantida. Recurso da autora improvido.

(Processo APL 00039793420138260577 SP 0003979-34.2013.8.26.0577, 4ª Câmara de Direito Público do TJ SP, Publicação em 23/02/2017, Relator Paulo Barcellos Gatti)

50. Diante de todo o exposto, esta Procuradoria, em suma, destaca a excepcionalidade do caso fortuito ou força maior, que possuem elementos caracterizadores restritos não identificados no presente caso. Desse modo, não tendo restado caracterizada a ocorrência

de caso fortuito ou força maior, únicas exceções aptas a permitir a alteração do prazo para entrada em operação do segmento espacial, esta Procuradoria vislumbra óbice à prorrogação pleiteada.

CONCLUSÃO

51. Diante do exposto, não tendo restado caracterizada a ocorrência de caso fortuito ou força maior, únicas exceções aptas a permitir a alteração do prazo para entrada em operação do segmento espacial, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia Geral da União - AGU, vislumbra óbice à prorrogação pleiteada.¹

À consideração superior.
Brasília, 02 de junho de 2017.

LUCIANA CHAVES FREIRE FÉLIX
Procuradora Federal
Coordenadora de Procedimentos Regulatórios Adjunta
Matricula Siape nº 1.585.078

MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO
Procuradora Federal
Coordenadora de Procedimentos Regulatórios
Matricula Siape nº 1.585.369

¹ Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500023907201214 e da chave de acesso 24bdb415

Notas

1. ^ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 169.
2. ^ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 170.

Documento assinado eletronicamente por LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44650519 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX. Data e Hora: 02-06-2017 18:03. Número de Série: 1162391175095102725. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44650519 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO. Data e Hora: 02-06-2017 18:03. Número de Série: 7039475072024638124. Emissor: AC CAIXA PF v2.

DESPACHO N. 01170/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.023907/2012-14

INTERESSADOS: ECHOSTAR 45 TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ASSUNTOS: PRORROGAÇÃO

1. Aprovo o **Parecer nº 365/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU**.
2. Restituam-se os autos ao Gabinete do Conselheiro Leonardo Euler de Morais²

Brasília, 02 de junho de 2017.

PAULO FIRMEZA SOARES
PROCURADOR-GERAL

² Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500023907201214 e da chave de acesso 24bdb415. Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 49331563 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 02-06-2017 18:12. Número de Série: 1277741. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.

