
PARECER Nº 971/2014/DFT/PFE-ANATEL/PGF/AGU A
INTEMPESTIVIDADE DO PEDIDO DE PRORROGAÇÃO
DE AUTORIZAÇÃO DE USO DE RADIOFREQUÊNCIA NO
CONTEXTO DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO AXIOLÓGICA
DE PRESERVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Daniele Félix Teixeira
Procuradora Federal

PARECER Nº 971/2014/DFT/PFE-Anatel/PGF/AGU

PROCESSO Nº 53500.015778/2013.

INTERESSADO: Conselheiro Diretor da ANATEL.

ASSUNTO: Dúvida Jurídica acerca da possibilidade de se deferir o pleito de prorrogação da autorização do direito de uso de radiofrequências da Prestadora, a despeito de sua intempestividade, a partir de um juízo de ponderação e a necessidade de preservação do interesse público.

EMENTA: **1.** Dúvida Jurídica acerca da possibilidade de se deferir o pleito de prorrogação da autorização do direito de uso de radiofrequências da Prestadora, a despeito de sua intempestividade, a partir de um juízo de ponderação e a necessidade de preservação do interesse público. **2.** Pedido de prorrogação de autorização de uso de radiofrequência. Prazo para apresentação. Art. 167, §1º, da LGT. Até três anos antes do advento do termo final. Inobservância. Consequências. Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU. **3.** Eventuais prejuízos aos consumidores e ao interesse público. Possibilidade de adoção de solução intermediária excepcional. Reiteração dos Pareceres nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, nº 526/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, nº 513/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, e nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL. **4.** Cenários suscitados pela área técnica. Questões ordinárias que se apresentam como consequência natural das possibilidades inerentes ao modelo regulatório vigente, como a não opção pela não prorrogação e a impossibilidade de duas prorrogações. Preocupações fáticas válidas para que o período de transição ocorra da melhor forma possível em relação aos consumidores, e não para justificar uma prorrogação ordinária *contra legem*. **5.** Dúvida jurídica. Aplicação da técnica de ponderação. Princípio da Proporcionalidade. Ponderação já realizada pela Procuradoria. Inadequação da utilização da técnica de ponderação para permitir o deferimento de pedido de renovação da autorização, apresentado intempestivamente, pelo prazo integral (de 15 anos). Esvaziamento do comando legal insculpido no § 1º do art. 167 da LGT. **6.** Análise dos pareceres dos

advogados Gustavo Binenbojm e Marçal Justen Filho. Impossibilidade de acolhimento de ambos. 7. Necessidade de análise dos pedidos de prorrogação no prazo de até 12 (doze) meses. 8. Considerações da Procuradoria.

PARECER

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de pedidos de prorrogação de direito de uso de radiofrequência, associados à exploração do Serviço Móvel Pessoal – SMP, formulados pelas prestadoras TNL PCS S/A, Oi Móvel S/A e 14 Brasil Telecom Celular S/A, integrantes do “Grupo Oi”, no bojo dos processos administrativos nº 53500.013842/2013 e nº 53500.015778/2013.

2. Primeiramente, insta mencionar que não será feito o relato dos atos processuais anteriores ao dia 06 de dezembro de 2013, tendo em vista que tal já fora feito por meio do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU (fls. 354/370V). Assim, o relatório a seguir considerará os atos processuais seguintes ao referido Opinativo da Procuradoria.

3. Após, em 30.12.2013, foi elaborado o Informe nº 667/2013-ORLE/SOR (fls. 371/374V), por meio do qual a área técnica propôs que o pedido de prorrogação de direito de uso de radiofrequências, associadas à exploração do SMP, formulado pela TNL PCS S/A, outorgados por meio dos Termos de Autorização nº 001/2001/PVCP/SPV-ANATEL, nº 014/2003/PVCP/SPV-ANATEL, nº 001/2004/PVCP/SPV-ANATEL e nº 017/2007/PVCP/SPV-ANATEL, fosse indeferido, tendo em vista a não observância do prazo estabelecido na LGT.

4. Às fls. 375/376, consta cópia de e-mail encaminhado pela Gerência de Autorização e Acompanhamento – PVCPA, e, às fls. 377/378, consta cópia da CT/Oi/DPR/4452/2012, que teve como referência o Edital de Licitação nº 004/2012/PVCP/SPV-ANATEL.

5. Em seguida, foi elaborada a MACD nº 1/2014-ORLE/SOR (fls. 379/379V).

6. À fl. 380, consta Despacho Ordinatório de Renumeração de folhas de processo, em razão de falta de Termo de Abertura e Encerramento de volumes e, à fl. 381, consta Certidão relativa ao sorteio de relator.

7. Às fls. 383/384V, constam os Memorandos nº 22/2014-JV e nº 23/2014-JV, de 1º de abril de 2014, por meio dos quais o Conselheiro Relator entende necessária prévia realização de estudos sobre os impactos de uma eventual aprovação da proposta relativa ao não conhecimento do pedido de prorrogação de direito de uso de radiofrequências associadas à exploração do SMP pelo Conselho Diretor. Desta forma, solicita que o Superintendente de Planejamento e Regulamentação e o Superintendente de Competição se manifestem formalmente sobre algumas questões: (i) identificação e apreciação dos efeitos de tal decisão para os usuários do serviço, sobretudo naquelas áreas em que a “Oi” (TNL PCS S.A.) figura como única Prestadora; (ii) identificação e apreciação dos efeitos de tal decisão para a competição nos mencionados mercados, levando em consideração também a eventual entrada de um novo prestador; (iii) viabilidade e condicionantes quanto ao uso das redes preexistentes, em regime de exploração industrial, na hipótese de entrada de um novo Prestador; (iv) identificação de premissas e a apreciação de impactos na hipótese de instauração de um novo certame licitatório de outorga do direito de uso dessas subfaixas de radiofrequências; e (v) apreciação dos impactos fiscais.

8. Às fls. 385, consta o Memorando nº 36/2014-PRRE/SPR, de 14 de abril de 2014, por meio do qual o Superintendente de Planejamento e Regulação encaminhou o Informe nº 35/2014-CPAE/CPRP/PRRE/SCP/SPR (fls. 386/397V), em resposta aos Memorandos nº 22 e 23/2014-JV e nº 26 e 27/2014-IF.

9. O Informe supracitado contém análise preliminar de impacto de eventual aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel da proposta de não conhecimento do pedido de prorrogação de direito de uso de radiofrequências associadas à exploração do Serviço Móvel Pessoal – SMP.

10. Às fls. 399/400, constam os Memorandos Circulares nº 28/2014-JV e nº 29/2014, de 28 de abril de 2014, por meio dos quais o Conselheiro Relator informa que entende necessária uma complementação no tocante aos seguintes aspectos: (i) identificação e apreciação dos efeitos de tal decisão para os usuários do serviço, sobretudo naquelas áreas em que a “Oi” (TNL PCS S.A.) figura como única Prestadora; e (ii) apreciação dos impactos fiscais. Dessa forma, solicita informações circunstanciadas e dados específicos a respeito dos Municípios nos quais somente a Oi provê o SMP aos usuários, e que podem passar a ficar desatendidos

até que as subfaixas D ou E sejam novamente licitadas, na hipótese de não conhecimento do pedido de prorrogação de direito de uso de radiofrequências.

11. Às fls. 401, consta nova manifestação da Oi por meio da qual a empresa ratifica e reitera expressamente seu manifesto interesse na prorrogação, bem como solicita a juntada de parecer da lavra do Parecerista Gustavo Binenbojm (fls. 402/ 415).

12. À fl. 416, consta o Memorando nº 42/2014-PRRE/SPR, de 13 de maio de 2014, que encaminha, em anexo, o Informe nº 39/2014/PRRE/SPR (fls. 417/418V) que apresenta informações complementares, solicitadas por meio do Memorando Circular nº 29/2014-JV.

13. Em seguida, foi elaborada a Análise nº 70/2014-GCJV, de 05 de junho de 2014, por meio da qual o Conselheiro Relator propôs a prorrogação do prazo para submissão da matéria ao Conselho Diretor por 120 (cento e vinte) dias.

14. Às fls. 424, consta nova manifestação da Oi por meio da qual a empresa solicita a juntada de parecer da lavra do Parecerista Marçal Justen Filho (fls. 425/ 447).

15. Às fls. 472/474V, consta o Memorando nº 46/2014-JV, de 22 de agosto de 2014, por meio do qual o Conselheiro Diretor Jarbas José Valente formula dúvida jurídica acerca da viabilidade jurídica de se deferir o pleito da Prestadora, a partir de um juízo de ponderação que poderia ser realizado, por este Colegiado, entre as exigências legais aplicáveis ao caso concreto e a necessidade de preservação do interesse público, com o seguinte teor:

8. Sendo assim, diante da análise técnica feita pelas Superintendências sobre os impactos para o setor de telecomunicações decorrentes do não conhecimento do pedido formulado pela Oi, e com fundamento no art. 134, inciso III, do Regimento Interno da Anatel (RI), aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, encaminho os autos do processo em epígrafe a esse Órgão de Consultoria para que aprecie, além de outros pontos que adiante serão mencionados, a viabilidade jurídica de se deferir o pleito da Prestadora, a partir de um juízo de ponderação que poderia

ser realizado, por este Colegiado, entre as exigências legais aplicáveis ao caso concreto e a necessidade de preservação do interesse público.

9. É certo que a atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade, de acordo com o art. 38 da LGT. Contudo, sabe-se que nem sempre os casos mais complexos são solucionados a partir das fórmulas hermenêuticas tradicionais de subsunção, por se traduzirem insuficientes ou inadequadas para tanto. Daí surge a técnica denominada ponderação com o intuito de dirimir conflitos entre normas e/ou princípios, como bem contextualizou o i. Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

(...)

10. Desse modo, com a consulta ora requerida, pretende-se buscar nesse órgão de consultoria resposta acerca da possibilidade jurídica de se relativizar o princípio da legalidade estrita, a partir da técnica da ponderação e com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com vistas a preservar o interesse público que eventualmente poderia ser ofendido com a aplicação direta da lei. Tem-se, assim, que a finalidade precípua da presente consulta é apenas orientar, sob o aspecto jurídico, este Colegiado, sobre a viabilidade de se adotar essa linha de entendimento, de modo a assegurar que a decisão a ser tomada venha a acarretar o menor dano possível ao interesse público, considerado aqui em sua acepção primária e secundária.

(...)

12. Diante de todo o exposto e com fundamento no art. 39, caput, do RI, **solicito a apreciação jurídica dessa PFE sobre o tema (observância do interesse público no caso concreto).**

(...)

19. Tendo em vista a exposição acima, aproveito a oportunidade para **solicitar a apreciação das teses jurídicas apresentadas nos referidos pareceres carreados pela Prestadora, bem como das considerações apresentadas nos itens anteriores**, a fim de que o Conselho Diretor esteja provido de todos os elementos indispensáveis à deliberação da matéria, com a segurança jurídica necessária que deve sempre ser observada.

16. Após, os autos foram encaminhados à Procuradoria.

17. É o que se tem a relatar. Passa-se a opinar.

II. FUNDAMENTAÇÃO.

II.(a). Do prazo para requerimento de prorrogação de direito de uso de radiofrequência. Art. 167, § 1º, da LGT. Norma de ordem pública, cogente e inderrogável.

18. O art. 167, § 1º, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), dispõe o seguinte:

Art. 167. No caso de serviços autorizados, o prazo de vigência será de até vinte anos, prorrogável uma única vez por igual período.

§ 1º A prorrogação, sempre onerosa, poderá ser requerida até três anos antes do vencimento do prazo original, devendo o requerimento ser decidido em, no máximo, doze meses.

19. Portanto, há clara exigência legal no sentido de que o requerimento de prorrogação de autorização de uso de radiofrequência seja feito até três anos antes do término de sua vigência.

20. A exigência legal está ligada à imperiosa necessidade de eficiência no uso do espectro, bem público escasso, de assegurar a concorrência no setor e de manutenção da oferta de serviços de telecomunicações.

21. Esta Procuradoria já se manifestou por diversas vezes quanto ao prazo para requerimento de prorrogação de direito de uso de radiofrequência. No tocante ao assunto, é possível citar os Pareceres nº 855/2008/FML/PGF/PFE-Anatel, com as alterações promovidas pelo Despacho nº 204/2009/ALO/PGF/PFE-Anatel; 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL; 513/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel; e 526/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel.

22. Inclusive, esta Procuradoria já se manifestou sobre o assunto nos presentes autos, através do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 06 de dezembro de 2013, quando da análise do caso concreto.

23. Quanto ao prazo para requerimento de prorrogação de uso de radiofrequência, foi consignado que o art. 167, § 1º, da LGT estipula o prazo trienal, dentre outros motivos, a fim de que a Agência, não havendo pedido de prorrogação, no caso de disputa, disponha de tempo hábil para

promover nova licitação para uso das subfaixas de radiofrequência não prorrogada, garantindo a eficiência do espectro.

24. Foi salientado, ainda, que a exigência de cumprimento deste prazo decorre do princípio da legalidade e se traduz como forma de concretização dos princípios da isonomia e da impessoalidade, todos de índole constitucional, devendo ser satisfeita por todos os administrados.

25. Como sabido, o espectro de radiofrequências, nos termos do art. 157 da LGT, é um recurso limitado, constituindo-se em bem público administrado pela Agência.

26. De acordo com o Parecer nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL, o art. 167, § 1º, da Lei nº 9.472/1997 não se trata de norma dispositiva, disponível e fixada no interesse da parte/administrado, **mas sim de norma de ordem pública, cogente e inderrogável, que traz critério objetivo a ser observado pela Administração Pública e pelos administrados.**

27. Nestes termos, o cumprimento do dispositivo deve ser exigido pela Agência, e a perda do prazo traz diversas consequências, que serão analisadas no tópico seguinte.

28. Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o argumento de que a prorrogação do direito de uso de radiofrequência apresentado fora do prazo legal não traria prejuízo à Administração já foi rebatido no Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, valendo citar o seguinte trecho:

74. Ora, como já demonstrado no tópico II.(a).1 deste Parecer, não se trata de conveniência e oportunidade na regularização de vício sanável, mas sim de aplicação dos princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia, em deferência até mesmo aos valores concorrenciais presentes no setor, devendo ser dado tratamento igual a todos os agentes regulados. Não se trata de supor se a Oi tem ou não, do ponto de vista material, interesse na prorrogação, como ela aduz em sua manifestação, mas de verificar se cumpriu requisito legal, também contido em instrumento pactuado, lastreado em edital de licitação, exigível de todos que se encontrem em igual situação. Se assim não fosse, inexistiriam, por exemplo, as discussões judiciais sobre tempestividade de recursos, uma vez que a parte que interpõe um recurso a destempo também sempre manifesta sua vontade material

de recorrer. Deve-se analisar, em realidade, o requisito jurídico-formal exigido de todos, dando aplicabilidade às regras que dispõem sobre os prazos.

75. Na sequência, a Oi traz o argumento de que não haveria prejuízo para a Administração na prorrogação do direito de uso de radiofrequência mesmo tendo sido o respectivo pedido formulado fora do prazo legal.

76. Em primeiro lugar, como demonstrado, verifica-se que a posição pela não prorrogação em razão da intempestividade do pedido correspondente não está fundada, ao menos inicialmente, na existência de prejuízo à Administração, o que, por si só, afasta o substrato lógico do argumento da interessada. De fato, como visto, a exigência do cumprimento se dá em decorrência dos princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia e em atenção aos valores concorrenciais presentes no setor.

77. Sobre esse último ponto, se o bem público é valioso, existindo, do ponto de vista abstrato, possibilidade de disputa pelo seu uso, uma vez perdido o prazo para o pedido de prorrogação, cria-se o direito dos demais administrados em geral, potenciais interessados nesse mesmo bem público, de disputar seu uso no bojo de um certame público, uma vez que a perda do prazo para o pedido de prorrogação implica naturalmente a extinção da respectiva autorização ao final do seu prazo original, nos termos do art. 169 da LGT.

78. Aliás, não procede o argumento da Oi de que “no cenário atual não há como as demais grandes operadoras, potenciais participantes de novo certame, obterem a outorga sem que sejam obrigadas a devolver outra(s) radiofrequência(s), tendo em vista a limitação máxima total de 80 MHz”. Ora, sem sequer adentrar no mérito do limite máximo de radiofrequência, o chamado *cap*, o fato é que essa análise deve ser feita em abstrato, ou seja, não se pode realizar uma previsão dos supostos interessados e, avaliando sua situação em face de uma futura licitação, concluir pela ausência de interessados. Esse tipo de argumento não serve à eventual declaração de inexigibilidade de licitação. No mínimo, dada a potencialidade abstrata de disputa, ter-se-ia que realizar um chamamento público para verificar a existência real de interessados.

79. Em segundo lugar, não é correto afirmar que a simples prorrogação, mesmo diante da perda do prazo para seu requerimento, não causa prejuízo à Administração. É possível dizer que, ao simplesmente prorrogar a autorização, perde a Administração todos os valores que seriam arrecadados no curso da futura licitação que seria realizada, em claro prejuízo aos cofres públicos.

80. A Oi ainda suscita que a Anatel, mesmo diante de casos em que os autorizados haviam perdido o prazo para o pedido de prorrogação, os teria notificado para manifestarem interesse na prorrogação, ainda que já desrespeitado o prazo legal de três anos. Afirma que “Tais notificações demonstram que a própria Anatel, em casos nos quais os outorgados não apresentaram as suas manifestações no prazo de 3 anos antes do final da mesma, permitiu que os outorgados apresentassem posteriormente sua manifestação por considerar que não havia qualquer prejuízo ao interesse público ou à administração pública”.

81. Ora, como bem consignado pela área técnica, os casos trazidos pela Oi dizem respeito a situações que não demandam licitação e/ou chamamento público, que não é o caso dos autos. Não havendo disputa a ser travada, o tratamento é distinto, como inclusive já delineado no tópico I.(a).1.2. deste Parecer. O Informe nº 560/2013-ORLE/SOR bem explica a questão, deixando claro que as referidas autorizações, tendo em vista as perdas dos prazos para os pedidos de prorrogação, seriam normalmente extintas. O processo de outorga de uma nova autorização é que é diferente, já que não demandam licitação e/ou chamamento público. Assim, extingue-se a autorização vigente e concede-se uma nova. Colaciona-se, então, trecho do Informe nº 560/2013-ORLE/SOR:

29. O que se discute aqui é a aplicação dos princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia, em deferência até mesmo aos valores concorrenciais presentes no setor. Portanto, não há que se falar em possibilidade de saneamento de vício.

30. A questão envolve o cumprimento de requisito legal, também contido em instrumento pactuado, lastreado em edital de licitação, exigível de todos que se encontrem em igual situação.

31. Enfim, houve perda do prazo legal trienal para o pedido de prorrogação da autorização de uso de radiofrequência em todos os casos objeto do processo: Termos de Autorização de Uso de Radiofrequência nº 001/2001, nº 014/2003, nº 001/2004 e nº 017/2007.

32. Quanto aos Termos de Autorização de Uso de Radiofrequência nº 519/2012 e nº 520/2012, com prazo de validade inferior a três anos e superior a três anos, reitera-se a conclusão tecida no Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU.

II.(b). Das consequências da perda do prazo previsto no § 1º do art. 167 da LGT.

33. Esta Procuradoria manifestou-se sobre os efeitos decorrentes da violação do parágrafo primeiro do art. 167 da LGT, por meio dos Pareceres nº 526/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel e nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL. As consequências da perda do prazo também foram alvo de análise no Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU constante nos presentes autos.

34. Como se observa, há uma distinção de tratamento entre os casos que demandam e os que não demandam licitação e/ou chamamento público, nos termos do Despacho nº 79/2012/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU.

35. De acordo com as conclusões constantes do Parecer nº 526/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, não havendo requerimento de prorrogação de autorização de uso radiofrequência no prazo de três anos previsto no art. 167, §1º, da LGT, a autorização deve ser extinta com o advento do seu termo final, na esteira do art. 169 da LGT.

36. No caso de subfaixa de radiofrequência cujo uso suscite disputa, cabe à Anatel, logo que ultrapassado o referido prazo trienal, já iniciar os preparativos a fim de proceder a novo chamamento público e/ou licitação, viabilizando, assim, a continuidade na utilização da radiofrequência em prol dos consumidores e da eficiência do espectro.

37. Por serem bastante elucidativas, colacionam-se as conclusões do Parecer nº 526/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, *in verbis*:

60. Diante do exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União – AGU, opina:

a) pela adoção do Parecer nº 513/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel (anexo);

b) pela observação de que, em regra, deve prevalecer o disposto no §1º do artigo 167 da Lei Geral de Telecomunicações, que estabelece que a prorrogação “poderá ser requerida até três anos antes do vencimento do prazo original”. Esse dispositivo, ao estabelecer um prazo para manifestação da empresa quanto ao seu interesse em permanecer usufruindo bem público, escasso e limitado (espectro de radiofrequência), o fez em atendimento

ao interesse público e à possibilidade de se destinar a faixa para as demais empresas interessadas em prestar o serviço. Assim, não se trata de norma dispositiva, disponível e fixada no interesse da parte/administrado, e sim, norma de ordem pública, cogente e inderrogável. Ademais, o dispositivo, assim como as normas relativas ao procedimento, destina-se a munir o agente público de critérios objetivos e, desta forma, permitir um tratamento isonômico e igualitário aos administrados que se encontram na mesma situação jurídica;

c) pela conclusão de que, caso não se vislumbre situação excepcional que justifique o afastamento da necessidade de se observar o prazo de 3 (três) anos para o pleito de prorrogação, tal pleito não deve ser admitido;

d) pela observação de que esta Procuradoria, em situações excepcionais, em que se vislumbrava que o indeferimento imediato da prorrogação poderia causar gravames ao interesse público, à continuidade dos serviços públicos e aos usuários, sugeriu que a Anatel adotasse solução intermediária, com a adoção de uma prorrogação especial em um prazo necessariamente curto e suficiente às providências a serem tomadas pela Agência (Pareceres nº 236/2009/RGS/PGF/PFE-Anatel e nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL - anexos);

e) no presente caso, esta Procuradoria não tem como vislumbrar se haveria ou não prejuízo ao interesse público, à continuidade dos serviços públicos ou aos usuários, até porque nenhuma informação sobre isso foi consignada nos autos. De qualquer sorte, alerta, desde já, para a possibilidade de se adotar uma solução intermediária, conforme salientado nos citados Pareceres, desde que presentes as condições nele destacadas (ou seja, desde que configurada uma situação excepcional que a justifique).

f) por outro lado, em não havendo prejuízo ao interesse público, à continuidade dos serviços públicos e aos usuários, nem havendo, como, de fato, até agora não houve, justificativa para o descumprimento do prazo legal do pedido de prorrogação, este não deve ser atendido.

38. Quanto às eventuais consequências prejudiciais ao interesse público decorrentes da não prorrogação da autorização, esta Procuradoria, através do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, asseverou que:

40. Deve-se, portanto, buscar garantir a continuidade na prestação dos serviços públicos de telecomunicações de interesse coletivo, seja ele prestado em regime público, seja prestado no regime privado, a fim de viabilizar seu constante acesso à população. Contudo, caso não seja possível assegurar essa continuidade por falta de tempo hábil para concluir a licitação, incluindo suas fases interna e externa, bem como para exigir que o licitante vencedor inicie suas operações, é possível a adoção de solução excepcional, consistente na prorrogação precária, apenas para não prejudicar os consumidores, a vigor tão somente durante o tempo necessário para que o licitante vencedor inicie a exploração do serviço por meio do uso das radiofrequências objeto da não prorrogação (objeto da licitação na qual se sagrou vencedor). (...)

42. Por meio do Parecer nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL, esta Procuradoria também suscitou a possibilidade de adoção de solução intermediária. Ao invés de simplesmente negar o pedido de prorrogação da autorização de uso de radiofrequência, deixando vencê-lo e eventualmente prejudicar os consumidores por, também eventualmente, não haver tempo hábil para iniciar e concluir um procedimento licitatório e, mais precisamente, para que o vencedor dessa licitação passe a explorar tais radiofrequências, viabiliza-se juridicamente, em prol do interesse público, devidamente fundamentado, a título de solução intermediária e excepcional, a prorrogação precária, de maneira onerosa, apenas até que o futuro vencedor da licitação possa explorar as subfaixas de radiofrequência postas novamente em disputa pública, dando continuidade à prestação do serviço em benefício ao consumidor.

43. Colaciona-se, então, trecho do citado Parecer nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL:

Assim sendo, recomenda-se aqui solução intermediária - situada entre o deferimento do pedido de prorrogação e sua pura e simples negativa - consubstanciada na prorrogação da autorização a título precário e por prazo necessariamente curto e determinado, apenas, com o objetivo de permitir que a Agência adote as medidas cabíveis para realização de nova licitação para destinação das faixas de radiofrequência vinculadas à prestação do serviço oferecido pela Superchip nas respectivas Áreas de Registro.

É necessário destacar que esta solução fora recentemente adotada por este Órgão de Consultoria Jurídica Especializada, no bojo do Parecer nº. 236/2009/RGS/PGF/PFE-Anatel, de 12 de

fevereiro de 2009 ao tratar de prorrogação de prazo no Serviço de Distribuição Multiponto Multicanal – MMDS. [grifo nosso]

44. Portanto, para que essa solução intermediária e excepcional seja adotada, duas justificativas devem ser apresentadas pela Agência: (i) demonstrar que não há tempo hábil para que as subfaixas de radiofrequência objeto das autorizações em vias de extinção por decurso de prazo – em razão da intempestividade do pedido de prorrogação – sejam novamente postas em disputa pública e passem a ser exploradas pelo vencedor da futura licitação sem interrupção na continuidade da prestação do serviço. Ou seja, o licitante vencedor já deve passar a explorar a radiofrequência logo após a extinção da autorização de uso de radiofrequência, de modo que inexista período em que ela fique sem utilização ou exploração; e (ii) demonstrar que, no caso de inexistir tempo hábil, nos termos do item anterior, o lapso temporal em que a radiofrequência ficará sem ser utilizada implicará descontinuidade do serviço e causará prejuízo aos consumidores e ao interesse público.

39. Desse modo, de acordo com o referido Parecer, em situações excepcionalíssimas, a fim de garantir a continuidade na prestação dos serviços públicos de telecomunicações de interesse coletivo, caso não haja tempo hábil para concluir um procedimento licitatório, bem como para exigir que o licitante vencedor inicie suas operações, é possível a adoção de solução intermediária e excepcional, consistente na prorrogação precária, de maneira onerosa, em prol do interesse público, devidamente fundamentado, apenas para não prejudicar os consumidores.

40. Tal solução deve ser devidamente motivada, cabendo à Agência: (i) demonstrar que não há tempo hábil para que as subfaixas de radiofrequência objeto das autorizações em vias de extinção por decurso de prazo sejam novamente postas em disputa pública e passem a ser exploradas pelo vencedor da futura licitação sem interrupção na continuidade da prestação do serviço; e (ii) demonstrar que o lapso temporal em que a radiofrequência ficará sem ser utilizada implicará descontinuidade do serviço e causará prejuízo aos consumidores e ao interesse público.

41. Reitera-se, assim, o Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU e o Parecer nº 526/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, que já haviam reiterado os Pareceres nº 513/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel e nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL, ventilando, em casos excepcionalíssimos, a possibilidade de solução intermediária proposta nesta última manifestação, tal qual proposto pelo Parecer nº 236/2009/RGS/PGF/PFE-Anatel.

42. Tal solução, aliás, já materializa, por si só, a técnica da ponderação axiológica suscitada na consulta em tela. Ou seja, a eventual prorrogação excepcional, precária e por tempo determinado já é fruto da ponderação, que objetiva, numa regra de otimização, conferir a maior aplicabilidade possível a ambos os princípios (*in casu*, princípio da legalidade e princípio da continuidade do serviço público). Permite-se a prorrogação precária mesmo com o pedido de prorrogação não tendo obedecido aos requisitos legais justamente para viabilizar a continuidade do serviço. Assim, tão logo a continuidade possa ser garantida por meio de um uso regular de radiofrequência, outorgado mediante procedimento licitatório, deve-se acabar com a prorrogação precária e excepcional.

II.(c). Das informações constantes no Informe nº 667/2013-ORLE/SOR.

43. Restou consignado no Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU que não havia ficado claro para esta Procuradoria qual era a proposição da Superintendência de Outorga e Recursos à Prestação, exarada por meio do Informe nº 560/2013-ORLE/SOR, em relação aos casos em que houve perda do prazo para o pedido de prorrogação de autorização de uso de radiofrequência. Não constavam nos autos informações concretas em relação ao eventual prejuízo aos consumidores e ao interesse público.

44. No tocante ao assunto, o corpo técnico, por meio do Informe nº 667/2013-ORLE/SOR, esclareceu o seguinte:

5.32. No caso, malgrado não ser competência desta Superintendência realizar os estudos prévios e elaboração de editais de licitação, parecem-nos situação que pode ser mitigada no edital do certame.

5.33. Com efeito, pode haver previsão editalícia de compromissos de abrangência em curto espaço de tempo quanto àqueles municípios que hoje são atendidos apenas pela interessada.

5.34. Ademais, a própria Procuradoria sugeriu a possibilidade de prorrogar-se a autorização de uso de radiofrequência precariamente, pelo período de tempo necessário para que o vencedor da licitação possa efetivamente prestar o serviço adequadamente, para que não haja prejuízo para os consumidores e, consequentemente, o interesse público.

5.35. Independente da solução que será dada para que os usuários do serviço não sejam prejudicados pela desídia da prestadora, esta não interfere na decisão pelo deferimento ou não da solicitação de

prorrogação, sobretudo porque já opinou e recomendou a Procuradoria em caráter que *“está intempestivo, não devendo ser prorrogadas as respectivas autorizações de uso de radiofrequência”*.

6. PROPOSIÇÃO

6.1. Ante o exposto, em complemento as proposições do Informe nº 560/2013-ORLE/SOR, propõe-se:

6.1.1. o indeferimento do pedido de prorrogação de direito de uso de radiofrequências associadas à exploração do Serviço Móvel Pessoal pela TNL PCS S.A., outorgadas por meio dos Termos de Autorização nº 001/2001/PVCP/SPV-ANATEL, nº 014/2003/PVCP/SPV-ANATEL, nº 001/2004/PVCP/SPV-ANATEL e nº 017/2007/PVCP/SPV-ANATEL, nas áreas de prestação e subfaixas de radiofrequência previstas nos instrumentos respectivos, todos associados à exploração do SMP outorgada pelo Termo de Autorização nº 001/2001/PVCP/SPV-ANATEL, tendo em vista a não observância do prazo estabelecido na LGT;

45. Como se observa, a referida Superintendência asseverou que a situação verificada poderia ser mitigada no edital do certame. Todavia, reconheceu que não era o órgão competente para realizar os estudos prévios e elaboração de editais de licitação. O fato é que também propôs o indeferimento do pedido de prorrogação das autorizações de uso de radiofrequência.

II.(d). Da análise preliminar de impacto de eventual aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel de proposta de não conhecimento do pedido de prorrogação de direito de uso de radiofrequências associadas à exploração do Serviço Móvel Pessoal – SMP (Informe nº 35/2014-CPAE/CPRP/PRRE/SCP/SPR).

46. Em resposta aos Memorandos nº 22 e 23/2014-JV e nº 26 e 27/2014-IF, a Superintendente de Planejamento e Regulação Substituta encaminhou o Informe nº 35/2014-CPAE/CPRP/PRRE/SCP/SPR (fls. 386/397) que contém análise preliminar de impacto de eventual aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel da proposta de não conhecimento do pedido de prorrogação de direito de uso de radiofrequências associadas à exploração do Serviço Móvel Pessoal – SMP.

47. O referido Informe apresentou os potenciais impactos, positivos ou negativos, com relação aos seguintes quesitos: (i) identificação e apreciação

dos efeitos de tal decisão para os usuários do serviço, sobretudo naquelas áreas em que a prestadora figura como única Prestadora; (ii) identificação e apreciação dos efeitos de tal decisão para a competição nos mencionados mercados, levando em consideração também a eventual entrada de um novo prestador; (iii) viabilidade e condicionantes quanto ao uso das redes preexistentes, em regime de exploração industrial, na hipótese de entrada de um novo Prestador; (iv) identificação de premissas e a apreciação de impactos na hipótese de instauração de um novo certame licitatório de outorga do direito de uso dessas subfaixas de radiofrequências; e (v) apreciação dos impactos fiscais.

48. De início, deve-se registrar que os cenários avaliados pela SPR se apresentam como uma consequência natural da não prorrogação da autorização de uso de radiofrequência, o que, de acordo com o arcabouço normativo atual, poderia simplesmente ser uma opção da prestadora. Indo além, são questões que naturalmente ocorrerão quando se esgotar o segundo período de quinze anos das autorizações de uso de radiofrequência em curso, ocasião em que a legislação não mais permite prorrogações. Ou seja, são situações ordinárias, ínsitas às diversas possibilidades apresentadas pelo arcabouço regulatório, e devidamente previstas pela LGT.

49. Assim, não obstante mereçam análise, tais preocupações fáticas não consubstanciam justificativa para, pura e simplesmente, proceder-se à prorrogação ordinária sem observância aos requisitos legais. Elas devem ser analisadas para que o período de transição ocorra da melhor forma possível em relação aos consumidores, e não para justificar uma prorrogação ordinária *contra legem*.

50. Pois bem.

51. No tocante ao primeiro quesito, a análise foi segmentada em três partes: (i) área de cobertura e risco de descontinuidade do serviço; (ii) qualidade; e (iii) preços aos usuários.

52. Quanto à área de cobertura e risco de continuidade, o corpo técnico asseverou que:

5.6.10. Neste caso, na hipótese de descontinuidade do serviço nestas subfaixas, e caso a prestadora não possua obrigação de atendimento com outras subfaixas, há risco de descontinuidade do serviço por esta prestadora. Esta situação se agrava nas localidades em que somente

esta prestadora provê o serviço aos usuários, que passarão a ficar desatendidos até que as subfaixas D ou E sejam novamente licitadas, autorizadas, e os eventuais compromissos de abrangência atendidos.

53. Como se observa, a área técnica vislumbrou risco de descontinuidade do serviço pela prestadora, que se agrava nas localidades em que somente esta prestadora provê o serviço aos usuários. Por outro lado, explicitou que os usuários ficariam desatendidos até que as subfaixas D ou E fossem novamente licitadas, autorizadas, e os eventuais compromissos de abrangência atendidos. Sobre esse ponto, vale dizer que a finalidade da prorrogação excepcional e precária sugerida por esta Procuradoria é justamente resolver esse tipo de problema, permitindo que os consumidores continuem sendo atendidos até que o vencedor da futura licitação inicie a exploração das radiofrequências.

54. No que tange à qualidade, o corpo técnico apresentou alguns cenários.

55. Segundo o órgão, no cenário de não renovação, caso a prestadora possua autorização de uso de outras subfaixas em 1.800 MHz, para manter a qualidade deverá investir para aumentar a capacidade de sua rede para comportar o mesmo número de usuários, mas com menos espectro disponível nesta faixa. Uma alternativa viável seria aumentar a capacidade de sua rede e implantar mais ERBs, o que demandaria planejamento, tempo e investimentos.

56. Outra alternativa seria promover uma migração destes usuários antes atendidos por tecnologias ditas “2G” para aquelas de terceira ou quarta geração (“3G” ou “4G”). Nesse caso, seria necessário aumentar a capacidade das redes “3G” ou “4G” e haveria aumento de custo operacional.

57. Por fim, no que se refere aos preços cobrados, em caso de não renovação, como haverá o aumento de custos e investimentos pela prestadora autorizada nas subfaixas D ou E para manter o nível de serviço ofertado aos seus usuários, o corpo técnico vislumbrou a possibilidade de um aumento dos preços aos usuários nas localidades em que os níveis de competição são mais baixos.

58. Ora, como já dito, o próprio modelo regulatório do setor já permite que esse tipo de situação ocorra, porquanto a prestadora pode simplesmente optar por não prorrogar as autorizações de uso de radiofrequência ou até mesmo resolver sair do mercado nesse momento. Trata-se de opção

conferida pela legislação à prestadora, que já embute todas essas questões. Se ela tem a prerrogativa de simplesmente optar por não prorrogar e, consequentemente, provocar todas essas questões, essas mesmas questões não podem servir de justificativa para uma prorrogação ordinária sem observância aos requisitos legais. Em outras palavras, uma mesma questão não pode ser considerada ordinária e natural em relação à legítima opção empresarial pela não prorrogação e, simultaneamente, justificar em caráter excepcional uma prorrogação da outorga por novos quinze anos. Do contrário, questões desse tipo poderiam inclusive ser utilizadas como justificativa para uma nova prorrogação de autorização de uso de radiofrequência mesmo após o segundo período de quinze anos, o que é claramente vedado pelo art. 167 da LGT, que prevê a possibilidade de prorrogação apenas uma única vez, por igual período.

59. Enfim, essas questões fazem parte do modelo regulatório brasileiro e, portanto, devem ser tratadas pela Agência como situações ordinárias, não obstante complexas, as quais exigem soluções igualmente ordinárias, ainda que minuciosamente estudadas e sopesadas.

60. No que tange à apreciação dos efeitos da não renovação para a competição, a área técnica entendeu que era necessário avaliar dois aspectos: (i) o impacto no mercado em que a subfaixa vem sendo utilizada atualmente, basicamente na prestação do SMP por meio da tecnologia “2G”; e (ii) o impacto no mercado em que a subfaixa poderá ser utilizada nos próximos quinze anos, período da renovação, qual seja a prestação do SMP por meio da tecnologia “4G”.

61. Quanto ao primeiro aspecto, o corpo técnico vislumbrou duas alternativas: (i) deixar de atender tais usuários com a tecnologia “2G”, que buscariam atendimento com esta tecnologia em outras prestadoras; ou (ii) migrar seus usuários para um padrão tecnológico superior ao “2G”, utilizando-se, assim, de outras subfaixas que detenham.

62. No primeiro caso, a competição no setor seria impactada, já que a Vivo e a Claro concentrariam quase 73% do mercado do SMP. O HHI passaria dos atuais 0,25 para 0,30.

63. Com relação à segunda alternativa, foram avaliados os possíveis impactos nos custos de rede da operadora, baseando-se no modelo de custos em desenvolvimento dentro da Agência. Como resultado, a área técnica apresentou a seguinte análise:

5.7.4.26. A não renovação das radiofrequências da Oi afetarão, na Região I, as Áreas de Concessão 3, 4, 8, 9 e 10. As Regiões II e III não são impactadas.

(...)

5.7.4.46. Diante dos resultados, entende-se que, em termos de custos de rede, para uma operadora de SMP, a hipótese da perda das radiofrequências de 900 MHz e 1800 MHz, da forma como se vislumbra, não enseja em desequilíbrio não suportável no longo prazo por uma operadora hipotética eficiente.

5.7.4.47. Entretanto, conforme destacado anteriormente, é importante ressaltar que a modelagem de custos da OHEM não considera eventuais custos associados à troca de terminais dos usuários em decorrência da não renovação das faixas de frequência de 900 MHz e 1.800 MHz, conforme previsto no art. 83 do RSMP.

5.7.4.48. Ainda, devemos frisar que o modelo também não considera os custos de oportunidade das faixas de frequência de 900 MHz e 1.800 MHz, ou seja, não considera custos econômicos associados à impossibilidade de usar as referidas faixas para outros fins, que não ao provimento do Serviço Móvel Pessoal (SMP), baseado na tecnologia de segunda geração (“2G”) ou em outras tecnologias.

5.7.4.49. Ao não considerar os custos de migração de usuários e os custos de oportunidade, temos que os resultados do modelo não podem ser utilizados para inferir que a manutenção das faixas de frequência de 900 MHz e 1.800 MHz seja ineficiente para as prestadoras em tela, o que seria contraditório com a manifestação das mesmas quanto ao pedido de renovação.

5.7.4.50. Considerando que a migração da base de clientes das redes 2G para redes 3G é uma tendência natural do mercado, tendo em vista os ganhos de eficiência da segunda em relação à primeira, o pedido de renovação por parte das prestadoras Oi e Tim deve ser entendido no contexto de aproveitamento das faixas de 900 MHz e 1.800 MHz para outras funcionalidades e serviços que não o 2G.

5.7.4.51. Assim, tendo em vista que a modelagem de custos da OHEM não considera os custos de oportunidade da faixa, não se podem utilizar os resultados dessa modelagem para fazer inferências sobre a racionalidade do pedido das prestadoras pela renovação, mas tão somente para avaliar os investimentos necessários para adequação da rede e a redução de custos decorrente de utilização de recursos tecnológicos mais eficientes.

5.7.4.52. Dessa forma, os resultados da modelagem indicam que a não renovação das referidas faixas de radiofrequência irão demandar

uma elevação de investimentos nos primeiros anos, tendo em vista a necessidade de redesenho da rede SMP, mas que os ganhos de eficiência no longo prazo tendem a compensar o aumento de investimentos para redefinição da rede.

5.7.4.53. Entretanto, por motivos da dinâmica concorrencial entre as empresas do SMP, o impacto no curto prazo pode não ser totalmente absorvido o que geraria sérias conturbações no mercado. Isso porque a necessidade de dispenderem no curto prazo elevados investimentos para adaptar suas redes deve ser somada aos custos e investimentos já assumidos pelas prestadoras resultantes dos compromissos de abrangência dos Editais “3G” e “4G”.

5.7.4.54. Conforme exposto anteriormente, as prestadoras do SMP operam num cenário de intensa competição, compressão de margens e elevadas obrigações de investimentos. Em tal contexto, novas elevações de custos/investimentos no curto prazo dificilmente seriam repassadas por meio dos preços e teriam que ser absorvidos pela prestadora por meio de redução de margens, que já estão entre as menores do mundo. No limite, o impacto da não renovação poderia acelerar um processo de consolidação, com possíveis prejuízos para o modelo de competição até então desenhado para o SMP no Brasil.

64. Como se observa, no caso do primeiro cenário (de migração dos usuários 2G para outra prestadora), o corpo técnico entendeu que haveria uma consolidação da concentração do mercado, já que a Claro e a Vivo passariam a deter 73% do mercado do SMP.

65. Entretanto, é preciso lembrar que nem a Oi nem as demais prestadoras estão obrigadas a renovar sua autorização. Assim, caso uma das prestadoras desista de requerer a prorrogação, também poderia haver uma concentração de mercado.

66. Não é possível renovar uma autorização ao arrepio da lei, apenas para evitar a concentração de mercado, muito embora a questão seja preocupante e mereça a devida atenção. Como já dito, tais questões são inerentes às diversas possibilidades apresentadas pelo arcabouço regulatório do setor de telecomunicações.

67. De qualquer forma, deve-se recordar, de início, que, na hipótese de realização de um novo certame, as subfaixas D e E (Faixa de 1.800 MHz) serão novamente disponibilizadas para uso de modo a suprir a demanda

do mercado, o que possibilita o ingresso de um novo player. Isso, de certa forma, diminuirá o risco de concentração do mercado. Inclusive, a própria Oi poderá participar de tal licitação e sagrar-se vencedora.

68. Por outro lado, a questão da possível concentração pode ser tratada pela Agência com a imposição de limites à acumulação de blocos de radiofrequência (*spectrum caps*) por grupo econômico, como já é a praxe na regulamentação da destinação e do uso das diversas faixas de radiofrequência.

69. Quanto ao *spectrum cap* especificamente do caso concreto, a Resolução nº 454/2006 fixou limites para as faixas de 800 MHz, 900 MHz e 1.800 MHz, respectivamente: (i) 12,5 + 12,5 MHz; (ii) 2,5 + 2,5 MHz; e (iii) 25 + 25 MHz. Atualmente, uma empresa que esteja autorizada a utilizar a subfaixa D ou a subfaixa E não pode deter, na mesma área geográfica, autorização para utilizar a subfaixa A ou a subfaixa B. Assim, as detentoras das subfaixas A e B não podem concorrer às subfaixas D e E. Em outras palavras, a Claro e a Vivo, detentoras dessas faixas, não poderiam participar do certame, evitando a ventilada concentração.

70. O problema apontado também pode ser solucionado, se a prestadora possuir outras autorizações de uso na faixa de 1.800 MHz (subfaixa M ou subfaixas de extensão), até os limites previstos no regulamento anexo à Resolução nº 454/2006. Pode também possuir autorização de uso nas faixas de 1.900 / 2.100 MHz, 2.500 MHz e 450 MHz, também destinadas ao SMP.

71. Também há a possibilidade de a Oi conservar os usuários, migrando-os para um padrão tecnológico superior ao “2G”, através da utilização de outras subfaixas (segundo cenário). Vale destacar que, segundo consta nos autos, a migração da base de clientes das redes “2G” para redes “3G” é uma tendência natural do mercado.

72. Avaliando a questão, a área técnica asseverou que os resultados da modelagem indicam que a não renovação irá demandar uma elevação de investimentos nos primeiros anos, mas que os ganhos de eficiência no longo prazo tendem a compensar o aumento de investimentos para redefinição da rede, o que também é uma questão natural do mercado de telecomunicações brasileiro. O fato de determinada atividade ou parcela de atividade eventualmente demandar o aporte de mais recursos parece questão ínsita ao início de qualquer atividade de grande porte. De qualquer

forma, o mercado competitivo tende a aproximar os preços praticados pelas diversas prestadoras, reduzindo-os.

73. Por fim, o corpo técnico destacou que o impacto da não renovação poderia acelerar um processo de consolidação, com possíveis prejuízos para o modelo de competição até então desenhado para o SMP no Brasil.

74. Ocorre que, como já visto, se as subfaixas forem novamente licitadas, a Vivo e a Claro não poderão participar do certame, já que são autorizadas das subfaixas A e B. Com isso, as subfaixas D e E seriam exploradas por outra prestadora, o que, de certa forma, evita a concentração do mercado. Ademais, tal preocupação já existe de forma latente em razão da possibilidade, como já destacado inúmeras vezes, de a prestadora simplesmente optar pela não prorrogação de sua autorização de uso de radiofrequência.

75. No tocante à viabilidade e condicionantes quanto ao uso das redes preexistentes, em regime de exploração industrial, na hipótese de entrada de um novo prestador, a área técnica salientou que a oferta desse insumo não é obrigatória e que o mercado de acesso de rede móvel não foi definido pelo Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), aprovado pela Resolução nº 600/2012, como um mercado relevante passível de regulação assimétrica *ex-ante*.

76. Ao final, a área especializada concluiu que, no caso da não renovação, não é possível observar, num primeiro momento, o interesse dos grupos que perderiam a radiofrequência em concordar com essa opção, de ceder sua rede aos entrantes, especialmente observados os aspectos competitivos envolvidos nesse tipo de relação.

77. Sobre esse ponto, além de uma preocupação ordinária decorrente das diversas possibilidades do modelo regulatório, vale registrar que o art. 155 da LGT determina que, para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo (caso do SMP) “*deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.*” Ou seja, se o PGMC ou o próprio Regulamento de EILD não forem suficientes para democratizar o acesso às redes, cabe à Agência apoiar-se no referido substrato legal para implementar medidas que desenvolvam a competição nesse caso.

78. Quanto à identificação de premissas e a apreciação de impactos na hipótese de instauração de um novo certame licitatório de outorga

do direito de uso dessas subfaixas de radiofrequências, o corpo técnico asseverou que:

5.9.3. Entretanto, há que se considerar também a realidade tecnológica para a referida faixa. Ainda que um eventual certame deva ser neutro do ponto de vista da tecnologia a ser utilizada para prestação dos serviços, é sabido que a faixa de 1.800 MHz tem sido amplamente utilizada no mundo para prestação de serviços de voz e de dados com altas taxas de transmissão por meio da tecnologia Long Term Evolution – LTE (“4G”).

(...)

5.9.6. Neste sentido, eventual certame deve necessariamente considerar que o serviço que será prestado utilizando tais subfaixas (ou seja, o objeto da licitação) será aquele que possibilite comunicações de dados com mobilidade e altas taxas de transmissão, por meio da tecnologia LTE ou superior.

5.9.7. Esta condição é importante para que se calcule os valores mínimos relativos ao preço público pela outorga de autorização de uso de radiofrequência nestas subfaixas. Via de regra, tais valores são calculados a partir do Valor Presente Líquido – VPL obtido a partir do método fluxo de caixa descontado, considerando receitas, despesas e investimentos da operação ao longo do período da outorga.

5.9.8. Assim, definir o objeto de eventual licitação é fundamental para se obter a demanda pelo serviço (e as receitas por consequência), as despesas e os investimentos a serem realizados.

5.9.9. É importante relembrar, aqui, que está em curso na Agência a elaboração de outro Edital de Licitação cujo objeto também se refere a comunicações de dados com mobilidade e altas taxas de transmissão por meio de redes ditas “4G” – o Edital de Licitação da faixa de 700 MHz.

5.9.10. Neste sentido, no cálculo destes valores mínimos, há que se considerar que a demanda por serviços ditos de quarta geração será atendida, no atual cenário de telecomunicações brasileiro, por meio de três faixas de radiofrequências: (i) a de 2.500 MHz, licitada em 2012; (ii) a de 1.800 MHz, considerando sua realidade tecnológica internacional; e (iii) a de 700 MHz, também em virtude de sua realidade tecnológica e também por suas melhores características de propagação se comparada a faixas mais altas.

5.9.11. Ou seja: o cálculo dos valores mínimos de eventual licitação para as subfaixas D e E deve ser realizado no mesmo escopo de cálculo do Edital de Licitação da faixa de 700 MHz, haja vista que a demanda a

ser atendida é a mesma. Significa dizer que, neste raciocínio, eventual licitação para a faixa de 1.800 MHz diminui os valores mínimos calculados para a faixa de 700 MHz, de maneira que não há ganho de arrecadação na hipótese de se realizar as duas licitações em questão em comparação com a realização apenas da licitação da faixa de 700 MHz.

5.9.12. Além disso, ainda no que tange à arrecadação, na hipótese de não renovação das referidas autorizações, há diminuição dos valores pagos a título de renovação da autorização de uso das radiofrequências, que será abordado no item 5.10.

79. Ao que parece, a área técnica entende que, no caso de não renovação e de realização de um procedimento licitatório, o novo certame considerará necessariamente o serviço que possibilite comunicações de dados com mobilidade e altas taxas de transmissão, por meio da tecnologia LTE ou superior. Ou seja, a subfaixa, segundo a área técnica, será utilizada para a prestação do “4G”, ao invés do “2G”, o que, por si só, configura uma escolha regulatória, já que, no caso de prorrogação, a autorização permaneceria com o mesmo objeto atual.

80. Ora, como a tecnologia “2G” ainda conta com um grande número de acessos e como alguns municípios são atendidos apenas com as subfaixas D e E, cabe à Agência formular as regras editalícias de modo a salvaguardar a situação dos usuários do serviço inclusive daqueles que fazem uso da tecnologia “2G”. Enfim, deve a Anatel tratar dos compromissos que serão impostos à proponente vencedora, bem como promover as escolhas regulatórias, quando da elaboração do edital, buscando viabilizar um período de transição mais adequado possível.

81. No que toca às considerações da área técnica sobre o preço mínimo de uma futura licitação, é certo que existem diversas metodologias possíveis para seu cálculo. Contudo, por tais considerações serem apenas apontamentos iniciais antecipados pela SPR, não deve esta Procuradoria adentrar seu exame no presente momento, mas apenas em sede de futura elaboração de edital de licitação. No mais, convém lembrar que tal matéria (cálculo do preço mínimo de futura licitação) sequer é questão prejudicial à análise da discussão em xequê, qual seja, a possibilidade jurídica de se prorrogar outorgas de radiofrequência em ferimento ao prazo legal fixado.

82. Quanto ao Informe nº 39/2014/PRRE/SPR, verifica-se que o corpo técnico prestou informações a respeito dos Municípios nos quais somente a prestadora provê SMP aos usuários, valendo destacar a seguinte passagem:

5.5.3. Do total de municípios incluídos nas áreas de prestação dos Termos de Autorização das subfaixas D e E objeto dos pedidos de renovação da OI e da TIM em análise, 252 (duzentos e cinquenta e dois) são atendidos apenas pelas respectivas subfaixas (215 nas áreas da OI e 37 nas áreas da TIM), conforme tabela abaixo:

(...)

5.5.5. Na hipótese de não renovação das subfaixas supracitadas, tais municípios poderão ficar desatendidos, podendo esta Agência, na hipótese de licitação destas faixas, dirimir este risco incluindo tais municípios nas obrigações de atendimento imediatas para os vencedores do certame. Destaca-se que, na adoção desta hipótese seria fundamental que a licitação ocorresse rapidamente para se evitar qualquer descontinuidade na prestação dos serviços para os usuários desses municípios.

83. Ao que parece, o corpo técnico especializado entende que o risco de os municípios ficarem desatendidos pode ser solucionado se os municípios forem incluídos nas obrigações de atendimento imediatas para os vencedores do certame, o que está em consonância com a solução apresentada por esta Procuradoria: uma prorrogação especial por um prazo necessariamente curto e suficiente às providências a serem tomadas pela Agência, em situações excepcionais em que se vislumbra que o indeferimento imediato da prorrogação poderia causar gravames ao interesse público, à continuidade dos serviços públicos e aos usuários (Pareceres nº 236/2009/RGS/PGF/PFE-Anatel e nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL).

84. Analisando-se o Informe nº 35/2014/CPAE/CPRP/PRRE/SCP/SPR e o Informe nº 39/2014/PRRE/SPR, verifica-se que o corpo técnico da Agência não se manifestou formalmente sobre a solução mencionada por esta Procuradoria. Assim, é importante que essa avaliação seja realizada no bojo dos autos, com vistas a subsidiar a futura decisão do Conselho Diretor da Agência.

II.(e). Da utilização de técnica de ponderação, com fundamento no princípio da proporcionalidade.

85. O Conselheiro Diretor Jarbas José Valente, através do Memorando nº 46/2014-JV, de 22 de agosto de 2014, formulou dúvida jurídica acerca da possibilidade de se deferir o pleito de prorrogação da autorização do direito de uso de radiofrequências da Prestadora, a despeito de sua intempestividade, a partir de um juízo de ponderação e da necessidade de preservação do interesse público.

86. De acordo com o Conselheiro, com a consulta ora requerida, pretende-se buscar resposta acerca da possibilidade jurídica de se relativizar o princípio da legalidade estrita, a partir da técnica da ponderação e com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com vistas a preservar o interesse público que eventualmente poderia ser ofendido com a aplicação direta da lei.

87. Com efeito, pode haver colisão entre regras e princípios. Ocorre que os critérios tradicionais de hermenêutica jurídica, embora muito úteis para a interpretação de regras, não são suficientes para a fixação do sentido e alcance dos princípios. Deste modo, foi necessário construir uma nova técnica para a concretização das normas com estrutura de princípio.

88. A técnica do sopesamento ou ponderação é um meio de conciliação de princípios em tensão, em que cada um deles é aplicado em extensões diferentes, de acordo com sua relevância, de forma a melhor atender ao bom senso e à justiça, num dado caso concreto.

89. Como bem destaca Marcelo Novelino¹, *as regras tradicionais de hermenêutica têm se revelado insuficientes para a solução de colisões entre princípios, cuja superação impõe restrições e sacrifícios a um ou a ambos os lados*.

90. Ao abordar a temática da colisão de princípios, o referido autor a conceitua como sendo uma “antinomia jurídica imprópria” nos seguintes termos²:

A antinomia jurídica imprópria, denominada de **colisão**, só ocorre diante de um determinado caso concreto e apenas entre princípios (**antinomia de princípios**). Na análise da solução para o caso concreto, eles permitem o balanceamento de seu peso relativo de acordo com as circunstâncias [...].

(grifo do autor)

91. Verificado conflito entre regras, uma será aplicada e outra será excluída. Já no caso de conflito entre princípios aplicáveis a uma situação concreta, deve haver a conciliação entre eles. Eles serão aplicados em extensões diferentes, de acordo com a respectiva relevância no caso, de modo a extrair o máximo possível de efetividade de cada um deles. Um dos princípios prevalecerá sobre o outro, a partir de uma ponderação de

1 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 138.

2 NOVELINO, Marcelo. Op. Cit., p. 137-138.

interesses exigida no caso concreto. Um dos princípios é relativizado momentaneamente. Contudo, os princípios continuam a fazer parte do ordenamento jurídico.

92. Esta técnica de decisão é utilizada em casos difíceis, em que convivem diversas premissas válidas e de mesma hierarquia, que, contudo, indicam soluções diferentes e até mesmo contraditórias.

93. Segundo Daniel Sarmento³, o intérprete deve verificar o peso genérico de cada princípio em conflito, observando, assim, os efeitos e consequências práticas no respectivo ordenamento jurídico. Após, o intérprete deve buscar o peso específico.

94. No caso concreto trazido a exame desta Procuradoria, como visto, o Conselheiro Diretor indaga sobre a possibilidade de relativização da regra constante do art. 167, § 1º, da LGT, utilizando-se a técnica da ponderação com fundamento no princípio da proporcionalidade.

95. Para Robert Alexy, o exame da proporcionalidade caracteriza-se como um núcleo essencial para a ocorrência da otimização diante dos conflitos entre princípios no caso concreto, sendo, portanto, um próprio mandamento de ponderação⁴.

96. O princípio da proporcionalidade traduz-se numa pauta de natureza axiológica a partir das ideias de justiça, equidade, bom senso, e proibição de excesso⁵. Portanto, a proporcionalidade pode ser utilizada como regra de ponderação entre interesses conflitantes.

97. Quanto à estrutura de aplicabilidade da técnica da ponderação, Cademartori e Duarte⁶ asseveram que:

Quando se depara com a colisão de princípios, o interprete deverá valer-se de um critério hermenêutico de ponderação dos valores

3 SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 103-104.

4 ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 156.

5 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 181.

6 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Hermenêutica e Argumentação neoconstitucional. São Paulo: Atlas, 2009, p. 127.

jusfundamentais que Alexy denomina de “máxima da proporcionalidade”, a qual é composta de três máximas parciais: adequação, que, ao estabelecer a relação entre o meio empregado o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; necessidade, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário, e proporcionalidade em sentido estrito que é a ponderação com base nos valores jusfundamentais propriamente ditos, os quais, na jurisprudência da Suprema Corte da Alemanha, encontram na noção de dignidade da pessoa humana uma espécie de meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais.

Isso tudo resulta em que as máximas de adequação e de necessidade consideram as possibilidades fáticas advindas do caso concreto, enquanto a máxima da proporcionalidade em sentido estrito considera as possibilidades jurídicas. A relação de ponderação atribui, a cada princípio, um peso, por serem eles, como se salientou, exigências de otimização, diferentemente das regras que são rígidas na sua aplicação a um caso concreto, de forma integral, dentro do código binário válido/inválido; tudo ou nada, fazendo-se valer, quando cabíveis, em caráter definitivo.

98. No caso dos autos, deve ser feita uma ponderação entre os direitos das prestadoras de serem tratadas com isonomia e impessoalidade, nos termos da lei, e o direito do cidadão à prestação do serviço de telecomunicações com regularidade e qualidade.

99. De um lado, existe norma que visa proteger a isonomia e a impessoalidade. De outro, é preciso garantir a toda a população o acesso às telecomunicações.

100. De acordo com o art. 2º da Lei nº 9.472/1997, o Poder Público tem o dever de criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo. Além disso, dispõe a lei que os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras. No mesmo sentido, o art. 127 da LGT estabelece que a disciplina da exploração dos serviços no regime privado se destinará a garantir a competição livre, ampla e justa; a isonomia de tratamento; e o uso eficiente do espectro de radiofrequências.

101. De outro lado, o mesmo art. 2º da Lei nº 9.472/1997, estabelece que o Poder Público tem o dever de garantir, a toda a população, o acesso às

telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas. O art. 3º, por sua vez, dispõe que o usuário do serviço de telecomunicações tem direito de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional, bem como de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço. Na mesma esteira, o art. 127 da LGT estabelece que a exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir, dentre outras coisas, o respeito aos direitos dos usuários e o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo.

102. Dessa forma, de um lado, existe norma legal que visa proteger a isonomia e a impessoalidade, garantir a eficiência do espectro, e os valores concorrenciais presentes no setor. De outro, é preciso assegurar o acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade, em qualquer ponto do território nacional.

103. A interpretação da norma, especialmente no tocante aos dispositivos constitucionais, não pode prescindir da compreensão da realidade social, impondo-se, na solução do caso concreto, a ponderação entre os valores envolvidos.

104. O direito dos usuários ao acesso aos serviços de telecomunicações, com padrão de qualidade e regularidade, prevalece, em certa medida, sobre o direito das prestadoras de terem um tratamento isonômico e impessoal.

105. No caso específico dos autos, esta Procuradoria, por meio do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, entendeu que o direito ao acesso aos serviços de telecomunicações, com padrão de qualidade e regularidade, se sobrepõe, até um determinado ponto, à proteção do direito à isonomia e à impessoalidade.

106. Nesse viés, quanto às eventuais consequências prejudiciais ao interesse público decorrentes da não prorrogação da autorização, este Órgão de Consultoria Jurídica, utilizando-se da técnica da ponderação de interesses, entendeu que, em certas circunstâncias, deveria ser garantida a continuidade na prestação dos serviços públicos de telecomunicações de interesse coletivo, a fim de viabilizar seu constante acesso à população.

107. Desse modo, nos casos em que não seja possível assegurar essa continuidade por falta de tempo hábil para concluir uma licitação, bem

como para exigir que o licitante vencedor inicie suas operações, é permitida a adoção de solução excepcional e temporária, consistente na *prorrogação precária*, apenas para não prejudicar os consumidores, a vigor tão somente durante o tempo necessário para que o licitante vencedor inicie a exploração do serviço por meio do uso das radiofrequências objeto da não prorrogação (objeto da licitação na qual se sagrou vencedor).

108. Portanto, tal análise já partiu da ponderação de interesses e considerou a aplicação do princípio da proporcionalidade.

109. Assim, a solução intermediária sugerida por esta Procuradoria já foi obtida justamente a partir do emprego da técnica da ponderação, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de preservar o interesse público, sem aniquilar os demais princípios e valores protegidos pelo Direito.

110. Vale destacar que esse sopesamento de valores não deve ser utilizado de forma indiscriminada, sem moderação ou com excesso. Sua aplicação requer bom senso, prudência, moderação, justa medida e proibição de excesso.

111. Esta técnica deve ser aplicada de forma objetiva, de modo a permitir o controle dos atos administrativos. Além disso, seu emprego não deve prejudicar a segurança jurídica.

112. Sua utilização deve estar lastreada em sólida argumentação, devendo o administrador fundamentar sua escolha. Em outras palavras, a fundamentação deve ser clara e detalhada.

113. Desse modo, não é adequada a utilização da técnica de ponderação para permitir o deferimento de pedido de renovação da autorização, apresentado intempestivamente, pelo prazo integral (de 15 anos), pois isso acabaria por esvaziar o comando legal insculpido no § 1º do art. 167 da LGT, em clara descon sideração à técnica em referência, que, em atenção ao princípio da máxima efetividade, busca conferir aplicabilidade a ambos os princípios na medida adequada e possível: (i) enquanto a não observância ao art. 167, §1º, da LGT for necessária à continuidade do serviço, há de prevalecer este último princípio (período delimitado da prorrogação precária); (ii) por outro lado, quando a continuidade do serviço puder ser alcançada com respeito ao art. 167, §1º, da LGT, torna-se ilícita a situação anterior (já que, a partir daí, ambos os princípios serão

obedecidos), devendo-se extinguir a prorrogação precária para que uma nova e lícita autorização de uso de radiofrequência tenha início.

114. Ou seja, se é possível garantir a concretização de ambos os princípios (legalidade e continuidade dos serviços), este é necessariamente o caminho a ser trilhado pela Administração Pública, o que, no caso concreto, ocorre quando se torna viável a exploração do serviço pelo licitante vencedor da futura licitação. Extingue-se a autorização prorrogada de forma precária, que desrespeitava o art. 167, §1º, da LGT, dando início a uma autorização em consonância com o princípio da legalidade.

115. A prevalência relativa de um princípio sobre outro não tem o condão de invalidá-lo, já que todos eles devem conviver entre si. Portanto, o princípio da legalidade pode ser flexibilizado, em certas situações, mas nunca pode ser invalidado ou deixado de lado por completo.

116. O desafio do intérprete é fazer uma análise de coordenação e combinação dos princípios conflitantes, atribuindo-lhes pesos valorativos e evitando, na maior medida possível, o sacrifício total de um em detrimento do outro, tudo em estrita obediência ao princípio hermenêutico da concordância prática. A restrição a cada interesse deve ser a mínima possível, ou seja, o indispensável à sua convivência com o outro.

117. Importante lembrar que a aplicação da solução intermediária suscitada por esta Procuradoria requer o preenchimento das condições mencionadas.

118. Desse modo, este Órgão de Consultoria Jurídica entende que a utilização da técnica de ponderação não autoriza o deferimento de pedido intempestivo para renovação da autorização pelo prazo de 15 anos, pois tal interpretação ofende o comando legal constante no § 1º do art. 167 da LGT, bem como os princípios da isonomia, impessoalidade e legalidade.

II.(f). Da consulta formulada ao Parecerista Gustavo Binenbojm (fls. 402/415V).

119. A prestadora formulou consulta ao advogado parecerista Gustavo Binenbojm acerca da natureza do prazo estabelecido no art. 167, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações e nas cláusulas 1.8 e 1.9 do Termo de Autorização PVCP/SPV nº 001/2001-ANATEL, e da tempestividade de seu pedido de prorrogação da autorização do direito de uso de radiofrequência, nos seguintes termos:

É esse o contexto fático subjacente à Consulta. O presente parecer tem por objetivo: (i) identificar a natureza jurídica do prazo fixado no § 1º do art. 167 da LGT e as consequências de seu eventual descumprimento à luz da Constituição, da regulamentação aplicável e do próprio edital de licitação que procedeu à assinatura do termo de Autorização em questão (Edital de Licitação nº 001/2000-SPV-ANATEL); BEM COMO (ii) aferir a tempestividade do pedido de prorrogação formulado pela Consulente.

II.(f).1. Da natureza do prazo para requerer a prorrogação da autorização de uso de radiofrequência.

120. O referido advogado concluiu ser imperativa a prorrogação, pelos seguintes motivos: 1) o prazo estabelecido no art. 167, § 1º, da LGT é impróprio e o seu eventual descumprimento não acarreta como consequência automática a perda e a impossibilidade de prorrogação da autorização; 2) o pedido de prorrogação, protocolizado pela Consulente em 10 de julho de 2013, é tempestivo, pois o prazo de vigência de 15 anos somente pode ser contado a partir da efetiva outorga, que ocorreu em 20 de junho de 2002, com a publicação do Ato nº 26.525/2002; e 3) ainda que não se reconheça a data de outorga da autorização de uso de radiofrequência como marco inicial da contagem do prazo de vigência dessa autorização, a data de 31 de dezembro de 2001, prevista no Edital de licitação e no Termo de Autorização, deve servir de marco inicial para a contagem do prazo de vigência do direito de uso de radiofrequência e para a análise da tempestividade do pedido de prorrogação.

121. A conclusão apresentada é frágil e não se sustenta, motivo pelo qual não pode ser acolhida pela ANATEL, como será demonstrado a seguir.

122. Quanto ao primeiro argumento apresentado, como já explanado exaustivamente em tópico anterior, o art. 167, § 1º, da Lei nº 9.472/1997 não se trata de norma dispositiva, disponível e fixada no interesse da parte/administrado, **mas sim de norma de ordem pública, cogente e inderrogável, que traz critério objetivo a ser observado pela Administração Pública**. Este é o entendimento assentado no Parecer nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL, o qual foi reiterado.

123. Não há como sustentar a tese de que o referido prazo, dirigido ao administrado, tem natureza de prazo impróprio e que seu desatendimento não acarreta a perda do direito à prorrogação.

124. O prazo é uma quantidade de tempo que é fixada para a realização de determinado ato, que se conta a partir de um determinado evento (ato superior ou anterior).

125. Adentrando no âmbito do Direito Processual, verifica-se que prazos próprios são aqueles direcionados às partes, ao Ministério Público quando este atua como parte e a terceiros. Quando não praticados em tempo, acarretam na preclusão, ou seja, o perecimento do exercício do direito.

126. Já os prazos impróprios são aqueles exercidos pelo juiz, Ministério Público quando atua como fiscal da lei, e auxiliares da justiça. Nesse caso, se o prazo não for observado, não haverá preclusão, mas sim, possibilidade de aplicação de sanções administrativas a quem não os observou.

127. No tocante ao tema ora discutido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁷ afirmam que prazos próprios são aqueles *fixados para o cumprimento do ato processual, cuja inobservância acarreta desvantagem para aquele que o descumpriu, consequência essa que normalmente é a preclusão*. Já os prazos impróprios *são aqueles fixados na lei apenas como parâmetro para a prática do ato, sendo que seu desatendimento não acarreta situação detrimetosa para aquele que o descumpriu, mas apenas sanções disciplinares*. Segundo os autores, o ato praticado além do prazo impróprio é válido e eficaz.

128. O que diferencia o prazo impróprio do prazo próprio é a preclusão temporal. Nesse sentido, o art. 183 do Código de Processo Civil - CPC dispõe que:

Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

129. Como já explicitado, os prazos assinalados para o magistrado são impróprios e não-preclusivos. No tocante ao tema, Daniel Amorim Assumpção Neves⁸ ensina que:

No que se refere ao juiz, os prazos são impróprios, pois, uma vez descumpridos, nenhum efeito processual se verificará, quando muito disciplinar. Não havendo consequência disciplinar dessa omissão, não há que se falar em preclusão temporal para o juiz, pois mesmo após

7 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 385.

8 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Preclusões para o juiz. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 41.

transcorrido o prazo para a realização do ato, será totalmente lícita a sua realização.

130. Já os prazos fixados para as partes são, em regra, próprios, e o seu descumprimento gera uma consequência, qual seja, a preclusão (perda de uma situação jurídica ativa processual), na medida em que o processo é uma marcha para frente, que não admite retorno para etapas já ultrapassadas.

131. Os prazos impróprios apenas são assinalados a determinadas pessoas que desempenham funções públicas e que têm deveres e não faculdades. Nesse caso, o ato a ser realizado não pode ser dispensado pelo não exercício tempestivo.

132. A teoria dos prazos tem íntima relação com a das preclusões, já que, na maioria dos casos, objetiva impulsionar o feito (marcha para frente), sem retrocessos e/ou paralisações.

133. Há que se destacar que nem todos os prazos direcionados às partes e seus advogados são próprios. Com efeito, é possível citar, como exemplo de prazo impróprio, o prazo dado ao advogado para a devolução dos autos ao cartório. No caso, ainda que ocorra o decurso do prazo, ele não se exime da responsabilidade do ato da devolução. No exemplo apresentado, o advogado tem o dever legal de restituir os autos, e não mera faculdade, sob pena de responsabilização.

134. Contudo, verifica-se que a hipótese mencionada acima configura exceção, já que, na maioria das vezes, o prazo assinalado à parte será próprio e peremptório. O fato é que o chamado prazo impróprio se relaciona com a possibilidade de aplicação de sanções administrativas disciplinares pela sua não observância, já que atrelado a deveres, e não a faculdades.

135. Essas considerações também se aplicam ao âmbito do Direito Administrativo.

136. Nessa esfera jurídica, em regra, os prazos aplicáveis à Administração Pública são impróprios, já que há o dever de atuar.

137. Já a natureza dos prazos aplicáveis aos administrados demanda uma análise caso a caso. Contudo, quando atuam na esfera de disponibilidade e não há função pública a ser desempenhada, a natureza será de prazo próprio.

138. Quando a lei fixa prazo para que o administrado, na esfera de sua disponibilidade, exerça ou não um direito, sendo esta manifestação facultativa e despida de função pública, o não atendimento desse prazo traz diversas consequências jurídicas, como a perda do próprio direito. Não há que se falar em possibilidade de aplicação de sanção administrativa.

139. A parte, de forma livre, pode optar ou não por exercer uma prerrogativa conferida pela lei ou pelo contrato. Não há que se falar em obrigatoriedade. Portanto, se o administrado tem a faculdade de optar livremente por exercer ou não um direito e deixa de apresentar manifestação tempestiva, a consequência é simplesmente a perda deste direito, e não um possível cometimento de infração disciplinar com possibilidade de aplicação de sanção administrativa.

140. De fato, a conduta da parte não configura qualquer tipo de infração, considerando que ela age dentro de sua esfera de disponibilidade. Não há aqui qualquer dever de resposta, já que o silêncio é interpretado como a ausência de interesse por parte do administrado.

141. Quando esse direito envolve o uso bem público, por exemplo, e há disputa latente em torno de sua utilização, a perda do prazo acarreta a perda imediata do direito. Ora, num ambiente competitivo, em que há bens públicos escassos disputáveis, não há como aguardar a emissão de vontade do administrado após o transcurso do prazo legal, ainda mais quando se está adstrito ao princípio da obrigatoriedade de licitação.

142. A perda do prazo traz sérias consequências jurídicas que não podem ser modificadas nem mesmo quando houver consenso. A questão não envolve apenas a existência de lesão à Administração ou terceiros, mas também a própria aplicação de princípios constitucionais como o da legalidade, isonomia e impessoalidade.

143. Repita-se, a análise acerca da natureza do prazo não se restringe apenas à existência ou não de lesão ou prejuízo aos interesses da Administração, mas envolve questão de ordem pública e a análise de questões relativas à competição, à aplicação de princípios constitucionais e à verificação de existência de prejuízo a terceiros, ainda que em potencial.

144. A título exemplificativo, num procedimento licitatório, o proponente que perde o prazo para a entrega dos documentos e propostas acaba eliminado do certame. Do mesmo modo, em um concurso público para provimento de

vagas em cargos públicos efetivos, se o candidato se atrasar e não chegar ao local de provas até o horário marcado também será eliminado.

145. Em outro cenário, considerando a relação existente entre o administrado e o Administrador, no curso do processo administrativo, a perda do prazo para interpor um recurso em face de uma decisão gera a perda do próprio direito de recorrer, em razão da preclusão temporal.

146. Frise-se, a perda do prazo é a inércia que implica preclusão.

147. Se o prazo não pode ser alterado pela Administração, não há como afastar as consequências jurídicas advindas da intempestividade. Nem mesmo a Administração tem o poder de majorar ou diminuir os prazos, pois são peremptórios. Assim, seu desatendimento acarreta graves consequências.

148. No caso dos autos, fica evidente que o prazo do § 1º do art. 167 da LGT é próprio (estabelecido para o administrado e que acarreta a preclusão) e peremptório (que não admite alteração), considerando que: (i) decorre de lei, que é norma de ordem pública; (ii) não pode ser alterado nem mesmo por convenção entre as partes; (iii) pode ser livremente exercido pelo administrado e não envolve o desempenho de função pública; e (iv) não consubstancia dever e, conseqüentemente, seu desatendimento não configura infração administrativa.

149. Como já visto, a exigência de cumprimento deste prazo decorre do princípio da legalidade e se traduz como forma de concretização dos princípios da isonomia e da impessoalidade, todos de índole constitucional, devendo ser satisfeita por todos os administrados, especialmente porque o espectro de radiofrequências, nos termos do art. 157 da LGT, é um recurso limitado.

150. Vale ressaltar que se o bem público é valioso e limitado, existindo, do ponto de vista abstrato, possibilidade de disputa, uma vez perdido o prazo para o pedido de prorrogação, surge a expectativa de terceiros, potenciais interessados, de disputar seu uso no bojo de um certame público, uma vez que a perda do prazo para o pedido de prorrogação implica naturalmente a extinção da respectiva autorização ao final do seu prazo original, nos termos do art. 169 da LGT.

151. O art. 167, § 1º, da Lei nº 9.472/1997, não é norma dispositiva, disponível e fixada no interesse da parte/administrado, mas sim de norma

de ordem pública, cogente e inderrogável, que traz critério objetivo a ser observado pela Administração Pública.

152. Analisando-se o contexto da norma supramencionada, verifica-se que o prazo insculpido no § 1º do art. 167 da LGT tem natureza de prazo próprio e peremptório. Desse modo, a apresentação de pedido de prorrogação fora do prazo legal acarreta como consequência automática a perda do direito à prorrogação.

153. Vale ressaltar, ainda, que, a perda do prazo é uma causa explícita de não prorrogação. Se o pedido é apresentado fora do prazo, o rigor da técnica processual nos conduz a falar, na verdade, em causa de não conhecimento, e não de indeferimento, que pressupõe uma análise de mérito. Por esta razão, o art. 167, §2º, ao tratar do indeferimento, não arrola a perda do prazo de três anos, já prevista no art. 167, §1º.

154. Quanto à utilização do princípio da proporcionalidade, como já dito em tópico anterior, a solução intermediária sugerida por esta Procuradoria foi obtida justamente a partir do emprego da técnica da ponderação, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de preservar o interesse público, sem aniquilar os demais princípios e valores protegidos pelo Direito.

155. A aplicação desse princípio não deve ser utilizada de forma indiscriminada, sem moderação ou com excesso. Sua aplicação requer bom senso, prudência, moderação, justa medida e proibição de excesso.

156. Não é lícita a utilização da técnica de ponderação para permitir o deferimento de pedido de renovação da autorização, apresentado intempestivamente, pelo prazo integral (de 15 anos), pois isso acabaria por esvaziar o comando legal insculpido no § 1º do art. 167 da LGT, em clara desconsideração à técnica em referência, que, em atenção ao princípio da máxima efetividade, busca conferir aplicabilidade a ambos os princípios na medida adequada e possível.

157. Se é possível garantir a concretização do princípio da legalidade e do princípio da continuidade dos serviços, este é necessariamente o caminho a ser trilhado pela Administração Pública. A prevalência relativa de um princípio sobre outro não tem o condão de invalidá-lo, já que todos eles devem conviver entre si. Portanto, o princípio da legalidade pode ser flexibilizado, em certas situações, mas nunca pode ser invalidado ou deixado de lado por completo.

158. Portanto, não é adequada a aplicação do princípio da proporcionalidade para possibilitar a aprovação do pedido de prorrogação, apresentado de forma intempestiva, pelo prazo integral, pois, como já explicitado, haveria ofensa direta ao princípio da legalidade, que seria desconsiderado por completo.

159. Muito embora a autorização seja, em certa medida, considerada como ato vinculado, o pedido de prorrogação só poderá ser aprovado quando todos os requisitos legais forem preenchidos. Dentre eles, consta a exigência de apresentação do pedido dentro do prazo legal, sob pena de não conhecimento.

160. No presente caso, discute-se justamente o preenchimento de um dos requisitos legais, qual seja, a tempestividade do pedido. Assim, se o pedido é apresentado fora do prazo, a parte não tem direito à prorrogação.

161. Algumas questões levantadas no Parecer da lavra do advogado Gustavo Binenbojm já foram exaustivamente examinadas no bojo do Parecer nº 775/2014/DFT/PFE-Anatel/PGF/AGU. Desse modo, é relevante citar trechos do referido Opinativo:

99. Esta Procuradoria, como já visto, também se manifestou sobre a consequência da perda do prazo para a solicitação de prorrogação, nos seguintes termos:

28. Nesse sentido, havendo possibilidade abstrata de disputa para uso da radiofrequência, todos devem concorrer igualitariamente no bojo de um processo de licitação. Assim, dado o interesse latente dos particulares em geral para fazer uso das subfaixas de radiofrequência, uma vez perdido o prazo para requerimento de prorrogação da correspondente autorização, o direito de uso dessa subfaixa de radiofrequência deve ser novamente licitado, ou seja, posto em disputa pública. De fato, se houve perda do prazo, o uso da subfaixa de radiofrequência deve ser novamente disputado pelos potenciais interessados.

29. Por outro lado, inexistindo possibilidade abstrata de disputa, a perda do prazo de prorrogação implica a simples extinção da correspondente autorização, sem que se fale em posterior licitação.

(...)

31. Como se vê, não havendo requerimento de prorrogação de autorização de uso radiofrequência no prazo de três anos

previsto no art. 167, §1º, da LGT, essa autorização deve ser extinta com o adendo do seu termo final, na esteira do art. 169 da LGT. No caso de subfaixa de radiofrequência cujo uso suscite disputa, ou seja, que demande licitação e/ou chamamento público, cabe à Anatel, logo que ultrapassado o referido prazo trienal, já iniciar os preparativos a fim de proceder a novo chamamento público e/ou licitação, viabilizando, assim, a continuidade na utilização da radiofrequência em prol dos consumidores e da eficiência do espectro.

100. Desta forma, se a prestadora apresenta requerimento fora do prazo de três anos, a autorização deve ser extinta nos termos do art. 169 da LGT. Por outro lado, se o pedido for tempestivo, a Agência deve apreciá-lo no prazo de até 12 meses, podendo o mesmo ser indeferido nas hipóteses constantes do § 2º do art. 167 da LGT.

101. Nestes termos, a tese esboçada no Parecer juntado aos autos de que a única consequência da perda do prazo seria somente a perda de certas garantias, como a de obter análise e resposta ao pedido em até 12 anos, não se sustenta.

102. Isso porque, após o vencimento do prazo para solicitação da prorrogação, cabe à Agência já iniciar ações visando colocar novamente em disputa pública o direito de uso das respectivas subfaixas de radiofrequência. Ou seja, cabe à Agência já iniciar procedimento licitatório, contendo inclusive eventual chamamento público, se for o caso, para que não haja rompimento da continuidade na exploração da radiofrequência e, conseqüentemente, para que não haja prejuízo aos consumidores e ao interesse público.

103. Quanto à cláusula 1.9 do Termo de Autorização, a interpretação dada apresenta-se equivocada. Ora, entender que a referida cláusula permite que o pedido de prorrogação possa ser apresentado até 24 meses antes do vencimento do prazo final de outorga é o mesmo que esvaziar completamente a disposição contida no art. 167, § 1º, da LGT, bem como na cláusula 1.8 do Termo.

104. Não há dúvidas de que as cláusulas 1.8 e 1.9 devem ser analisadas em conjunto, de forma sistemática. A primeira delas tem o objetivo de estabelecer o prazo máximo e mínimo para a apresentação do pedido de prorrogação. Já a segunda destina-se tão somente a orientar a Agência quando o requerimento de prorrogação for intempestivo.

105. Da leitura da cláusula 1.9 depreende-se que, caso não haja pedido de prorrogação tempestivo, a ANATEL poderá instaurar novo processo de outorga de autorização para exploração do SMP em até 24 (vinte e quatro) meses antes do vencimento do prazo original.

106. Quanto à redação da referida cláusula, em sua parte final, após a palavra “prorrogação”, deveria haver uma vírgula, já que a expressão “em até 24 (vinte e quatro) meses” diz respeito ao prazo para o início do novo processo de outorga, e não ao prazo para o requerimento de prorrogação, que foi tratado na cláusula 1.8.. O pretexto de ausência de uma vírgula não pode ser utilizado para esvaziar completamente o sentido da cláusula antecedente, em afronta ao disposto no art. 167, § 1º, da LGT. Na verdade, nenhuma interpretação forçada desse tipo se sustenta quando afronta a literalidade de outro dispositivo (item 1.8 do Termo e art. 167, §1º, da LGT).

107. Com efeito, referido preceito legal aduz que a prorrogação, sempre onerosa, poderá ser requerida até três anos antes do vencimento do prazo original, devendo o requerimento ser decidido em, no máximo, doze meses. Ou seja, como pode a parte requerer a prorrogação em até três anos do vencimento do prazo original, e como cabe a Agência decidir o requerimento em até 12 meses, restará à Anatel, caso entenda pela não prorrogação, até 24 meses para iniciar os procedimentos necessários à realização de nova licitação. Explica-se.

108. Portanto, se o caso demandar chamamento público e/ou licitação, o procedimento licitatório poderá ser formalizado em até 24 meses antes da expiração do prazo final da outorga.

109. Assim é porque a Agência precisa dispor de tempo hábil para promover nova licitação para uso das subfaixas de radiofrequência não prorrogadas, garantindo a eficiência do espectro. Esse procedimento demanda um tempo razoavelmente longo para sua realização.

110. Como sabido, o procedimento licitatório é composto por diversas fases, tendo seu início internamente (fase interna), em que há a abertura do processo dentro do órgão que vai realizar a licitação, definição do objeto, preço público e demais condições. Já a fase externa, de maior relevância, se inicia quando a licitação torna-se pública.

111. Deste modo, analisando-se a cláusula 1.9 do termo, é possível inferir que cabe à Anatel, logo que ultrapassado o referido prazo trienal, já iniciar os preparativos a fim de proceder a novo chamamento público e/ou as fases internas da licitação, podendo a fase externa ser formalizada em até 24 meses antes da expiração do prazo final da outorga.

112. Caso a prestadora tenha apresentado pedido de prorrogação, cabe à Agência analisar o pedido no prazo máximo de 12 meses. Se for verificado que o pedido formulado é intempestivo ou que não deve ser acolhido, a Agência, logo após a decisão, já deve iniciar os preparativos para a realização de uma eventual licitação, notadamente as fases internas

do procedimento. A fase externa, por sua vez, poderá ser formalizada em até 24 meses antes da expiração do prazo final da outorga.

113. A análise aqui desenvolvida deve ser aplicada exclusivamente para o presente caso, tendo em vista a peculiaridade contida na cláusula 1.9. do Termo de Autorização.

114. Portanto, não é juridicamente possível prorrogar as autorizações de radiofrequência outorgadas à TIM, já que a norma disposta no art. 167, § 1º, da LGT é de ordem pública, cogente e inderrogável, e que o pedido de prorrogação foi apresentado intempestivamente.

115. Com relação ao segundo questionamento, verifica-se que o pedido apresentado em 20/09/2013 também é intempestivo, não podendo ser admitida a interpretação dada à cláusula 1.9 do Termo, sob pena de ofensa ao § 1º do art. 167 da LGT e à cláusula 1.8 do próprio Termo.

162. No tocante à existência ou não de lesão a terceiros, verifica-se que o deferimento do pedido de prorrogação intempestivo configura privilégio indevido, na medida em que a atuação da Agência deve pautar-se na proteção de valores concorrenciais, levando em conta que o bem público em disputa é limitado. Além disso, os agentes regulados devem ser tratados de forma isonômica e impessoal.

163. Nessa avaliação, é preciso considerar, ainda, o dever de boa-fé. Dessa forma, não é razoável acolher os argumentos da parte, quando a relação travada entre ela e a Administração sempre foi regida, desde o princípio, por norma expressa que disciplinou a contagem do prazo da autorização do direito de uso de radiofrequência.

164. Nesse contexto, o ente público não tem poder para sanear a falha e avaliar se o pedido de prorrogação, ainda que intempestivo, pode ou não ser acolhido, até porque estamos analisando norma cogente, indisponível e de ordem pública.

165. O que a empresa pretende é que o critério objetivo previsto na lei seja dispensado, para que a Agência avalie se, no caso concreto, a conduta da empresa ocasionou ou não alguma lesão. Caso fosse permitida a análise pretendida pela Oi, o critério legal deixaria de ser objetivo e passaria a ser subjetivo, dependendo de um juízo de valor da Agência, o que traria insegurança jurídica.

166. Na verdade, a lei disciplinou plenamente a questão, não deixando margem de discricionariedade para a Agência atuar. Portanto, não há espaço para que a ANATEL verifique se, no caso concreto, o atraso na

apresentação do pedido de prorrogação gerou ou não qualquer tipo de lesão.

167. Não custa lembrar que as proponentes, ao formularem suas ofertas, contabilizam as obrigações constantes do edital e o prazo de vigência da outorga. Se não houvesse o condicionamento, os valores ofertados seriam bem mais elevados. Ou seja, a questão do prazo foi devidamente precificada pelas licitantes.

168. Na verdade, o objetivo do edital era que a concessionária vinculada à prestadora do SMP cumprisse integralmente as obrigações de universalização e expansão. Se essas metas fossem antecipadas, o serviço poderia ser explorado a partir de 31/12/2001. Assim, a prestadora tinha todo o interesse em que as obrigações fossem cumpridas o quanto antes para que pudesse dar início à exploração do SMP.

169. Trata-se de um incentivo, pois como o prazo da outorga já estava correndo, a prestadora tinha todo o interesse em demonstrar o cumprimento dos compromissos assumidos pela concessionária vinculada o quanto antes, para poder explorar o serviço.

170. Quanto ao argumento de que a margem de discricionariedade da Agência teria sido reduzida a zero a partir do momento em que atestou o preenchimento dos requisitos legais necessários à prorrogação, verifica-se que o mesmo não se sustenta.

171. Com efeito, a questão ainda está pendente de apreciação pelo Conselho Diretor da Agência. Além disso, a área técnica, no Informe nº 560/2013-ORLE/SOR, de 27/11/2013, no item 6.2 submete ao Órgão Máximo da Agência a análise do pedido de prorrogação, tendo em vista a não observância do prazo estabelecido na LGT. Assim, não houve pronunciamento formal sobre o caso por parte do Conselho Diretor.

II.(f).2. Da contagem do prazo de quinze anos do direito de uso de radiofrequência.

172. O Parecer da lavra do advogado Gustavo Binenbojm também argumenta que o prazo de quinze anos da autorização de uso de radiofrequência só pode ser contado a partir da publicação do Ato nº 26.525/2002, chegando a afirmar que o item 1.6 do Termo de Autorização, que aduz que o prazo de quinze anos é contado da sua assinatura (12.03.2001),

seria inválido. Subsidiariamente, argumenta que, no mínimo, o prazo de quinze anos deveria ser contado de 31 de dezembro de 2001, data mínima para qualquer licitante vencedora à época iniciasse as operações na faixa de radiofrequência, independentemente de possuir vínculo societário com as concessionárias do STFC.

173. De plano, registra-se que toda essa argumentação deduzida pela Oi se refere especificamente apenas ao Termo de Autorização de Uso de Radiofrequência nº 001/2001. Ou seja, ainda que tivesse razão em relação a eles, o que não é verdade, ainda assim teria havido a perda de prazo em relação aos demais Termos em tela: Termos de Autorização de Uso de Radiofrequência nº 014/2003, nº 001/2004 e nº 017/2007.

174. Sobre a contagem do prazo, está bastante claro que este se inicia da assinatura do Termo de Autorização do SMP, ocorrida em 12.03.2001, não havendo margem para dúvidas. Afinal, interpretações só se fazem necessárias quando o sentido claro não puder ser obtido da literalidade dos dispositivos, o que não é o caso. Nesse sentido, reiteram-se, primeiramente, a linha argumentativa constante do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, já exarado nos autos:

52. Ora, tais argumentos não devem prosperar. Todos os atos expedidos pela Anatel e Termos assinados pela própria prestadora dão conta de que o prazo de quinze anos está atrelado à assinatura do Termo de Autorização do SMP, ocorrida em 12.03.2001, devendo ser contado a partir daí, independentemente do momento da outorga da autorização de uso de radiofrequência.

53. O próprio Ato nº 26.525/2002, que outorgou a autorização de uso de radiofrequência, a associa à “autorização para a prestação do Serviço Móvel Pessoal – SMP, na forma do disposto no item 1.6 do Termo de Autorização PVCP/SPV n.º 001/2001-ANATEL, assinado em 12 de março de 2001”. No mesmo sentido dispõe o referido item 1.6. do Termo de Autorização nº 001/2001-PVCP/SPV-ANATEL, ao aduzir que “o direito de uso das radiofrequências mencionadas na cláusula anterior terá prazo de vigência de 15 (quinze) anos, a contar da data de assinatura do presente Termo, prorrogável, uma única vez, por igual período, sendo essa prorrogação a título oneroso”.

54. Como sabido, para a prestação do SMP são necessários dois instrumentos: um relativo à autorização para exploração do próprio serviço e outro relativo ao uso da radiofrequência, insumo essencial à comunicação sem fio. Em regra as duas autorizações são expedidas

no mesmo momento. Na ocasião da licitação em referência, regida pelo Edital nº 001/2000-SPV-ANATEL, não foi diferente, ocasião em que seus vencedores já poderiam explorar o SMP normalmente, ou seja, já seriam expedidas em seu favor tanto a autorização para prestação do SMP quanto a autorização para uso da radiofrequência.

55. Ocorre que, especificamente para as empresas que possuísem vínculo empresarial com concessionária do STFC, a exploração do SMP estava submetida a uma barreira regulatória: só poderiam explorar o SMP a partir de 31.12.2003 ou, a partir de 31.12.2001, no caso de antecipação das metas de universalização pela concessionária. A limitação à exploração do SMP, como já dito, estava contida no art. 10, §2º, do PGO aprovado pelo Decreto nº 2.534/1998:

§ 2º A prestação de serviços de telecomunicações em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o art. 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003.

56. Assim, às empresas mantenedoras de vínculo com as concessionárias, como no caso das ora interessadas, havia a opção de participar ou não da licitação, cabendo avaliar a questão segundo o arcabouço regulatório especificamente lhes aplicável. Poderiam ou não participar da licitação, conforme sua liberdade de agir. De fato, o ingresso numa disputa pública não é obrigatório, mas de livre iniciativa dos interessados. Ocorre que, no caso de opção pela participação, deveriam, logicamente, obedecer ao decreto expedido pelo Presidente da República, assim como a toda a legislação regulatória lhes aplicável. Trata-se de escolha: (i) não participar; ou (ii) participar e, conseqüentemente, aderir às regras existentes no ordenamento jurídico para o caso de sua participação.

57. Nesse sentido, prevendo a participação dessas empresas no certame, o Edital nº 001/2000-SPV-ANATEL dispôs que a autorização para exploração do SMP expedida a empresas vinculadas a concessionária do STFC só produziriam efeitos após o cumprimento das obrigações de universalização, nos termos do art. 10, §2º, do PGO. Somente após tal cumprimento é que seriam outorgadas as respectivas autorizações de uso de radiofrequência. É o que dispunham os itens 4.3.1 e 4.3.2.1 do Edital nº 001/2000-SPV-ANATEL:

4.3.1 A Autorização para prestação de SMP, assim como as demais autorizações previstas no item 1.1.1 deste Edital, expedidas a empresa que seja controladora, controlada ou coligada de concessionária de STFC, somente produzirão efeitos após o cumprimento das obrigações de universalização e expansão nos termos previstos no art. 10, §2º do PGO.

(...)

4.3.1.2 A Autorização de uso de radiofrequência para o SMP a empresa que seja controladora, controlada ou coligada de concessionária de STFC, só será outorgada quando da comprovação pela Anatel do cumprimento das metas referidas no item 4.3.1 acima.

58. Dessa forma, sendo a TNL PCS S/A vinculada à concessionária Telemar Norte Leste S/A e tendo escolhido participar da licitação, apenas quando houve o cumprimento antecipado das metas de universalização é que foi expedido o Ato nº 26.525/2002, que outorgou a respectiva autorização de uso de radiofrequência, associando-a, recorde-se, à “autorização para a prestação do Serviço Móvel Pessoal – SMP, na forma do disposto no item 1.6 do Termo de Autorização PVCP/SPV n.º 001/2001-ANATEL, assinado em 12 de março de 2001”. E o item 1.6 do referido Termo de Autorização PVCP/SPV n.º 001/2001-ANATEL, vale a pena recordar, aduz o seguinte:

Cláusula 1.6. O direito de uso das radiofrequências mencionadas na cláusula anterior terá prazo de vigência de 15 (quinze) anos, a contar da data de assinatura do presente Termo, prorrogável, uma única vez, por igual período, sendo essa prorrogação a título oneroso. [grifo nosso]

59. Trata-se, isso sim, de aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Desde o início estava claro aos participantes que a vigência da respectiva autorização de uso de radiofrequência seria outorgada pelo prazo de quinze anos contados da assinatura do Termo de Autorização do SMP ao qual se vincula. Mesmo assim a Oi escolheu participar da licitação, aderindo às suas regras e às eventuais limitações que lhe seriam impostas pelo arcabouço regulatório vigente. Entendimento contrário implicaria ofensa ao princípio da vinculação ao edital e ao próprio princípio da isonomia, uma vez que as regras devem ser aplicadas a todos os participantes. Trata-se de incidência de fator interno, subjetivo, inerente à condição da participante, e não externo, como pretende alegar a Oi.

60. Todo esse contexto, estando já claro à época da licitação, já foi considerado pelos participantes quando da formulação das suas

ofertas, não procedendo, ainda, a argumentação da Oi de que teria pago quantia para uso efetivo da radiofrequência necessariamente por quinze anos. Na verdade, o valor foi pago para vencer a licitação nos termos dispostos no edital e na legislação, ou seja, para uso da radiofrequência pelo prazo de quinze anos contados da assinatura do Termo de Autorização do SMP, ocorrida em 12.03.2001, como visto.

61. Ela disputou e venceu a licitação, na verdade, para obter o direito de uso das radiofrequências com exclusividade e, consequentemente, excluir eventuais concorrentes também interessadas nesse insumo. Não se trata de disputa pelo uso efetivo por quinze anos. Ao contrário, é bastante comum que os participantes de licitação pelo direito de uso de radiofrequência obtenham a respectiva autorização por prazo inferior, já que associados a um Termo de Autorização celebrado anteriormente. Daí que os editais em geral muitas vezes dispõem que os prazos serão de quinze anos ou pelo prazo remanescente de um Termo anterior, a depender da situação concreta do vencedor.

62. A própria situação da Oi, também com relação aos Termos nº 014/2003, nº 001/2004 e nº 017/2007, ora em análise, demonstra a normalidade dessa situação em que a autorização de uso de radiofrequência é expedida com prazo efetivo inferior a quinze anos. De fato, embora tais Termos tenham sido celebrados em 2003, 2004 e 2007, seus prazos de validade expiram em 13.03.2016, conforme demonstrado pela própria área técnica por meio do Informe nº 560/2013-ORLE/SOR⁹, fato incontroverso nos autos, de onde se infere que toda argumentação da Oi – já rechaçada, aliás – se refere, na verdade, apenas ao Termo nº 001/2001. E realmente não merece prosperar.

63. Repete-se, portanto: ela venceu a licitação, na verdade, para ter direito ao uso da radiofrequência pelo prazo e nos termos dispostos no edital e na legislação, ou seja, para uso da radiofrequência por quinze anos contados de 12.03.2001, data da assinatura do Termo de Autorização nº 001/2001-PVCP/SPV-ANATEL.

64. Quanto aos Termos de Uso de Radiofrequência nº 014/2003, nº 001/2004 e nº 017/2007, o vencimento em 13.03.2016 também é

9 5.7. Por seu turno, o prazo de validade do direito de uso das subfaixas de radiofrequências outorgado pelos Termos de Autorização de Uso de Blocos de Radiofrequência nº 014/2003-PVCP/SPV, nº 001/2004-PVCP/SPV e nº 017/2007-PVCP/SPV, acima indicados, foi estabelecido pelo prazo remanescente do direito de uso de radiofrequência outorgado pelo Termo de Autorização do SMP originário nº 001/SPV-ANATEL. O direito de uso das RFs em questão terá vigência até 13 de março de 2016, conforme previsto nos mencionados Termos de Autorização.

claro, como se observa da sua cláusula 2.1, de idêntico teor nos três Termos assinados pela interessada:

Cláusula 2.1. A presente Autorização de Uso de Blocos de Radiofrequências é expedida pelo prazo remanescente da Autorização para Uso de Radiofrequência associada à Autorização para Prestação do SMP, TERMO DE AUTORIZAÇÃO PVCP/SPV N° 001/2001-ANATEL, de 12 de março de 2001, D.O.U. de 13 de março de 2001, vencendo em 13 de março de 2016, prorrogável uma única vez por um período de 15 (quinze) anos, a título oneroso, associada à Autorização para Prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, estando sua vigência condicionada à manutenção dos requisitos previstos neste Termo. [grifo nosso]

65. O Informe n° 560/2013-ORLE/SOR também deixou clara essa situação, consignando que o prazo de validade dos Termos de Autorização de Uso de Radiofrequência n° 001/2001, n° 014/2003, n° 001/2004 e n° 017/2007 realmente é 13.03.2016:

5.21. Cumpre-nos salientar a esse respeito que as minutas do Termo de Autorização do direito de uso de radiofrequência encontravam-se anexas àquele Edital de Licitação n.º 001/2000-SPV-Anatel, estando as participantes daquele certame cientes das condições em que se daria a outorga, inclusive quanto à necessidade do cumprimento de obrigações que condicionariam a efetiva possibilidade de uso da radiofrequência.

5.22. Nesse sentido, destaque-se a cláusula 1.6 do Termo de Autorização em questão:

Cláusula 1.6 - O direito de uso das radiofrequências mencionadas na cláusula anterior terá prazo de vigência de 15 (quinze) anos, a contar da data de assinatura do presente Termo, prorrogável, uma única vez, por igual período, sendo essa prorrogação a título oneroso. (grifo nosso)

5.33. Ademais, o Ato de outorga que precedeu o referido Termo de Autorização, qual seja, o Ato n.º 15.440, de 1º de março de 2001, publicado no D.O.U. de 2 de março de 2001, previa o cumprimento das obrigações em seu §1º, bem como o início da vigência do prazo de 15 (quinze) anos da outorga de direito de uso de radiofrequência na data da assinatura do Termo de Autorização em seu §2º, como se vê:

Art. 1º Expedir Autorização para TNL PCS S.A., para exploração do Serviço Móvel Pessoal – SMP, de interesse coletivo, no regime privado, por prazo indeterminado, na Área de Prestação delimitada pela Região I, definida no

Edital de Licitação n.º 001/2000-SPV-Anatel, observado o disposto no art. 8º do Plano Geral de Autorização do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução n.º 248 – Anatel, de 19 de dezembro de 2000.

§ 1º A autorização de que trata o caput somente produzirá efeito após o cumprimento das obrigações de universalização e expansão, por controladora, controlada ou coligada da TNL PCS S.A., nos termos previstos no art. 10, §2º, do Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto n.º 2.534, de 2 de abril de 1998.

§ 2º A autorização de uso das radiofrequências da subfaixa “D”, associada à prestação do SMP, na Área de Prestação de que trata o artigo 1º, só será outorgada quando da comprovação, pela Anatel, do cumprimento das metas referidas no §1º do art. 1º deste Ato.

§ 3º A autorização do uso de radiofrequência será outorgada pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma única vez, por igual período e a título oneroso, a contar da data de formalização do Termo de Autorização do SMP entre a Anatel e a autorizada. (grifos nossos)

5.24. Por fim, no Ato n.º 26.525, de 19 de junho de 2002, publicado no D.O.U. de 20 de junho de 2002, também foi asseverada a referência a cláusula 1.6 do Termo de Autorização, que dispõe quanto ao início da vigência do direito de uso de radiofrequência, qual seja, a assinatura do Termo de Autorização, conforme citado:

Art. 1º Outorgar autorização de uso das radiofrequências, sem exclusividade, em caráter primário e restrito à respectiva área de prestação, associada à autorização para a prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, na forma do disposto no item 1.6 do Termo de Autorização PVCP / SPV n.º 001/2001 – ANATEL, assinado em 12 de março de 2001, à TNL PCS S.A., nas subfaixas abaixo discriminadas :

Transmissão da Estação Móvel: 1710 MHz. A 1725 MHz.

Transmissão da Estação Radiobase: 1805 MHz. A 1820 MHz.

5.25. Destaque-se, por fim, que após o Ato n. 26.525, de 19 de junho de 2002, não foi formalizado qualquer novo Termo de Autorização quanto àquelas faixas de radiofrequência já dispostas no Termo de Autorização PVCP/SPV-Anatel n.º 001/2001, bem como as datas de vencimento constam em todas as licenças de estação emitidas para a empresa, conforme se verifica no anexo.

66. Ademais, com relação a essa questão, consultando os autos do processo nº 53500.007473/2000, que versa sobre a licitação regida pelo Edital nº 001/2000-SPV-ANATEL, contemplando desde a fase preparatória, incluindo a consulta pública nº 258/2000, até a homologação dos vencedores, não se verificou a existência de dúvidas sobre o marco inicial de contagem das autorizações de uso de radiofrequências, que seria o do Termo de Autorização do SMP. Aliás, a própria Oi, em pedido de impugnação (fl. 4538 do processo nº 53500.007473/2000), chega até a citar a já mencionada cláusula 1.6 do Termo, mas sem impugná-la. Resume-se a impugnar seu §3º, que já trata de outro assunto (compartilhamento da radiofrequência).

175. Assentadas tais premissas, passe-se a enfrentar a argumentação tecida pelo Parecerista consultado pela Oi.

176. De início, não é correto afirmar que o direito ao uso de radiofrequência somente foi assegurado com a edição do Ato nº 26.525/2002. Na verdade, o direito de uso de radiofrequência já estava garantido desde 12.03.2001, data da assinatura do Termo de Autorização nº 001/2001, que, além, de formalizar a autorização do SMP, também faz referência expressa às subfaixas de radiofrequência em referência. Aduz o Termo, em seus itens 1.5 e 1.6.

Cláusula 1.5 - O serviço deve ser explorado com a utilização, pela AUTORIZADA da Subfaixa de radiofrequências abaixo indicada:

Subfaixa "D": Transmissão da Estação Móvel: 1710 MHz a 1725 MHz

Transmissão da Estação Radiobase: 1805 MHz a 1820 MHz

Cláusula 1.6 - O direito de uso das radiofrequências mencionadas na cláusula anterior terá prazo de vigência de 15 (quinze) anos, a contar da data de assinatura do presente Termo, prorrogável, uma única vez, por igual período, sendo essa prorrogação a título oneroso.

177. Ora, o Termo nº 001/2001 assegurou expressamente o direito de uso das subfaixas de radiofrequência e consignou, também de forma expressa, que seu prazo de vigência de quinze anos contaria a partir de sua assinatura, ocorrida em 12.03.2001. A afirmação do Parecerista de que não havia direito relacionado a tais radiofrequências levaria à conclusão absurda de que a Anatel poderia licitar novamente seu uso. Ora, o direito às subfaixas de radiofrequências restou plenamente assegurado.

178. Ocorre que a regulamentação do setor à época impedia o início das operações imediatamente, o que não altera em nada o fato de que o direito já havia sido assegurado desde o Termo nº 001/2001. Ora, a

eficácia de um negócio não se confunde com o próprio negócio. Assim, a postergação da eficácia do negócio não altera o fato de o negócio ter sido celebrado anteriormente, para todos os efeitos, inclusive para a contagem do prazo, sobretudo quando há regra específica disciplinando o assunto: o item 1.6.

179. Ao postergar o início das operações, tanto o Decreto nº 2.534/1998, quanto a Resolução nº 235/2000 e o Edital de Licitação nº 001/2000-SPV-ANATEL tratam do âmbito da eficácia, e não da validade.

Decreto nº 2.534/1998:

Art. 10. (...)

§ 2º **A prestação de serviços de telecomunicações** em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o art. 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003.

Resolução nº 235/2000:

Art. 21. (...)

§ 5º As empresas licitantes que disputarem a autorização nas Subfaixas “D” e “E” **somente poderão dar início à prestação** do serviço após 31 de dezembro de 2001 ou seis meses após a data prevista no Termo de Autorização para início de operação comercial da prestadora da Subfaixa “C” na mesma Região, valendo o que ocorrer por último.

(...)

Art. 23. A autorização para prestação de SMP a empresa que, diretamente ou por sua controladora, controlada ou coligada, seja concessionária de STFC, **somente produzirá efeitos** após o cumprimento das obrigações de universalização e expansão nos prazos previstos no art. 10, § 2º do PGO.

Edital nº 001/2000-SPV/ANATEL

1.3.1 As empresas vencedoras da Licitação, que receberem a autorização nas Subfaixas “D” e “E”, **somente poderão dar início à prestação do serviço** após 31 de dezembro de 2001 ou seis meses após a data prevista no Termo de Autorização para início de operação comercial da prestadora da Subfaixa “C” na mesma Região, valendo o que ocorrer por último.

(...)

4.3.1 A Autorização para prestação de SMP, assim como as demais autorizações previstas no item 1.1.1 deste Edital, expedidas a empresa que seja controladora, controlada ou coligada de concessionária de STFC, **somente produzirão efeitos** após o cumprimento das obrigações de universalização e expansão nos termos previstos no art. 10, §2º do PGO.

180. Como se vê, o direito às subfaixas de radiofrequências já estava assegurado desde 12.03.2001, data da assinatura do Termo nº 001/2001. Apenas sua eficácia foi postergada. O próprio Parecerista consultado pela Oi, reconhecendo essa premissa, afirma que a questão diz respeito ao plano da eficácia. Aduz que a eficácia da autorização estava subordinada a evento futuro.

181. Ora, outro não poderia ser o entendimento, uma vez que, à época, passava-se pelo processo de transição do antigo Serviço Móvel Celular – SMC para o Serviço Móvel Pessoal. Nessa linha, a licitação regida pelo Edital nº 001/2000-SPV/ANATEL foi a primeira que outorgaria uma autorização de SMP. Como esse serviço só pode ser prestado por meio de radiofrequência e considerando que a LGT, no seu art. 163, §3º, exige que a autorização de uso de radiofrequência seja necessariamente associada à autorização do serviço ao qual é vinculado, não se poderia admitir que o Termo nº 001/2001 dissesse respeito apenas ao SMP.

182. De fato, não há que se falar em autorização para prestação do SMP dissociada da radiofrequência que lhe dá suporte. Por essa razão que o Termo nº 001/2001, ao tempo em que outorga a autorização do SMP, assegura o direito ao uso das subfaixas de radiofrequências ali consignadas, aduzindo, contudo, que as operações só podem se iniciar nas datas e condições apontadas no art. 10, §2º, do Decreto nº 2.534/1998.

183. O Ato nº 26.525/2002, de 20.06.2002, apenas é fruto do atesto pela Agência do cumprimento das condições do art. 10, §2º, do Decreto nº 2.534/1998 (antecipação das metas de universalização por parte da concessionária de STFC ao qual era societariamente vinculada), autorizando formalmente o início das operações. Ou seja, o Ato nº 26.525/2002 dá eficácia à autorização de uso de radiofrequência.

184. O fato é que, à época da licitação, todo o arcabouço regulatório era bastante claro ao dispor que o prazo de quinze anos seria contado da data da assinatura do Termo ocorrida em 12.03.2001 e sequer dúvidas ou pedidos

de esclarecimentos foram ventilados naquela ocasião. Portanto, pode-se dizer que questão da exata fruição do direito ao uso da radiofrequência foi devidamente precificada pela Oi, considerando, inclusive, que os lotes foram vendidos por valores superiores ao preço mínimo definido pela Anatel. Entender de modo diferente implicaria alterar o próprio objeto lícitado, o que não é permitido pela legislação.

185. O Parecerista chega ao ponto, ainda, de questionar a legalidade do próprio item 1.6 do Termo, que determina a contagem dos quinze anos a partir de sua assinatura. Não aponta, contudo, o dispositivo legal que teria sido violado, limitando-se a afirmar, de maneira contraditória, que ele iria de encontro às diretrizes da Resolução nº 235/2000. Ora, como se viu, o Termo nº 001/2001 observa justamente a Resolução nº 235/2000, que determina o início das operações (plano da eficácia) para momento futuro.

186. O importante, nesses casos, é que a informação seja clara a fim de que a precificação pelos licitantes leve em consideração, em seus modelos de negócio, a postergação da eficácia e, consequentemente, o tempo de fruição da radiofrequência, exatamente o que houve no caso concreto.

187. Na verdade, a postergação da eficácia do direito ao uso da radiofrequência, com o início das operações para momento futuro, é situação corriqueira no âmbito da Agência. Conta-se o prazo de quinze anos do direito à radiofrequência não obstante o início das operações só possa ocorrer posteriormente. Por exemplo, isso ocorreu tanto na licitação das faixas de 2.500 MHz + 450 MHz (Edital nº 004/2012/PVCP/SPV-ANATEL) quanto ocorrerá na licitação da faixa de 700 MHz (Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL).

188. Dando seguimento ao raciocínio, vale destacar que a argumentação do Parecerista consultado pela Oi, ao girar em torno do instituto civilista do “termo inicial (ou suspensivo)”, corrobora a tese aqui exposta. Ora, segundo art. 131 do Código Civil, “o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.” Ou seja, de acordo com a teoria aduzida pelo advogado, o direito fora adquirido desde o Termo nº 001/2001. Portanto, nada mais natural que o prazo de quinze anos seja contado de sua assinatura.

189. Ainda que se falasse em condição suspensiva, ao invés de termo suspensivo, a conclusão seria a mesma. Veja-se, a respeito, o trecho do Parecer nº 775/2014/DFT/PFE-Anatel/PGF/AGU:

119. No tocante ao primeiro e ao segundo quesitos, o jurista entende que o efeito substantivo do art. 1º, § 2º, dos atos administrativos citados é próprio de autêntica condição legal suspensiva, que impede a outorga de autorização de uso de radiofrequências, indispensáveis à prestação do SMP, enquanto não se comprovasse perante a ANATEL o cumprimento das metas de universalização por concessionários coligados à TIM Celular. Para ele, os atos e contratos gravados com condição legal suspensiva dão nascimento a direito subjetivo, mas a eficácia fica subordinada à ocorrência de fato futuro e incerto.

120. Não se pode concordar com tal opinativo. Em primeiro lugar, afirma a doutrina civilista que não há aquisição de direitos antes de implementada a condição suspensiva. Antes do advento da condição existe apenas direito eventual, ou expectativa de direitos, nas lições de Sílvio de Salvo Venosa:

“A questão que levantamos é sobre a situação jurídica da obrigação que está sob *condição suspensiva* antes do implemento. O credor possui um direito eventual. Não existe a obrigação, não podendo o credor exigir seu cumprimento, enquanto não ocorrer o implemento. Frustrada a condição, por outro lado, a obrigação deixa de existir. Aqui reside a maior distinção com as obrigações a termo, nas quais o direito existe desde logo.”¹⁰

121. Da mesma forma, Maria Helena Diniz¹¹ leciona que *enquanto a condição não se verificar não se terá adquirido o direito a que o negócio jurídico visa. Seguindo seu raciocínio, a mesma doutrinadora esclarece que com o advento dessa condição aperfeiçoa-se o efeito do ato negocial, operando-se ex tunc, ou seja, desde o dia de sua celebração, daí ser retroativo.*

122. Sendo assim, de acordo com a corrente civilista majoritária, a superveniência do cumprimento das metas de universalização mencionadas nos §§ 1º e 2º dos Atos nº 002/2001, nº 003/2001 e nº 004/2001 conferiu eficácia plena aos Termos de Autorização correspondentes, desde a data da celebração de cada qual. A regra geral aplicável à espécie consiste, portanto, no reconhecimento de todos os efeitos de direito emanados do falado Termo de Autorização desde a data de sua celebração, tão logo realizada a condição suspensiva.

123. Vale recordar, contudo, que semelhante regra geral somente seria invocável no caso de uma omissão normativa a respeito da data do início dos efeitos produzidos por uma avença sob condição suspensiva. Ocorre que a questão a ser avaliada dispensa qualquer teorização adicional

10 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, vol. II, 3ª Edição. São Paulo, Altas, 2003, p. 150.

11 DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos, vol. 1º. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 63.

sobre as consequências da condição legal suspensiva constante do Termo de Autorização, pois a disciplina pertinente ao dia inaugural da contagem do prazo de quinze anos correspondente à vigência do aludido Termo foi expressa e literalmente prevista no § 3º do art. 1º dos Atos nº 002/2001, nº 003/2001 e nº 004/2001.¹² E havendo estipulação transparente e inteligível, não há espaço para interpretações divergentes.

190. Por fim, o Parecerista defende, subsidiariamente, caso o prazo de quinze anos não seja contado do Ato nº 26.525/2002, que a contagem seja feita de 31 de dezembro de 2001, data à qual a operação inicial de todas as prestadoras estava submetida, independentemente de vínculo societário com concessionária de STFC.

191. Ora, do ponto de vista ontológico, inexiste qualquer diferença entre a data de 31.12.2001 e a data do Ato nº 26.525/2002. Ambas as situações partem da mesma premissa: o direito à radiofrequência já foi assegurado desde o Termo nº 001/2001, devidamente associado à autorização do SMP, mas sua eficácia foi postergada para evento futuro, sendo que a contagem do prazo de quinze anos, bastante clara no arcabouço regulatório, foi devidamente precificada pelas licitantes vencedoras. Ademais, a data de 31.12.2001 não se aplica à Oi, já que ela, possuindo vínculo com concessionária de STFC, devia observância ao art. 10, §2º, do Decreto nº 2.534/1998, tendo a antecipação das metas de universalização atestada pela Agência e culminado com a edição do Ato nº 26.525/2002, que deu plena eficácia ao direito de uso das subfaixas de radiofrequências já constante do Termo nº 001/2001.

192. Portanto, também não procedem os argumentos de que o prazo de 15 anos em tela deveria contar de 31.12.2001.

193. Desta forma, o pedido de prorrogação, protocolizado pela Consulente em 10 de julho de 2013, é intempestivo, já que o prazo de vigência de 15 anos deve ser contado a partir da data da assinatura do Termo, e não de sua fruição, com fundamento na cláusula 1.6 do Termo, que é parte integrante do Edital de Licitação.

12 Art. 1º. (...)

§ 3º A autorização do uso das radiofrequências será outorgada pela prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma única vez, por igual período e a título oneroso, a contar da data da formalização do Termo de Autorização do SMP entre a Anatel e a Autorizada.

194. Pelo mesmo motivo, a data de 31 de dezembro de 2001, prevista no Edital de licitação, não deve servir de marco inicial para a contagem do prazo de vigência do direito de uso de radiofrequência, já que havia regra expressa que disciplinava a forma de contagem.

II.(g). Da consulta formulada ao Parecerista Marçal Justen Filho (fls. 425/470).

195. A prestadora formulou consulta ao advogado parecerista Marçal Justen Filho acerca dos seguintes quesitos:

- a) É cabível a interpretação adotada pela Consulente, no sentido de que o prazo para a formulação do pedido de prorrogação deveria ser calculado tomando em vista o início da data de fruição do respectivo direito?
- b) NO caso concreto, é logicamente possível compatibilizar as regras do Termo de Autorização no sentido de que o prazo de quinze anos seria computado a partir da data da sua assinatura e de que o serviço não poderia ser explorado antes de 31 de dezembro de 2001?
- c) No caso concreto, a disciplina do termo de Autorização propiciava dúvida hermenêutica sobre os termos inicial e final do prazo para o interessado pleitear a prorrogação?
- d) Em caso de resposta positiva ao quesito anterior, deve-se reputar que o particular exercitou o pedido de prorrogação no prazo apropriado?
- e) A interpretação dos atos administrativos é norteada pelo princípio da proporcionalidade?
- f) É cabível aplicar aos atos administrativos a distinção entre prazos próprios e prazos impróprios?
- g) A previsão em atos administrativos de prazos para a prática de atos relativamente a questões jurídicas que não afetem nem prejudiquem o interesse ou direitos da Administração Pública ou de terceiros deve ser interpretada como um prazo impróprio?
- h) A ausência de observância por um particular d prazo para o exercício de poder jurídico pode ser reputada, caso inexistente prejuízo a interesses de terceiros e ausente lesão a qualquer interesse da Administração Pública, como não acarretadora de preclusão?
- i) É legítima a interpretação de ser válido e eficaz o exercício pelo particular de pedido de prorrogação, ainda que formulado depois da data prevista no ato administrativo, nos casos em que a ausência de prorrogação for apta a gerar efeitos danosos aos usuários?

j) No caso concreto, é legítima a interpretação de que a ausência de pedido pela Consulente da prorrogação do seu direito não se constitui em impedimento ao deferimento do pleito pela ANATEL?

196. Quanto ao primeiro e segundo quesitos (*a e b*), o Parecerista concluiu que: (*i*) a interpretação adotada pela Consulente, no sentido de que o prazo para a formulação do pedido de prorrogação deveria ser calculado tomando em vista o início da data de fruição do respectivo direito, era cabível; e (*ii*) o cômputo do prazo de 15 anos a partir da data do termo é incompatível com a natureza da cessão realizada e com o prazo de 15 anos previsto para a outorga.

197. Tal conclusão padece de equívocos e não pode ser acolhida, com será adiante demonstrado.

198. De início, deve-se registrar novamente que o direito à radiofrequência já foi assegurado desde o Termo nº 001/2001, devidamente associado à autorização do SMP. Apenas sua eficácia foi postergada para evento futuro, sendo que a contagem do prazo de quinze anos, a partir da assinatura do referido Termo, estava bastante clara no arcabouço regulatório, tendo sido devidamente precificada pelas licitantes vencedoras. Como a Oi possuía vínculo com concessionária de STFC, devia observância ao art. 10, §2º, do Decreto nº 2.534/1998, de modo que a antecipação das metas de universalização atestada pela Agência, que culminou com a edição do Ato nº 26.525/2002, deu plena eficácia ao direito de uso das subfaixas de radiofrequências já constante do Termo nº 001/2001.

199. Vale repisar que a participação numa disputa pública não é obrigatória, mas de livre iniciativa dos interessados. Desta forma, a prestadora, ao ingressar no certame, se vinculou a toda legislação regulatória que lhe era aplicável, ou seja, aderiu às regras existentes no ordenamento jurídico à época. Desde o início estava claro que a vigência da respectiva autorização de uso de radiofrequência seria outorgada pelo prazo de quinze anos, contados da assinatura do Termo de Autorização do SMP. Essa regra está expressa no Termo, repita-se.

200. Portanto, há regra clara no edital e no Termo determinando que: (*i*) a autorização para exploração do SMP expedida a empresas vinculadas a concessionária do STFC só produziria efeitos após o cumprimento das obrigações de universalização, nos termos do art. 10, §2º, do PGO; (*ii*) o direito de uso das radiofrequências terá prazo de vigência de 15 (quinze) anos, a contar da data de assinatura do presente Termo. Não obstante

o fato de que somente após tal cumprimento é que teriam eficácia as respectivas autorizações de uso de radiofrequência, o decurso do prazo de outorga teve início na data de assinatura do Termo nº 001/2001, ocorrida anteriormente. Entendimento contrário implicaria ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da isonomia.

201. O edital, seus anexos e as minutas de termos foram aprovados pelo Conselho Diretor da ANATEL e devem ser fielmente observados.

202. Importante lembrar novamente que as proponentes, ao formularem suas ofertas, contabilizam as obrigações constantes do edital e o prazo de vigência da outorga. Se não houvesse o condicionamento, os valores ofertados seriam bem mais elevados. Ou seja, a questão foi devidamente precificada pelas licitantes.

203. Na verdade, o objetivo do edital era que a concessionária vinculada à prestadora do SMP cumprisse integralmente as obrigações de universalização e expansão. Se essas metas fossem antecipadas, o serviço poderia ser explorado a partir de 31/12/2001. Assim, a prestadora tinha pleno conhecimento da situação e todo o interesse em que as obrigações fossem cumpridas o quanto antes para que pudesse dar início à exploração do SMP.

204. Trata-se de um incentivo, pois como o prazo da outorga já estava correndo, a prestadora tinha todo o interesse em demonstrar o cumprimento dos compromissos assumidos pela concessionária vinculada o quanto antes, para poder explorar o serviço.

205. Se o vencimento da outorga for estendido para além de 13.03.2016, a vigência da outorga superará em muito o prazo de 15 (quinze) anos fixado no edital, o que configurará vantagem indevida, na medida em que a prestadora terá benefício não estendido às demais participantes. Sem contar que o valor pago pela empresa, a título de preço público, compreendeu período menor.

206. Não é possível o deferimento de uma nova autorização de uso de radiofrequência, pois um novo vínculo com a Administração Pública só poderia se formar em decorrência de chamamento público e/ou licitação. Caso contrário, estar-se-ia dando uma preferência não prevista na legislação àquele que já tem autorização, o que não se admite.

207. Se a restrição não constasse do edital, com certeza, o valor a ser pago seria maior. Portanto, não procede a argumentação de que o início da contagem do prazo de quinze anos teria que estar atrelado à efetiva utilização da subfaixa, uma vez que tal conclusão não pode ser extraída nem dos termos dispostos no edital ou do Termo nº 001/2001 e, muito menos, da legislação.

208. O edital continha, como já visto, termo legal suspensivo no sentido de que a autorização somente produziria plenos efeitos (a partir de sua celebração) após o cumprimento das obrigações de universalização e expansão. Mas o prazo de vigência não estava atrelado à efetiva utilização da subfaixa; ao contrário, o próprio edital estabeleceu, expressamente, que a contagem seria iniciada a partir da assinatura do Termo de Autorização do SMP, ocorrida anteriormente.

209. Quanto ao terceiro quesito (c), o Parecerista concluiu que a disciplina do termo propiciava dúvida hermenêutica sobre os termos inicial e final do prazo para o interessado pleitear a prorrogação, tendo em vista que os termos inicial e final do pedido de prorrogação não foram previstos em data certa do calendário.

210. O argumento é demasiadamente frágil e não se sustenta, já que havia cláusula expressa no Termo que disciplinava a contagem do prazo de forma clara e objetiva. Além disso, esta Procuradoria já apreciou a questão, através do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, nos seguintes termos:

64. Repete-se, portanto: ela venceu a licitação, na verdade, para ter direito ao uso da radiofrequência pelo prazo e nos termos dispostos no edital e na legislação, ou seja, para uso da radiofrequência por quinze anos contados de 12.03.2001, data da assinatura do Termo de Autorização nº 001/2001-PVCP/SPV-ANATEL.

65. Quanto aos Termos de Uso de Radiofrequência nº 014/2003, nº 001/2004 e nº 017/2007, o vencimento em 13.03.2016 também é claro, como se observa da sua cláusula 2.1, de idêntico teor nos três Termos assinados pela interessada:

Cláusula 2.1. A presente Autorização de Uso de Blocos de Radiofrequências é expedida pelo prazo remanescente da Autorização para Uso de Radiofrequência associada à Autorização para Prestação do SMP, TERMO DE AUTORIZAÇÃO PVCP/SPV Nº 001/2001-ANATEL, de 12 de março de 2001, D.O.U.

de 13 de março de 2001, vencendo em 13 de março de 2016,
prorrogável uma única vez por um período de 15 (quinze) anos,
a título oneroso, associada à Autorização para Prestação do
Serviço Móvel Pessoal - SMP, estando sua vigência condicionada
à manutenção dos requisitos previstos neste Termo. [grifo nosso]

67. Ademais, com relação a essa questão, consultando os autos do processo nº 53500.007473/2000, que versa sobre a licitação regida pelo Edital nº 001/2000-SPV-ANATEL, contemplando desde a fase preparatória, incluindo a consulta pública nº 258/2000, até a homologação dos vencedores, não se verificou a existência de dúvidas sobre o marco inicial de contagem das autorizações de uso de radiofrequências, que seria o do Termo de Autorização do SMP. Aliás, a própria Oi, em pedido de impugnação (fl. 4538 do processo nº 53500.007473/2000), chega até a citar a já mencionada cláusula 1.6 do Termo, mas sem impugná-la. Resume-se a impugnar seu §3º, que já trata de outro assunto (compartilhamento da radiofrequência).

211. Dessa forma, verifica-se que a questão nunca suscitou dúvidas e que só foi levantada no ano de 2013, mais de 10 (dez) anos depois da assinatura do Termo de Autorização.

212. Considerando que a questão não enseja dúvida hermenêutica e que não houve contestação na época da assinatura do Termo, verifica-se que a resposta dada ao quarto quesito (d), do mesmo modo das demais, não pode ser acolhida.

213. Com relação aos Termos nº 001/2001, nº 014/2003, nº 001/2004 e nº 017/2007, a empresa não apresentou o pedido de prorrogação no prazo apropriado. Com efeito, os prazos de validade expiram em 13.03.2016, conforme demonstrado pela própria área técnica por meio do Informe nº 560/2013-ORLE/SOR¹³.

214. Não custa lembrar que, desde o início, estava claro aos participantes que a vigência da respectiva autorização de uso de radiofrequência seria outorgada pelo prazo de quinze anos contados da assinatura do Termo

13 5.7. Por seu turno, o prazo de validade do direito de uso das subfaixas de radiofrequências outorgado pelos Termos de Autorização de Uso de Blocos de Radiofrequência nº 014/2003-PVCP/SPV, nº 001/2004-PVCP/SPV e nº 017/2007-PVCP/SPV, acima indicados, foi estabelecido pelo prazo remanescente do direito de uso de radiofrequência outorgado pelo Termo de Autorização do SMP originário nº 001/SPV-ANATEL. O direito de uso das RFs em questão terá vigência até 13 de março de 2016, conforme previsto nos mencionados Termos de Autorização.

de Autorização do SMP ao qual se vincula. Mesmo assim a Oi escolheu participar da licitação, aderindo às suas regras e às eventuais limitações que lhe seriam impostas pelo arcabouço regulatório vigente. Entendimento contrário implicaria ofensa ao princípio da vinculação ao edital.

215. No tocante ao quinto quesito (*e*), o Pareceirista conclui que a interpretação dos atos administrativos é norteadada pelo princípio da proporcionalidade.

216. De fato, o princípio da proporcionalidade é reconhecidamente aplicável à Administração Pública. Com efeito, há expressa previsão no art. 2º da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999) e no art. 38 da LGT.

217. Ocorre que, como foi explicitado nos itens 154 a 158, a aplicação desse princípio não deve ser utilizada de forma indiscriminada, sem moderação ou com excesso.

218. Assim, não é adequada a utilização da técnica de ponderação para permitir o deferimento de pedido de renovação da autorização, apresentado intempestivamente, pelo prazo integral (de 15 anos), pois isso acabaria por esvaziar o comando legal insculpido no § 1º do art. 167 da LGT, em clara desconsideração à técnica em referência, que, em atenção ao princípio da máxima efetividade, busca conferir aplicabilidade a ambos os princípios na medida adequada e possível.

219. Quanto ao sexto e sétimo quesitos (*f* e *g*), o Parecerista argumenta que o prazo previsto no § 1º do art. 167 da LGT é considerado impróprio e não conduz ao indeferimento do pedido. Entretanto, a tese esboçada não se sustenta.

220. Não custa repetir que o art. 167, § 1º, da Lei nº 9.472/1997 não se trata de norma dispositiva, disponível e fixada no interesse da parte/administrado, **mas sim de norma de ordem pública, cogente e inderrogável, que traz critério objetivo a ser observado pela Administração Pública.** Este é o entendimento assentado no Parecer nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL, o qual foi reiterado.

221. A questão, inclusive, já foi abordada neste Parecer, nos itens 122 a 152. Na ocasião concluiu-se que o prazo insculpido no § 1º do art. 167 da LGT tem natureza de prazo próprio e peremptório.

Desse modo, a apresentação de pedido de prorrogação fora do prazo legal acarreta como consequência automática a perda do direito à prorrogação.

222. Vale frisar, ainda, que, a perda do prazo é uma causa explícita de não prorrogação. Se o pedido é apresentado fora do prazo, o rigor da técnica processual nos conduz a falar, na verdade em causa de não conhecimento, e não de indeferimento, que pressupõe uma análise de mérito. Por esta razão, o art. 167, §2º, ao tratar do indeferimento, não arrola a perda do prazo de três anos, já prevista no art. 167, §1º.

223. O pedido de prorrogação só poderá ser aprovado quando todos os requisitos legais forem preenchidos. Dentre eles, consta a exigência de apresentação do pedido dentro do prazo legal, sob pena de não conhecimento.

224. Aproveita-se ainda para reiterar o entendimento constante dos itens 99 a 115 do Parecer nº 775/2014/DFT/PFE-Anatel/PGF/AGU que, entre outras coisas, trata da consequência da perda do prazo para a solicitação da prorrogação e da correta interpretação que deve ser dada às cláusulas 1.8 e 1.9 do Termo de Autorização.

225. Quanto ao oitavo quesito (*h*), o Parecerista conclui que nos casos em que houver ausência de prejuízo a interesse de terceiros e de lesão a qualquer interesse da Administração Pública, não incidirá a regra da preclusão temporal.

226. O argumento apresentado também não se sustenta. A questão foi apreciada no bojo do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU e foi resgatada nos itens 28 a 32 deste parecer.

227. No tocante à existência ou não de lesão a terceiros, verifica-se que o deferimento do pedido de prorrogação intempestivo configura privilégio indevido, na medida em que a atuação da Agência deve pautar-se na proteção de valores concorrenciais, levando em conta que o bem público em disputa é limitado. Se o uso do bem público escasso é disputável, a perda do prazo para requerer a prorrogação gera nos terceiros o direito de concorrer, em licitação, para esse uso. Assim, num mercado competitivo e cheio de possibilidades como é o setor de telecomunicações, os terceiros, concorrentes em potencial, têm o direito de disputar pelo uso da radiofrequência cujo pedido de prorrogação foi intempestivo.

228. Quanto ao nono quesito (*i*), o argumento apresentado não se sustenta, considerando que a norma prevista no § 1º do art. 167 é norma de ordem pública, cogente, e indisponível, cujo descumprimento acarreta consequências jurídicas para o administrado. Como já visto, trata-se de prazo próprio e peremptório.

229. A questão não está fundada, ao menos inicialmente, na existência de prejuízo à Administração ou a terceiros, o que, por si só, afasta o substrato lógico do argumento da interessada. De fato, como visto, a exigência do cumprimento se dá em decorrência dos princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia e em atenção aos valores concorrenciais presentes no setor.

230. Por fim, quanto ao décimo quesito (*j*), a resposta apresentada não merece prosperar, já que, diante do exposto, a ausência de pedido de prorrogação se constitui em impedimento ao seu deferimento.

231. Como visto, a intempestividade do pedido leva à preclusão do direito à prorrogação.

232. Enfim, em relação aos Termos nº 001/2001, nº 014/2003, nº 001/2004 e nº 017/2007, houve perda do prazo legal trienal para o pedido de prorrogação da autorização de uso de radiofrequência. A fim de sistematizar as perdas de prazo, pode-se dividir os Termos em duas categorias:

- (i) Termo de Autorização de Uso de Radiofrequência nº 001/2001: único destinatário da argumentação da prestadora que defende a postergação do marco inicial do prazo de quinze anos em razão de um termo suspensivo, o que não possui respaldo jurídico, como visto;
- (ii) Termos de Autorização de Uso de Radiofrequência nº 014/2003, nº 001/2004 e nº 017/2007: destinatários da argumentação da prestadora de que, mesmo não obedecendo ao prazo do art. 167, §1º, da LGT, cristalizado no item 1.8 dos Termos, ainda sim seria possível proceder-se à prorrogação, o que também não deve prosperar, como demonstrado.

II.(h). Da previsão constante no art. 163, § 3º, da LGT.

233. O Conselheiro Diretor, no bojo do Memorando nº 46/2014-JV, questiona ainda se a aplicação conjunta das regras contidas no art. 163, § 3º, e no art. 167, § 1º, ambas da LGT, imporia – por força de lei – uma

contagem do prazo de vigência da autorização de uso das radiofrequências que partisse necessariamente da publicação de tal extrato no DOU.

234. Ocorre que a disciplina pertinente ao dia inaugural da contagem do prazo de quinze anos correspondente à vigência do Termo nº 01/2001 foi expressa e literalmente prevista no § 3º do art. 1º dos Atos expedidos pela Agência¹⁴. E havendo estipulação transparente e inteligível, não há espaço para interpretações divergentes.

235. Muito embora a exploração do serviço estivesse condicionada ao cumprimento de certas obrigações, desde o início estava claro que o prazo da autorização seria contado a partir da assinatura do Termo. Inclusive essa questão, por estar evidente e incontroversa à época da licitação, sequer tendo sido objeto de questionamentos, foi devidamente precificada pelos licitantes na disputa pública.

236. Trata-se de aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Desde o início estava claro aos participantes que a vigência da respectiva autorização de uso de radiofrequência seria outorgada pelo prazo de quinze anos contados da assinatura do Termo de Autorização do SMP ao qual se vincula.

237. O edital continha, como já visto, condição legal suspensiva no sentido de que a autorização somente produziria plenos efeitos após o cumprimento das obrigações de universalização e expansão. Mas o prazo de vigência não estava atrelado à efetiva utilização da subfaixa; ao contrário, o próprio edital estabeleceu, expressamente, que a contagem seria iniciada a partir da assinatura do Termo de Autorização do SMP, ocorrida anteriormente.

238. Deste modo, verifica-se que a contagem do prazo de vigência da autorização não tem relação com a utilização das subfaixas de radiofrequências pelas prestadoras. São coisas distintas.

239. Assim, muito embora a eficácia da autorização de uso de radiofrequências dependa de publicação de extrato no Diário Oficial da União – DOU, restou expressamente acordado que a contagem do prazo de vigência teria início na data de assinatura do Termo.

14 Art. 1º. (...)

§ 3º A autorização do uso das radiofrequências será outorgada pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma única vez, por igual período e a título oneroso, a contar da data da formalização do Termo de Autorização do SMP entre a Anatel e a Autorizada.

240. Não custa lembrar, ainda, que o art. 163, §3º, da LGT, trata do plano da eficácia, ao dispor expressamente que “a eficácia da autorização de uso de radiofrequência dependerá de publicação de extrato no Diário Oficial da União”, e não dos planos de existência, validade ou vigência.

241. Ora, (i) uma vez assinado o Termo nº 001/2001 em 12.03.2001, ele passa a existir (plano da existência); (ii) como está de acordo com o ordenamento jurídico, é válido (plano da validade); (iii) uma vez publicado no DOU, em 13.03.2001, passa a ter vigência no ordenamento jurídico (plano da vigência); e (iv) em regra, a publicação no DOU também seria apta a já acarretar a produção de plenos efeitos (eficácia), mas suas cláusulas postergam a eficácia, assim como o período de *vacatio legis* posterga a eficácia de uma norma já publicada no DOU.

242. Nesse sentido, o item 1.6, que aduz que o prazo de quinze anos conta da assinatura do Termo, ao adquirir eficácia, com a publicação do Ato nº 26.525/2002, produz plenos efeitos: de fazer com que o prazo de quinze anos conte da assinatura do Termo nº 001/2001.

243. Na verdade, a forma de contagem de prazo é definida na licitação e concretizada no Termo celebrado com o particular. Por isso a data da publicação no DOU ou da eficácia do direito não é importante, uma vez que há de prevalecer o constante na licitação e no Termo firmado. Essa é a lógica determinada pelo ordenamento jurídico e naturalmente já seguida pela Agência. Por essa razão, por exemplo, que as licitações de sobras de radiofrequências determinam que o prazo de quinze anos seja contado pelo prazo remanescente de outra autorização de uso de radiofrequência. Portanto, qual a razão para a aquela contagem de prazo? Porque, sem maiores digressões, assim determinou o edital da licitação e o Termo celebrado entre a Agência e o particular. A prevalecer outra lógica, todas as autorizações do setor seriam afetadas.

244. De qualquer forma, ainda que o prazo de quinze anos não se iniciasse da assinatura do Termo, ocorrida em 12.03.2001, a prevalecer a lógica da consulta, o direito ao uso da radiofrequência, como já assegurado com o Termo nº 001/2001, deveria ter seu prazo contado da publicação no DOU desse Termo nº 001/2011, ocorrida em 13.03.2001 (seção 3, ed. nº 50, p. 65), e não da publicação no DOU do Ato nº 26.525/2002, que apenas lhe deu eficácia.

245. Não há como negar que as partes assumiram as obrigações desde a data da assinatura do Termo de Autorização de Serviço, que embute uma autorização de uso de radiofrequência, nos termos do art. 163, § 1º da LGT. Com efeito, se as obrigações foram assumidas na data do Termo, não há

justificativa plausível para que a vigência da autorização de radiofrequência tenha início em data posterior.

246. Vale lembrar que, com a assinatura do Termo, a prestadora garantiu parcela do mercado, excluindo-se concorrentes. Além disso, pôde utilizar o tempo para construir seu plano de negócios e programar sua execução.

247. Se o vencimento da outorga for estendido para além da data fixada pela Agência, sua vigência superará em muito o prazo de 15 (quinze) anos fixado no edital, o que configurará vantagem indevida, na medida em que a prestadora terá benefício não estendido às demais participantes. Sem contar que o valor pago pela empresa, a título de preço público, compreendeu período menor (a radiofrequência esteve reservada para a prestadora por um período de 15 anos).

248. Desta forma, não há incompatibilidade entre a cláusula 1.6 do Termo de Autorização PVCP/SPV nº 001/2001-ANATEL e a disposição contida no art. 163, § 3º da LGT.

II.(i). Da necessidade de a ANATEL iniciar os preparativos a fim de se proceder a novo chamamento público e/ou licitação, no caso de subfaixa de radiofrequência cujo uso suscite disputa, ultrapassado o prazo para a apresentação de pedido de prorrogação de autorização de uso de radiofrequência.

249. Como já apontado, o art. 167, § 1º, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), exige que o requerimento de prorrogação de autorização de uso de radiofrequência seja feito até três anos antes do término de sua vigência.

250. O dispositivo legal estipula o prazo trienal, dentre outros motivos, a fim de que a Agência, não havendo pedido de prorrogação, disponha de tempo hábil para promover nova licitação para uso das subfaixas de radiofrequência não prorrogadas, garantindo a eficiência do espectro.

251. Assim, é fundamental que a Agência analise os pedidos no prazo de até 12 (doze) meses, para que, na hipótese de indeferimento do pedido de prorrogação, tenha tempo suficiente para realizar um chamamento público e/ou um procedimento licitatório.

252. Na hipótese de subfaixa de radiofrequência cujo uso suscite disputa, ou seja, que demande licitação e/ou chamamento público, cabe à Anatel, logo que ultrapassado o referido prazo trienal, já iniciar os preparativos a fim de proceder a novo chamamento público e/ou licitação, viabilizando, assim,

a continuidade na utilização da radiofrequência em prol dos consumidores e da eficiência do espectro.

253. Dessa forma, esta Procuradoria entende que a Agência deve imprimir celeridade ao feito de modo a cumprir o prazo de 12 (doze) meses para análise dos pedidos de prorrogação, previsto no § 1º do art. 167 da LGT, bem como deve já iniciar os preparativos a fim de proceder a novo chamamento público e/ou licitação, no caso de disputa, logo que ultrapassado o prazo legal para solicitação da renovação.

III. CONCLUSÃO.

254. Diante do exposto, com fundamento no § 1º do art. 10 da Lei n.º 10.480, de 2 de julho de 2002, bem como nos incisos IV, V e VII do art. 128 do RI-Anatel, a Procuradoria assim opina e conclui:

a) Quanto ao art. 167, § 1º da LGT:

a.1) Há clara exigência legal no sentido de que o requerimento de prorrogação de autorização de uso de radiofrequência seja feito até três anos antes do término de sua vigência, nos termos do art. 167, § 1º, da LGT. Quanto ao tema, esta Procuradoria já se manifestou por diversas, por meio dos Pareceres nº 855/2008/FML/PGF/PFE-Anatel, com as alterações promovidas pelo Despacho nº 204/2009/ALO/PGF/PFE-Anatel; 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL; 513/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel; e 526/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, e 1550/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU;

a.2) A exigência de cumprimento deste prazo decorre do princípio da legalidade e se traduz como forma de concretização dos princípios da isonomia e da impessoalidade, todos de índole constitucional, devendo ser satisfeita por todos os administrados. Trata-se de norma de ordem pública, cogente e inderrogável, que traz critério objetivo a ser observado pela Administração Pública;

a.3) A prorrogação só será possível quando, preenchidos os demais requisitos legais, o pedido apresentado for tempestivo. Assim, o prazo deve ser observado, sob pena de extinção da autorização após seu término, conforme se extrai do art. 169 da LGT;

b) Quanto às consequências da perda do prazo previsto no § 1º do art. 167 da LGT:

b.1) Esta Procuradoria manifestou-se sobre os efeitos decorrentes da violação do parágrafo primeiro do art. 167 da LGT, por meio dos Pareceres nº 526/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel e nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL. As consequências da perda do prazo também foram alvo de análise no Parecer nº 1550/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU constante nos presentes autos;

b.2) Há uma distinção de tratamento entre os casos que demandam e os que não demandam licitação e/ou chamamento público, nos termos do Despacho nº 79/2012/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU;

b.3) No caso de subfaixa de radiofrequência cujo uso suscite disputa, cabe à Anatel, logo que ultrapassado o referido prazo trienal, iniciar os preparativos a fim de proceder a novo chamamento público e/ou licitação, viabilizando, assim, a continuidade na utilização da radiofrequência em prol dos consumidores e da eficiência do espectro;

b.4) Em situações excepcionalíssimas, a fim de garantir a continuidade na prestação dos serviços públicos de telecomunicações de interesse coletivo, caso não haja tempo hábil para concluir um procedimento licitatório, bem como para exigir que o licitante vencedor inicie suas operações, é possível a adoção de solução intermediária e excepcional, consistente na prorrogação precária, de maneira onerosa, em prol do interesse público, devidamente fundamentado, apenas para não prejudicar os consumidores;

b.5) A solução acima mencionada deve ser devidamente motivada, cabendo à Agência: (i) demonstrar que não há tempo hábil para que as subfaixas de radiofrequência objeto das autorizações em vias de extinção por decurso de prazo sejam novamente postas em disputa pública e passem a ser exploradas pelo vencedor da futura licitação sem interrupção na continuidade da prestação do serviço; e (ii) demonstrar que o lapso temporal em que a radiofrequência ficará sem ser utilizada implicará descontinuidade do serviço e causará prejuízo aos consumidores e ao interesse público;

b.6) Reitera-se, assim, o Parecer nº 1550/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU e o Parecer nº 526/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, que já haviam reiterado os Pareceres nº 513/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel e nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL, ventilando, em casos excepcionalíssimos, a possibilidade de solução intermediária proposta nesta última manifestação, tal

qual proposto pelo Parecer nº 236/2009/RGS/PGF/PFE-Anatel;

c) Como o caso dos autos envolve diversas questões e aspectos técnicos, é importante que haja uma análise conclusiva sobre a existência ou não de prejuízos aos consumidores e ao interesse público, em caso de não renovação da outorga, por parte do corpo técnico da Agência;

d) É fundamental que os autos estejam devidamente instruídos e que constem todas as informações técnicas pertinentes para a avaliação da questão. Caso necessário, devem ser realizados estudos complementares para que se possa fazer uma avaliação conclusiva dos impactos porventura advindos da não renovação, especialmente quanto aos prejuízos aos usuários e ao interesse público;

e) Quanto à análise preliminar de impacto de eventual aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel de proposta de não conhecimento do pedido de prorrogação de direito de uso de radiofrequências associadas à exploração do Serviço Móvel Pessoal – SMP (Informes nº 35/2014-CPAE/CPRP/PRRE/SCP/SPR e 39/2014/PRRE/SPR):

e.1) os cenários avaliados pela SPR se apresentam como uma consequência natural da não prorrogação da autorização de uso de radiofrequência, o que, de acordo com o arcabouço normativo atual, poderia simplesmente ser uma opção da prestadora. Indo além, são questões que naturalmente ocorrerão quando se esgotar o segundo período de quinze anos das autorizações de uso de radiofrequência em curso, ocasião em que a legislação não mais permite prorrogações. Ou seja, são situações ordinárias, ínsitas às diversas possibilidades apresentadas pelo arcabouço regulatório, e devidamente previstas pela LGT;

e.2) assim, não obstante mereçam análise, tais preocupações fáticas não consubstanciam justificativa para, pura e simplesmente, proceder-se à prorrogação ordinária sem observância aos requisitos legais. Elas devem ser analisadas para que o período de transição ocorra da melhor forma possível em relação aos consumidores, e não para justificar uma prorrogação ordinária *contra legem*;

e.3) cabe à Anatel, então, quando da elaboração das regras editalícias da futura licitação, fazer escolhas regulatórias que salvaguardem os interesses dos consumidores e preservem a concorrência no setor, como mencionado neste Parecer.

f) Quanto à utilização da técnica de ponderação:

- f.1) A técnica do sopesamento ou ponderação é um meio de conciliação de princípios em tensão, em que cada um deles é aplicado em extensões diferentes, de acordo com sua relevância, de forma a melhor atender ao bom senso e à justiça, num dado caso concreto;
- f.2) No caso dos autos, deve ser feita uma ponderação entre o princípio da legalidade, atrelado aos direitos das prestadoras de serem tratadas com isonomia e impessoalidade, nos termos da lei, e o direito do cidadão à prestação do serviço de telecomunicações com regularidade e qualidade;
- f.3) A interpretação da norma, especialmente no tocante aos dispositivos constitucionais, não pode prescindir da compreensão da realidade social, impondo-se, na solução do caso concreto, a ponderação entre os valores envolvidos. O direito dos usuários ao acesso aos serviços de telecomunicações, com padrão de qualidade e regularidade prevalecem, em certa medida, sobre o direito das prestadoras de terem um tratamento isonômico e impessoal;
- f.4) No caso específico dos autos, esta Procuradoria, por meio do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, entendeu que o direito ao acesso aos serviços de telecomunicações, com padrão de qualidade e regularidade, se sobrepõe à proteção do direito à isonomia e à impessoalidade. Nesse viés, quanto às eventuais consequências prejudiciais ao interesse público decorrentes da não prorrogação da autorização, este Órgão de Consultoria Jurídica, utilizando-se justamente da técnica da ponderação de interesses, entendeu que, em certas circunstâncias, deveria ser garantida a continuidade na prestação dos serviços públicos de telecomunicações de interesse coletivo, a fim de viabilizar seu constante acesso à população;
- f.5) A adoção de solução intermediária, nos moldes mencionados pela Procuradoria já materializa, por si só, a técnica da ponderação axiológica suscitada na consulta em tela. Ou seja, a eventual prorrogação excepcional, precária e por tempo determinado já é fruto da ponderação, que objetiva, numa regra de otimização, conferir a maior aplicabilidade possível a ambos os princípios (*in casu*, princípio da legalidade e princípio da continuidade do serviço público). Permite-se a prorrogação precária mesmo com o pedido de prorrogação não tendo obedecido aos requisitos legais justamente para viabilizar a continuidade do serviço.

Assim, tão logo a continuidade possa ser garantida por meio de um uso regular de radiofrequência, outorgado mediante procedimento licitatório, deve-se acabar com a prorrogação precária e excepcional;

- f.6) O sopesamento de valores não deve ser utilizado de forma indiscriminada, sem moderação ou com excesso. Sua aplicação requer bom senso, prudência, moderação, justa medida e proibição de excesso. Esta técnica deve ser aplicada de forma objetiva, de modo a permitir o controle dos atos administrativos. Além disso, seu emprego não deve prejudicar a segurança jurídica. Sua utilização deve estar lastreada em sólida argumentação, devendo o administrador fundamentar sua escolha;
- f.7) Desse modo, não é adequada a utilização da técnica de ponderação para permitir o deferimento de pedido de renovação da autorização, apresentado intempestivamente, pelo prazo integral (de 15 anos), pois isso acabaria por esvaziar o comando legal insculpido no § 1º do art. 167 da LGT;
- g) Quanto à consulta formulada ao Parecerista Gustavo Binenbojm (fls. 402/415V):
 - g.1) Esta Procuradoria já analisou o prazo em que foi solicitado a prorrogação dos Termos de Autorização de Uso de Radiofrequência nº 001/2001, nº 014/2003, nº 001/2004, e nº 017/2007, por meio do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU. Na ocasião, concluiu-se que o pedido foi apresentado fora do prazo legal de três anos previsto no art. 167, § 1º, da LGT, já que, como os termos vencem em 13/03/2016, as interessadas tinham até 13/03/2013 para solicitar as correspondentes prorrogações;
 - g.2) Quanto ao primeiro argumento apresentado, como já explanado exaustivamente em tópico anterior, o art. 167, § 1º, da Lei nº 9.472/1997 não se trata de norma dispositiva, disponível e fixada no interesse da parte/administrado, mas sim de norma de ordem pública, cogente e inderrogável, que traz critério objetivo a ser observado pela Administração Pública. Este é o entendimento assentado no Parecer nº 1083/CBS/PGF/PFE-ANATEL, o qual é aqui reiterado;
 - g.3) Não há como sustentar a tese de que o referido prazo, dirigido ao administrado, tem natureza de prazo impróprio e que seu desatendimento não acarreta a perda do direito à prorrogação;
 - g.4) Os prazos fixados para as partes são, em regra, próprios, e o seu descumprimento gera uma consequência, qual seja, a

preclusão (perda de uma situação jurídica ativa processual), na medida em que o processo é uma marcha para frente, que não admite retorno para etapas já ultrapassadas. Por outro lado, os prazos impróprios apenas são assinalados a determinadas pessoas que desempenham funções públicas e que têm deveres e não faculdades. Nesse caso, o ato a ser realizado não pode ser dispensado pelo não exercício tempestivo;

- g.5) No âmbito do Direito Administrativo, em regra, os prazos aplicáveis à Administração Pública são impróprios, já que há o dever de atuar. Já a natureza dos prazos aplicáveis aos administrados demanda uma análise caso a caso. Contudo, quando atuam na esfera de disponibilidade e não há função pública a ser desempenhada, em regra, a natureza será de prazo próprio;
- g.6) No caso dos autos, fica evidente que o prazo do § 1º do art. 167 da LGT é próprio e peremptório, considerando que decorre de lei, que é norma de ordem pública, que não pode ser alterado nem mesmo por convenção entre as partes, que pode ser livremente exercido pelo administrado e não envolve o desempenho de função pública, e que seu desatendimento, relacionado a uma faculdade, e não a um dever, não configura infração administrativa;
- g.7) Como já visto, a exigência de cumprimento deste prazo, decorre do princípio da legalidade e se traduz como forma de concretização dos princípios da isonomia e da impessoalidade, todos de índole constitucional, devendo ser satisfeita por todos os administrados, especialmente porque o espectro de radiofrequências, nos termos do art. 157 da LGT, é um recurso limitado.
- g.8) Vale ressaltar, ainda, que, a perda do prazo é uma causa explícita de não prorrogação. Se o pedido é apresentado fora do prazo, é causa de não conhecimento, e não de indeferimento, que pressupõe uma análise de mérito. Por esta razão, o art. 167, §2º, ao tratar do indeferimento, não arrola a perda do prazo de três anos, já prevista no art. 167, §1º;
- g.9) Em relação às consequências da perda do prazo para a solicitação de prorrogação, se a prestadora apresenta requerimento fora do prazo de três anos, a autorização deve ser extinta nos termos do art. 169 da LGT. Por outro lado, se o pedido for tempestivo, a Agência deve apreciá-lo no prazo de até 12 meses, podendo o mesmo ser indeferido nas hipóteses constantes do § 2º do art. 167 da LGT;

- g.10) Quanto à utilização do princípio da proporcionalidade, não é adequada a sua utilização para possibilitar a aprovação do pedido de prorrogação, apresentado de forma intempestiva, pelo prazo integral, pois, como já explicitado, haveria ofensa direta ao princípio da legalidade, que seria desconsiderado por completo;
- g.11) Nos termos do Parecer nº 775/2014/DFT/PFE-Anatel/PGF/AGU, a interpretação dada à cláusula 1.9 do Termo de Autorização apresenta-se equivocada. Ora, entender que a referida cláusula permite que o pedido de prorrogação possa ser apresentado até 24 meses antes do vencimento do prazo final de outorga é o mesmo que esvaziar completamente a disposição contida no art. 167, § 1º, da LGT, bem como na cláusula 1.8 do Termo;
- g.12) Não há dúvidas de que as cláusulas 1.8 e 1.9 devem ser analisadas em conjunto, de forma sistemática. A primeira delas tem o objetivo de estabelecer o prazo máximo e mínimo para a apresentação do pedido de prorrogação. Já a segunda destina-se tão somente a orientar a Agência quando o requerimento de prorrogação for intempestivo. Da leitura da cláusula 1.9 depreende-se que, caso não haja pedido de prorrogação tempestivo, a ANATEL poderá instaurar novo processo de outorga de autorização para exploração do SMP em até 24 (vinte e quatro) meses antes do vencimento do prazo original;
- g.13) Quanto à redação da cláusula 1.9 do Termo, em sua parte final, após a palavra “prorrogação”, deveria haver uma vírgula, já que a expressão “em até 24 (vinte e quatro) meses” diz respeito ao prazo para o início do novo processo de outorga, e não ao prazo para o requerimento de prorrogação, que foi tratado na cláusula 1.8.. O pretexto de ausência de uma vírgula não pode ser utilizado para esvaziar completamente o sentido da cláusula antecedente, em afronta ao disposto no art. 167, § 1º, da LGT. Na verdade, nenhuma interpretação forçada desse tipo se sustenta quando afronta a literalidade de outro dispositivo (item 1.8 do Termo e art. 167, §1º, da LGT);
- g.14) No tocante à existência ou não de lesão a terceiros, verifica-se que o deferimento do pedido de prorrogação intempestivo configura privilégio indevido, na medida em que a atuação da Agência deve pautar-se na proteção de valores concorrenciais, levando em conta que o bem público em disputa é limitado;
- g.15) Quanto ao argumento de que a margem de discricionariedade da Agência teria sido reduzida a zero a partir do momento em

que atestou o preenchimento dos requisitos legais necessários à prorrogação, verifica-se que o mesmo não se sustenta. Com efeito, a questão ainda está pendente de apreciação pelo Conselho Diretor da Agência. Além disso, a área técnica, no Informe nº 560/2013-ORLE/SOR, de 27/11/2013, no item 6.2 submete ao Órgão Máximo da Agência a análise do pedido de prorrogação, tendo em vista a não observância do prazo estabelecido na LGT.

Assim, não houve pronunciamento formal sobre o caso;

g.16) O direito à radiofrequência já foi assegurado desde o Termo nº 001/2001, devidamente associado à autorização do SMP, já que não há que se falar em autorização para prestação do SMP dissociada da radiofrequência que lhe dá suporte. Apenas sua eficácia foi postergada para evento futuro, sendo que a contagem do prazo de quinze anos, a partir da assinatura do referido Termo, estava bastante clara no arcabouço regulatório, tendo sido devidamente precificada pelas licitantes vencedoras. Como a Oi possuía vínculo com concessionária de STFC, devia observância ao art. 10, §2º, do Decreto nº 2.534/1998, de modo que a antecipação das metas de universalização atestada pela Agência, que culminou com a edição do Ato nº 26.525/2002, deu plena eficácia ao direito de uso das subfaixas de radiofrequências já constante do Termo nº 001/2001. Assim, inexistindo qualquer invalidade em relação ao item 1.6 do Termo nº 001/2001, que, aliás, está em sintonia com a Resolução nº 235/2000 e o Decreto nº 2.534, não há respaldo jurídico para que a contagem do prazo de quinze anos se inicie apenas a partir do Ato nº 26.525/2002 ou de 31 de dezembro de 2001.

g.17) O pedido de prorrogação, protocolizado pela Consulente em 10 de julho de 2013, é intempestivo, já que o prazo de vigência de 15 anos deve ser contado a partir da data da assinatura do Termo, e não de sua fruição, com fundamento na cláusula 1.6 do Termo, que é parte integrante do Edital de Licitação. Pelo mesmo motivo, a data de 31 de dezembro de 2001, prevista no Edital de licitação, não deve servir de marco inicial para a contagem do prazo de vigência do direito de uso de radiofrequência.

h) Quanto à consulta formulada ao Parecerista Marçal Justen Filho (fls. 425/470):

h.1) Quanto ao primeiro e segundo quesitos (*a* e *b*), a conclusão do parecerista padece de equívocos e não pode ser acolhida. Reitera-se, nesse ponto, que o direito à radiofrequência já foi assegurado

desde o Termo nº 001/2001, devidamente associado à autorização do SMP, já que não há que se falar em autorização para prestação do SMP dissociada da radiofrequência que lhe dá suporte. Apenas sua eficácia foi postergada para evento futuro, sendo que a contagem do prazo de quinze anos, a partir da assinatura do referido Termo, estava bastante clara no arcabouço regulatório, tendo sido devidamente precificada pelas licitantes vencedoras. Como a Oi possuía vínculo com concessionária de STFC, devia observância ao art. 10, §2º, do Decreto nº 2.534/1998, de modo que a antecipação das metas de universalização atestada pela Agência, que culminou com a edição do Ato nº 26.525/2002, deu plena eficácia ao direito de uso das subfaixas de radiofrequências já constante do Termo nº 001/2001. Assim, não há respaldo jurídico para que a contagem do prazo de quinze anos se inicie apenas a partir do Ato nº 26.525/2002.

- h.2) Quanto ao terceiro quesito (c), verifica-se que o argumento é demasiadamente frágil e não se sustenta, já que havia cláusula expressa no termo que disciplinava a contagem do prazo de forma clara e objetiva. Além disso, esta Procuradoria já apreciou a questão, através do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, e, após consulta aos autos do processo nº 53500.007473/2000, que versa sobre a licitação regida pelo Edital nº 001/2000-SPV-ANATEL, verificou que não houve dúvidas sobre o marco inicial de contagem das autorizações de uso de radiofrequências, que seria o do Termo de Autorização do SMP. Aliás, a própria Oi, em pedido de impugnação (fl. 4538 do processo nº 53500.007473/2000), chega até a citar a já mencionada cláusula 1.6 do Termo, mas sem impugná-la. Resume-se a impugnar seu §3º, que já trata de outro assunto (compartilhamento da radiofrequência);
- h.3) Dessa forma, verifica-se que a questão nunca suscitou dúvidas e que só foi levantada no ano de 2013, mais de 10 (dez) anos depois da assinatura do Termo de Autorização;
- h.4) Considerando que a questão não enseja dúvida hermenêutica e que não houve contestação na época da assinatura do Termo, verifica-se que a resposta dada ao quarto quesito (d), do mesmo modo das demais, não pode ser acolhida;
- h.5) No tocante ao quinto quesito (e), o princípio da proporcionalidade é reconhecidamente aplicável à Administração Pública. Com efeito, há expressa previsão no art. 2º da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999) e no art. 38 da LGT. Ocorre

que, como foi explicitado nos itens 154 a 158, a aplicação desse princípio não deve ser utilizada de forma indiscriminada, sem moderação ou com excesso;

- h.6) Não é adequada a utilização da técnica de ponderação para permitir o deferimento de pedido de renovação da autorização, apresentado intempestivamente, pelo prazo integral (de 15 anos), pois isso acabaria por esvaziar o comando legal insculpido no § 1º do art. 167 da LGT, em clara desconsideração à técnica em referência, que, em atenção ao princípio da máxima efetividade, busca conferir aplicabilidade a ambos os princípios na medida adequada e possível;
- h.7) Quanto ao sexto e sétimo quesitos (*fe g*), a questão, inclusive, já foi abordada neste parecer, nos itens 122 a 152. Na ocasião concluiu-se que o prazo insculpido no § 1º do art. 167 da LGT tem natureza de prazo próprio e peremptório. Desse modo, a apresentação de pedido de prorrogação fora do prazo legal acarreta como consequência automática a perda do direito à prorrogação;
- h.8) A perda do prazo é uma causa explícita de não prorrogação. Se o pedido é apresentado fora do prazo, é causa de não conhecimento, e não de indeferimento, que pressupõe uma análise de mérito. Por esta razão, o art. 167, §2º, ao tratar do indeferimento, não arrola a perda do prazo de três anos, já prevista no art. 167, §1º;
- h.9) Pela reiteração do entendimento constante dos itens 99 a 115 do Parecer nº 775/2014/DFT/PFE-Anatel/PGF/AGU que, entre outras coisas, trata da consequência da perda do prazo para a solicitação da prorrogação e da correta interpretação que deve ser dada às cláusulas 1.8 e 1.9 do Termo de Autorização;
- h.10) Quanto ao oitavo quesito (*h*), o argumento apresentado também não se sustenta. A questão foi apreciada no bojo do Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU e foi resgatada nos itens 28 a 32 deste parecer;
- h.11) No tocante à existência ou não de lesão a terceiros, verifica-se que o deferimento do pedido de prorrogação intempestivo configura privilégio indevido, na medida em que a atuação da Agência deve pautar-se na proteção de valores concorrenciais, levando em conta que o bem público em disputa é limitado;
- h.12) Quanto ao nono quesito (*i*), o argumento apresentado não se sustenta, considerando que a norma prevista no § 1º do art. 167 é norma de ordem pública, cogente, e indisponível, cujo descumprimento acarreta consequências jurídicas para

o administrado. Como já visto, trata-se de prazo próprio e peremptório. A questão não está fundada, ao menos inicialmente, na existência de prejuízo à Administração ou à terceiros, o que, por si só, afasta o substrato lógico do argumento da interessada. De fato, como visto, a exigência do cumprimento se dá em decorrência dos princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia e em atenção aos valores concorrenciais presentes no setor;

- h.13) Quanto ao décimo quesito (j), a resposta apresentada não merece prosperar, já que, diante do exposto, a ausência de pedido de prorrogação se constitui em impedimento ao seu deferimento. Como visto, a intempestividade do pedido leva à preclusão do direito à prorrogação;
- i) Quanto à previsão constante no art. 163, § 3º, da LGT:
 - i.1) A contagem do prazo de vigência da autorização não tem relação com a utilização das subfaixas de radiofrequências pelas prestadoras, pois são coisas distintas. Muito embora a eficácia da autorização de uso de radiofrequências dependa de publicação de extrato no Diário oficial da União – DOU, restou expressamente acordado que a contagem do prazo de vigência teria início na data de assinatura do Termo;
 - i.2) Não há como negar que as partes assumiram as obrigações desde a data da assinatura do Termo de Autorização de Serviço, que embute uma autorização de uso de radiofrequência, nos termos do art. 163, § 1º da LGT. Se as obrigações foram assumidas na data do Termo, não há justificativa plausível para que o prazo da autorização de radiofrequência tenha início em data posterior. Com a assinatura do termo, a prestadora garantiu parcela do mercado, excluindo-se concorrentes. Além disso, pôde utilizar o tempo para construir seu plano de negócios e programar sua execução;
 - i.3) Se o vencimento da outorga for estendido para além da data fixada pela Agência, sua vigência superará em muito o prazo de 15 (quinze) anos fixado no edital, o que configurará vantagem indevida, na medida em que a prestadora terá benefício não estendido às demais participantes. Sem contar que o valor pago pela empresa, a título de preço público, compreendeu período menor (a radiofrequência esteve reservada para a prestadora por um período de 15 anos);

- i.4) Não há incompatibilidade entre a cláusula 1.6 do Termo de Autorização PVCP/SPV nº 001/2001-ANATEL e a disposição contida no art. 163, § 3º da LGT;
 - j) Quanto aos Termos de Autorização de Uso de Radiofrequência nº 519/2012, nº 520/2012, com prazo de validade inferior a três anos e superior a três anos, reitera-se a conclusão tecida no Parecer nº 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU
 - k) Quanto à necessidade de a ANATEL iniciar os preparativos a fim de se proceder a novo chamamento público e/ou licitação, no caso de subfaixa de radiofrequência cujo uso suscite disputa, ultrapassado o prazo para a apresentação de pedido de prorrogação de autorização de uso de radiofrequência:
 - k.1) É fundamental que a Agência analise os pedidos no prazo de até 12 (doze) meses, para que, na hipótese de indeferimento do pedido de prorrogação, tenha tempo suficiente para realizar um chamamento público e/ou um procedimento licitatório;
 - k.2) Na hipótese de subfaixa de radiofrequência cujo uso suscite disputa, ou seja, que demande licitação e/ou chamamento público, cabe à Anatel, logo que ultrapassado o referido prazo trienal, já iniciar os preparativos a fim de proceder a novo chamamento público e/ou licitação, viabilizando, assim, a continuidade na utilização da radiofrequência em prol dos consumidores e da eficiência do espectro.
255. É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 16 de setembro de 2014.

DANIELLE FÉLIX TEIXEIRA

Procuradora Federal

Matrícula Siape nº 1.376.900

SICAP nº 2014.90141176

DESPACHO Nº /2014/MGN/PFE/ANATEL/PGF/AGU - SICAP:.

- I. De acordo com o Parecer nº 971/2014/DFT/PFE/Anatel/PGF/AGU.
- II. Encaminhem-se os autos para análise e aprovação do Procurador-Geral.

Brasília, de setembro 2014.

MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO

Procuradora Federal

Gerente de Procedimentos Regulatórios

Matrícula Siape nº 1585369

PAULO FIRMEZA SOARES

Procurador Federal

Assessor Especial do Procurador-Geral

Matrícula Siape nº 1585319

DESPACHO Nº /2014/PFE-ANATEL/PGF/AGU SICAP Nº _____

- I. De acordo com o Parecer nº 971/2014/DFT/PFE-Anatel/PGF/AGU.
- II. Encaminhem-se os autos à origem.

Brasília, de setembro de 2014.

VICTOR EPITÁCIO CRAVO TEIXEIRA

Procurador-geral

