

Publicações da Escola da AGU

O Direito nas Telecomunicações — PFE-Anatel — vol. 2

n. 37 mar./abr. 2015 - Brasília-DF

ISSN 2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 37	p. 1-372	mar./abr. 2015
---------------------------------	----------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Secretário-Geral de Consultoria
Renato Rodrigues Vieira	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luís de Souza Mendonça
Paulo Firmeza Soares

Apoio Institucional: Escola da AGU
Diagramação/Capa: Niuza Lima e Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas no conteúdo publicado, são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: O Direito nas Telecomunicações — PFE/Anatel v.2 - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano VII n. 37 (mar./abr./2015).- Brasília: EAGU - mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral, e a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal. No ano VII a publicação voltou a ser bimestral.

ISSN 2236-4374

1. Direito Público – Brasil I. Título. II. Série

CDD 340.5
CDU 34(05)

PFE-ANATEL

Victor Epitácio Cravo Teixeira	Procurador-Geral da Anatel
Fernanda Prestes César Bussacos	Procuradora-Geral Adjunta
Paulo Firmeza Soares	Assessor Especial do Procurador Geral
Ian Grosner	Coordenador de Contencioso Judicial
Leandro de Carvalho Pinto	Coordenador de Contencioso Administrativo
Ana Carolina de Sá Dantas	Coordenadora de Procedimentos Administrativos
Ivan Magalhães Francisco	Coordenador de Procedimentos Fiscais
Marina Georgia de Oliveira e Nascimento	Coordenadora de Procedimentos Regulatórios

CONSELHO EDITORIAL

José Flavio Bianchi

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2004), é especialista em Direito Regulatório pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - Idp e mestre e doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB (2013). É Procurador Federal da Advocacia-Geral da União desde 2007. De 2011 a 2014 foi Consultor Jurídico do Ministério das Comunicações.

Lucas Borges de Carvalho

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2003), é mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2006) e doutor em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (2015). É Procurador Federal, membro da Advocacia-Geral da União, atualmente lotado na Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações.

Pedro Henrique Peixoto Leal

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2005), é especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB (2014) e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2011). É Procurador Federal, membro da Advocacia-Geral da União, e Professor de Direito Constitucional e Administrativo na Universidade Estácio de Sá - UNESA.

SUMÁRIO

ARTIGOS

O Controle dos Atos das Agências Reguladoras: breve enfoque na Lei Geral de Telecomunicações <i>Control Acts of Regulatory Agencies: short focus in General Law Telecommunications</i> Isa Roberta Gonçalves Albuquerque Roque	9
Aspectos Jurídicos da Cobrança da Contribuição para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações <i>Legal Grounds for Contribution for Universal Access to Telecommunications Services Fund</i> Ivan Magalhães Francisco	29
O Poder de Polícia e os Entes Federados Reciprocamente Considerados à Luz do Pacto Federativo <i>The Police Power and Entities Federated Reciprocally Considered Under Pact Light Federations</i> Jadson Wagner Marques da Fonseca	49
Agências Reguladoras: do surgimento e da legitimidade do poder normativo <i>Regulatory Agencies: the rise and legitimacy of the normative power</i> Júlia de Carvalho Barbosa	69
A Competência dos Fiscais da Anatel para Apreensão de Bens sem a Necessidade de Prévia Autorização Judicial <i>The Authority of Anatel's Agents to Apprehend Goods Without a Previous Court Authorization</i> Leandro de Carvalho Pinto	85
Da Anuência Prévia para Transferência de Controle de Prestadoras de Serviços de Telecomunicações <i>The prior consent to transfer control of telecommunications service providers</i> Luciana Chaves Freire Félix	101
Do Poder Normativo das Agências Reguladoras Como Forma de Implementação de Políticas Públicas <i>The Regulatory Power of Regulatory Agencies as a Way to Implement Public Policies</i> Luciana Chaves Freire Félix	121
Da Multidestinação da Faixa de 2,5 GHz Decorrente da Resolução nº 544/2010 e Seus Efeitos nos Casos de Transferência de Autorizações <i>Multi-Destination of the 2,5 Ghz Radio Frequency Band Provided by the Resolution nº 544/2010 and its Effects in Case of Authorization Transfer</i> Patrícia Ferreira de Holanda Cavalcanti	139

Exigibilidade da Regularidade Fiscal de Empresas em Recuperação Judicial e Outorga de Serviços de Telecomunicações <i>Tregularity of Liability Companies in Judicial Tax Recovery and Telecommunications Services Grant</i> <i>Taciana Samartano Siuves Macêdo</i>	157
--	-----

Considerações Sobre a Modalidade de Licitação Pregão e sua Aplicação no Âmbito da Anatel <i>Considerations on the Bidding Procedure Trading and its Application Under the Anatel</i> <i>Vanessa Carina Zanin</i>	175
--	-----

PARECERES

<i>PARECER N° 1003/2014/PFE-ANATEL/PGF/AGU - A Incidência das taxas de fiscalização e o compartilhamento de infraestrutura denominado RAN SHARING</i> <i>Ivan Magalhães Francisco</i> <i>Paulo Firmeza Soares</i>	193
---	-----

<i>PARECER N° 1287/2012/JCB/LCP/MGN/PFS/PFE-ANATEL/PGF/AGU - Análise de minuta de regulamento para celebração de TAC no âmbito da Anatel</i> <i>Júlia de Carvalho Barbosa</i> <i>Leandro Carvalho Pinto</i> <i>Marina Georgia de Oliveira e Nascimento</i> <i>Paulo Firmeza Soares</i>	227
--	-----

<i>PARECER N° 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</i> <i>Danielle Félix Teixeira</i>	293
--	-----

EDITORIAL

É com prazer que apresento o segundo volume da revista jurídica “O Direito nas Telecomunicações”, organizada no âmbito da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel. Alguns anos após a publicação do primeiro volume, ocorrida em 2012, chegou o momento de suscitarmos o debate sobre novos temas afetos ao direito regulatório e ao setor de telecomunicações. Para tanto, foram selecionados trabalhos de Procuradores Federais que atuam no órgão, bem como Pareceres exarados sobre assuntos relevantes e inovadores.

A inovação, aliás, é um aspecto marcante do setor de telecomunicações, de modo que as questões jurídicas surgidas nessa área constantemente desafiam a construção de novas e coerentes linhas argumentativas a embasar os aspectos técnicos que envolvem as problemáticas do setor. Nessa linha, afigura-se importante integrar as manifestações e os debates jurídicos da prática com os aspectos teóricos e acadêmicos do direito.

Em verdade, a revista buscou reunir trabalhos voltados ao direito regulatório em geral, bem como trabalhos sobre temas específicos do setor de telecomunicações, inclusive sobre questões tributárias. Quanto à temática da regulação, destacam-se as análises sobre a legitimidade do poder normativo das agências reguladoras e seu papel na implementação de políticas públicas, bem como sobre o controle de seus atos e a relação de seu poder de polícia à luz do pacto federativo.

Já com relação ao setor, são abordados temas como a anuência prévia para transferência de controle de prestadoras de serviços de telecomunicações, a multidestinação da faixa de 2,5 GHz, a desnecessidade de prévia autorização judicial para apreensão de bens pela Anatel e a licitação na modalidade pregão constante na Lei Geral de Telecomunicações. Sobre as questões tributárias, são apresentados os fundamentos legais para a cobrança da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (CIDE-FUST) e alguns aspectos de regularidade fiscal envolvendo prestadoras em recuperação judicial.

Além dos trabalhos acadêmicos, a revista ainda traz três Pareceres da PFE-Anatel sobre temas importantes: celebração de Termos de Ajustamento de Conduta no âmbito da Anatel; incidência tributária, especificamente das Taxas de Fiscalização, no contexto do

compartilhamento de infraestrutura denominado de RAN Sharing; e regras sobre o prazo para pedido de prorrogação de autorização de uso de radiofrequência e as consequências do pedido intempestivo.

Espero, por derradeiro, que a parceria entre a PFE-Anatel e a Escola da AGU continue gerando novos produtos visando ao aprofundamento das discussões regulatórias do setor de telecomunicações.

Boa leitura!

Victor Cravo
Procurador-Geral da Anatel

O CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: BREVE ENFOQUE NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

*CONTROL ACTS OF REGULATORY AGENCIES: SHORT FOCUS IN
GENERAL LAW TELECOMMUNICATIONS*

Isa Roberta Gonçalves Albuquerque Roque

Procuradora Federal

em exercício na PFE/Anatel

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)

SUMÁRIO: Introdução; 1 O controle dos atos das agências reguladoras; 2 Controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras à luz do princípio da juridicidade; 3 A participação popular no controle dos atos das agências reguladoras; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A reforma administrativa do Estado implementada no Brasil determinou que diversas atividades fossem retiradas do âmbito da prestação direta pelo Estado e passassem a ser exercidas por particulares. É nesse contexto que ocorre a transformação do papel do Estado, que deixa de ser o único provedor de várias espécies de bens e serviços, tornando-se o responsável pela promoção e regulação destes setores da economia. O agigantamento do ambiente normativo do Estado brasileiro, verificado a partir do advento do Estado Regulador, faz desse tema um dos que mais suscita discussão no Direito Administrativo brasileiro, tanto na doutrina quanto na prática contenciosa, administrativa e judicial. Diante do universo de possibilidade de debates, deve-se ponderar, contudo, que o reconhecimento das funções e atribuições aos entes reguladores não dispensa a necessária delimitação do exercício de tais atividades, sendo esse o ponto objeto de análise do presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras. Poder Normativo. Estado Democrático de Direito. Princípio da Juridicidade. Controle Social.

ABSTRACT: The administrative reform of the state that was implemented in Brazil determined that several activities were removed from the scope of the direct provision by the state and started to be exercised by individuals. In this context, it happens the transformation of the state's role, it is no longer the sole provider of various kinds of goods and services, making it responsible for the promotion and regulation of these sectors. The aggrandizement of the regulatory environment of the Brazilian state, since the advent of the Regulatory State, makes this issue one of the more conducive discussion in the Brazilian Administrative Law, both in doctrine and practice in litigation, administrative and judicial. Faced with the possibility of debates universe, it must be considered, however, that the recognition of the functions and duties to loved regulators not release the necessary delimitation of the exercise of such activities, which is the object of analysis point of this study.

KEYWORDS: Regulatory Agencies. Normative Power. Democratic Rule of Law. Principle of Legality. Social Control.

INTRODUÇÃO

Os entes reguladores assumem, em decorrência da própria natureza da atividade regulatória, uma feição que não se ajusta às concepções tradicionais do direito.

Nesse contexto, as agências reguladoras desempenham o papel de normatizar a atividade econômica, agora realizada precipuamente pelo setor privado. A atribuição desse poder normativo às agências reguladoras decorre da necessidade de se promover a deslegalização de algumas matérias, a fim de que estas recebam as soluções técnicas adaptáveis e flexíveis inerentes à regulação¹.

Dessa forma, a partir de uma nova roupagem concedida ao princípio da legalidade, torna-se viável que o Legislativo, ante a tecnicidade e dinamicidade das relações sociais, atribua a incumbência de especificá-las a outros órgãos da Administração Pública.

Contudo, o reconhecimento das funções e atribuições às agências reguladoras não dispensa a necessária delimitação do exercício de tais atividades.

Nesse diapasão, não há divergência doutrinária quanto à integral aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição aos atos expedidos pelas Agências Reguladoras. O controle jurisdicional dos atos da Administração, por seu turno, passa a sofrer influências da atual concepção do princípio da legalidade.

Ademais, para diminuir o risco da captura das agências pelos agentes regulados e fazer com que as suas normas reflitam, de forma fidedigna, as necessidades da sociedade, é necessária a implementação de instrumentos que propiciem a efetiva participação popular nas agências reguladoras independentes².

1 O CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A amplitude do controle das Agências Reguladoras, ante a independência e autonomia previstas na legislação que lhes rege, é tema que apresenta bastante controvérsia na doutrina administrativista. Ocorre

1 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 31 maio 2010.

2 Sobre o problema da captura do regulador, cf. BAGATIN, Andreia Cristina. O problema da captura do regulador e o seu controle pelo Judiciário. In: *Revista do Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2005. p. 211-219.

que o reconhecimento das funções e atribuições aos entes reguladores não dispensa a imperiosa necessidade de se delimitar e ponderar o exercício de tais atividades.

De logo, deve ser registrado que o controle exercido sobre os limites da produção normativa dos entes reguladores pode ser analisado sob vários aspectos. Dentre eles, pode-se observar o controle realizado à luz da natureza do ato (controle do ato finalístico ou do ato de atividade-meio) e aquele que ocorre em razão da pessoa que o exerce (controle interno, controle externo e o denominado controle social).

Apesar de sua independência, as agências devem sofrer controles dos Poderes constituídos, diante da indispensável manutenção do sistema de freios e contrapesos que caracteriza a ideia de separação dos poderes. Com efeito, todas as formas de controle previstas na Constituição Federal, aplicáveis aos atos da Administração Pública em geral, devem ser aplicadas aos atos das agências reguladoras, as quais, em última análise, nada mais são do que entes da Administração Indireta dotados de determinadas peculiaridades inerentes à função que devem exercer.

Em análise a respeito do tema, Lais Calil³ registra o entendimento exarado pelo Ministro Marco Aurélio, Relator da ADI nº 1.668-5/DF, ajuizada por um conjunto de partidos políticos, intentando fulminar por inconstitucionalidade diversos dispositivos da Lei 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações - LGT:

A citada independência não afasta, em si, o controle por parte da própria Administração Pública Federal, exercido de forma direta, pelo Ministro de Estado da área e, de maneira indireta, pelo Chefe do Executivo, o Presidente da República [...] O enquadramento ocorrido, considerado o que se apontou como regime autárquico federal, longe está de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle pertinente. (grifo nosso).

Nesse diapasão, o controle interno decorre do poder-dever da Administração Pública de rever seus atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais. Desse modo, se um ato normativo é produzido em desobediência ao que prevê a lei de deslegalização, é possível, por exemplo, que o próprio ente exerça o controle da legalidade de tal ato e o expurgue do mundo jurídico.

3 CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Por Gustavo BINENBOJM, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 158.

Discorrendo sobre o tema, Alexandre de Moraes exemplifica⁴:

O Poder Executivo, além de permanecer com a iniciativa de lei para criar, alterar e extinguir, mantém a coordenação geral da Administração Pública, indicando no projeto de lei quais as funções e finalidades da respectiva agência. Mantém ainda a possibilidade de fiscalização por meio de contratos de gestão e a indicação dos dirigentes da agência.

Já com relação ao controle externo, exercido pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas, esclarece-se que o fato de as agências reguladoras integrarem a Administração Indireta submete-as, indubitavelmente, à prescrição contida no artigo 49, X, da Constituição Federal, que estabelece ser da competência exclusiva do Congresso Nacional a fiscalização e o controle, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

De todo modo, deve ser enfatizado que⁵:

[...] a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos, não pode isentá-lo dos parâmetros suficientes o bastante para que a legalidade e/ou constitucionalidade dos regulamentos seja aferida. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito.

Referindo-se ao controle exercido pelo Judiciário, o sistema brasileiro é o da jurisdição una, vale dizer, nele vigora o princípio da tutela jurisdicional aos atos das agências reguladoras (CF, art. 5º, XXXV). A princípio, portanto, não é possível impedir que as decisões das agências, como quaisquer outros atos administrativos emanados pelos entes da administração indireta, sejam submetidos à apreciação e ao controle do Poder Judiciário.

No dizer de Leila Cuéllar⁶

4 MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: _____ (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

5 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 31 maio 2010.

6 CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

Não se pode olvidar que a atuação das agências está limitada pela existência de controle jurisdicional. Assim, os atos praticados pelas agências reguladoras poderão ser revistos pelo Poder Judiciário, que exercerá, então, um controle externo sobre os mesmos⁷.

Desse modo, fixada a possibilidade de controle jurisdicional sobre os atos das agências reguladoras, deve-se definir o alcance desse controle.

2 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Como se afirmou anteriormente, divergência não há quanto à integral aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição aos atos expedidos pelos entes reguladores. Todavia, em razão de as leis instituidoras das agências lhes conferir ampla margem de discricionariedade, especialmente com relação à expedição de atos normativos, entende-se ser auspiciosa a menção, ainda que perfunctória, ao debate em torno do controle judicial dos atos dessas entidades, a partir da nova concepção de legalidade.

Atualmente, há uma tendência em alargar a noção de legalidade, não ligando a Administração Pública somente à lei formal, mas sim a todo o bloco de legalidade, composto não só pela Constituição, como também pelas demais normas e valores constantes do Ordenamento Jurídico. A esta ampliação da concepção de legalidade, a doutrina dá o nome de juridicidade. Nas palavras de Gustavo Binzenbojm⁸:

A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em *juridicidade administrativa*. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição.

Considerando a noção de legalidade alargada, faz-se necessário assentar o grau de compatibilidade da atuação da Administração Pública com a lei. É que, conforme bem explicitado por Vitor Rhein Schirato⁹:

7 CUÉLLAR, op. cit., p. 103.

8 BINENBOJM, Gustavo. *Um novo Direito Administrativo para o século XXI*. BINENBOJM, Gustavo, Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

9 SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*, Ano X, n. 47, 2008. p. 157.

[...] não seria viável exigir uma relação de conformidade entre os atos da Administração Pública e a lei, uma vez que, reafirmando-se o anteriormente exposto, em razão da alta complexidade das relações sociais atualmente existentes, não é possível que haja previsão legal de todas as condutas possíveis da Administração Pública. Sempre haverá, nesta hipótese, casos em que será necessária a atuação da Administração Pública, muitas vezes diretamente em atendimento a um comando constitucional, e que não haverá previsão legal, em razão da impossibilidade de o legislador incluir em lei todas as hipóteses de ocorrência no mundo fático que encontram reflexos no Direito Administrativo.

Assim, hodiernamente, a Administração não pode ter sua atuação simplesmente adstrita à execução das normas jurídicas aplicáveis, devendo, nas situações em que não haja previsão legal específica e nas quais os valores consagrados na Constituição devam ser tutelados, pautar sua atuação com certa margem de liberdade para a satisfação do interesse público subjacente, vinculando-se diretamente à Constituição¹⁰.

A par das considerações expostas, conclui-se que, mesmo no campo de apreciação meramente subjetiva do administrador, ante o recrudescimento das fontes jurídicas balizadoras da atuação da Administração, há uma inegável limitação da discricionariedade administrativa. Nas palavras de Schirato¹¹,

[...] verifica-se que, mesmo nos casos nos quais o legislador haja conferido certa margem de liberdade ao administrador público para que este opte por uma entre mais de uma solução possível, não se está a falar de ampla discricionariedade, pois haverá considerável parcela de vinculação a todas as demais normas integrantes do Ordenamento Jurídico.

Com efeito, a exigência de vinculação à juridicidade traz, como consequência, a limitação da discricionariedade administrativa, já que,

¹⁰ É importante frisar que, mesmo nesse cenário de ampliação da concepção da legalidade, a atuação da Administração Pública depende da existência (ainda que implícita) de prévia autorização legislativa. Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública*. Interesse Público. Ano X, 2008, n. 47, p. 151-164.

¹¹ *Ibidem*, p. 161.

“em maior ou menor grau, todos os atos administrativos serão vinculados ao Direito, com todas as suas normas e preceitos”¹².

Ocorre que os atos regulatórios abarcam, em grande escala, a função discricionária de escolher os meios técnicos adequados ao atendimento dos fins previstos em lei. Nesse aspecto, paira enorme divergência doutrinária a respeito do grau de ingerência jurisdicional na revisão dos atos regulatórios das agências. É que para parte da doutrina, o Poder Judiciário não estaria credenciado a adentrar na apreciação das matérias de elevada discricionariedade técnica das agências.

Nesse sentido, ressalta Marcos Juruena Villela Souto que¹³,

[...]. Na fiscalização e na condução dos negócios concedidos há um dever de eficiência, norteador por critérios técnicos e, portanto, afastam ou reduzem bastante o campo da atividade jurisdicional no controle desses atos administrativos regulatórios porque a atividade jurisdicional irrestrita de controle do âmbito administrativo, sem obediência a qualquer parâmetro de mérito que tenha informado a decisão regulatória, vai representar uma subversão do princípio de separação de funções previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

Comungando semelhante entendimento, Alexandre Aragão sustenta que¹⁴:

No caso das agências reguladoras, o controle jurisdicional de suas decisões, [...], possui algumas naturais limitações, [...]. Mas deve ser notado que em matérias de elevada discricionariedade técnica, nas quais a agência reguladora tenha decidido razoavelmente e cumprido o devido processo legal, a incidência do controle jurisdicional acarretaria a substituição do juízo conferido à agência instituída pelo Legislador para decidir tecnicamente aquelas matérias de direito econômico, pela decisão do Poder Judiciário, na verdade, decisão do perito judiciário,

12 Ibidem, p. 161-162.

13 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, fev./mar./abr. 2008. Disponível na internet: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 04 jun. 2010.

14 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 31 maio 2010.

em face da em geral inevitável falta de especialização técnica do juiz na matéria regulada¹⁵.

Todavia, conforme antes esposado, a adoção da legalidade ampliada (princípio da juridicidade), ao servir de instrumento balizador do controle jurisdicional, possibilita uma maior espectro de aferição da compatibilidade da atuação da Administração Pública com o ordenamento jurídico - e não apenas com a lei formal.

Com efeito, o controle jurisdicional da Administração passa a sofrer influências da atual concepção do princípio da legalidade na medida em que o Poder Judiciário se vê obrigado a expandir o elemento balizador de seu controle para além da lei formal, incluindo nele as demais normas que integram o Ordenamento Jurídico.

Conforme ensina Schirato¹⁶,

Para que se possa verificar se a atuação da Administração Pública é compatível com a lei, não se pode ter o escopo restrito a uma determinada lei formal em específico, sobretudo em função da noção alargada de legalidade que já fora descrita. É fundamental que tal verificação seja realizada em vista de todas as normas aplicáveis à Administração Pública, incluindo as normas por ela mesma editadas e os princípios jurídicos (tanto os princípios positivados na Constituição Federal e demais normas jurídicas quanto os princípios consagrados pela jurisprudência e pela doutrina). Apenas dessa forma entendemos ser possível o efetivo controle da Administração Pública.

A partir do acima exposto, observa-se que o controle jurisdicional dos atos discricionários das agências reguladoras está sujeito a problemas ainda mais sensíveis do que aqueles já enfrentados no controle dos atos discricionários em geral. Todavia, deve-se deixar claro que não se pode pretender que o modelo aqui explanado represente um retrocesso na tendência, (anterior ao próprio surgimento das agências no Brasil),

15 De forma mais branda, mas também comungando opinião comedida a respeito do tema, Luis Roberto Barroso (2005) ensina que: Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e dos subjetivismos.

16 SCHIRATO, op. cit., p. 162.

extremamente democrática, de minoração do que se entende por mérito do ato administrativo, a fim de submeter ao controle judicial aspectos que, pela doutrina tradicional, eram considerados critérios de oportunidade e conveniência do administrador.

No dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷,

O judiciário, tal como hoje atua com relação à *discrecionariiedade*, prescrutando-lhe a juridicidade plena do mérito, pode e deve investigar também amplamente a juridicidade do *preenchimento do espaço decisório deslegalizado* por atos regulatórios, portanto, quanto à sua legalidade, legitimidade e licitude [...] para assegurar a *juridicidade do processo regulatório*, principalmente contra o *arbítrio e o exercício do voluntarismo decisional*, mediante a *abertura do exame de razoabilidade e de proporcionalidade*, ponderando entre as vantagens e desvantagens de uma determinada regulação relativamente aos direitos fundamentais, com vistas a anulá-la ou a remetê-la à agência para corrigi-la.

Nas palavras de Sebastião Botto de Barros Tojal¹⁸,

[...] a revisão judicial dos atos administrativos de regulação está a exigir a sistematização de uma nova compreensão da própria teoria dos atos administrativos, de um lado, à luz da emergência do paradigma do direito regulatório, e, de outro, requer ela, também, um esforço jurisprudencial que, reconhecendo a minimização da *discrecionariiedade* administrativa em matérias como tais, avance sobre os limites do controle de constitucionalidade da lei e dos atos do Poder Público [...], sempre reconhecendo que a única inteligência do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, [...] é reconhecer que a única fonte primária de deveres e obrigações é a capacidade normativa do Estado, venha ela veiculada exclusivamente por lei, em seu sentido formal, ou na forma de um direito regulatório, que não tem na lei seu exclusivo veículo de revelação.

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, nov./dez./jan. 2008. Disponível em internet: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 04 jun. 2010.

18 TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 170.

Nesse contexto, e abreviando a calorosa discussão que envolve a temática, somente como forma de trazer ilustração a respeito da amplitude interpretativa encontrada nos contornos dos limites do controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras, vale registrar a diversidade de entendimento entre os julgadores da Corte Suprema, que foi chamada a deliberar sobre a constitucionalidade de diversos artigos da LGT, em especial as previsões encontradas no inciso II do art. 22, no parágrafo único do art. 54 e no art. 55 ao art. 58 da Lei nº 9.472/97, que continham regramento das novas figuras surgidas (pregão e consulta), bem como as demais previsões envolvendo as contratações na referida Lei.

Em brevíssimo registro, por meio do Acórdão proferido na ADI nº 1.668-5 (ainda não julgada no mérito), publicado em 16/04/2004, os Exmos. Ministros, por maioria, indeferiram o pedido de medida cautelar no que se refere ao parágrafo único do art. 54 e ao art. 55 ao art. 58 da LGT. Contudo, na mesma assentada, a Corte Suprema deferiu em parte o pedido de medida cautelar para, sem redução de texto, conceder ao inciso II do art. 22 “[...]” interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de vigência “[...]”¹⁹.

A leitura pura e simples do extrato da ata não revela precisamente a decisão firmada naquele julgado. Ao ler o teor dos votos dos Ministros, nota-se que os julgadores que indeferiram a medida cautelar se lastrearam na especificidade da questão das telecomunicações (Min. Nelson Jobim, Min. Carlos Velloso, Min. Octávio Galotti) e não nas atividades ordinárias que extrapolam esse campo pontual. Ou seja, o

19 Marçal Justen Filho, comentando sobre a decisão da Corte Máxima assevera que (2010, p. 22-23): Por um lado, o STF rejeitou as soluções legislativas similares às contempladas na Lei nº 9.472. Todos os dispositivos em que se atribuiu competência normativa autônoma para uma autoridade administrativa disciplinar matéria pertinente a contratos e licitações foram reprovadas pelo STF. Reputou-se que essa competência apresentava cunho meramente regulamentar e teria de ser exercitada nos termos e de acordo com a disciplina legislativa cabível. Assim, o art. 22, inc. II, da LGT previa incumbir ao Conselho Diretor “aprovar normas próprias de licitação e contratação”. Foi deferida a liminar para adotar-se interpretação conforme no sentido de que tal competência é “submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência...” “[...]”. Mas, dentre as inúmeras questões, a que envolvia maior complexidade era a do disposto no art. 54, parágrafo único, da LGT. Ali se determinava que as contratações que não versassem sobre obras e serviços de engenharia poderiam ser sujeitadas a modalidades próprias de licitação (pregão e consulta). Observe-se que a LGT continha regras básicas sobre o conteúdo dessas duas figuras (nos arts. 55 a 58). O STF, por maioria de seis votos contra cinco, decidiu não suspender a aplicação dos dispositivos aludidos. Essa decisão se fundou no entendimento de que nada impedia que a lei criasse regimes licitatórios peculiares e próprios.

real alcance da vigência constitucional reconhecida pela Corte Suprema a tais dispositivos está afeta à atividade-fim da agência, quais sejam, àquelas decorrentes de sua relação com o mercado regulado, e não de suas atividades *interna corporis*.²⁰

Não se deve esquecer que o cenário em que foi proferido o julgamento cautelar do STF era diverso do atual, uma vez que, à época da prolação do acórdão (1998), não havia a Lei nº 10.520/2002 e tampouco o Decreto nº 5.450/2005, que disciplinam a modalidade licitatória do pregão.

Desse modo, pela exegese firmada pela Suprema Corte, a Agência Nacional de Telecomunicações, enquanto entidade integrante da Administração Pública Federal indireta (art. 8º da Lei Geral das Telecomunicações), não teria espaço para criar regulamento próprio de licitação diferente do regramento já estabelecido por normas gerais e especiais, particularmente no âmbito das atividades-meio da Agência²¹.

Assim, o controle judicial dos atos administrativos discricionários das agências reguladoras deverá ser feito, em sua maioria, à luz dos princípios constitucionais e daqueles encontrados nas leis instituidoras, relegando a um segundo plano as disposições expressas do texto legal. Por esse motivo, a regra geral de que os atos administrativos devem ser sempre motivados assume rigidez maior no caso dos atos expedidos pelas agências reguladoras.

3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A par dos mecanismos de controle exercidos pelos órgãos estatais, acrescenta-se que a participação da sociedade representa um forte artifício de preenchimento do problema do déficit de legitimação democrática dos entes reguladores.

Com efeito, conforme observado por Tojal²²,

O que ocorre, no entanto, é que a esse moderno direito regulatório, essencialmente um novo paradigma na ciência jurídica por conta de suas novas características, tem correspondido, como já assinalado, um “déficit democrático”, de vez que se conferem às agências reguladoras atribuições de editar normas, assemelhadas às funções legislativas

20 BRASIL. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal. *Parecer 159/PGF/RMP/2010*.

21 Ibidem.

22 TOJAL, op. cit., p. 165-166.

do Parlamento, sem que tal fato venha acompanhado de sistema de controle que lhe seja próprio e especialmente eficaz.

E, como visto, é esse “déficit democrático” que deve merecer a atenção, não porque não se possa reconhecer a legitimidade do processo que o originou (o reconhecimento do poder normativo de que são titulares as agências reguladoras), mas porque nenhuma sociedade que pretenda democrática pode conviver com um poder político cujo exercício não possa efetivamente ser controlado pelo cidadão.

A atuação da sociedade no controle da Administração Pública é denominada de controle social. Tal mecanismo de controle encontra fundamento no Estado Democrático de Direito. Com efeito, “A noção de Estado Democrático de Direito está associada à de participação popular no exercício do poder político, concretizada de forma direta ou indireta²³”. Assim, a atuação da sociedade na gestão e no controle das atividades da Administração Pública é consequência do modelo de Estado adotado pela Constituição Federal²⁴.

Esta necessidade de participação insere-se também no contexto das agências reguladoras, conferindo maior legitimidade a suas atividades e, em especial, à sua função normativa. Nesse sentido, afirma Binjenbojm que²⁵:

Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar a *autoridade* das decisões das agências.

23 CUÉLLAR, op. cit., 2001. p. 130.

24 BORGES, Alice Gonzalez. Democracia Participativa. Reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, junho/julho/agosto, 2008. Disponível na Internet: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 4 jun. 2010. Neste artigo, a autora apresenta várias formas, constitucionalmente previstas, de participação social no controle da gestão pública. Para tanto, menciona que “De várias maneiras, por diversos meios de ação, informais, formais, judiciais, não judiciais, junto a cada um dos Poderes da República, a Constituição prevê e assegura o controle participativo da gestão pública pelos cidadãos.

25 BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, n. 3, ago./set./out. 2005. Disponível em: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 04 jun. 2010.

Dessa forma, tanto o controle exercido individualmente pelos cidadãos, quanto o controle exercido coletivamente pelas associações voltadas a esse tipo de atuação concorrem para conferir maior legitimidade às decisões dos entes regulatórios.

No Brasil, a participação popular no âmbito das atividades dos entes reguladores encontra previsão nas leis instituidoras das agências. Os principais mecanismos de participação e controle social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos.

Tanto as audiências públicas, quanto as consultas públicas, possuem a função de, por meio da captação de ideias e sugestões conferidas pelos cidadãos, proporcionar à Administração Pública uma maior afinidade entre as suas decisões e o atendimento aos anseios de todos os envolvidos na atividade regulatória.

No dizer de Binenbojm²⁶,

A consulta pública tem a mesma função da audiência pública, qual seja, a de concretizar o princípio da publicidade e viabilizar a participação de indivíduos ou grupos determinados para expor suas ideias e sugestões. A diferença está na forma de realização. Enquanto a audiência tem a forma de sessão, com data e hora marcada, onde os interessados comparecem conjunta e pessoalmente para expor suas opiniões, a consulta, em regra, é feita de maneira individual e durante um período determinado.

Oportuno registrar que, nos dois veículos de controle social acima explicitados, a participação dos cidadãos é limitada, uma vez que o resultado do debate entabulado não tem caráter vinculante para a agência. Ademais, nos casos em que a lei prevê a obrigatoriedade da realização da participação social, seja por meio de consulta ou de audiência pública, tal formalidade constitui condição essencial de validade dos atos a ela vinculados. Todavia, deve ser salientado também que “não se admite brusca alteração da norma proposta sem aviso prévio e sem realização de novo procedimento²⁷.”

Como exemplo de previsão de consulta pública, vale conferir o teor do artigo 42, da Lei nº 9.472/97, que criou a ANATEL, *in verbis*:

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo

²⁶ Ibidem, 2005.

²⁷ BINENBOJM, op. cit., 2005.

as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

Tramita no Congresso Nacional, todavia, um Projeto de Lei nº 3.337/2004, tornando obrigatória, para todas as agências, a realização de consulta pública antes da tomada de decisão sobre questão relevante.

Observe-se que, enquanto não for aprovado referido projeto de lei, e na linha do entendimento do STF já esposado no tópico anterior, a Anatel possui ampla discricionariedade para proferir a regulamentação interna do procedimento e funcionamento das consultas públicas com respaldo nos artigos 54 a 58 da LGT.²⁸

Com relação aos conselhos consultivos, deve ser ressaltado que são órgãos de participação social integrados por membros indicados pelo Poder Legislativo e Executivo, entidades representativas de empresas prestadoras de serviços, de usuários e da sociedade civil cujos interesses são atingidos pela regulação. Todavia, “são órgãos meramente consultivos, pois suas recomendações não vinculam a direção das entidades reguladoras. Dessa forma, a eficácia de sua ação é reduzida²⁹.”

Apesar da existência de abertura à população, “o discurso da legitimação pelo procedimento participativo sofre, no Brasil, severas críticas. Tais críticas decorrem do baixo grau de organização e mobilização da sociedade brasileira”³⁰.

Com efeito, mesmo considerando as incipientes previsões legais existentes, tanto a participação dos cidadãos, individualmente considerados,

28 Segundo o entendimento explicitado no Parecer nº 159/PGF/RMP/2010, essa regulamentação interna é imprescindível para a efetiva realização de consultas públicas no âmbito da Anatel:

“Já, no caso de inexistência de normas gerais próprias, como no caso da modalidade de consulta, a despeito de ter a ANATEL de guardar observância aos princípios da Administração Pública insculpidos no artigo 37 da Constituição vigente bem como no art. 3º da Lei nº 8.666/93, é o regime normativo fundamentalmente ditado pelo disposto nos arts. 54 a 58 da Lei nº 9.472/97, e, no âmbito da autonomia da Agência, complementado por regimento interno próprio. Nesse caso, e somente nesse, enquanto não houver regulamento interno da ANATEL, as disposições contidas na Lei nº 9.472/97 não podem ser aplicadas, em face da falta de concretude normativa.”

29 ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O Estado Regulador: Algumas Considerações à luz do Direito Comparado. *Fórum Administrativo – Dir. Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 83, jan. 2008. p. 46.

30 Sobre a baixa eficácia dos instrumentos de controle social previstos no projeto de Lei nº 3.337/2004, Cf. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O Marco Legal das Agências Reguladoras. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 9, número 45, p. 29-37, 2007. Na página 35 do referido trabalho, o autor apresenta crítica a não obrigatoriedade de vinculação das decisões das agências às formulações da sociedade: “o projeto não vincula a tomada de decisões às propostas apresentadas nas consultas públicas. Como diz o ditado popular, são consultas públicas ‘inglês ver’. É evidente que alguma que alguma vinculação haveria de ter-se como obrigatória, no mínimo, para que as agências fundamentassem, pormenorizadamente, as razões pelas quais não aceitam a proposta.”

quanto a participação das entidades civis são ainda muito tímidas na sociedade brasileira.

Nas palavras de Binjenbojm³¹,

[...] em uma pesquisa desenvolvida sobre as contribuições da sociedade civil oferecidas em consultas públicas realizadas pela ANATEL, descobriu-se que a participação concentra-se no grupo que atua no ramo de telecomunicações, as empresas e outros organismos a ela ligados, tais como escritórios de advocacia, os quais somam 68,69% da contribuições oferecidas. Já a presença de órgãos governamentais, bem como partidos políticos e entidades de defesa do consumidor, se revelou ínfima.

Conforme esposado anteriormente, as agências reguladoras são independentes administrativamente, existindo enorme esforço do ordenamento jurídico pátrio para distanciar as influências políticas da Administração central do seu âmbito de decisão. Todavia, algumas atividades reguladas são exercidas por agentes econômicos extremamente fortes, como a dos serviços de telefonia, por exemplo. Nesse contexto, a “captura” pode ser reconhecida quando o agente econômico exerce forte influência sobre a agência, no intuito de que a regulação lhe proporcione condição favorável à ampliação da lucratividade³².

Todavia, deve-se deixar claro que o fenômeno da captura funciona como instrumento de reforço na promoção da participação social nas atividades regulatórias. Com efeito, a participação popular, além de prevista pela legislação pátria, deve ser estimulada pelo Poder Público para que, conforme esposado por Binjenbojm³³,

Assim, talvez seja possível preservar um desejável *espaço de autonomia das agências* em setores onde predomine a necessidade de gestão profissional, de estabilidade em longo prazo e de administração não imediatamente responsiva à vontade das urnas, mesclando-o com

31 BINENBOJM, op. cit., 2005.

32 Cf. BAGATIN, Andréa Cristina. O problema da captura do regulador e o seu controle pelo Judiciário. In: *Revista do Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2005. p. 211-219. Na página 218 da referida obra, a autora tece o seguinte comentário: “Em regra, não há dados objetivos que permitam afirmar categoricamente que determinado ente regulado é (ou está) capturado por grupos de interesses. Ou seja, a ocorrência da captura é um risco a que estão submetidos os entes reguladores e, na generalidade dos casos não há como se comprovar a concreta ocorrência do problema.”

33 BINENBOJM, op. cit., 2005.

um regime de *controle parciais da natureza política, jurídica e social*, de forma a compatibilizá-lo com as exigências do Estado democrático de direito.

Assim, os instrumentos de controle social previstos nas leis instituidoras dos entes reguladores, apesar de ainda serem pouco utilizados pelos cidadãos, representam um passo importante da Administração Pública brasileira no sentido de concretização do Estado Democrático de Direito. No caminho a percorrer, competem aos órgãos estatais uma atuação com transparência, além de estimular a participação efetiva da sociedade nas decisões públicas. Já à sociedade cabe ocupar o espaço que lhe pertence, atuando na formulação de políticas públicas e fiscalizando os agentes estatais.

4 CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, percebe-se que a ineficiência do Estado moderno, sobrecarregado na execução de obras e serviços públicos, acarretou uma modificação na mentalidade administrativa, resultando em maior descentralização nos serviços públicos.

Nessa seara, a regulação, para ser considerada eficiente e alcançar verdadeiramente seus fins, deve contar com instrumentos que respaldem a independência e autonomia de seus agentes. Os entes reguladores assumem, em decorrência da própria natureza da atividade regulatória, uma feição que não se ajusta às concepções tradicionais do direito, como a legalidade e a separação de poderes.

Vê-se, assim, que a função normativa dos entes reguladores deve ser visualizada a partir das novas necessidades do Estado Contemporâneo. A partir de uma nova roupagem concedida ao princípio da legalidade, torna-se viável que o Legislativo, ante a tecnicidade e dinamicidade das relações sociais, atribua a incumbência de especificá-las a outros órgãos da Administração Pública.

Ocorre que o reconhecimento das já mencionadas funções e atribuições aos entes reguladores não dispensa a necessária delimitação do exercício de tais atividades. Com relação ao controle jurisdicional, não há divergência doutrinária quanto à integral aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição aos atos expedidos pelos entes reguladores.

Com efeito, o controle jurisdicional dos atos da Administração passa a sofrer influências da atual concepção do princípio da legalidade na medida em que o Poder Judiciário se vê obrigado a alargar o elemento

balizador de seu controle para além da lei formal, incluindo nele as demais normas que integram o Ordenamento Jurídico.

O controle exercido pela sociedade dos atos emanados das agências é também fundamental para que as normas reguladoras reflitam o interesse público. Com efeito, a participação popular, além de prevista pela legislação pátria, deve ser estimulada pelo Poder Público, servindo como mecanismo minimizador da possibilidade de captura das agências. Todavia, mesmo considerando as incipientes previsões legais existentes, a participação dos cidadãos e das entidades civis é ainda muito tímida na sociedade brasileira.

É possível inferir que, apesar de discussões doutrinárias, a função normativa das agências encontra respaldo no ordenamento jurídico. Torna-se necessária, entretanto, uma releitura dos institutos tradicionais. A legitimidade da atuação das agências será gradativamente reafirmada, conforme incrementada a participação da sociedade, solidificando, dessa forma, princípios do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Estado Regulador: Algumas Considerações à luz do Direito Comparado*. Fórum Administrativo – Dir. Público, Belo Horizonte, ano 8, n. 83, jan. 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 31 maio 2010.

_____. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações. *Biblioteca Digital Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 51, set. 2008. Disponível em: <HTTP://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55459>. Acesso em: 18 maio 2010.

BAGATIN, Andreia Cristina. O problema da captura do regulador e o seu controle pelo Judiciário. *Revista do Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Um novo Direito Administrativo para o século XXI*. BINENBOJM, Gustavo, Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, nº 3, ago/set/out, 2005. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 4 jun. 2010.

BORGES, Alice Gonzalez. Democracia Participativa. Reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, jun./jul./ago. 2008. Disponível na Internet: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. *Parecer 159/PGF/RMP/2010*. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 04 jun. 2010.

CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Org). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: _____ (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na internet: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 04 jun. 2010.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O Marco Legal das Agências Reguladoras. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 9, número 45, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*, Ano X, nº 47, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fev./mar./abr. 2008. Disponível na internet: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 04 jun. 2010.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

ASPECTOS JURÍDICOS DA COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

*LEGAL GROUNDS FOR CONTRIBUTION FOR UNIVERSAL ACCESS TO
TELECOMMUNICATIONS SERVICES FUND*

Ivan Magalhães Francisco

Procurador Federal

Coordenador de Procedimentos Fiscais na Procuradoria Federal

Especializada junto à Anatel

SUMÁRIO: Introdução; 1 Natureza Jurídica; 2 Capacidade Tributária Ativa; 3 Da Constitucionalidade da Contribuição para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações; 4 Do regime jurídico da contribuição ao CIDE-FUST; 5 Da prescrição e decadência; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar as premissas constitucionais e legais que fundamentam a validade da cobrança da Contribuição para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Cide-Fust. Entre outros aspectos, examina-se a competência para Agência Nacional de Telecomunicações para cobrar essa contribuição e administrar suas receitas. Além disso, procura-se evidenciar a validade constitucional das leis que autorizam esta cobrança, no âmbito do direito positivo e, principalmente, no tocante a sua instituição por meio de lei ordinária. Por fim, analisam-se temas referentes à cobrança do tributo, como fato gerador, base de cálculo, além dos meios de contagem dos prazos de decadencial e prescricional.

PALAVRAS-CHAVE: Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. Fato Gerador. Decadência. Prescrição.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the constitutional and legal validity of the contribution to the Universal Access to Telecommunications Services Fund. Among other subjects, it examines the power of the National Agency of Telecommunications collect this contribution and manage revenues. It also seeks to highlight the constitutional validity of laws that authorize its charge and especially the creation by ordinary law. Finally, it analyzes issues relating to the collection of the tax, as the taxable event, the calculation basis of this tax, and limitation period to demand.

KEYWORDS: Contribution for Intervention in the Economic Domain. Universal Access to Telecommunications Services Fund. Taxable Event. Limitation period to demand.

INTRODUÇÃO

A Contribuição destinada ao Fundo de Universalização das Telecomunicações – Fust é uma das receitas cobradas e administradas pela Anatel. Sua criação foi prevista na Lei nº 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações – LGT, e sua instituição se deu com a edição da Lei nº 9.998/2000. Desde a entrada em vigor desta lei, essa exigência suscitou uma série de debates acerca da sua constitucionalidade, natureza jurídica, capacidade tributária ativa, forma de constituição, dentre outras questões.

O objetivo deste trabalho é apresentar as premissas que se consolidaram, na jurisprudência e na doutrina acerca dessa contribuição, a fim de demonstrar sua constitucionalidade e perfeita exigibilidade, bem como os parâmetros normativos que a sustentam.

Nesse contexto, entendeu-se necessário atestar, com fundamento na legislação em vigor, após demonstrar a plena validade da norma autorizadora, a capacidade tributária ativa da Agência Nacional de Telecomunicações para cobrar essa contribuição e administrar as receitas dela advindas.

Cumprе ressaltar que foge à natureza deste trabalho, traçar, dentro da doutrina e em ciências como a economia a legitimidade e os fundamentos para a criação de um fundo e a instituição de uma contribuição de financiamento, visando à universalização do serviço de telecomunicações. Limitar-se-á o estudo a analisar as normas constitucionais e os princípios que autorizam esta cobrança, no âmbito do direito positivo.

Além disso, este trabalho se propõe a fazer uma abordagem de temas que ainda podem causar dúvidas na cobrança desta contribuição, como prazo decadencial e prescricional e base de cálculo.

1 NATUREZA JURÍDICA

Para se atestar a validade constitucional da exação instituída pelo inciso IV do art. 6º da Lei 9.998/2000, passa-se a análise de sua natureza jurídica, de modo a demonstrar o atendimento dos requisitos para sua instituição.

Rotulada como *contribuição*, pela lei de criação, pode-se afirmar que o legislador agiu bem ao assim classificar a cobrança em debate. Isso porque, sua principal característica se refere ao fato de o produto da arrecadação possuir uma destinação específica: um fundo que custeia ações de universalização dos serviços de telecomunicações.

Segundo a doutrina, as contribuições divergem das outras modalidades de tributos, imposto, taxas e contribuições de melhoria – pois

se destinam ao custeio de finalidades específicas, atribuídas ao Estado. Transcreve-se lição de Leandro Paulsen¹:

Há situações em que o Estado atua relativamente a um determinado grupo de contribuintes. Não se trata de ações gerais a serem custeadas por impostos, tampouco específicas e divisíveis, a serem custeadas por taxas, mas de ações voltadas a finalidades específicas que se referem a determinados grupos de contribuintes, de modo que se busca, destes, o seu custeio através de tributo que se denomina contribuições. Não pressupondo nenhuma atividade direta, específica e divisível, as contribuições não são dimensionadas por critérios comutativos, mas por critérios distributivos, podendo variar conforme a capacidade contributiva de cada um.

O rol das contribuições, as regras e limitações de criação, estão previstos nos arts. 149 e 149-A da Carta Federal:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

¹ PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 51.

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Da leitura destes dispositivos, verifica-se a existência de quatro modalidades de contribuições: 1. Sociais; 2. De intervenção no domínio econômico; 3. De interesse de categorias profissionais e econômicas; 4. Para o custeio do serviço de iluminação pública.

Ao contrário dos impostos, cuja principal característica é a desvinculação a qualquer atividade estatal, nas contribuições há o custeio genérico de uma determinada atividade definida em lei, independentemente de o contribuinte receber uma contraprestação estatal.

As taxas, por outro lado, apenas obrigam a quem se utiliza de uma atividade estatal, como pagamento para se utilizar um serviço divisível e individualizável, bem como aqueles que exercem atividades submetidas ao poder de polícia.

A Constituição, ao prever a possibilidade de criação pela União de uma contribuição interventiva, permitiu ao legislador que se buscasse recursos para promover ações que permitam realizar os princípios da ordem econômica previstos no art. 170 da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Como se vê, os fundamentos que justificam a cobrança de uma contribuição de intervenção no domínio econômico estão consolidados na própria Constituição Federal e decorrem de uma leitura conjunta de seus arts. 149 e 170, uma vez que a intervenção, nesse contexto, se justifica para realizar os princípios arrolados no artigo acima transcrito. Nesse sentido, lecionou Tácio Lacerda Gama²:

As contribuições interventivas diferem das demais contribuições justamente pelo destino específico prescrito para o produto da sua arrecadação. Por isso, todos os tributos com hipótese de incidência desvinculada da ação estatal, se não tiver previsão de devolução do valor arrecadado e sua arrecadação for destinada ao custeio da intervenção do domínio econômico, estão incluídas na classe das contribuições interventivas.

² GAMA, Lacerda Tácio. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Letin, 2003. p. 131-132.

Por isso, sem destinação especificamente voltada ao custeio da intervenção da União no domínio econômico, não é possível falar em contribuições interventivas.

Assim, considerando que a intervenção no domínio econômico, para fins de instituição de um tributo, caracteriza-se por ações que visam a consolidar os princípios positivados no art. 170 da Constituição Federal, não há dúvidas que a universalização do serviço de telecomunicações pode ser financiada com o produto de uma contribuição cuja arrecadação com essa destinação de receita.

Isso porque, de acordo com o art. 79 da LGT, a universalização se caracteriza por obrigações *“que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”*. Em seguida, o art. 80 da LGT, prevê a criação de planos com metas periódicas, referente *“à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas”*.

E, mais tarde ao instituir o Fust a já citada Lei nº 9.998/2000, em seu art. 5º especificou os objetivos a serem alcançados com as receitas a serem arrecadadas. Transcreve-se:

Art. 5º-Os recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros, os seguintes objetivos:

I – atendimento a localidades com menos de cem habitantes;

II – (VETADO)

III – complementação de metas estabelecidas no Plano Geral de Metas de Universalização para atendimento de comunidades de baixo poder aquisitivo;

IV – implantação de acessos individuais para prestação do serviço telefônico, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde;

V – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a instituições de saúde;

VI – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino e bibliotecas, incluindo os equipamentos terminais para operação pelos usuários;

VII – redução das contas de serviços de telecomunicações de estabelecimentos de ensino e bibliotecas referentes à utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso do público, inclusive da internet, de forma a beneficiar em percentuais maiores os estabelecimentos freqüentados por população carente, de acordo com a regulamentação do Poder Executivo;

VIII – instalação de redes de alta velocidade, destinadas ao intercâmbio de sinais e à implantação de serviços de teleconferência entre estabelecimentos de ensino e bibliotecas;

IX – atendimento a áreas remotas e de fronteira de interesse estratégico;

X – implantação de acessos individuais para órgãos de segurança pública;

XI – implantação de serviços de telecomunicações em unidades do serviço público, civis ou militares, situadas em pontos remotos do território nacional;

XII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a instituições de assistência a deficientes;

XIII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a deficientes carentes;

XIV – implantação da telefonia rural.

§ 1º Em cada exercício, pelo menos trinta por cento dos recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades executados pelas concessionárias do Sistema Telefônico Fixo Comutado – STFC nas áreas abrangidas pela Sudam e Sudene.

§ 2º Do total dos recursos do Fust, dezoito por cento, no mínimo, serão aplicados em educação, para os estabelecimentos públicos de ensino.

§ 3º Na aplicação dos recursos do Fust será privilegiado o atendimento a deficientes.

Tem-se, portanto, a previsão de destinação do produto da contribuição de intervenção no domínio econômico, fator fundamental para se conferir à exaustão ora em exame a classificação de Cide, conforme explica Heleno Taveira Torres³.

3 TÓRRES, Taveira Heleno. A Contribuição ao FUST e a Interconexão de Redes – Solidariedade Tributária no Serviço Público Universal. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 10, 2005 p. 381

A contribuição ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) é, sem qualquer sombra de dúvidas, do tipo contribuições da intervenção no domínio econômico, tendo em vista que há uma finalidade justificadora da medida interventiva, definida pela “universalização das telecomunicações”, cujo ônus não cabe a um sujeito isolado ou a um grupo determinado, mas a todas as *prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado* (art. 81, II, LGT). Não resulta em algum modo de estímulo ou de desestímulo ao grupo, diretamente, mas em medida para alcançar vantagens para os próprios *serviços de telecomunicações*. Sendo assim, propõe-se, com os recursos arrecadados, ampliar o alcance dos serviços, favorecendo inclusive as próprias prestadoras de serviços, pelo maior plexo de sujeitos com acesso às redes e destinatários de chamadas.

Tem-se, portanto, uma contribuição de intervenção no domínio econômico – CIDE, cujo produto se destina a ações de universalização dos serviços de comunicação. Fixada essa premissa, passa-se ao exame do regime jurídico a que se submete esta cobrança.

2 CAPACIDADE TRIBUTÁRIA ATIVA

Assentada, relativamente à exação em estudo, a natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico, cujo intento é financiar a universalização do serviço de telecomunicações, cumpre verificar a capacidade tributária ativa da Anatel para a sua arrecadação. Para tanto, realiza-se uma leitura sistemática da legislação em vigor, capaz de afastar qualquer dúvida quanto à outorga desta competência à agência.

A criação de um órgão regulador para os serviços de telecomunicações possui previsão constitucional em seu art. 21, XI:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

A fim de regulamentar esse mandamento constitucional foi editada a Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/1997), que, dentre outros dispositivos criou, em seu art. 8º, criou a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, com a “*função de órgão regulador das telecomunicações*”.

Além de diversas outras obrigações impostas aos prestadores de serviços de telecomunicações a serem reguladas pela Anatel, a legislação previu, expressamente, a universalização dos serviços, em conformidade com a regra constante do art. 79 da Lei nº 9.472/1997:

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

Como se vê, com fundamento na Constituição Federal, a LGT concedeu à Anatel poder para regular a obrigação de universalização dos serviços de telecomunicações, prevendo a elaboração de planos específicos e o alcance destas obrigações. Transcreve-se:

Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.

§ 1º O plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras.

§ 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.

A fim de dar efetividade a este mister, previu, textualmente, as fontes de financiamento do cumprimento das metas de universalização, atividade e obrigação devidamente previstas na legislação. E, para

garantir o exercício de uma atividade prevista em lei, configura-se a necessidade de se prever uma fonte de custeio destinada, bem como sanção pelo cumprimento das metas, o que foi objeto dos arts. 81 e 82 da LGT, *in verbis*:

Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I - Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.

Parágrafo único. Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do caput, poderão ser adotadas também as seguintes fontes:

I - subsídio entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários;

II - pagamento de adicional ao valor de interconexão.

Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

Evidencia-se, portanto, que a Lei nº 9.472/1997, em seus arts. 79 a 82, conferiu uma competência à Agência além de prever, em seu art. 81, II, a criação de um tributo, ao se valer do verbo “*contribuirão*”, para o fundo a ser constituído.

Nesse contexto, instituiu-se o Fust por meio da Lei nº 9.998/2000, com o objetivo, conforme definido em seu art. 1º, de “*proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço*”.

Dentre as fontes de recursos do fundo, encontra-se a contribuição criada, em seu art. 6º, IV:

Art. 6º Constituem receitas do Fundo:

[...]

IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins;

Diante do arcabouço normativo arrolado acima, verifica-se a instituição de uma contribuição, mediante lei, em sentido formal, de caráter ordinário, com a finalidade específica de financiar uma atividade ou obrigação prevista em lei, no momento em que criou uma autarquia de regime especial com competência para recolher e gerir os recursos dela decorrentes.

Se a legislação outorgou à Anatel competência para regular as obrigações de universalização, deve caber a ela gerir o fundo destinado a arcar com as despesas desta tarefa. Interpretar de outra forma representaria impor obstáculos ao desempenho de uma atribuição que a própria lei definiu. Destaca-se, sobre o tema a regra do art. 19, XXI:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XXI - arrecadar e aplicar suas receitas;

Ademais, é oportuno recordar a regência da lei quanto à exigência de inclusão na lei orçamentária e no plano plurianual da Anatel da receita do Fust. Esta é a redação do art. 49 da LGT:

Art. 49. A Agência submeterá anualmente ao Ministério das Comunicações a sua proposta de orçamento, bem como a do FISTEL, que serão encaminhadas ao Ministério do Planejamento e Orçamento para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição Federal.

§ 1º A Agência fará acompanhar as propostas orçamentárias de um quadro demonstrativo do planejamento plurianual das receitas e despesas, visando ao seu equilíbrio orçamentário e financeiro nos cinco exercícios subseqüentes.

§ 2º O planejamento plurianual preverá o montante a ser transferido ao fundo de universalização a que se refere o inciso II do art. 81 desta Lei, e os saldos a serem transferidos ao Tesouro Nacional.

3º A lei orçamentária anual consignará as dotações para as despesas de custeio e capital da Agência, bem como o valor das transferências de recursos do FISTEL ao Tesouro Nacional e ao fundo de universalização, relativos ao exercício a que ela se referir.

§ 4º As transferências a que se refere o parágrafo anterior serão formalmente feitas pela Agência ao final de cada mês.

Assim, se compete à Anatel incluir no seu planejamento plurianual orçamentário a transferência de recursos ao Fust, a ela também deve ser atribuído o dever de arrecadar a contribuição destinada ao seu custeio.

Ademais, como será detalhado adiante, ressalta-se que o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.998/2000 estabeleceu a obrigação de as prestadoras encaminharem à Anatel, mensalmente, a prestação de contas referentes ao valor da contribuição. Essa prestação de contas, por óbvio, tem por objetivo possibilitar que o sujeito ativo do tributo (Anatel) verifique se cada sujeito passivo (prestador de serviços de telecomunicações) está cumprindo a obrigação tributária instituída na própria Lei.

Diante do arcabouço legal acima exposto, o Presidente da República editou o Decreto nº 3.624/2000, para regulamentar a aplicação da Lei 9.998/2000. E, neste ato, fixou as seguintes atribuições à Anatel:

Art. 3º Compete à Agência Nacional de Telecomunicações:

I - implementar, acompanhar e fiscalizar os programas, os projetos e as atividades que aplicarem recursos do Fust;

II - elaborar e submeter, anualmente, ao Ministério das Comunicações, a proposta orçamentária do Fust, para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição, levando em consideração o estabelecido no art. 13 deste Decreto, o atendimento do interesse público e as desigualdades regionais, bem como as metas periódicas para a progressiva universalização dos serviços de telecomunicações, a que se refere o art. 80 da Lei nº 9.472, de 1997;

III - prestar contas da execução orçamentária e financeira do Fust;

IV - arrecadar a contribuição para o Fust de que trata o inciso IV do art. 7º deste Decreto, na forma indicada pelo art. 8º, bem como aplicar a multa e as sanções previstas nos §§ 1º e 2º do art. 8º.

Nota-se, assim, que o Decreto nº 3.624/2000 somente reconheceu que as Leis nº 9.472/1997 e 9.998/2000 já haviam conferido à Anatel a competência para arrecadar a contribuição para o Fust. Dessa forma, o decreto observou, estritamente, o poder regulamentar outorgado ao Presidente da República, no art. 84, IV, da Constituição Federal e expressamente deferido no art. 14 da própria Lei nº 9.998/2000, segundo

o qual o “*Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de trinta dias da sua publicação*”.

3 DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Diante do exposto acima e, principalmente, diante da inegável natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico que reveste a cobrança em tela, evidencia-se sua constitucionalidade.

As dúvidas quanto à legitimidade da sua cobrança dizem respeito a uma suposta necessidade de instituição por meio de lei complementar, uma vez que o já transcrito art. 149 da Constituição Federal determina que, para a criação de uma nova contribuição deve-se observância ao disposto nos arts. 146, III e 150, I e III.

A interpretação de que a Carta de 1988 reservou à lei complementar a instituição dessa modalidade de tributos há muito foi rechaçado pela doutrina e jurisprudência. Isso porque ao fazer referência ao artigo 146, III, o texto do artigo 149 somente exigiu que as contribuições, dentre elas, as de intervenção no domínio econômico, submetam-se às regras gerais editadas por lei complementar.

É o que se depreende de decisão do Supremo Tribunal Federal, que examinou a instituição de contribuição interventiva, com receita destinada ao Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequena Empresa – SEBRAE, em julgamento dotado da seguinte ementa:⁴

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.

I- As contribuições do art. 149, C.F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de “outras fontes”, é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base imponible e contribuintes: C.F., art. 146, III, a.

4 STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, RE 396.266, 2003

Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.

II. - A contribuição do SEBRAE - Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F.

III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. IV. - R.E. conhecido, mas improvido.

Neste julgamento, após afastar de contribuição ao Sebrae a natureza jurídica de contribuição de interesse de categoria profissional ou econômica, afirmando se tratar de contribuição de intervenção no domínio econômico, o Supremo Tribunal Federal, permitiu a cobrança deste tributo, mesmo em face de sujeitos passivos desvinculados dos benefícios da atuação estatal a ser custeada com o produto dessa exação.

Em seguida, apoiando-se em precedentes anotou que somente a contribuição social a que se refere o art. 195, § 4º, da CF/88, decorrente de “*outras fontes*”, é que a Carta Federal reservou para lei complementar para sua instituição, uma vez que, nesse caso, será aplicada a regra para o exercício da competência tributária residual da União.

A Cide e as demais contribuições do art. 149, *caput*, da Constituição, por outro lado, por já contarem com previsão constitucional, não se submetem à reserva de lei complementar, tendo agido bem o legislador ao instituir a Cide-Fust, por meio da Lei nº 9.998/2000.

4 DO REGIME JURÍDICO DA CONTRIBUIÇÃO AO CIDE-FUST

Afastados os óbices à instituição do tributo em tela por lei ordinária, examinam-se os aspectos referentes à sua exigência à luz dos dispositivos do Código Tributário Nacional – CTN.

Recorda-se o conceito do art. 114 do CTN, segundo o qual “*fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência*”. Assim, quanto ao tributo ora tratado, nos termos do já transcrito art. 6º, IV, seu fato gerador é auferir receita com a prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado.

A base de cálculo também se encontra devidamente delineada no art. 6º da Lei 9.998/2000, como *receita operacional bruta*, decorrente da prestação de serviços de telecomunicações, nos regimes públicos e privados, excluindo-se o ICMS, o PIS e a Cofins. E, finalmente, a alíquota, definida na proporção de um por cento.

Verifica-se, assim, que se trata de fato gerador periódico (auferimento mensal das receitas decorrentes de prestação de serviços de telecomunicações) que se apura no último dia de cada mês, conforme disposto no art. 14 da Lei 9.998/2000:

Art. 10. As contas dos clientes das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações deverão indicar, em separado, o valor da contribuição ao Fust referente aos serviços faturados.

§ 1º(VETADO)

§ 2º(VETADO)

§ 3º-As empresas prestadoras de serviços de telecomunicações encaminharão, mensalmente, à Anatel prestação de contas referente ao valor da contribuição, na forma da regulamentação.

Dessa forma, o fato gerador da Cide-Fust passa a guardar semelhanças com o da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS. Em todos esses tributos a apuração do devido passa pela apuração da receita mensal decorrente do exercício de uma atividade econômica. É o que se verifica da leitura do art. 1º, *caput*, da Lei 10.637/02 e do art. 1º, *caput*, da Lei 10.833/03:

Lei nº 10.637/02

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

[...]

Lei nº 10.833/03

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

[...]

Assim, muito embora a percepção de receitas pela prestação do serviço de telecomunicações seja contínua, considera-se ocorrido o fato gerador, mensalmente, com a *“prestação de contas referente ao valor da contribuição”*, realizada pelo contribuinte.

5 DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

A fixação do fato gerador e do modo de apuração do débito é fundamental para definir a natureza jurídica de lançamento, bem como os prazos de decadência e prescrição.

Constata-se que, segundo dicção do art. 14 da Lei nº 9.998/2000, o contribuinte deve *“encaminhar a prestação de contas referente ao valor da contribuição”*. A lei utilizou-se de linguagem diferente da presente no CTN, para se referir ao ato de declarar e apurar o valor da contribuição. Em outras palavras, a lei impôs ao contribuinte a obrigação de calcular e recolher o valor devido a título de Cide-Fust. Trata-se, pois, de hipótese que o Código Tributário Nacional definiu como lançamento por homologação:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, uma vez apurado pelo contribuinte e recolhido o valor correspondente à Cide-Fust, o que, como já se demonstrou deve ser feito a cada mês, o parágrafo 4º do art. 150 do CTN prevê cinco anos de prazo para que a Administração Tributária homologue expressamente a declaração, caso contrário este ato ocorrerá de forma tácita, decaindo, portanto, o direito de lançar valores, eventualmente não recolhidos, em virtude de apuração equivocada, por parte do sujeito passivo.

Anota-se que esta é a regra geral, que parte do pressuposto de ter o contribuinte declarado e recolhido o tributo, mesmo se o valor for menor que o devido. Neste caso, caberá à Anatel lançar de ofício o tributo, no quinquênio seguinte, seguindo norma do art. 173, I, do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Em resumo, com fundamento no entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça⁵ tendo o recolhimento da contribuição em debate, pelo sujeito passivo, até o dia do vencimento, mesmo que em valor menor, atrai a incidência do prazo previsto no art. 150, §4º, do CTN. Por outro lado, caso não haja pagamento algum, aplica-se a norma prevista no art. 173, I, CTN, iniciando-se a contagem para o quinquênio decadencial, *no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado*.

Constituído definitivamente o débito, independentemente da modalidade de lançamento, a Fazenda Pública dispõe do prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento da execução fiscal, conforme regra geral disposta no art. 174 do CTN.

5 STJ, Primeira Seção Rel. Ministro LUIZ FUX, RESP 766.050, 2007

6 CONCLUSÃO

A positivação jurídica deste fundo se aperfeiçoou com a edição da Lei nº 9.998/2000, que, entre outras providências instituiu um tributo, chamando-o de *contribuição*. Acertou o legislador, ao dar esta definição à exceção criada, pois se destina a financiar a universalização dos serviços de telecomunicações.

Tem-se, portanto, uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CF/88, art. 149, *caput*). Dessa forma, sua instituição por lei ordinária atendeu aos ditames da Constituição Federal, que dispensou desta modalidade de tributo reserva de lei complementar.

A Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, autarquia de natureza especial com função de órgão regulador dos serviços de telecomunicações, teve sua criação prevista no art. 21, XI, da Constituição Federal e foi instituída pela Lei nº 9.472/1997.

Dentre as várias atribuições previstas na Lei nº 9.472/1997, tem-se a prevista nos arts. 79 a 82, referentes à universalização do serviço de telecomunicações. E, para atender a esta finalidade, previu-se a criação de um fundo para o financiamento de ações a serem promovidas pelo Estado.

Além da capacidade tributária ativa da Anatel, os demais elementos essenciais para a cobrança do tributo estão devidamente previstos no art. 6º da Lei 9.998/2000.

O fato gerador, definido como o auferimento de receita operacional bruta, decorrente de prestações de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado. O local de ocorrência está delimitado em todo o território nacional. Quanto ao aspecto temporal, ele se dá mensalmente, com a apuração da receita pelo contribuinte. E, o sujeito passivo foi definido como o prestador de Serviços de Telecomunicações.

Quanto ao montante devido, base de cálculo e alíquota, a legislação fixou-os em um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente da prestação de serviços de telecomunicações, nos regimes públicos e privados, excluindo-se o ICMS, o PIS e a Cofins.

Cabe ao contribuinte, apurar e recolher o tributo, mensalmente. Em outras palavras, o lançamento é feito por homologação, dispondo a Autoridade Tributária de cinco anos, contados do fato gerador, para apurar eventual equívoco e proceder ao lançamento no valor correto, sob pena de homologação tácita. Por outro lado, na hipótese de que o contribuinte tenha se mantido inerte, sem apurar e recolher qualquer quantia, o quinquênio decadencial terá seu termo *a quo* no primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal é de cinco anos, submetendo-se à regra geral do art. 174 do CTN.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jan 2015.

_____. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União – Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 31 jan 2015.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial da União – Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 31 jan 2015.

_____. *Lei nº 9.998, de 19 de julho de 2000*. Dispõe sobre a transferência de títulos da dívida pública da União para os Estados, e dá outras providências. Diário Oficial da União – Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9988.htm>. Acesso em: 31 jan 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Carlos Velloso, *RE 396.266*, Data da Decisão 26/11/2013, Data da Publicação/Fonte Diário da Justiça 27/02/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jan 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, *RESP 766.050/PR*, Data da Decisão 28/11/2007, Data da Publicação/Fonte Diário da Justiça 25/02/2008, p. 265. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jan 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Lacerda Tácio. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Letin, 2003.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 6. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MARINHO, Rodrigo César de Oliveira. *Intervenção sobre o Domínio Econômico. A Contribuição e seu Perfil Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TÔRRES, Taveira Heleno. A Contribuição ao FUST e a Interconexão de Redes – Solidariedade Tributária no Serviço Público Universal. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 10, 2005.

O PODER DE POLÍCIA E OS ENTES FEDERADOS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS A LUZ DO PACTO FEDERATIVO

*THE POLICE POWER AND ENTITIES FEDERATED RECIPROCALLY
CONSIDERED UNDER PACT LIGHT FEDERATIONS*

*Jadson Wagner Marques da Fonseca
Procurador Federal*

*responsável pela Procuradoria Especializada da Anatel nos estados do RJ e ES
Especialista em regulação de telecomunicações. Mestrando em Direito Processual
Constitucional pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora – UNLZ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Distribuição Constitucional de Competências; 2 Intercessão de Competências dos Entes Federados; 3 A Competência Sancionatória dos Entes Federados; 4 Da Possibilidade de Imposição de Medidas Coercitivas de Forma Recíproca Pelos Entes Federados; 5 Considerações Finais.

RESUMO: o presente artigo não pretende dar uma palavra final sobre o assunto discutido, mas contribuir no aprofundamento da discussão acerca da possibilidade de um ente federado produzir um ato de poder, em face de outro, na defesa dos interesses que lhe cabe constitucionalmente tutelar. Para tanto, consideraremos o conceito de poder de polícia; as particularidades do modelo de estado federal brasileiro; as divisões constitucionais de competência dos entes federados e suas interseções, procurando, ao final, demonstrar que é possível que um ente federado sancione outro.

PALAVRAS-CHAVE: Ente Federado. Pacto Federativo. Poder de Polícia. Atos de Poder. Reciprocamente.

ABSTRACT: the present article doesn't pretend to give the a last word about matters to be discussed, but contribute to development of the discussion about the possibility one federated entity produce an act of power against other in defense of the interests that correspond yourself constitutionally. Therefore, we consider the concept of police power; the peculiarities of the Brazilian federal state model; the constitutional division of powers of federal entities and their intersections, looking at the end, demonstrate that it is possible that a federal entity sanction another.

KEYWORDS: Federated Entity. Federal Pact. Police Power. Pauer Acts. Reciprocally.

INTRODUÇÃO

Impregnamo-nos tão completamente com nossa realidade cotidiana que, embora racionalmente saibamos da existência de vivências diferenciadas, temos a impressão pretensiosa de que o astro rei ilumina com a mesma intensidade toda a superfície da mãe terra, quando pode ocorrer de, para olhos distantes, estarmos envoltos em densa bruma, onde a luz solar apenas penetra de uma forma oblíqua e difusa.

Isso acontece com a forma de organização de nosso Estado. Por sempre termos nos movido em uma federação e, muito provavelmente, com o reforço da imagem criada pelo cinema americano ao retratar a própria federação estadunidense, tendemos a acreditar que o estado federal é o modelo mais eficiente e prevalente no mundo, ou pelo menos no mundo “civilizado”.

Ocorre que tal presunção, pelo menos quanto à prevalência¹, não é verdadeira. Na verdade, existem pouquíssimos estados federais no mundo, sendo que a maioria esmagadora dos países adotaram a forma de estado unitário².

Como é de curial saber, temos três formas de organização político-administrativa de um estado detentor de soberania, quais sejam: o estado unitário, a federação e a confederação³. Temos ainda o estado regional e, no Brasil, o ente municipal, mas tanto um como o outro não goza de soberania.

Segundo o professor Alexandre de Moraes⁴, citando Paulo Lopo, o estado unitário se caracteriza por ser “rigorosamente centralizado, no seu limiar, e identifica um mesmo poder, para um mesmo povo, num mesmo território”. Já a federação é integrada por estados que abdicam de sua soberania, no momento em que passam a integrá-la, em favor da união dos estados federados, conservando, contudo, uma autonomia política limitada, a qual importa, contudo, no exercício de competências constitucionalmente atribuídas. Por sua vez, a confederação consiste na união de estados soberanos, por meio de um tratado internacional dissolúvel⁵.

Ocorre que o Estado brasileiro possui uma singularidade, qual seja: municípios com *status* de entes federados. Segundo o professor Paulo Bonavides⁶, *in litteris*:

1 Quanto a eficiência, não vamos entrar no mérito por fugir ao escopo deste trabalho.

2 De acordo com o endereço eletrônico Wikipédia, existem vinte e um estados federais no mundo. Vide: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_\(subdivis%C3%A3o\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_(subdivis%C3%A3o))>.

3 BADIA, Juan Ferrando. *El estado unitário, el federal y El estado regional*. Madri: Tecnos, 1978.

4 MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 255.

5 Note-se que no momento em que um estado abre mão de sua soberania, conservando, apenas, autonomia administrativa limitada, despe-se, também, da faculdade de deixar a federação, uma vez que tal decisão demandaria soberania, coisa que ele já não tem mais.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 314.

Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988.

Assim, como se não bastasse fazermos parte de uma minoria no mundo em matéria de organização política, resolvemos que deveríamos ser únicos.

Não deve ser por acaso o fato da maioria dos países do mundo ter optado pelo estado unitário. Fácil é ver que se trata de um modelo muito menos complexo e, portanto, com menos sutilezas a administrar.

Uma dessas sutilezas se relaciona aos limites de ação impostos a cada ente da federação sob pena de violação do Pacto Federal e, consequentemente, de incorrer em uma inconstitucionalidade.

Como se sabe, e veremos adiante, existe uma divisão constitucional de competências entre os diversos entes federados. Mas, quase todas elas implicam no exercício de poder de polícia. Outrossim, considerando que no pacto federativo são conservados direitos e prerrogativas aos entes federados, tendo em vista que os estados membros não desaparecem e se fundem em um só estado, pois, então, estaríamos diante de um estado unitário, não resulta simples a questão do exercício do poder de polícia detido por cada um dos referidos entes em relação aos outros.

Contribuir com o progresso da discussão sobre se o poder de polícia pode ser exercido reciprocamente pelos diversos entes da federação e qual os limites de tal exercício, se existir algum, é o objetivo do presente trabalho.

1 DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS

Acreditamos não ser possível realizar incursão na seara acima proposta sem que antes, ainda que *an passant*, contemplemos o quadro constitucional acerca da divisão de competência dos entes federativos no Brasil.

De acordo com abalizada doutrina, a divisão de competências prevista em nossa Carta Magna se deve ao fato de haver mais de uma ordem jurídica incidente sobre o mesmo território e as mesmas pessoas, fazendo-se necessária a adoção de instrumentos que possibilitem uma maior eficácia da atuação do estado e, ao mesmo tempo, ou em razão disto, evite conflitos e desperdícios de ações e recursos⁷.

Em qualquer caso, a divisão de competências traçada pelo legislador constituinte é complexa, subdividindo-se em privativas, concorrentes e residuais.

7 MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 829.

Não é o caso, aqui, de adentrarmos em tais minudências, mas importa mencionar que, de acordo com pacífica doutrina⁸, os *standards* da matéria são fixados pela abrangência do interesse. Assim, sendo o interesse de abrangência nacional, a competência é da União. Já se o interesse é local, compete ao município cuidar da questão. Em um ponto intermediário, tratando de interesses regionais, nos termos estabelecidos pela própria Constituição Federal⁹, ficam os estados membros.

Veja-se, assim, que a dicotomia ocorre entre as matérias de competência da União e dos municípios, que são os dois entes com as competências mais genéricas e abrangentes, tendo em vista que a nossa Lei Maior ou enumera expressamente as competências dos estados membros ou reserva estas para os casos que não se enquadrem na ampla moldura estabelecidas para as outras duas categorias de entes federados.

Nem sempre, todavia, embora isso possa causar espécie, na prática, é tão fácil estabelecer se o assunto possui abrangência de interesse nacional, municipal ou nenhuma das duas.

Em resposta a tal dilema, a doutrina forjou o que se convencionou chamar de “princípio da predominância do interesse”.

Sendo assim, de acordo com o mesmo, haverá preeminência do município sempre que seu interesse na questão sobrepujar os da União e dos estados membros, o que, em regra, ocorre quando particularidades de cada localidade puderem influir de forma decisiva sobre o assunto do qual se estiver tratando¹⁰.

Corroborando tal entendimento, Paulo Bonavides leciona que o critério básico de distinção é o do interesse predominante, de maneira que em relação aos estados membros e a União, o assunto se relacione aos municípios em um grau superior de interesse, como, por exemplo, o estacionamento de veículos em ruas públicas e a prática de comércio ambulante no centro das cidades, que correspondem ao ordenamento e disciplinamento urbano¹¹.

Já em relação às matérias que digam respeito à toda a população nacional, como, por exemplo, o fornecimento de energia elétrica¹², a prestação dos serviços de telecomunicações¹³ ou a manutenção do serviço postal no país¹⁴, a competência é da União.

8 vide v.g. SILVA, Jose Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 478.

9 Vide artigos 26 a 28 da Constituição Federal.

10 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 120.

11 BoNAVIDES, Paulo. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 633.

12 vide Constituição Federal, art. 21, XII, “b”.

13 vide Constituição Federal, art. 21, XI.

14 vide Constituição Federal, art. 21, X, “

Por outro lado, com espeque no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, acreditamos ser possível afirmar que, de um modo geral, não existe hierarquia entre os entes federados, mas apenas divisão de funções entre eles.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que em face da opção do legislador constitucional de enfatizar, a nível nacional, a atuação dos municípios através da concessão aos mesmos de uma autonomia tal que os integrou ao próprio corpo de nosso sistema federativo, formando par ao lado dos estados e do Distrito Federal, sendo que a essência da referida autonomia se consubstancia na possibilidade de autoadministração local com total liberdade decisória, nos limites de sua competência, sem a necessidade de qualquer participação ou controle hierárquico por parte dos demais membros da federação, bem como autogoverno, com eleição de seu Poder Executivo e Legislativo¹⁵.

Hely Lopes Meirelles leciona que a posição atual dos municípios no Brasil é bem diversa da que ocupavam nos regimes constitucionais anteriores, uma vez que não mais se sujeitam a quaisquer interferências diretivas dos estados ou da União, bem como pelo fato de, agora, disporem de poder de arrecadação e administração de tais recursos, o que lhes permite, em toda a sua inteireza, realizar seu autogoverno da maneira que melhor se lhes aprouver, dentro das concepções políticas e ideológicas dos seus dirigentes, os quais são, democraticamente, escolhidos, independente de qualquer consulta ou aprovação do governo do estado no qual está inserido ou da União, sem qualquer relação hierárquica com os mesmos¹⁶.

2 A INTERCESSÃO DE COMPETÊNCIAS DOS ENTES FEDERADOS

Em que pese tudo o acima dito, ainda assim, por vezes ocorre uma certa confusão e interseção no disciplinamento de determinadas matérias, ainda que, em realidade, tais confusões sejam aparentes e causadas mais pela defesa de interesses dos envolvidos.

Assim é que, por exemplo, à União, através da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, regula a prestação dos serviços de telecomunicações, incluindo as peculiaridades para o uso de satélites; o uso racional e competitivo da infraestrutura de redes e, ainda, administra o espectro de radiofrequência¹⁷.

15 ADI 1842. Relator Min. Luiz Fux. Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 06/03/2013. Dje nº 181, em 16/09/2013.

16 MEIRELLES, op. cit., p. 38.

17 Vide arts. 19, 145, 157, 170 da Lei nº 9.472/97.

Especialmente, no que toca à construção e instalação de infraestrutura de redes, mais especificamente daquela necessária ao funcionamento das estações rádio base do serviço móvel pessoal (torre de celular), costuma existir uma confusão entre o que compete aos municípios e o que compete à Anatel.

Assim, é comum que sejam feitas reivindicações frente a Anatel e propostas ações em face desta, em conjunto, às vezes com os municípios, às vezes com as operadoras dos serviços.

Tal confusão se deve ao fato de que, a par do serviço a ser regulado pela Anatel, bem como os aspectos técnicos das estações relativos à prestação dos mesmos serviços, os aspectos técnicos relativos à construção das estruturas que irão dar suporte às estações, bem como àqueles relacionados ao meio ambiente, ao paisagismo e ao urbanismo, se constituem em atribuição dos municípios.

Ocorre que, como dissemos, tal confusão é meramente aparente e fruto da falta de detida análise da questão por parte daqueles que nela incorrem ou, mesmo, defesa de seus próprios interesses.

Isso porque os aspectos civis da referida construção, relacionados ao urbanismo de um modo geral e à ocupação do solo, tais como afastamento de outras edificações e altura de torres, *recuos de vias públicas, sinalização, desabamento, altura das torres, aterramento contra descargas elétricas, manutenção preventiva e questões ambientais*, são de competência dos municípios, nos termos do art. 30, VIII da Constituição Federal¹⁸.

A própria Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei nº 9.472/97) deixa claro em seu art. 74 que os aspectos da construção das estações de telecomunicações relacionados às posturas municipais sobre construção civil e as normas de engenharia devem ser obedecidos pelas operadoras dos serviços de telecomunicações¹⁹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a responsabilidade pela regulação e fiscalização de tais aspectos fazem parte da competência constitucionalmente atribuída aos municípios, nos termos do referido dispositivo. Neste sentido, *verbis*:

Os Municípios são competentes para legislar sobre questões que respeitem a edificações ou construções realizadas no seu território, assim como sobre assuntos relacionados à exigência de equipamentos de segurança, em imóveis dedicados ao atendimento ao público.

18 O referido dispositivo estabelece que compete aos municípios "VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;"

19 Art. 74. A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

AI 491.420-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento em 21/02/2006, Primeira Turma. DJ de 24/03/2006²⁰

Competência do Município para proibir o estacionamento de veículos sobre calçada, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, impondo multa aos infratores. Lei 10.328/1987, do Município de São Paulo, SP. Exercício de competência própria - CF /1967, ART. 15, II, CF/1988, art. 30, I - que reflete o exercício do poder de polícia do Município.

RE 191.363-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em 03/11/1998. Segunda Turma. DJ de 11/12/1998.²¹

Por outro lado, os aspectos da mencionada construção que dizem respeito, estritamente, à prestação do serviço, como potência e altura do sistema irradiante, coordenadas geográficas, certificação dos aparelhos, etc, estão inseridos nas atribuições da agência, que, por sua vez, deverá fiscalizá-los.

Mas tais interseções não ocorrem apenas entre as competências da Anatel e dos municípios. Podemos citar, pelo menos, dois casos já analisados pelo Supremo Tribunal federal em que parecem ocorrer as referidas confusões.

Por exemplo, o parágrafo 3º do art. 220 de nossa Lei Maior estabelece, *litteratim*:

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

Contudo, como já acima lembrado, também compete aos municípios o regramento de aspectos urbanísticos em seus territórios, tais como horários de funcionamento de estabelecimentos de diversão, limites de exposição à ruídos, regras de segurança, etc.

Existe, neste caso, como em outros, uma aparente, repisa-se, apenas aparente, confusão entre as competências dos municípios e da União. Não obstante, o STF assim se manifestou, *ipsis verbis*:

20 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28491420%2E%2E+OU+491420%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ov8ope8>>.

21 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28191363%2E%2E+OU+191363%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pya74l2>>.

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (*Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966*)

Portanto, podemos ver que o poder de polícia implica em restrição de direitos, o que, na maioria das vezes, importa em aplicação de sanções.

Ao discorrer sobre o poder de polícia das agências reguladoras, mas que, *mutatis mutandis*, em tudo se aplica à presente discussão, Alexandre dos Santos Aragão²³, leciona que decorre do poder de fiscalizar o poder de aplicar sanções. Pedimos vênia para colacionar um pequeno trecho de seu texto sobre o assunto, *verbis*:

Como decorrência da competência fiscalizatória, as agências reguladoras também aplicam as sanções decorrentes do descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos regulados.

Como se vê, a detenção de poder de polícia implica, inexoravelmente, mais cedo ou mais tarde, na aplicação de sanções. Assim, é plenamente possível, e de fato ocorre, que no âmbito dessas competências que parecem se cruzar, ocorra conflito entre unidades da federação que acabe acarretando a aplicação de sanção de uma em outra.

Parece não haver dúvida de que as unidades da federação possuem proeminência umas sobre as outras nas matérias de suas competências. Assim é que se a União ou um estado membro pretendem construir em algum lugar dentro da área urbana, terão necessariamente que obter o alvará do município e, se iniciam as obras sem tal autorização, estarão sujeitos à embargo do prosseguimento das atividades e multa. De igual modo, se um município resolve prestar um serviço de telecomunicações, necessitará obter outorga da Anatel, sob pena, também, de ter as atividades interrompidas, caso as tenha iniciado irregularmente, e, do mesmo modo, ser multado.

Estes casos nos quais um ente federado se coloca, voluntariamente, na esfera de competência de outro são corriqueiros e não é a eles que nos referimos. Estamos falando daqueles nos quais o membro da federação,

23 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002. p. 317, Forense.

sem intencionalmente iniciar uma atividade para a qual necessitará da autorização/fiscalização de outro, acaba invadindo a esfera de competência alheia e, pior, violando as regras do setor.

Como exemplo, criaremos, de propósito, uma hipótese quase esdrúxula, a qual dificilmente ocorreria, pelo menos não por engano, dado o conhecimento amplamente divulgado em nossos dias a respeito das regras protetoras do meio ambiente, da cobertura vegetal e dos cursos hídricos.

Imaginemos, então, que um município, em sua atividade de ordenamento urbano, resolva, a fim de revitalizar, através da construção de um centro empresarial, em uma área do município frequentemente utilizada para fuga de criminosos e prática de atividades ilícitas, retirar o apêndice de uma mata nativa, de dimensão regional, cortada por um curso de rio que cruza vários municípios, além de modificar o seu curso, afastando-o dois quilômetros de seu traçado natural.

Digamos, ainda, que para execução de tal obra, já tenha sido contratada uma sociedade empresária, perfazendo o contrato ato jurídico perfeito.

Será que os órgãos ambientais federais poderiam interferir diretamente em tais atividades que se enquadram, de forma clássica, entre aquelas de competência do município? Eis o que tentaremos analisar abaixo.

4 DA POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS DE FORMA RECÍPROCA PELOS ENTES FEDERADOS

Como dissemos, demos um exemplo esdrúxulo para evitar citar algum caso concreto, embora tudo seja possível, sendo a realidade bem mais criativa do que a mente humana. O fato, contudo, é que tais casos ocorrem e terminam, normalmente, em discussões judiciais. Não obstante, até o momento não existe posição firmada dos tribunais superiores sobre o assunto. Ainda assim, em alhures ou algures, é possível localizar situações desta espécie.

No que diz respeito a edição de leis por ente federado invadindo as atribuições de outros, os exemplos são pródigos, já tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado algumas vezes sobre o assunto, donde pedimos vênias para transcrever as seguintes ementas, *ipsis verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ACREANA Nº 1618/2004. REGRAS QUE PROIBEM O CORTE RESIDENCIAL DO FORNECIMENTO DE AGUA E ENERGIA ELÉTRICA PELAS CONCESSIONÁRIAS POR FALTA DE PAGAMENTO. COMPETENCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE O SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE O SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE

AGUA. AFRONTA AOS ARTS. 22, INC. XII, ALÍNEA B, 30, INC. I E V E 175 DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

ADI 3661. REL. MIN. CARMEM LUCIA. TRIBUNAL PLENO. JULGADO EM 17/03/2011. DJE 086. PUBLICADO EM 10/05/2011.²⁴

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. INVASÃO PELO ESTADO MEMBRO DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO E DOS MUNICÍPIOS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DOS ESTADOS MEMBROS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS ENTRE O PODER CONCEDENTE FEDERAL OU MUNICIPAL E AS CONCESSIONÁRIAS. INVIABILIDADE DE ALTERAÇÃO POR LEI ESTADUAL DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NA LICITAÇÃO E FORMALMENTE ESTIPULADAS EM CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS SOB REGIME FEDERAL E MUNICIPAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Os estados membros, que não podem interferir nas relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias, também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica – CF, art. 21, XII, “b”) e pelo Município (fornecimento de água – CF, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal), afetar o equilíbrio financeiro resultante desta relação jurídico-contratual de direito administrativo.

ADI 2337 MC, Relator Min. Celso de Melo. Tribunal Pleno. Julgado em 21/06/2002. DJ 21/07/2002.²⁵

24 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283661%2ENUME%2E+OU+3661%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/newgqup>

25 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282337%2ENUME%2E+OU+2337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q3pwsc8>

Como dito, tais decisões dizem respeito à edição de leis invadindo a esfera de atribuições de outro ente. Não é desta hipótese que estamos tratando, contudo, os textos acima transcritos nos dão algumas pistas sobre o que nos interessa, que é a possibilidade de intervenção direta de um ente federado nas ações de outro quando este se encontra no exercício de suas funções constitucionais, mas acaba extrapolando e invadindo seara alheia.

A primeira coisa que depreendemos de tais textos é que um ente federal não pode legislar sobre matéria que se encontra na órbita de competência de outro. Isso parece bastante óbvio, mas é claro que ninguém pretendia, no caso, legislar sobre o fornecimento de energia elétrica ou o fornecimento de água, mas sim produzir normas de proteção aos usuários de tais serviços. Pretensão essa, aliás, legítima, de acordo com a Constituição Federal.

Eis o problema e a primeira lição. Ainda que um ente federado pretenda exercer suas competências, é necessário que ele verifique se a forma pela qual vai efetuar tal exercício não vai acabar interferindo em área que lhe é vedada. Assim, embora a intenção seja a melhor possível e o objetivo esteja dentro de suas competências, se o resultado de sua ação acabar por interferir em matéria regulada por outro ente, sua ação será inconstitucional.

A segunda lição que podemos tirar de tais decisões é a de que, ainda que no exercício de suas funções constitucionais, um ente federado não pode, através de suas ações, quer administrativas ou normativas, interferir no cumprimento de contratos cujo conteúdo seja regulado por normas cuja competência constitucionalmente estabelecida seja de outro.

Em ambos os casos tratados nas ADIs acima referidas, como já dissemos, estamos falando de medidas legislativas. Para tal fato, como sabemos, nosso sistema jurídico só admite uma solução judicial, pois uma lei é válida e eficaz até ser revogada ou ter sua validade e eficácia retiradas pela função Judiciária do Poder.

Mas e quanto ao nosso exemplo, em que a medida que invade área de competência constitucional alheia é um ato administrativo. Será que poderá ela ser interrompida por outro ato administrativo advindo de outra unidade da federação?

Desconhecemos manifestação específica sobre a questão dos tribunais superiores e, até mesmo, em sede de decisão de mérito, dos tribunais em geral.

Sabemos que os atos administrativos são dotados de executividade e, portanto, não necessitam de intervenção judicial para produção de efeitos. Logo, nessa linha, seria não só possível, como também recomendável, a fim de evitar a produção de efeitos deletérios imediatos, tendo em vista que as medidas judiciais nem sempre são produzidas com a celeridade necessária e, as vezes, nem mesmo logra-se êxito em consegui-las.

Outros dirão, certamente, que haverá quebra do pacto federativo com indevida intromissão de uma unidade da federação em outra.

Note-se que o argumento de inexistência de relação hierárquica entre os membros da federação não possui densidade para afastar tal intervenção. Haverá se apenas admitirmos tal intervenção da União nos estados e nos municípios e, por sua vez, dos estados nos municípios, mas não no sentido inverso. Contudo, tal argumento perde o sentido se admitirmos intervenções recíprocas, desde que, por óbvio, dentro da esfera de competência do ente que intervém no outro.

Ademais, ninguém questiona o fato de que, para construir em área urbana, a União ou qualquer membro da Administração Federal necessita obter o alvará municipal autorizando a construção e, para operar uma rádio, um município necessita da respectiva outorga da União, bem como da autorização de uso de radiofrequência da Anatel. Logo, porque seria diferente em caso intervenção coercitiva por necessidade administrativa de um ente federado em outro.

Existe, atualmente, um caso desta natureza tramitando na Justiça Federal no Rio de Janeiro. Trata-se de discussão acerca da possibilidade do município do Rio de Janeiro, através de empresa pública sua, restringir a possibilidade de instalação de redes de telecomunicações em determinada área do município e da possibilidade da Anatel, na qualidade de agência reguladora das telecomunicações no país, editar ato administrativo determinando a mudança no ato editado por tal empresa.

Questionado judicialmente o ato da Anatel, alegando-se, inclusive, indevida interferência de ente administrativo federal em ato de competência municipal, em duas decisões sobre o pedido de medida em caráter liminar antecipatória dos efeitos da tutela, tanto em primeira como em segunda instância, a Justiça Federal, em juízo perfunctório, admitiu como válido o ato da autarquia reguladora. Vale destacar esse trecho da decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em caráter liminar, *verbis*:

Por esta razão, reputo que a decisão administrativa da ANATEL não está eivada de ilegalidade, por ter sido proferida em consonância e para a efetividade da vedação de monopólio do serviço público de telecomunicações. *Ao contrário, se a ANATEL não tivesse atuado de forma a garantir a possibilidade de ampla competitividade, sua omissão é que estaria violando o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação de proteção insuficiente do usuário do serviço público de telecomunicações.*

Processo nº: 0151340-31.2014.4.02.5101. Decisão proferida em 02/10/2014.²⁶

26 Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>

Certamente, é cedo para apontar qualquer tendência do Judiciário e a questão ainda suscitará muito debate, mas, justamente em função da inexistência de hierarquia entre os entes federados e do princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos, acreditamos, como a magistrada do caso, que na defesa dos interesses da área que lhe foi determinado cuidar pela Constituição Federal, o ente federado que entender haver prejuízos para o interesse público em matéria que lhe é afeta, não só pode, como deve atuar, ainda que tenha que editar ato de poder em face de outro membro da federação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como sabemos, o Direito Constitucional contemporâneo busca garantir que se dê a máxima eficácia possível às normas constitucionais. Para que isto ocorra, é necessário acreditarmos que a Constituição Federal, por sua vez, não só atribui funções, como busca dar os correlatos poderes necessários ao desempenho de ditas funções aos seus detentores. Logo, na defesa do fim público, deverão os membros da federação, dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal, fazer tudo o que lhes for possível e necessário ao alcance dos fins públicos para os quais existem. Deste modo, não nos parece que, repisa-se, dentro de suas competências constitucionais, haja qualquer empecilho para que um ente federado produza ato de poder em face de outro, sendo que, em último caso, sempre restará aos que se sentirem injustamente prejudicados recorrerem ao Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Forense. 2002.

BADIA, Juan Ferrando. *El estado unitário, el federal y El estado regional*. Madri: Tecnos, 1978.

BARROSO, Luís Roberto, *A nova interpretação constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Thomas-Rámón, *Curso de derecho administrativo*, 6. ed. Tomo II, Madrid: Civitas, 1999.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2001.

Garcia, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994.

GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo et al. *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito administrativo*, 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

SILVA, Jose Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

<[http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_\(subdivis%C3%A3o\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_(subdivis%C3%A3o))>.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Consulta em 10/01/2013.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Consulta em 15/01/2015.

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Consulta em 15/01/2015.

BRASIL. *LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Consulta em 15/01/2015.

DECISÃO JUDICIAL

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. RECURSO. Agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Peça obrigatória. Procuração outorgada ao advogada da parte agravada. Ausência. Não configuração. Conhecimento do agravo. Deve conhecido agravo, quando lhe não falte peça à instrução, sem que isso implique consistência do recurso extraordinário. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Competência legislativa. Município. Edificações. Bancos. Equipamentos de segurança. Portas eletrônicas. Agravo desprovido. Inteligência do art. 30, I, e 192, I, da CF. Precedentes. Os Municípios são competentes para legislar sobre questões que respeite a edificações ou construções realizadas no seu território, assim como sobre assuntos relacionados à exigência de equipamentos de segurança, em imóveis destinados a atendimento ao público. (AI 491420 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 24-03-2006 PP-00026 EMENT VOL-02226-06 PP-01097

RTJ VOL-00203-01 PP-00409). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000092494&base=baseAcordaos>. Consulta em 15/01/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO: COMPETÊNCIA: IMPOSIÇÃO DE MULTAS: VEÍCULOS ESTACIONADOS SOBRE CALÇADAS, MEIOS- FIOS, PASSEIOS, CANTEIROS E ÁREAS AJARDINADAS. Lei nº 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. I. - Competência do Município para proibir o estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, impondo multas aos infratores. Lei nº 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. Exercício de competência própria “ CF/67, art. 15, II, CF/88, art. 30, I “ que reflete exercício do poder de polícia do Município. II. - Agravo não provido. (RE 191363 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 03/11/1998, DJ 11-12-1998 PP-00006 EMENT VOL-01935-03 PP-00428). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000029008&base=baseAcordaos>. Consulta em 15/01/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. 2. Preliminares de inépcia da inicial e prejuízo. Rejeitada a preliminar de inépcia da inicial e acolhido parcialmente o prejuízo em relação aos arts. 1º, caput e § 1º; 2º, caput; 4º, caput e incisos I a VII; 11, caput e incisos I a VI; e 12 da LC 87/1997/RJ, porquanto alterados substancialmente. 3. Autonomia municipal e integração metropolitana. A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo. O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos

Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999). O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais. 4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. 5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a

concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa” constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro. 6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9868/1998, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente. (ADI 1842, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013 EMENT VOL-02701-01 PP-00001). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000214736&base=baseAcordaos>. Consulta em: 15/01/2015.

AGÊNCIAS REGULADORAS: DO SURGIMENTO E DA LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO

*REGULATORY AGENCIES: THE RISE AND LEGITIMACY OF THE
NORMATIVE POWER*

Júlia de Carvalho Barbosa

Procuradora Federal

*lotada na Procuradoria Federal Especializada da ANATEL
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia*

RESUMO: O presente artigo se debruça no estudo da legitimidade do poder normativo das agências reguladoras. Inicialmente, é traçado um breve histórico do contexto norte americano que culminou no surgimento das agências reguladoras. Em seguida, são apresentadas diferentes perspectivas acerca da legitimidade do poder normativo desses entes da Administração, incluindo a análise da doutrina estrangeira e brasileira. Ao longo deste estudo, é dado destaque à teoria do autor francês, Pierre Rosanvallón, para quem a representatividade das autoridades independentes decorre principalmente dos seus procedimentos de participação da sociedade. Por fim, conclui-se pela legitimidade do poder normativo fundamentada na participação da sociedade, por meio da consulta pública, tendo em vista o paradigma do Estado Democrático de Direito e os fundamentos republicanos instituídos no art. 1º da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Agência Reguladora. Surgimento. Legitimidade. Poder Normativo. Estado Democrático de Direito. Consulta Pública.

ABSTRACT: This article focuses on the study of the legitimacy of normative power of regulatory agencies. Initially, it is traced a brief history of the North American context that culminated in the emergence of regulatory agencies. They are then presented different perspectives about the legitimacy of the legislative power of these entities of Directors, including the analysis of foreign and Brazilian doctrine. Throughout this study, emphasis is placed on the theory of French author, Pierre Rosanvallón, for whom the representation of independent authorities stems mainly from its procedures for participation. Finally, we conclude the legitimacy of normative power based on the participation of society, through public consultation, given the paradigm of democratic rule of law and republican foundations established in art. 1 of the Federal Constitution.

KEYWORDS: Regulatory Agency. Rise. Legitimacy. Normative Power. Democratic State of Law. Public Consultation.

INTRODUÇÃO

A criação das agências reguladoras marcou a implementação do Estado Regulador¹ e tem origem no reconhecimento das deficiências do Estado tradicional em atender as demandas sociais. Neste artigo, será traçado inicialmente um breve histórico do contexto norte americano que culminou no surgimento das agências reguladoras. Será retratada a desconfiança dos juristas gerada pela quebra de paradigma da concepção tradicional da separação dos poderes, acompanhada, por outro lado, da ampla aceitação dessas instituições independentes pela sociedade, cansada da burocracia que até então dava o tom da administração pública.

Em seguida, verifica-se que em face da criação e do surgimento das agências reguladoras levantou-se o questionamento acerca de sua legitimidade. A indagação é pertinente, tendo em vista, principalmente, que a elas é atribuído o poder regulamentar, ou seja, elas detêm autonomia para produção normativa, a qual o cidadão deverá se submeter, porém elas não derivam diretamente da escolha do povo, que não elege os seus dirigentes.

O grau de autonomia das agências reguladoras e seus poderes quase-legislativos revelam um problema embrionário, anterior a qualquer análise que se possa fazer a respeito desses entes especiais da Administração: a suposta falta, ou o “déficit de legitimidade democrática na atuação normativa: a dificuldade em se justificar a existência de órgãos normativos com aparente origem não democrática.”².

1 DO SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

De início, é importante ter em mente que as agências reguladoras caracterizam-se por possuírem função híbrida, é dizer, ao mesmo tempo exercem a função executiva, normativa e judicial (julgamento dos processos administrativos, regidos pela Lei nº 9.784, de 1999).

Nesse contexto, pode-se afirmar que as agências reguladoras quebraram o paradigma da concepção tradicional da separação dos poderes³, que trazia uma percepção estanque e rígida de funções atribuídas a cada poder. À medida que foram sendo criadas as agências reguladoras para

1 ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*: Fundamentos de Direito Regulatório. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.

2 MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8881>. Acesso em: nov 2013.

3 ARANHA, *ibidem*, p. 69-73.

cuidarem dos mais diversos campos dos serviços públicos no país – telefonia, energia elétrica, transportes terrestres, petróleo, etc. – o poder executivo, no caso, a administração direta, teve reduzido o seu campo de poder administrativo-executivo.

Historicamente, os Estados Unidos foram o primeiro país a criar instituições equivalentes às agências reguladoras, no início do século XIX. Mais especificamente, em 1887, o *Interstate Commerce Act* representou um marco para o começo de uma nova gestão pública naquele país. Isso porque, por meio dele, passou-se a fixar regras de práticas tarifárias das companhias ferroviárias, proibindo discriminações e abusos e especialmente, foi criada uma autoridade independente especial chamada *Interstate Commerce Commission*. Esta nova instituição criada por meio do ato citado, além do poder de criar regramentos, estava encarregada de executar as medidas por ela mesma criada e de regular o setor ferroviário, o que rompia, significativamente, com o paradigma clássico da separação dos poderes⁴.

À época, o contexto histórico e social vivido nos Estados Unidos nos idos dos anos de 1880, de um Estado Federal fragilizado e em crise de legitimidade, levou à necessidade da criação de instituições fortes e autônomas ao poder executivo, para que passassem a administrar os serviços públicos essenciais à população, a exemplo do ferroviário. Ademais, havia a necessidade de que essa instituição criada fosse muito competente, a ponto de resolver as questões tarifárias do serviço, aprovar regras e fixar normas, o que demandava um conhecimento técnico específico, o qual não detinha a administração pública⁵. Nesse contexto, também se percebeu a necessidade de criação de regras mais maleáveis, com processo de edição e aprovação mais simples e célere, a ponto de atender mais imediatamente à demanda da sociedade, o que se contrapunha à realidade burocrática até então vigente na administração pública⁶.

Pode-se dizer, assim, que a *Interstate Commerce Commission* serviu como verdadeiro modelo paradigmático ao surgimento de novas instituições independentes de regulação nos Estados Unidos, tais como a *Federal Communications Commission*, a *Securities and Exchange Commission* e a *National Labor Relations Board*⁷. Em comum, essas

4 ROSANVALLÓN, Pierre. *La legitimidade democrática*. Imparcialidad, reflexividad, proximidad. Buenos Aires: Manatíal. p. 123.

5 Ibidem, p. 120.

6 Ibidem.

7 Ibidem, p. 124.

instituições tinham as seguintes características: a subtração das pressões políticas, independência ao poder executivo, imparcialidade, capacidade de implementar políticas públicas, cuja duração ia além do período do mandato eletivo, e a adoção de medidas coerentes e técnicas, tendo em vista a composição por membros expertos, com conhecimento técnico⁸.

Por apresentar tais características, a consequência foi a ampla aceitação dessas instituições independentes pela sociedade, cansada da burocracia que até então dava o tom da administração pública. Ademais disso, pode-se afirmar que historicamente a desconfiança no Poder Executivo, influenciado fortemente pela conjuntura e aspectos políticos e partidários, foi fundamental para o surgimento e ao desenvolvimento dessas novas autoridades⁹.

Com efeito, o sucesso norte americano com a experiência das instituições independentes logo chegou à Europa, onde também foram criadas. Outrossim, a necessidade de regulação mais específica e técnica dos serviços públicos se espalhou por outros Estados, o que levou à criação das autoridades independentes em diferentes países, além dos Estados Unidos¹⁰.

Contudo, a propagação dessas instituições levou invariavelmente ao questionamento de sua legitimidade, uma vez que eram compostas por membros não eleitos pelo povo, que não eram escolhidos pela sociedade, diferentemente do que acontecia na administração burocrática que antes predominava. Nesse ponto, importa destacar que desde a criação dessas autoridades de regulação nos Estados Unidos surgiu um questionamento acerca da constitucionalidade desses organismos. Elas foram surgindo e sendo criadas, sem que em paralelo a isso houvesse a devida teorização e conformação constitucional. A verdade é que, os constitucionalistas norte americanos as consideravam anomalias jurídicas, que não se enquadravam no ordenamento vigente¹¹.

De outra banda, os cidadãos se mostravam cada vez mais confiantes nas instituições independentes do que nos partidos políticos ou no Executivo para implementação de soluções em favor dos interesses sociais. Essas novas autoridades criadas se mostraram, perante a sociedade, mais objetivas e mais imparciais, o que afinal lhes conferia uma legitimidade maior que as autoridades eleitas. Nesse ponto, para

8 ROSANVALLÓN, op. cit., p. 125.

9 Ibidem, p. 127.

10 Ibidem, p. 125-126.

11 Ibidem, p. 129.

ilustração e melhor compreensão, importa transcrever o seguinte trecho do texto “*La legitimidad democrática*”:

En un registro cercano, otras investigaciones destacaron que los ciudadanos claramente confiaban más en las asociaciones que en los partidos políticos para proponer soluciones a favor del interés general. Por su parte, los importantes trabajos de Tom Tyler en psicología social destacaron fuertemente la centralidad del comportamiento imparcial en la aprehensión social de la legitimidad de una administración. De esta manera, las instituciones percibidas como las más objetivas, las más imparciales si se quiere, son consideradas como las más aptas para servir al bien común. Esos datos permiten comprender que, aunque electas, las instancias pueden ser consideradas menos legítimas que otras que no fueron sometidas a la misma *prueba de establecimiento*. Esos hechos invitan precisar las razones por las cuales a las autoridades independientes se les puede reconocer un carácter intrínsecamente democrático. Sólo con esa condición la revolución silenciosa constituída por su desarrollo puede, en efecto, ser verdaderamente comprendida¹².

Com efeito, o que se extrai de mais relevante do texto supra transcrito é a legitimidade conferida às instituições independentes pelos próprios cidadãos, por meio de uma diferente perspectiva, que não aquela conhecida e institucionalizada por meio do processo eleitoral, mas sim decorrente da conduta imparcial e objetiva na prestação da administração.

Deste modo, dentro do contexto norte-americano, se por um lado havia certa desconfiança diante do surgimento desses novos organismos da administração, por serem, até então, imprevisíveis nos ordenamentos jurídicos, de outro, havia a receptividade e a confiança da sociedade, que lhes conferia, em última análise, legitimidade.

2 DA LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO

As agências são criadas por lei e por isso, há doutrinadores que se limitam a afirmar que elas possuem uma legitimidade derivada. Ou seja, a legitimidade decorreria de lei anterior que estabelece o poder normativo. Nesse ponto, importa destacar que no Brasil, há diversas correntes

¹² ROSANVALLÓN, op. cit., p.133-134.

doutrinárias para justificar a constitucionalidade do poder regulamentar das agências reguladoras, sendo que predomina o entendimento de que a legitimidade do poder normativo decorre de sujeição especial e da teoria da deslegalização¹³.

A teoria da sujeição especial afirma que é possível a produção de atos normativos pelas agências direcionados aos delegatários do serviço público, desde que respeitadas as regras gerais estabelecidas em lei e os limites da desconcentração normativa, a serem observadas pelo regulador. A teoria da deslegalização, por outro lado, preconiza que o ato regulatório decorre diretamente da lei e será legítimo, desde que observe os preceitos gerais, parâmetros e limites fixados na lei.

Como se vê, as duas correntes são muito similares, na medida em que ambas preveem a submissão do poder normativo ao princípio da legalidade, e tiveram ampla aceitação no Brasil. Nesse sentido, ademais, o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 1668-DF, de 1997, se posicionou pela constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras. Senão vejamos:

[...] nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, [...] entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações. Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo.¹⁴

O STF chancela o entendimento de que, desde que observado o princípio da legalidade, admite-se a função normativa das agências reguladoras. Acontece que a constitucionalidade formal reconhecida pelo STF, tomando-se uma perspectiva meramente teórica, não parece ser suficiente para corroborar a legitimidade das agências reguladoras e do seu poder regulamentar.

Entendemos que o questionamento da legitimidade do poder normativo persiste e deve ser tratado a fundo. Isso porque, as leis, como se sabe, submetem-se a um complexo processo legislativo de aprovação e são elaboradas e aprovadas por membros do Poder Legislativo, que

13 MARTINS, op. cit., 2011.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADin-MC nº 1.668-DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998.

são democraticamente eleitos pelos cidadãos. A produção normativa das agências, por outro lado, deriva de um processo simplificado de aprovação e é elaborada e editada por servidores e tecnocratas que não possuem mandato popular. Muitas das vezes, trata-se de servidores públicos, ocupantes de cargo efetivo da Administração, ingressos no serviço público por meio de concurso. É dizer, não foi por meio de escolha popular que os membros das agências, responsáveis pela elaboração dos atos normativos, assumiram o cargo público. É daí que surge o questionamento acerca da legitimidade dos atos normativos produzidos pela Administração indireta.

Nesse diapasão, analisando-se a legitimidade das agências reguladoras, cumpre aprofundar a temática, destacando a perspectiva abordada pelo cientista político francês, Pierre Rosanvallón, em seu texto *“La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad”*. No referido texto, o autor francês parte da premissa de que a legitimidade das autoridades independentes não tem sua fonte direta nos cidadãos, uma vez que são criadas por lei e não surgem de eleição. Todavia, outro tipo de perspectiva de legitimidade pode ser atribuída a elas, que advém da importância e da qualidade de seus serviços prestados, é o que o autor chama de “legitimidade de eficácia”, corroborada pelos cidadãos usuários dos serviços regulados. Trata-se, portanto, de uma legitimidade funcional¹⁵.

Contudo, o autor vai além e indaga: *“¿Es posible ir más lejos e considerar que esas autoridades pueden estar dotadas de una legitimidad propiamente democrática?”*¹⁶. A resposta a essa questão não é simples e para tanto devem ser analisados uma série de elementos tais como o caráter representativo das autoridades independentes, se são socialmente aceitas, e se estão submetidas a provas de estabelecimento e de prestação de contas.

De todo modo, o questionamento central a se fazer, conforme o autor, é: *“¿Un poder puede ser representativo aunque no proceda de una elección?”*¹⁷. Em resposta a essa indagação, Pierre Rosanvallón afirma que as autoridades independentes não podem ser consideradas instituições representativas, sob o ponto de vista da teoria política, uma vez que não são instituídas por meio de mandatos, é dizer, não decorrem de processo eleitoral, com voto popular e se quer possuem qualquer dimensão de caráter sociológico ou cultural da coletividade. Segundo o autor, elas não

15 ROSANVALLÓN, op. cit., p. 135.

16 Ibidem, p. 135.

17 Ibidem, p. 136.

apresentam, portanto, carácter democrático, no sentido procedimental (eleição) e funcional-substancial¹⁸.

No entanto, a representatividade das autoridades independentes, segundo Rosanvallón, pode ser considerada sob outra perspectiva. Isso porque, a sociedade pode ser representada de diferentes formas, além das tradicionais por delegação e por figuração. De acordo com o autor, a representatividade pode decorrer do que ele chama de “representatividade por atenção”. Nesse ponto, o autor explica:

Una autoridad independiente puede ser “clásicamente” representativa al estar estructuralmente constituida de modo pluralista, como es el caso del esquema norteamericano de composición bipartidario. Pero también puede serlo *prácticamente*, mediante sus procedimientos y su movimiento permanente de apertura y escucha, por su receptividad ante las aspiraciones y demandas de la sociedad. En ese caso, la representación significa atención a los problemas de la sociedad, sus conflictos y sus divisiones; es preocupación por su diversidad y por todos sus integrantes, solicitud particular también hacia aquellos miembros que tienden a ser los menos escuchados. Ser representativo significa aquí prestar atención a ciertas necesidades específicas de la sociedad y, al mismo tiempo, devolverles todo su lugar en derecho y en dignidad a los más invisibles de sus miembros. Es la *accesibilidad* de una instancia que constituye en ese caso el equivalente de lo que es la proximidad en el marco de la representación electoral. Se trata, por cierto, de una dimensión “modesta” de representación. Si bien no tiene la visibilidad ni la fuerza de los mecanismos que permiten la expresión política global de la sociedad, sin embargo contribuye a devolverle una voz y un lugar a quienes tienden a ser olvidados o soslayados. También insta una cierta permanencia de la atención a la sociedad en campos particulares, mientras que las elecciones sólo son intermitentes. Hay, pues, en esta forma de representación- atención una dimensión complementaria y reparadora de la representación-delegación.¹⁹

Pois bem. Conforme o entendimento do autor francês, a representatividade das autoridades independentes, ou das agências reguladoras, objeto de estudo neste trabalho, decorre dos seus

18 Ibidem, p. 136-137.

19 ROSANVALLÓN, op. cit., p. 137.

procedimentos de participação da sociedade e de sua composição pluralista. Em outras palavras, o que o autor quer demonstrar é que, ao estar “aberta” e atenta aos anseios e demandas sociais, por meio de procedimentos próprios e específicos, as autoridades independentes acabam por dar mais atenção aos conflitos sociais e a oportunizar a participação daqueles que costumam ser marginalizados dos processos decisórios da Administração. Segundo Rosanvallón, essa abertura e proximidade com os problemas sociais confere uma legítima representatividade às autoridades independentes.

No âmbito específico da Agência Nacional de Telecomunicações-Anatel, a título exemplificativo, pode-se citar o procedimento da consulta pública, como ferramenta de participação social no processo decisório da Administração, conferindo-lhe, ao final, legitimidade. Pode-se dizer, que a consulta pública insere-se, na visão de Rosanvallón, no conceito de *accesibilidad*, pois confere ao ente da Administração uma aproximação com a sociedade, permitindo-lhe prestar maior atenção as suas necessidades específicas.

Seguindo essa linha de raciocínio, que reconhece na consulta pública um instrumento de participação social, destaca-se o entendimento do professor brasileiro, Gustavo Binenbojm, ao analisar o déficit democrático das agências, sob a perspectiva do controle social e a legitimação pelo procedimento, afirmando:

Por fim, de parte os mecanismos de controle exercidos pelos poderes instituídos, a participação dos cidadãos se apresenta como a mais alentada forma de suprimento do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsabilidade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar a autoridade das decisões das agências.

No Brasil, ainda que de forma incipiente, a participação popular nas atividades das agências reguladoras encontra previsão nos dispositivos legais aplicáveis a determinadas agências. Dessa forma, instituem-se veículos de controle social dos seus atos, os quais, quase sempre, causam grande repercussão na esfera de interesses dos usuários e dos cidadãos inseridos na realidade econômica regulada. Os mecanismos fundamentais de participação e controle

social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, consultas públicas e os conselhos consultivos²⁰.

De outra banda, o autor, Rosanvallón, ainda acrescenta a perspectiva da imparcialidade das autoridades independentes como uma dimensão representativa. Isso porque, o comportamento imparcial do ente se revela em uma conduta que leva em consideração todos os pontos de vista possíveis de um problema, buscando não desatender a nenhuma situação. Com efeito, diante da evolução e da propagação das autoridades independentes, entre elas, as agências reguladoras, Rosanvallón chega à conclusão que se constituíram dois polos com mecanismos distintos nas democracias contemporâneas: de um lado, a ordem democrática, *stricto sensu*, organizada em torno da eleição e de outro, uma nova ordem representativa, composta pelas autoridades independentes. Para o estudioso francês, os dois mecanismos conformam um sistema e decorrem de uma evolução histórica, que traduz a dualidade das expectativas dos cidadãos.

Aprofundando a análise acerca da legitimidade das autoridades independentes, Rosanvallón destaca mais um aspecto, o caráter colegiado desses entes. De acordo com o autor, de modo geral, os Conselhos, ou Diretorias são compostos entre cinco a dez membros, variando em cada país, sendo certo que não são eleitos diretamente pelo voto do povo, tal como acontece com as autoridades do Poder Executivo²¹. Contudo, é relevante frisar que o processo decisório das autoridades independentes, por sua composição colegiada, acaba por conferir mais uma característica própria a esses entes, que os diferencia do Poder Executivo. Nesse contexto, observa-se que a decisão da autoridade independente é decorrente de um processo decisório deliberativo e pluralista, ao passo que, no Poder Executivo, há apenas um “*decisor soberano*”²². Esse seria, segundo o autor, mais um aspecto a conferir legitimidade às decisões das agências.

Deste modo, tendo em vista o seu processo decisório pluralista e colegiado, pode-se dizer que a legitimidade das autoridades independentes também deriva dos procedimentos de decisão. Ademais, insta esclarecer que os órgãos de decisão são compostos por personalidades sem mandato político.

20 BINENBOJM, Gustavo. As Agências reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago./set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

21 ROSANVALLÓN, op. cit., p. 142-144.

22 Ibidem, p. 142.

Segundo Rosanvallón, por meio do sistema colegiado, se produzem as condições estruturais de uma deliberação racional e o desenvolvimento de uma forma de inteligência coletiva. Além disso, o caráter plural da autoridade leva, em geral, a melhores decisões que as monocráticas, o que representa, em regra, uma vantagem. O autor ainda destaca que o modo de renovação do colegiado, de forma fracionada, também fortalece a legitimidade das decisões das autoridades independentes, sem contar que a composição colegiada constitui uma proteção às autoridades independentes que têm que muitas vezes enfrentar situações em que têm que aplicar sanções aos entes regulados²³. Por tudo isso, o autor destaca que o sistema colegiado favorece o desenvolvimento de qualidades verdadeiramente democráticas no funcionamento das autoridades independentes.

2.1 A LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO À LUZ DOS FUNDAMENTOS ESTABELECIDOS NO ARTIGO 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A despeito de toda a teoria até aqui desenvolvida acerca da legitimidade das agências reguladoras e de seu poder normativo, é imprescindível a sua análise à luz da Constituição Federal, especialmente no que tange ao art. 1º.

Partindo da premissa de que o fundamento da legitimidade precede à institucionalização do poder político no Estado, Márcio Iorio Aranha aduz que um dos pressupostos do Estado Regulador é a forma como se dá o mecanismo de manifestação da legitimidade. Como se vê, portanto, Aranha atribui à participação política a legitimidade da ação regulatória do Estado, desvinculando-a de uma figura específica.

Pois bem, para o início dessa análise, traz-se à colação o entendimento do referido professor brasileiro, sobre a legitimidade do poder normativo do Estado Regulador:

Assim, outro pressuposto do Estado Regulador está na questão do *modus operandi* de manifestação da legitimidade política. É certo que o Estado Regulador, ao beber da estruturação administrativa do Estado Administrativo, do engrandecimento da figura burocrática, da expertise técnica e da concentração das funções estatais na etapa de planejamento e execução de leis, amesquinha a antes dominante função legislativa de canalização da legitimidade política e, com isso, lança a questão fundamental sobre como a agora predominante função administrativa do Estado, indiferenciada da função política

²³ Ibidem, p. 144.

– ou, sob outro enfoque, tendo avançado sobre ela – angaria legitimidade política.

[...]

Os teóricos do Estado Administrativo também têm sua fórmula: a legitimidade de governar recai sobre o administrador. Nesse aspecto, os caminhos do Estado Administrativo e do Estado Regulador se bifurcam, à medida em que se pode cogitar do Estado Regulador com base nas mais diversas explicações de legitimidade, muito embora o reforço da relação entre legitimidade e expertise técnica seja bem-vinda a pensadores daquela tradição do Estado Administrativo. Não é incomum, entretanto, relacionar-se o Estado Regulador às tradições de participação política da virtude política e do republicanismo em um movimento de despersonalização da legitimidade, que deixa de ser referida ao guardião, ao filósofo, ao estrategista, ao cientista, ao monarca, ao proletariado, ao *Führer*, ser referida à institucionalização da dimensão política do ser. Assim, os pressupostos do Estado Regulador gravitam entre as percepções da regulação como o reino da expertise, passando pela concepção do administrador como síntese de legitimidade de uma distribuição de poderes estatais dividida entre a administração das leis e o poder de veto político e, finalmente, a compreensão da regulação como espaço público ou como institucionalização de virtude política e republicanismo²⁴.

Nessa linha seguida por Aranha, no sentido de que a legitimidade do poder normativo se fundamenta na participação popular no processo de produção normativa, há de se destacar que a Constituição Federal, em seu art. 1º, estabeleceu os fundamentos do Estado brasileiro, bem como instituiu o Estado Democrático de Direito. Além disso, a cidadania e o pluralismo político foram elevados à condição de fundamentos da República Federativa do Brasil. Senão vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

24 ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013. p. 13-15.

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Desse modo, pode-se afirmar que o procedimento de participação popular no processo de elaboração dos atos normativos exarados pelas agências reguladoras revela-se como manifestação da cidadania e do pluralismo político. No mesmo passo, representa o exercício efetivo da democracia, ao permitir que qualquer cidadão tenha o poder de interferir no processo e de modificar efetivamente a norma a ser editada.

Ademais, sob a ótica do cidadão, o direito de participar no procedimento da consulta pública é fundamentado pelo art. 5º da Constituição Federal, inciso XXXIV, que estabelece o direito de petição²⁵. Senão vejamos:

Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Assim sendo, a autoridade administrativa não pode se esquivar de se manifestar sobre a contribuição apresentada pelo cidadão, sob pena de estar violando a garantia constitucional do direito de petição. Outrossim, o art. 37, § 3º, *caput*, da Constituição prevê a participação do usuário na administração direta e indireta, *verbis*:

Art. 37, § 3º: A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

25 BRUNA, Sérgio Varela. *As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 271.

Portanto, a participação popular no processo de produção normativa legitima-o na medida em que se revela como uma manifestação do Estado Democrático de Direito, por meio do exercício efetivo da democracia pelo cidadão, que exerce inclusive o seu direito de petição garantido constitucionalmente e garante o pluralismo político das decisões da agência.

3 CONCLUSÃO

O presente artigo traçou inicialmente um breve histórico do contexto norte americano que culminou no surgimento das agências reguladoras. Foi retratada a desconfiança dos juristas gerada pela quebra de paradigma da concepção tradicional da separação dos poderes, acompanhada, por outro lado, da ampla aceitação dessas instituições independentes pela sociedade, cansada da burocracia que até então dava o tom da administração pública.

Desde a criação das agências reguladoras nos Estados Unidos surgiu um questionamento acerca da constitucionalidade e da legitimidade desses organismos. Contudo, os cidadãos se mostravam cada vez mais confiantes nas instituições independentes do que no Executivo para implementação de soluções em favor dos interesses sociais. Essas novas autoridades criadas se mostraram perante a sociedade mais objetivas e mais imparciais, o que afinal lhes conferia uma legitimidade maior que as autoridades eleitas.

Em seguida, discorreu-se sobre a legitimidade do poder regulamentar das agências reguladoras. Foram apresentadas diferentes perspectivas da legitimidade, incluindo a análise da doutrina estrangeira e brasileira, sendo que foi dado destaque à teoria do autor francês Pierre Rosanvallon.

Como demonstrado, para o autor, a representatividade das autoridades independentes decorre principalmente dos seus procedimentos de participação da sociedade. Ademais disso, foi analisada a legitimidade das agências à luz dos princípios e fundamentos da Constituição Federal, concluindo-se pela legitimidade do poder regulamentar fundamentada na participação da sociedade, por meio da consulta pública, por representar uma manifestação do Estado Democrático de Direito e dos fundamentos republicanos instituídos no art. 1º da Constituição Federal tais como a cidadania e o pluralismo político.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. As Agências reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 06 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADin-MC nº 1.668-DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998.

BRUNA, Sérgio Varella. *As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8881>. Acesso: em nov 2013.

ROSANVALLÓN, Pierre. *La legitimidade democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manatíal.

A COMPETÊNCIA DOS FISCALIS DA ANATEL PARA APREENSÃO DE BENS SEM A NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

*THE AUTHORITY OF ANATEL'S AGENTS TO APPREHEND GOODS
WITHOUT A PREVIOUS COURT AUTHORIZATION*

*Leandro de Carvalho Pinto
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A autoexecutoriedade inerente ao poder de polícia dos fiscais da Anatel para a apreensão de bens; 2 Desnecessidade de prévia autorização judicial para a apreensão de bens pelos fiscais da Anatel; 3 Procedimento para a realização de apreensão de bens pelos fiscais da Anatel; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O Estado tem, entre os poderes necessários ao atendimento do interesse público, o poder de polícia, que tem como característica, entre outras, a autoexecutoriedade de seus atos e decisões. Em razão dessa prerrogativa, agentes do Estado podem, no exercício de atividade fiscalizatória, apreender bens e produtos utilizados para a prática de infrações administrativas ou criminais. No entanto, para a realização de busca desses bens, imprescindível é a prévia autorização judicial que permita aos agentes do Estado procurar, onde quer que estejam, os bens ou produtos a serem apreendidos. É nesse contexto que o presente artigo abordará aspectos inerentes à busca e apreensão por agentes fiscais da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, no exercício do poder de polícia.

PALAVRAS-CHAVE: Anatel. Fiscalização. Busca e Apreensão. Competência. Autorização Judicial.

ABSTRACT: The State has, as one of the powers needed to answer the public interest, the police power, that has, as one of its characteristics, self-executing acts and decisions. Because of this prerogative, the State agents can, in the course of an inspection, apprehend goods and products used in the practice of administrative or criminal infractions. However, to search and apprehend those goods and products wherever they are, the State Agents need a previous court order. In this context, this article addresses aspects inherent to the powers of the Brazilian National Telecommunications Agency public servants to search and apprehend while using their police power.

KEYWORDS: Anatel. Inspection. Search and Apprehend. Competence. Judicial Authorization.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o tema da desnecessidade de prévio requerimento judicial para autorizar agentes do Estado, no caso, fiscais da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, a realizar a apreensão de bens e produtos utilizados na prática de infrações administrativas ou criminais.

Será demonstrado que a prerrogativa de apreensão de bens pelos fiscais da Agência, fundamentada no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 10.871, de 2004, com a redação dada pela Lei nº 11.292, de 2006, é inerente ao poder de polícia que detém o órgão estatal, e em nada conflita com a suspensão da eficácia do inc. XV do art. 19 da Lei nº 9.472, de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADI-MC nº 1.668/DF.

Por outro lado, será confirmado o entendimento de que a atividade de “busca” necessita de prévia autorização judicial para ser realizada por agentes da Anatel.

Em síntese, o propósito deste texto é analisar os aspectos envolvidos na apreensão de bens ou produtos pelos fiscais da Anatel, no exercício das atribuições decorrentes do poder de polícia, bem como os casos em que a busca será necessária, hipótese em que deverá ser precedida de autorização judicial para sua realização.

1 A AUTOEXECUTORIEDADE INERENTE AO PODER DE POLÍCIA DOS FISCAIS DA ANATEL PARA A APREENSÃO DE BENS

O poder de polícia inerente à Administração Pública confere aos seus titulares a possibilidade de exercer suas atribuições sem a interveniência do Poder Judiciário. Ou seja, prescinde de autorização judicial para sua atuação. Essa desnecessidade de prévia manifestação positiva de órgão do Poder Judiciário para os agentes administrativos exercerem as atribuições que compõem sua competência consiste na autoexecutoriedade, característica do poder de polícia.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

A auto-executoriedade (que os franceses chamam de executoriedade apenas) é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário.¹

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, assim conceitua autoexecutoriedade, nominada apenas de executoriedade pelo ilustre jurista, *in verbis*:

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 113.

Executoriedade – é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir *materialmente* o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu.

[...]

No Direito Administrativo a exigibilidade e a executoriedade, ao contrário do Direito Privado, são muito comuns. A exigibilidade é a regra e a executoriedade existe nas seguintes hipóteses:

- a) quando a lei prevê expressamente, que é o caso óbvio;
- b) quando a executoriedade é condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração; isto é, nas situações em que, se não for utilizada, haverá grave comprometimento do interesse que incumbe à Administração assegurar. Isto ocorre nos casos *em que a medida é urgente* e não há via jurídica de igual eficácia à disposição da Administração para atingir o fim tutelado pelo Direito, sendo impossível, pena de frustração dele, aguardar a tramitação de uma medida judicial. Nestes casos entende-se que a autorização para executoriedade está *implícita* no sistema legal, pois é em decorrência dele que a Administração deve garantir a proteção ao bem jurídico posto em risco.²

Assim, decorre da autoexecutoriedade a possibilidade de a Administração Pública, por meio de seus agentes, adotar imediatamente as providências necessárias para modificar a ordem jurídica, impondo aos particulares determinadas obrigações, ainda que contrariamente à vontade destes, em prol do interesse coletivo. Ou seja, a Administração pode impor restrições de caráter geral ou individual, sem depender de prévia autorização do Poder Judiciário, desde que seja uma limitação fundamentada em lei.

Nesse sentido, confirmam-se os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

A prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a *autoexecutoriedade*. Tanto é autoexecutória a restrição imposta em caráter geral, como a que se dirige diretamente ao indivíduo, quando, por exemplo, comete transgressões administrativas. É o caso da apreensão de bens, interdição de estabelecimentos e destruição de alimentos nocivos ao consumo público. Verificada a presença dos

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 423-426.

pressupostos legais do ato, a Administração pratica-o imediatamente e o executa de forma integral. Esse o sentido da autoexecutoriedade.³

Segundo Alexandre Mazza,

[...] a autoexecutoriedade permite que a Administração Pública realize a execução material dos atos administrativos ou de dispositivos legais, usando a força física se preciso for para desconstituir situação violadora da ordem jurídica. No Direito Administrativo francês, é denominada *privilège d'action d'office*.

Trata-se de uma verdadeira “autoexecutoriedade” porque é realizada dispensando autorização judicial.⁴

A autoexecutoriedade não afasta, contudo, a possibilidade de o interessado que se sentir lesado com a atuação administrativa, de buscar a via judicial para impugnar o ato administrativo. Nessa linha de entendimento, confirmam-se lições da doutrina pátria, *in verbis*:

A autoexecutoriedade, por seu turno, caracteriza-se pela desnecessidade de a Administração submeter ao crivo do Poder Judiciário a execução de suas decisões. Vale dizer, os atos da Administração, no exercício do poder de polícia, podem ser imediata e diretamente executados, independentemente de ordem judicial.

Sem embargo, nada impede que o administrado busque o Poder Judiciário em caso de discordar da conduta perpetrada pela Administração, ante a existência de arbitrariedade, desvio ou excesso de poder, uma vez que, segundo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988).⁵

Nesse contexto, os agentes da Anatel, ao realizarem os atos de fiscalização inerentes à sua competência, atuam sob o manto da autoexecutoriedade, característica do poder de polícia detido pelo órgão da Administração Pública.

O fundamento legal para a atuação fiscalizatória da ANATEL e de seus agentes tem suporte jurídico no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Atlas S.A., 2012. p. 87.

4 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 234.

5 LIMA, Marcos Felipe Pinheiro. O instituto da prescrição intercorrente no âmbito da pretensão punitiva das agências reguladoras no exercício do poder de polícia. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 146, abr. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdCntd=91136>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

10.871, de 2004, que assegura a apreensão de bens ou produtos pelos fiscais em exercício nas Agências Reguladoras, como é o caso da ANATEL, bem como no art. 175 da Lei nº 9.472, de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), e no art. 45 da Lei nº 9.784, de 1999. Ademais, os arts. 79 e 80 do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel por meio da Resolução nº 259, de 2001, atribuem à Agência o poder de adotar medidas cautelares em desfavor dos administrados, este último decorrente da necessidade de prévia outorga da Agência para o uso de radiofrequência (caput do art. 163 da LGT⁶). Confira-se a redação dos citados dispositivos, *in verbis*:

Lei nº 10.871, de 2004

Art. 3º São atribuições comuns dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 11.292, de 2006)

I - fiscalização do cumprimento das regras pelos agentes do mercado regulado;

II - orientação aos agentes do mercado regulado e ao público em geral; e

III - execução de outras atividades finalísticas inerentes ao exercício da competência das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras de que trata esta Lei.

Parágrafo único. No exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia, são asseguradas aos ocupantes dos cargos referidos nos incisos I a XVI do art. 1º desta Lei as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções. (Redação dada pela Lei nº 11.292, de 2006)

LGT

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

⁶ Art. 163. O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação.

Lei nº 9.784, de 1999

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências

Art. 79. Constatado o uso não autorizado de radiofrequências, a Agência determinará a interrupção cautelar do funcionamento da estação com fundamento no parágrafo único do artigo 175 da Lei 9.472, de 1997.

Art. 80. O uso não autorizado de radiofrequências é considerado infração grave.

Portanto, os agentes de fiscalização da Anatel, ao exercerem suas atribuições decorrentes do poder de polícia, têm a prerrogativa de apreender bens e produtos utilizados na prática de infrações administrativas. Além disso, podem adotar providências acauteladoras, sem a prévia manifestação do interessado, quando se deparar, por exemplo, com o uso não autorizado de radiofrequências, situação em que os fiscais poderão determinar a interrupção cautelar do funcionamento da correspondente estação.

Desse modo, depreende-se que os fiscais em exercício na Anatel detêm a competência e prerrogativa de promover, por autoridade própria, a apreensão de bens ou produtos, mormente quando utilizados na atividade clandestina dos serviços de telecomunicações.

Acerca dessa autoexecutoriedade de que se reveste a atribuição fiscalizatória da Agência, colaciona-se abaixo ementa de acórdão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO SONORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. NECESSIDADE DE CONCESSÃO, PERMISSÃO OU AUTORIZAÇÃO. EXECUÇÃO DO SERVIÇO SEM PRÉVIA DELEGAÇÃO. LACRAÇÃO DE EQUIPAMENTOS.

1. Nenhuma autoridade do Ministério das Comunicações deve figurar no pólo passivo no mandado de segurança em que se discute a lacração dos equipamentos de radiodifusão sonora.

2. A exploração do serviço de radiodifusão sonora por particulares exige prévia concessão, permissão ou autorização do órgão federal competente (arts. 21, XII, “a”, e 223, ambos da Constituição Federal).

3. Nos casos em que o ordenamento jurídico exige prévia concessão, permissão ou autorização, o início da execução do serviço sem a observância desse requisito não assegura ao interessado o direito de continuar exercendo a atividade.

4. As garantias previstas nos arts. 5º, IX, XIII e XIV, e 220, §1º, da Constituição Federal devem ser interpretadas em consonância com outras normas da Lei Fundamental, especialmente com as constantes dos seus arts. 21, XII, “a”, e 223.

5. A demora injustificada na análise do pedido de registro e/ou de autorização para funcionamento de rádio comunitária pode e deve ser coibida mediante a atuação do Poder Judiciário, mas através da fixação de prazo razoável para a análise do pedido, e não por meio da imediata autorização judicial para o exercício da atividade.

6. *A “lacração” de equipamentos utilizados na execução ilegítima do serviço de radiodifusão sonora se trata de ato de polícia administrativa dotado de auto-executoriedade e respaldado no art. 63, parágrafo único, da Lei 4.117/62 e no art. 3º, parágrafo único, da Lei 10.871/2004.*

7. Apelação e remessa oficial providas. (Grifo nosso).

(AMS 2005.38.00.006583-5/MG, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 31.1.2008, p.140).

Dessa forma, fica demonstrado que a autoexecutoriedade inerente ao poder de polícia dos agentes de fiscalização da Anatel lhes concede a prerrogativa de apreender bens e produtos, de interromper o funcionamento de estações irregulares, sem a prévia manifestação do interessado, bem como de lacrar equipamentos utilizados na execução irregular de serviços de telecomunicações.

2 DESNECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A APREENSÃO DE BENS PELOS FISCAIS DA ANATEL

É oportuno ressaltar que o poder de apreensão previsto no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 10.871, de 20.5.2004, com a redação dada pela Lei nº 11.292, de 2006, não se confunde com a autorização de busca

e apreensão prevista no art. 19, inc. XV, da LGT⁷, que teve sua eficácia suspensa pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI-MC nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 16.4.2004. Confirmam-se trechos do citado acórdão, *in verbis*:

[...] o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei nº 9.472, de 16/07/1997, resolveu:

[...]

2) deferir, por maioria de votos, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do art.19, inciso XV, vencidos os Mins. Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam;

Vale conferir, ainda, trecho do voto vencedor do Relator, Ministro Marco Aurélio, *in verbis*:

Quanto ao inciso XV, exsurge a relevância do pedido formulado. A rigor, o que se tem, na espécie, é o exercício, pela Administração Pública, de maneira direta, a alcançar patrimônio privado, de direito inerente à atividade que exerce. Se de um lado à Agência cabe a fiscalização da prestação de serviços, de outro não se pode compreender, nela, a realização de busca e apreensão de bens de terceiros. A legitimidade diz respeito à provocação mediante o processo próprio, buscando-se alcançar, no âmbito do Judiciário, a ordem para que ocorra o ato de constrição, que é o de apreensão de bens. O dispositivo acaba por criar, no campo da administração, figura que, em face das repercussões pertinentes, a de ser sopesada por órgão independente e, portanto, pelo Estado-Juiz. Diante de tais premissas, defiro parcialmente a liminar para suspender, no artigo 19 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, a eficácia do inciso XV, no que atribuída à ANATEL, isto é, à Agência Nacional de Telecomunicações, a possibilidade de empreender a busca e apreensão de bens. Entendo que a norma contraria o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, que encerra a garantia de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Ocorre que o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.871, de 2004, trata da prerrogativa de apreensão de bens e produtos pelos fiscais

7 Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

das Agências Reguladoras, diversamente da autorização para busca e apreensão tratada na Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 19, inc. XV, com eficácia suspensa pelo STF. Assim, em razão da presunção da constitucionalidade das leis, o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.871, de 2004, permanece em plena eficácia, podendo, pois, fundamentar as atividades de fiscalização da Anatel.

É que a mencionada Lei foi editada após a prolação da decisão cautelar nos autos da ADI nº 1.668/DF e, nos termos do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868, de 1999⁸, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade tem efeito vinculante tão-somente em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, não limitando a atividade principal do Poder Legislativo.

Ademais, os contextos das duas normas são diversos. Um aspecto é a busca e apreensão, prevista na LGT, que pressupõe a possibilidade de o agente público apreender o equipamento onde quer que este se encontre, pois estaria ele investido por lei do poder amplo de busca, incluindo a domiciliar. Outra feição possui a apreensão desprovida do poder de busca, versada na Lei nº 10.871, de 2004, cuja constitucionalidade não fora afastada pelo STF.

Além disso, a Lei nº 10.871, de 2004, ao conceder aos Especialistas e Técnicos em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações da ANATEL a prerrogativa de apreender bens ou produtos no regular exercício de suas atribuições, em nada conflita com o disposto no inc. XV do art. 19 da LGT, uma vez que se trata de nova lei regedora dos limites da atuação dos investidos de cargo público nas Agências Reguladoras, aderindo, desse modo, ao sistema jurídico de atuação e regulamentação das atividades desses órgãos.

O próprio Supremo Tribunal Federal, inclusive, já reconheceu que a aplicação do disposto no art. 3º, par. único, da Lei nº 10.871, de 2004, não descumpra a decisão constante da ADI-MC nº 1668/DF. No julgamento da Reclamação nº 5.310/MT, realizado em processo em que uma rádio comunitária clandestina se insurgiu contra a apreensão de seus equipamentos, a Suprema Corte assentou a plena eficácia da autorização contida no art. 3º, par. único, da Lei nº 10.871, de 2004. Confira-se o teor da ementa, *in verbis*:

RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO QUE
DECIDIDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.668/DF. AGÊNCIA

8 Art. 28 [...]

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

REGULADORA. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA A BUSCA E A APREENSÃO DE EQUIPAMENTOS RADIOFÔNICOS DE EMISSORA DE RÁDIO COMUNITÁRIA CLANDESTINA.

1. No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668/DF, entre vários dispositivos questionados e julgados, decidiu-se pela suspensão do inc. XV do art. 19 da Lei n. 9.472/97, que dispunha sobre a competência do órgão regulador para “realizar busca e apreensão de bens”.
2. Decisão reclamada que determinou o lacre e a apreensão dos equipamentos da rádio clandestina fundamentada no exercício do regular poder de polícia.
3. Ao tempo da decisão judicial reclamada, já estava em vigor a Lei n. 10.871/2004, na redação da Lei n. 11.292/2006, que prevê aos ocupantes dos cargos de fiscal dos órgãos reguladores as prerrogativas de apreensão de bens e produtos.
4. Ausência de descumprimento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.668-MC/DF.
5. Reclamação: via inadequada para o controle de constitucionalidade.
6. Reclamação julgada improcedente. (Grifos nossos).

(STF, Rel 5310, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3.4.2008).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se outros precedentes da jurisprudência pátria, *in verbis*:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÁDIO CLANDESTINA. APREENSÃO DE BENS POR FISCAIS DA ANATEL. LEI Nº 10.871/04. POSSIBILIDADE.

1. A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.668-MC/DF decidiu pela suspensão do inciso XV do art. 19 da Lei nº 9.472/97, o qual autorizava a ANATEL a realizar busca e apreensão de equipamentos de radiodifusão.
2. Com a Lei nº 10.871/04, alterada pela Lei nº 11.292/06, os fiscais dos órgãos reguladores passaram a ter a prerrogativa de promover a apreensão de bens e produtos.

3. Na hipótese, não há de se falar em violação à decisão do col. STF no julgamento da ADIn nº 1.668/DF, pois a apreensão dos equipamentos utilizados na rádio foi fundamentada no art. 3º da Lei nº 10.871/04, e não no art. 19, XV, da Lei nº 9.472/97. (v. STF, Pleno, Rcl 5310/MT, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 16/05/08)

4. Recurso em sentido estrito provido.

(TRF/5ª Região. RSE 1839, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Joana Carolina Lins Pereira, DJE de 16.1.2014, p. 134).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE EQUIPAMENTOS DE RÁDIO COMUNITÁRIA PELA ANATEL. AUSÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DA ADI N.º 1.688. ADVENTO DA LEI N.º 10.871/04. RECLAMAÇÃO N.º 5.310. MEDIDA COERCITIVA MAIS BRANDA. DEVOLUÇÃO DOS EQUIPAMENTOS LACRADOS. INVIABILIDADE. RECALCITRÂNCIA.

1. Hipótese em que, por mandado de segurança, a OSCIP exploradora de Rádio Comunitária pretende obter a devolução dos equipamentos apreendidos pela ANATEL, ao fundamento de que teria havido descumprimento da decisão proferida na ADI N.º 1.688, que suspendeu a eficácia do inciso XV do art. 19 da Lei n.º 9.472/1997, inadmitindo a busca e apreensão administrativa de bens pelos agentes autárquicos.

2. Nada obstante, na Rcl 5.310, o e. STF assentou que o lacre e a apreensão dos equipamentos da rádio clandestina fundamentada no exercício do regular poder de polícia não configuram descumprimento da Medida Cautelar concedida na ADI n.º 1.668, se “ao tempo da decisão judicial reclamada, já estava em vigor a Lei n. 10.871/2004, na redação da Lei n. 11.292/2006, que prevê aos ocupantes dos cargos de fiscal dos órgãos reguladores as prerrogativas de apreensão de bens e produtos”.

3. Com o advento da Lei n.º 10.871/04, a jurisprudência desta eg. Corte consolidou o entendimento favorável à legitimidade da ANATEL para realizar a apreensão de equipamentos: APELREEX1246/AL, Desembargador Federal EDÍLSON NOBRE, Quarta Turma, DJE 25/11/2011, p. 232; AMS101846/AL, Desembargador Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (convocado), Segunda Turma, DJE 29/09/2011, p. 441.

4. Mesmo assim, por ponderação fundada no princípio da proporcionalidade, esta eg. Turma Regional prioriza a medida coercitiva

mais branda, de maneira a interromper a atividade clandestina, primeiro, pelo lacre dos equipamentos, em substituição à apreensão.

5. Contudo, depara-se com a recalcitrância da impetrante em encerrar as atividades irregulares, mesmo com lacre anterior de equipamentos, a justificar a prevalência da medida mais gravosa. Apelação desprovida. [Grifos nossos].

(TRF/5ª Região. AC 532.595, Primeira Turma, Rel. Des. Federal José Maria Lucena, DJE de 14.3.2012, p. 389).

Assim, vê-se que a prerrogativa de apreensão de bens no exercício da atividade fiscalizatória pelos agentes da Anatel encontra respaldo na Lei nº 10.871, de 2004, e na própria jurisprudência, sem que ocorra ofensa à determinação constante da ADI-MC nº 1.668/DF.

Por outro lado, nos termos do parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.871, de 2004 (transcrito retro), em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções, os agentes de fiscalização da Anatel têm a prerrogativa de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, para o fim de bem exercer suas funções.

Nesse sentido, vale frisar que o simples fato de ser dificultada a atividade de fiscalização da Agência já caracteriza outra infração administrativa, a saber: óbice à ação de fiscalização, prevista no art. 3º, inc. XVII, do Regulamento de Fiscalização, aprovado pela Resolução nº 596, de 2012, decorrente da obrigação legal de as prestadoras se sujeitarem à fiscalização da Agência (art. 162, *caput*, da LGT⁹, por exemplo), *in verbis*:

Art. 3.º Para os efeitos deste Regulamento são adotadas as seguintes definições:

[...]

XVII - Óbice à Ação de Fiscalização: ato, comissivo ou omissivo, direto ou indireto, da fiscalizada ou de seus prepostos, que impeça, dificulte ou embarace a atividade de fiscalização exercida pela Anatel mediante oferecimento de entrave à situação dos agentes e recusa no atendimento, não envio ou envio intempestivo de quaisquer dados e informações pertinentes à obrigação da fiscalizada.

Mas, se mesmo com o apoio dos órgãos de segurança pública para acompanhar as atividades de fiscalização, houver obstrução à ação fiscalizatória da Agência, o caminho a ser trilhado será o requerimento, pela Procuradoria-Geral

9 Art. 162. A operação de estação transmissora de radiocomunicação está sujeita à licença de funcionamento prévia e à fiscalização permanente, nos termos da regulamentação.

Federal (PGF), de mandado de busca, a ser expedido pelo órgão competente do Poder Judiciário. Essa hipótese ocorrerá, por exemplo, quando houver suspeita de funcionamento de rádio clandestina em uma casa, sem que exista situação de flagrante delito, e o seu ocupante não permita o acesso dos fiscais ao seu interior.

Desse modo, conclui-se que os fiscais da Anatel detêm a prerrogativa de apreender bens e produtos utilizados na prática de infrações administrativas, em razão do poder de polícia inerente às funções desses agentes. No entanto, se houver a necessidade de ser realizada a busca desses bens, deverá ser obtida a prévia autorização judicial para isso, com a emissão do correspondente mandado de busca pelo Poder Judiciário.

3 PROCEDIMENTO PARA A REALIZAÇÃO DE APREENSÃO DE BENS PELOS FISCAIS DA ANATEL

Embora os fiscais da Anatel não tenham a prerrogativa de realizar busca sem prévia autorização judicial, como salientado neste trabalho, quando houver indícios de flagrante delito na prática da infração administrativa, eles poderão adentrar na casa ou estabelecimento onde o delito está sem executado, sem o auxílio de força policial, a teor do inc. XI do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º [...]

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

As situações caracterizadoras de flagrante delito são aquelas previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Entretanto, a depender da situação, a presença da polícia pode ser necessária, ou até mesmo, imprescindível, ainda que seja caso de flagrante

delito. Mas, em qualquer caso de não haver êxito na atividade fiscalizatória, o mandado de busca pode ser requerido ao Poder Judiciário pela Procuradoria-Geral Federal (PGF).

A necessidade de mandado de busca também existirá na hipótese de infrações administrativas que não se qualifiquem, concomitantemente, como crimes. Cite-se, como exemplo, a utilização ou fornecimento de equipamento não certificado/homologado pela Anatel. Trata-se de infração administrativa, mas cuja prática não constitui crime.

Assim, se os agentes da Anatel pretenderem realizar atividade fiscalizatória no interior de uma casa, mas seu morador não permitir a sua entrada, e não houver qualquer situação que caracterize a existência de flagrante delito, ou se a infração administrativa que se deseja interromper não constituir, também, crime, apenas munidos de mandado de busca que os fiscais poderão adentrar no interior da residência. Nessa hipótese, inclusive, o auxílio de força policial seria irrelevante.

No entanto, é importante ressaltar, novamente, que não existe a necessidade de se requerer autorização judicial para os fiscais da Agência procederem à apreensão de produtos irregulares, ou utilizados em atividade desconforme a legislação de telecomunicações, uma vez que eles já têm a competência legal de realizar apreensão, nos termos do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 10.871, de 2004. A necessidade de ordem judicial se restringe ao aspecto da busca.

Porém, os agentes do órgão regulador devem ter conhecimento prévio sobre a localização dos bens ou produtos a serem apreendidos, visto estarem impedidos de realizar busca, em face da suspensão cautelar, pelo STF, da eficácia do art. 19, inc. XV, da LGT, por meio da ADI-MC nº 1.668/DF.

Diante do exposto, pode-se concluir que, na hipótese de a atividade de fiscalização dos agentes da Anatel ser obstada, ou se houver iminente risco à sua integridade em razão da ausência de mandado de busca, deve ser requerida ao Poder Judiciário a expedição do competente mandado de busca.

Por outro lado, não existe a necessidade de prévia autorização judicial para garantir aos fiscais da Anatel o exercício da prerrogativa de apreensão de bens ou produtos, no gozo do poder de polícia inerente à atividade administrativa do órgão regulador.

4 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, pode-se concluir que os fiscais em exercício na Anatel detêm a competência e prerrogativa de promover, por autoridade própria, a apreensão de bens ou produtos, mormente quando utilizados na atividade clandestina dos serviços de telecomunicações.

Por isso, não existe a necessidade de ser requerida autorização judicial para os fiscais da Agência procederem à apreensão de produtos irregulares, ou utilizados em atividade desconforme a legislação de telecomunicações, uma vez que eles já têm a competência legal para realizar apreensão, nos termos do art. 3º, par. único, da Lei nº 10.871, de 2004. A necessidade de ordem judicial se restringe ao aspecto da busca.

Porém, nos termos do parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.871, de 2004, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções, os agentes de fiscalização da Anatel têm a prerrogativa de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, para o fim de bem exercer suas funções.

Mas, se mesmo com o apoio dos órgãos de segurança pública para acompanhar as atividades de fiscalização, houver obstrução à ação fiscalizatória da Agência, o caminho a ser trilhado será o requerimento de mandado de busca, a ser expedido pelo órgão competente do Poder Judiciário.

Entretanto, é importante frisar que a prerrogativa de apreensão de bens por fiscais da Anatel prescinde de prévia autorização judicial, situação que não ocorre para a realização de busca desses bens, uma vez que apenas o Poder Judiciário tem competência para permitir a realização desse ato.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LIMA, Marcos Felipe Pinheiro. O instituto da prescrição intercorrente no âmbito da pretensão punitiva das agências reguladoras no exercício do poder de polícia. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 146, abr. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=91136>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2013.

DA ANUÊNCIA PRÉVIA PARA TRANSFERÊNCIA DE CONTROLE DE PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

*THE PRIOR CONSENT TO TRANSFER CONTROL OF
TELECOMMUNICATIONS SERVICE PROVIDERS*

Luciana Chaves Freire Félix

Procuradora Federal em Brasília-DF

*Pós-Graduada em Direito Público, em Direito Processual Civil e em Direito
Administrativo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da anuência prévia para transferência de controle de prestadoras de serviços de telecomunicações; 1.1 Do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC; 1.2 Do Serviço Móvel Pessoal – SMP; 1.3 Do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM; 1.4 Do Serviço de Acesso Condicionado – SeAC; 1.5 Do Direito de Exploração de Satélite Brasileiro; 2 Da manutenção da prestação do serviço; 3 Do aspecto concorrencial; 4 Da Regularidade Fiscal; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho aborda os requisitos atinentes aos pedidos de anuência prévia para transferência de controle de prestadoras de serviços de telecomunicações. Assim é que o presente estudo discorre sobre os aspectos que devem ser verificados pela Anatel quando da análise de tais pedidos.

PALAVRAS-CHAVE: Anuência Prévia. Requisitos. Serviços de Telecomunicações. Anatel.

ABSTRACT: This piece of work addresses the requirements for applications for prior consent to transfer control of telecommunications service providers. The present study discusses the aspects that must be verified by Anatel in the analysis of such requests.

KEYWORDS: Prior consent. Requirements. Telecommunications Services. Anatel.

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei nº 9.742/1997, estabelece que depende de prévia aprovação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a cisão, a fusão, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Demais disso, aduz que a aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no artigo 7º da mesma Lei.

Na mesma linha, o Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999 (Resolução nº 101/1999), estabelece, em seu artigo 6º, o seguinte:

Art. 6º Deverá ser submetida previamente à Anatel alteração que possa vir a caracterizar transferência de Controle, especialmente:

I - quando a Controladora ou um de seus integrantes se retira ou passa a deter participação inferior a cinco por cento no capital votante da prestadora ou de sua controladora;

II - quando a Controladora deixa de deter a maioria do capital votante da empresa;

III - quando a Controladora, mediante acordo, contrato ou qualquer outro instrumento, cede, total ou parcialmente, a terceiros, poderes para condução efetiva das atividades sociais ou de funcionamento da empresa.

Parágrafo único. Regulamentação específica poderá dispor sobre submissão a posteriori de alteração de que trata o caput ou mesmo dispensá-la.

(grifos acrescidos)

Sobre o conceito e o objetivo da anuência prévia, Paulo Firmeza Soares elucida¹:

A anuência prévia se afigura como um mecanismo regulatório, com vistas ao bom funcionamento do setor regulado, que tem como objeto, dentre outras operações, as transferências de controle societário. Em

¹ SOARES, Paulo Firmeza. *Os (não) efeitos da prática de ato punível com sanção de caducidade na concessão de anuência prévia regulatória*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3468, 29 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23334>>. Acesso em 24 de abril de 2015.

outras palavras, as sociedades empresárias que atuam em setores regulados, com autorização formal do Poder Público para explorar determinada atividade econômica, para procederem à transferência de controle, dependem da concessão de anuência prévia por parte do poder concedente respectivo, em geral o órgão regulador da área de atuação.

Esse mecanismo busca, de uma maneira geral, analisar a transferência de controle sob a ótica regulatória, por meio de uma visão macro do setor regulado, verificando aspectos jurídicos, sociais, econômicos e regulatórios propriamente ditos, como, por exemplo, eventuais sobreposições de outorgas.

A intenção do presente trabalho é discorrer sobre os requisitos necessários para a aprovação de pedidos de anuência prévia para transferência de controle de prestadoras de serviços de telecomunicações.

1 DA ANUÊNCIA PRÉVIA PARA TRANSFERÊNCIA DE CONTROLE DE PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Quanto aos requisitos necessários para a aprovação do pedido de anuência prévia, além daqueles constantes da LGT e da Resolução nº 101/1999, há de se observar os aspectos concernentes a cada um dos serviços de telecomunicações.

A LGT, conforme acima transcrito, exige que a operação não seja prejudicial à competição e não coloque em risco a execução do contrato, devendo ser observado o disposto no artigo 7º, que dispõe o seguinte:

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Nesse ponto, importa dizer que, sem prejuízo da competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, nos termos da Lei nº 12.529/2011, nos casos em que se enquadrem como passíveis de análise, a Anatel tem a obrigação legal de analisar a operação objeto do pedido de anuência prévia sob o aspecto concorrencial, em razão da competência que lhe foi atribuída pelos artigos 19, XIX, e 71 da LGT.

De fato, a operação deve ser apreciada sob o aspecto concorrencial, no intuito de garantir a competição livre, ampla e justa no setor de telecomunicações, uma vez que a Anatel, conforme os arts. 6º e 7º, §§ 1º e 2º, da LGT, tem o dever legal de impedir a concentração econômica nos mercados relevantes e de resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores dos serviços de telecomunicações.

Isso sem contar, como salientado, a necessidade de a Anatel verificar eventual risco à execução do contrato.

Pois bem. Passemos agora a analisar os aspetos concernentes a cada um dos serviços de telecomunicações, lembrando que, no presente trabalho, serão analisados apenas alguns serviços.

1.1 DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO – STFC

O Regulamento do STFC, aprovado pela Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005, não traz previsão específica sobre a transferência de controle.

No que se refere a esse serviço, portanto, há de se aplicar, além das disposições da LGT e do contrato de concessão, que também prevê a necessidade de anuência prévia para transferência de controle, a Resolução nº 101/1999, que estabelece, em seu art. 7º, o seguinte:

Art. 7º A Anatel, na análise de processo de transferência de Controle, considerará, entre outros, os seguintes aspectos:

I - restrições, limites ou condicionamentos estabelecidos nas disposições legais, regulamentares, editais ou contratuais e vedações à concentração econômica;

II - manutenção das condições aferidas no processo que originou o direito de exploração do serviço, em especial as de habilitação e qualificação previstas no edital de licitação ou na regulamentação;

III - grau de competição no setor e na prestação do serviço;

IV - existência e validade de instrumento jurídico formalmente celebrado em data anterior à vigência deste Regulamento.

Parágrafo único. Sem prejuízo das demais disposições legais e regulamentares, a transferência de Controle somente será aprovada se não prejudicar a competição e não colocar em risco a prestação do serviço.

É importante, portanto, que a Anatel, quando da análise de anuências prévias para transferência de controle atinentes ao STFC, considere os aspectos mencionados e ateste nos respectivos autos a manutenção das condições iniciais da outorga, nos termos do disposto no inciso II do art. 7º do referido Regulamento, ainda que, para tanto, seja necessária a notificação da interessada para apresentação da documentação pertinente.

1.2 DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL – SMP

No que se refere ao Serviço Móvel Pessoal – SMP, nos termos do art. 9º do Plano Geral de Autorizações do Serviço Móvel Pessoal (PGA-SMP), aprovado pela Resolução nº 321, de 27 de setembro de 2002, “as alterações no controle societário de prestadora de SMP estarão sujeitas a controle prévio pela Anatel para fins de verificação das condições indispensáveis à expedição e manutenção da autorização”.

O Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007, por sua vez, remete à Resolução nº 101/1999, que no mesmo sentido, no art. 7º, como já salientado, exige a manutenção das condições atinentes à outorga, dentre outros aspectos mencionados.

Dessa feita, também no que se refere à outorga de SMP, a Anatel, quando da análise de pedidos de anuência prévia para transferência de controle, deve analisar os aspectos estabelecidos pela Resolução nº 101/1999, dentre eles, a manutenção das condições indispensáveis à expedição da autorização, cuja análise é fundamental para a aprovação do pedido.

1.3 DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA – SCM

O Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013, estabelece a necessidade de anuência prévia de alteração que possa vir a caracterizar transferência de

controle e estabelece os requisitos necessários para aprovação da operação. Vejamos:

Art. 34 Deverá ser submetida previamente à Anatel alteração que possa vir a caracterizar transferência de controle, este apurado nos termos do Regulamento de Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999, quando as partes envolvidas na operação se enquadrarem nas condições dispostas no art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

Parágrafo único. A aprovação da transferência de controle levará em consideração a manutenção das condições de autorização ou de outras condições previstas na regulamentação, devendo a prestadora enviar à Agência requerimento contendo sua composição societária, a operação pretendida e o quadro resultante da operação, além da documentação constante dos Anexos I e III deste Regulamento, no que couber.

Como se vê, o dispositivo vincula a necessidade de anuência prévia aos critérios estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529/2011. Assim é que, quando as partes envolvidas na operação se enquadrarem nas condições dispostas no art. 88 da Lei nº 12.529/2011, a alteração que possa caracterizar transferência de controle deverá ser submetida previamente à Anatel.

Pois bem. No que se refere aos requisitos necessários para a aprovação da transferência de controle, verifica-se, da leitura do dispositivo, que ela depende da demonstração da manutenção das condições da autorização. Dessa feita, também em relação à outorga de SCM, é importante que a Anatel verifique a manutenção das condições indispensáveis à expedição da autorização.

Demais disso, observa-se que o Regulamento do SCM estabelece que a prestadora deve enviar à Anatel requerimento contendo sua composição societária, a operação pretendida e o quadro resultante da operação, além da documentação constante dos Anexos I e III do Regulamento, no que couber.

Nesse ponto, portanto, a Anatel deve verificar a documentação apresentada e atestar o cumprimento das disposições regulamentares.

1.4 DO SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO – SEAC

O Regulamento do SeAC, aprovado pela Resolução nº 581, de 26 de março de 2012, também prevê a necessidade de anuência prévia para

transferência do controle societário, devendo ser observado o Regulamento aprovado pela Resolução nº 101/1999. Vejamos:

Art. 30. Depende de prévia anuência da Anatel a operação que resultar em transferência da outorga ou do controle societário, *observado o Regulamento de Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras dos Serviços de Telecomunicações, da Anatel.*

§ 1º As prestadoras deverão observar os conceitos contidos no regulamento de que trata o *caput*.

§ 2º A anuência somente poderá ser concedida se a medida não for prejudicial à competição, não colocar em risco a prestação do serviço e a execução dos compromissos assumidos, observados as normas gerais de proteção à ordem econômica e o disposto nas Leis nº 9.472/1997 e nº 12.485/2011.

§ 3º A Anatel verificará o atendimento das condições estabelecidas e decidirá sobre o requerimento por meio de Ato publicado no DOU.

§ 4º A análise da operação ficará suspensa enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à completa instrução do processo, solicitados pela Anatel.

(grifos acrescidos)

Portanto, no que se refere à prestadora do SeAC, a Anatel, além de verificar se a medida não é prejudicial à competição e não coloca em risco a prestação do serviço e a execução dos compromissos assumidos, deve considerar os aspectos mencionados pela Resolução nº 101/1999 e atestar nos respectivos autos a manutenção das condições atinentes à outorga, nos termos do inciso II do art. 7º do referido Regulamento.

Outrossim, cumpre destacar que o Regulamento do SeAC estabelece, ainda, com quais documentos a interessada deve instruir seu requerimento de transferência de controle, os requisitos para tanto, bem como os aspectos que devem ser verificados pela Anatel quando da análise do pedido. Vejamos:

Art. 34. *Para transferência de controle societário*, a Prestadora deve apresentar requerimento instruído com *os documentos constantes do Anexo II* deste Regulamento.

§ 1º A transferência de controle somente poderá ser efetuada *após o início da prestação comercial do serviço*.

§ 2º A Anatel verificará, para efeitos de comprovação de regularidade perante a Agência para obtenção de autorização do serviço, os seguintes aspectos:

I - regularidade nos pagamentos relativos a créditos tributários e não tributários, constituídos de forma definitiva, mesmo que não tenha havido inscrição em dívida ativa ou no Cadin;

II - não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação de caducidade.

[...]

Art. 36. Para a transferência do controle, a Prestadora deverá enviar à Anatel requerimento contendo a composição societária atual, a operação que pretende efetuar e o quadro social resultante, além da documentação constante do Anexo II deste Regulamento, observando-se o Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações da Anatel.

[...]

(grifos acrescidos)

Portanto, é necessário também que a Anatel ateste, nos autos do pedido de anuência prévia, a apresentação dos documentos necessários pela interessada, bem como o preenchimento das condições necessárias para tanto.

No que se refere ao SeAC, importa salientar que a Lei nº 12.485/2011 impõe ainda a observância de algumas disposições para que o pedido de anuência prévia possa ser aprovado. A primeira delas refere-se aos limites e restrições previstos em seu art. 5º, *verbis*:

Art. 5º O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

§ 1º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido,

direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

[...]

Nesse ponto, a Anatel deve verificar se as empresas envolvidas na operação atendem o dispositivo apontado, bem como se tal vedação também resta atendida pelos controladores e pelos próprios diretores das empresas envolvidas, membros do Conselho de Administração ou de órgão com atribuição equivalente.

Não custa destacar que a Resolução nº 101/1999 conferiu aceção ampla aos termos controle e controladora. Aliás, nos termos dessa Resolução, é equiparada a Controladora a pessoa natural ou jurídica que participe ou indique pessoa para membro de Conselho de Administração, da Diretoria ou de órgão com atribuição equivalente, de outra empresa ou de sua controladora (art. 1º, §1º, inciso I).

Há de se fazer uma interpretação sistemática do art. 5º da Lei nº 12.485/2011 e da Resolução nº 101/1999, para que se verifique a existência ou não de controle vedado.

Enfim, é importante que a Anatel faça uma análise de tais conceitos à luz da Resolução nº 101/1999 e verifique se a restrição contida no art. 5º da Lei nº 12.485/2011 resta atendida não só pelas empresas envolvidas, mas também pelos controladores e pelos próprios diretores das empresas envolvidas, membros do Conselho de Administração ou de órgão com atribuição equivalente.

Outrossim, importa analisar as condições constantes do §§ 7º e 9º do art. 37 da Lei nº 12.485/2011, *verbis*:

Art. 37. *Omissis*

§ 7º Após a aprovação do regulamento do serviço de acesso condicionado pela Anatel, só serão admitidas renovações e transferências de outorgas, de controle, renovações de autorização do direito de uso de radiofrequência, alterações na composição societária da prestadora ou demais alterações de instrumentos contratuais referentes à prestação dos serviços mencionados no § 1º para prestadoras que adaptem seus instrumentos de outorga para o serviço de acesso condicionado.

§ 9º A outorga para a prestação do serviço de acesso condicionado estará condicionada à não detenção de outorgas para os serviços de TV a Cabo - TVC, de Distribuição de Canais Multiponto Multicanal

- MMDS, de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite - DTH ou Especial de Televisão por Assinatura
- TVA pela interessada ou por suas controladas, controladoras ou coligadas, bem como à adaptação de todas as outorgas da interessada e de suas controladas, controladoras ou coligadas para termos de autorização para prestação do serviço de acesso condicionado, nos termos dos §§ 2º e 6º.

Como se vê, a partir da aprovação do Regulamento do SeAC, somente com a adaptação das outorgas para o SeAC é que seria admissível à prestadora transferir o seu controle societário.

Demais disso, é necessário que a prestadora e suas controladoras ou coligadas não detenham outorga para os serviços mencionados e adaptem suas outorgas para prestação do SeAC.

Exige-se, ainda, dentre os requisitos necessários para a concessão da anuência prévia, que seja observado o disposto no art. 1º do Decreto nº 2.617, de 5 de junho de 1998, *verbis*:

Art. 1º As concessões, permissões e autorizações para exploração de serviços de telecomunicações de interesse coletivo poderão ser outorgadas ou expedidas somente a empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, em que a maioria das cotas ou ações com direito a voto pertença a pessoas naturais residentes no Brasil ou a empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

No mesmo sentido, são as exigências constantes do art. 29 da Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado e do art. 2º do Regulamento do SeAC:

Lei do SeAC:

Art. 29. A atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, sendo regida pelas disposições previstas nesta Lei, na Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, e na regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

Parágrafo único. A Anatel regulará e fiscalizará a atividade de distribuição.

Regulamento do SeAC:

Art. 2º A prestação do serviço é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras com sede e administração no País, sendo regida pelas Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações (LGT), e nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado, pelo Regulamento de Serviços de Telecomunicações, pelo termo de autorização celebrado entre a Prestadora e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por este Regulamento e demais normas aplicáveis.

Enfim, nos termos dos dispositivos colacionados, a anuência prévia somente poderá ser aprovada, caso o serviço objeto da operação seja prestado por empresa constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, em que a maioria das cotas ou ações com direito a voto pertença a pessoas naturais residentes no Brasil ou a empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

1.5 DO DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE SATÉLITE BRASILEIRO

O Regulamento sobre o Direito de Exploração de Satélite para Transporte de Sinais de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 220, de 5 de abril de 2000, no que se refere à transferência de controle, estabelece o seguinte:

Art. 54. A transferência do direito de exploração de satélite ou alteração que possa caracterizar transferência de controle da exploradora de satélite, sem prévia anuência da Agência, implicará em caducidade do direito.

Art. 55. Somente será aprovada a transferência do direito de exploração de satélite ou do controle, *se não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do termo de direito de exploração e desde que a pretendente:*

I - *atenda às exigências compatíveis com a exploração do segmento espacial, em relação à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à habilitação jurídica e à regularidade fiscal;*

II - *comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do termo de direito de exploração em vigor, sub-rogando-se nos direitos e obrigações da primitiva exploradora.*

Art. 56. *A transferência do direito de exploração de satélite ou do controle da exploradora somente poderá ser efetuada após a entrada em operação do segmento espacial.*

Parágrafo único. A disposição prevista neste artigo não se aplica às hipóteses da transferência do direito, pela exploradora, para empresa controlada ou para sua controladora e de sucessão hereditária ou cisão, casos em que a transferência dar-se-á a qualquer momento, observado o disposto no art. 55.

(grifos acrescidos)

Como se vê, a transferência do direito de exploração de satélite ou alteração que possa caracterizar transferência de controle da exploradora de satélite somente poderá ser aprovada: (i) se não for prejudicial à competição; (ii) não coloque em risco a execução do termo de direito de exploração de satélite; (iii) a pretendente comprove qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, habilitação jurídica e regularidade fiscal; (iv) a pretendente comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do termo de direito de exploração em vigor; e (v) se segmento espacial já tiver entrado em operação (como regra).

Importante, portanto, que, no caso concreto, a Anatel verifique e ateste o cumprimento de cada uma dessas condições.

2 DA MANUTENÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

No que se refere à manutenção do serviço, é importante que a Anatel verifique se a operação objeto da anuência prévia alterará ou não as condições de prestação dos serviços de telecomunicações ofertados pelas empresas envolvidas. É importante que sejam garantidas as condições aferidas nos processos que originaram os direitos de exploração desses serviços.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 97 da LGT estabelece que a aprovação da anuência prévia será concedida “se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato”.

De fato, a aprovação de pedido de anuência prévia depende, além da comprovação de manutenção das condições da autorização dos serviços cujas outorgas são detidas pelas interessadas, da demonstração de que a operação não trará qualquer risco aos serviços até então prestados.

3 DO ASPECTO CONCORRENCIAL

A Anatel tem a obrigação legal de analisar a operação objeto do pedido de anuência prévia sob o aspecto concorrencial, em razão da competência que lhe foi atribuída pelos artigos 19, XIX, e 71 da LGT².

² Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade,

Nesse sentido, ensina Eduardo Augusto de Oliveira Ramires³:

A ANATEL está intitulada a exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

De fato, a operação deve ser apreciada sob o aspecto concorrencial, no intuito de garantir a competição livre, ampla e justa no setor de telecomunicações, uma vez que a Anatel, nos termos dos artigos 6º e 7º, §§ 1º e 2º, da LGT, tem o dever legal de impedir a concentração econômica nos mercados relevantes e de resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores dos serviços de telecomunicações.

Dessa feita, deve restar consignada nos autos da anuência prévia a ausência de prejuízo à competição e de riscos concorrenciais, para que se afaste qualquer óbice ao pedido sob o aspecto concorrencial.

4 DA REGULARIDADE FISCAL

Por fim, importa destacar que, na análise de pedidos de anuência prévia atinentes a diversos serviços, é preciso que se verifique a regularidade fiscal de todas as empresas envolvidas na operação.

Isso porque, além da regulamentação atinente a cada um dos serviços envolvidos, o art. 7º da Resolução nº 101/1999, como já salientado, estabelece a necessidade de que a Anatel verifique, dentre outros aspectos, a manutenção das condições aferidas no processo que originou o direito de exploração do serviço. E, dentre essas condições, inclui-se, nos termos do art. 133, III, da LGT, a regularidade fiscal.

Nesse ponto, convém registrar que o termo regularidade fiscal abrange os créditos tributários e não tributários (inclusive os decorrentes de multas aplicadas no curso de Procedimentos de Apuração de

impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;

Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

3 RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações – A Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 175.

Descumprimento de Obrigações – Pados), constituídos de forma definitiva (após a coisa julgada), mesmo que ainda não tenha havido a inscrição em dívida ativa ou no Cadin.

Quanto ao tema, vale transcrever a conclusão do Parecer nº 134/2010/BSA/PGF/PFE-Anatel, de 04 de fevereiro de 2010, exarado Procuradoria Federal Especializada junto a Anatel, nos autos do processo nº 53500.001147/2009, cujo entendimento, aliás, foi ratificado pela Procuradoria-Geral Federal:

85. Feitas essas considerações, conclui-se que:

a) o termo regularidade fiscal, abrange os créditos tributários e não tributários;

b) para comprovação da regularidade fiscal, há necessidade da Certidão de Quitação de Tributos e Contribuições Federais da Receita Federal, da Certidão conjunta de Quitação de Tributos e Contribuições Federais e da Dívida Ativa da União da Procuradoria da Fazenda Nacional, *além da Certidão Negativa de Débitos em face da Agência Nacional de Telecomunicações, abarcando todos os débitos devidamente constituídos, independentemente de estarem inscritos em Dívida Ativa ou no Cadin; e,*

c) somente deve ser recusada a expedição de certidão negativa de débitos, em face dos interessados que tiverem em seu nome *dívidas definitivamente constituídas*, no caso dos tributos e multas, após a decisão final do processo administrativo, e na hipótese de preços e encargos, depois do vencimento dos débitos.

(grifos acrescidos)

Muito embora esse parecer mencione, na primeira parte da alínea “b” do item 85, tributos federais, vale registrar que, em atenção ao princípio da simetria nos âmbitos federal, estadual e municipal, para fins de comprovação da regularidade fiscal, devem também ser apresentadas certidões em relação às Fazendas Estadual e Municipal e às Procuradorias das Fazendas Estadual e Municipal.

Aliás, cumpre destacar que a divisão entre Secretaria da Fazenda e da Procuradoria da Fazenda é meramente procedimental, sendo necessário, de qualquer sorte, que as interessadas comprovem sua regularidade fiscal atinente aos débitos inscritos e não inscritos em dívida ativa nos âmbitos

federal, estadual e municipal. Nesse sentido, vale citar os seguintes trechos da conclusão do Parecer nº 585/2014/LFF/ PFE-Anatel/PGF/AGU:

b) Pela adoção do Parecer nº 134/2010/BSA/PGF/PFE/Anatel, exarado nos autos do processo nº 53500.001147/2009, que analisou a abrangência do termo “regularidade fiscal”, cujo entendimento, aliás, foi ratificado pela Procuradoria-Geral Federal;

b.1) Dessa feita, como salientado no presente opinativo, o termo regularidade fiscal abrange os créditos tributários e não tributários (inclusive os decorrentes de multas aplicadas no curso de Pados), constituídos de forma definitiva (após a coisa julgada), mesmo que ainda não tenha havido a inscrição em dívida ativa ou no Cadin. Nesse viés, levando-se em conta a intenção da norma quando condicionou a apresentação de certidões de regularidade fiscal à contratação com a Administração Pública, percebe-se que não há motivo para restringir a abrangência desse termo;

b.2) Nesse sentido, aliás, esta Procuradoria recentemente exarou o Parecer nº 599/2012/DFT/PFE-Anatel/PGF/AGU, cujos termos ora também reitera;

b.3) Tal qual como no âmbito federal, âmbito em que devem ser apresentadas certidões atinentes a débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e os débitos inscritos em dívida ativa da União (DAU, administrados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional), nos âmbitos estadual e municipal, para comprovação da regularidade fiscal, também devem ser apresentadas certidões em relação à Fazenda Estadual/Municipal e à Procuradoria da Fazenda Estadual/Municipal;

b.4) A divisão entre Secretaria da Fazenda e Procuradoria da Fazenda é meramente procedimental ou administrativa, sendo certo que a proponente, para fins de comprovação da regularidade fiscal, deve estar quite com débitos inscritos e não inscritos em dívida ativa;

b.5) Trata-se da aplicação do princípio da simetria nos âmbitos estadual, federal e municipal, evitando-se com isso que ocorra diferença de tratamento entre os participantes do certame;

E não é só, a regularidade fiscal abrange também prova da regularidade relativa à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Nesse sentido, vale citar o art. 51 da Resolução nº 65/1998, que trata da documentação atinente à regularidade fiscal:

Art. 51. A documentação relativa à regularidade fiscal consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativa à sede do licitante;

III - certidão comprobatória de regularidade perante as Fazendas Federal, Estadual, Municipal e, se for o caso, do Distrito Federal, da sede do licitante; e,

IV - certidão de regularidade perante a Seguridade Social, inclusive relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

[...]

Registra-se, ainda, que a aprovação do pedido de anuência prévia pelo Conselho Diretor da Anatel está condicionada à comprovação de regularidade fiscal. É o que se infere, por exemplo, do art. 34 do Regulamento do SeAC, *in verbis*:

Art. 34. Para transferência de controle societário, a Prestadora deve apresentar requerimento instruído com os documentos constantes do Anexo II deste Regulamento.

§ 1º A transferência de controle somente poderá ser efetuada após o início da prestação comercial do serviço.

§ 2º A Anatel verificará, para efeitos de comprovação de regularidade perante a Agência para obtenção de autorização do serviço, os seguintes aspectos:

I - *regularidade nos pagamentos relativos a créditos tributários e não tributários, constituídos de forma definitiva, mesmo que não tenha havido inscrição em dívida ativa ou no Cadin;*

II - não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação de caducidade.

(grifos acrescidos)

De igual maneira dispõe o art. 15, §1º do Regulamento para Arrecadação de Receitas do Fistel (Resolução nº 255, de 29 de março de 2001):

Art. 15. Serão observados os seguintes procedimentos relacionados à obrigatoriedade de arrecadação das Taxas de Fiscalização das Telecomunicações:

I - a licença somente será entregue mediante a quitação da TFI, ressalvados os casos de autorização para funcionamento em caráter experimental;

II - nova licença para funcionamento de estação, em substituição à licença anterior, não interromperá a incidência da TFF no exercício, mesmo que a substituição gere nova incidência da TFI;

III - não haverá expedição de licença para funcionamento de estação para a Prestadora com débitos vencidos.

§ 1º O pedido de qualquer natureza apresentado à Anatel, por parte de Prestadora, somente será analisado conclusivamente se o requerente comprovar regularidade quanto ao recolhimento das receitas do Fistel, exceto alteração cadastral por mudança de endereço de correspondência e sede, razão social, CGC/CPF, cancelamento de licença e extinção de Concessão, Permissão ou Autorização de Serviço de Telecomunicações e de uso de radiofrequência, ou do Direito de Exploração de Satélite Brasileiro ou da autorização do Direito de Exploração de Satélite Estrangeiro no Brasil.

§ 2º Considera-se suspensa a exigibilidade dos débitos com relação às taxas de que trata este artigo, quando forem objeto de processo administrativo ou judicial.

(grifos acrescidos)

Desse modo, o processo de anuência deve estar devidamente instruído, de forma a possibilitar a análise integral dos aspectos regulatórios e concorrenciais, fazendo parte dessa instrução os requisitos de que as interessadas comprovem a regularidade fiscal das empresas envolvidas na operação.

Assim, entende-se que a regularidade fiscal deverá ser suprida caso constem débitos em desfavor envolvidas na operação, devendo eles ser devidamente quitados ou, ao menos, estar com a exigibilidade suspensa, não sendo possível a aprovação da operação se constarem tais pendências. Nesse sentido, caso as interessadas estejam com débitos, nos moldes já referidos, deverá ser procedida à sua notificação para regularização, a qual, caso não realizada, ensejará a não aprovação da operação.

Registre-se que o Conselho Diretor da Anatel tem precedentes no sentido condicionar a aprovação de pedidos de anuência prévia à apresentação dos respectivos documentos comprobatórios atinentes à regularidade fiscal das envolvidas, admitindo, eventualmente, o estabelecimento de prazo para sua regularização. Nesse ponto, entende-se que tais precedentes são razoáveis, desde que, de qualquer sorte, reste devidamente comprovada a regularidade fiscal das envolvidas.

Vale destacar, ainda, que a análise da regularidade fiscal deve ser completa, englobando todos os serviços prestados, na medida em que é de suma importância que as interessadas demonstrem que, com a aprovação da operação, os serviços serão mantidos, sem qualquer risco para tanto – sendo que uma das condições da autorização a serem demonstradas é justamente a regularidade fiscal atinente aos serviços envolvidos.

Demais disso, a regularidade fiscal, como já salientado, deve abranger os créditos tributários e não tributários (inclusive os decorrentes de multas aplicadas no curso de Pados), constituídos de forma definitiva (após a coisa julgada), mesmo que ainda não tenha havido a inscrição em dívida ativa ou no CADIN, o que envolve o exame de todos os Pados em trâmite na Anatel relativos aos serviços de titularidade das envolvidas.

5 CONCLUSÃO

Em vista do exposto no presente trabalho, é forçoso concluir que a análise de pedidos de anuência prévia passa pela verificação de diversos requisitos. Há de se observar, além das disposições constantes da LGT e da Resolução nº 101/1999, os requisitos atinentes a cada um dos serviços envolvidos constantes dos respectivos regulamentos. Isso sem contar a necessidade de comprovação da regularidade fiscal por parte de todas as empresas envolvidas na operação.

Trata-se de importante mecanismo que detém o órgão regulador, de modo a garantir não só que os requisitos regulamentares sejam cumpridos, mas também que a medida não seja prejudicial à competição e que não coloque em risco a prestação do serviço e a execução dos compromissos assumidos.

REFERÊNCIAS

ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações*. Prefácio Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações – A Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SOARES, Paulo Firmeza. Os (não) efeitos da prática de ato punível com sanção de caducidade na concessão de anuência prévia regulatória. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3468, 29 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23334>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*THE REGULATORY POWER OF REGULATORY AGENCIES AS A WAY
TO IMPLEMENT PUBLIC POLICIES*

Luciana Chaves Freire Félix

Procuradora Federal em Brasília-DF

*Pós-Graduada em Direito Público, em Direito Processual Civil e em Direito
Administrativo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da origem do poder normativo das Agências Reguladoras; 2 Das teorias que buscam legitimar o poder normativo das Agências Reguladoras; 3 Do poder normativo das Agências Reguladoras como forma de implementação de políticas públicas; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho aborda o poder normativo das agências reguladoras como forma de implementação de políticas públicas. Assim é que o presente estudo, sem a pretensão de esgotar o assunto, discorre sobre as principais teorias que buscam legitimar o poder normativo. Por fim, é ressaltada a importância do poder normativo das agências reguladoras para efetiva implementação de políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Normativo. Agências Reguladoras. Políticas Públicas. Efetividade.

ABSTRACT: This article addresses the normative power of regulatory agencies as a way to implement public policies. Thus the present study, with no intention to exhaust the subject, discusses the main theories that aim to legitimize the normative power. Finally, the study emphasizes the importance of the normative power of regulatory agencies for the effective implementation of public policies.

KEYWORDS: Normative Power. Regulatory Agencies. Public Policy. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apontar a importância do poder normativo das agências reguladoras como forma de implementação de políticas públicas.

Para tanto, apresenta uma breve distinção entre o poder legiferante e o poder regulamentar e aponta a origem histórica do poder normativo e as principais teorias que buscam legitimá-lo.

Nesse ponto, o objetivo principal do presente trabalho é demonstrar que, independentemente da teoria adotada, o poder normativo das agências reguladoras é sim legítimo e, mais do que isso, é essencial para a efetiva implementação de políticas públicas.

1 DA ORIGEM DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O artigo 2º da Constituição Federal preceitua que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Trata-se de sistema de tripartição de poderes, que devem ser independentes e harmônicos entre si. Na lição de José dos Santos Carvalho Filho, “esse é, aliás, o ponto de equilíbrio do sistema de tripartição de funções: são harmônicos, é verdade, como desenha a Constituição no art. 2º, mas são independentes”¹. Sobre a questão, ensina, ainda, o autor²:

Na verdade, sua independência vem em primeiro lugar; a harmonia – atenuada pela ideia de “interdependência”, que, segundo alguns autores, deve emanar da interpretação de “interdependência” contida no texto – vem depois, porque só admissível quando a própria Constituição o autoriza. Para as linhas que ora se apresenta, o problema central se situa na linha que distancia a lei (em sentido lato) do ato administrativo normativo, ou seja, aquele que, tanto quanto aquela, tem destinatários indeterminados em seu círculo de incidência.

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2015.

De início, há de se distinguir o poder legiferante do poder regulamentar. Enquanto o poder legiferante é primário e gera a lei, o poder regulamentar é secundário e gera o regulamento. José dos Santos Carvalho Filho³ bem conceitua cada um desses poderes:

O primeiro é primário, porque se origina diretamente da Constituição na escala hierárquica dos atos normativos; o segundo é secundário, porque tem como fonte os atos derivados do poder legiferante. Portanto, como regra, afirma-se que o primeiro gera a lei (ou ato análogo com outra denominação) e o segundo o regulamento – caracterizado como ato administrativo e, frequentemente, revestido de denominações diversas (decretos, resoluções, portarias etc).

Sendo ato administrativo, o ato regulamentar é subjacente à lei e deve pautar-se pelos limites desta.

Muito embora, conceitualmente, seja possível distinguir esses dois poderes, na prática, sua distinção nem sempre é tão cristalina. A problemática é ainda maior quando se fala em poder normativo das agências reguladoras.

Nesse ponto, importa destacar que as agências reguladoras surgiram em decorrência do regime de desestatização paulatinamente implementado na Administração Pública⁴. Ou seja, implementada a desestatização, foi preciso criar mecanismos para que o Estado, que não mais prestaria serviços tidos como essenciais, ao menos exercesse controle sobre a prestação desses serviços. É o que bem leciona José dos Santos Carvalho Filho⁵:

[...] é correto admitir que o afastamento do Estado ou de suas pessoas centralizadas do âmbito de alguns serviços, agora transferidos para o setor privado, teria mesmo que provocar a criação de mecanismos estatais de controle dos novos prestadores de serviço. É que, na verdade, os serviços continuaram a ser públicos; os prestadores é que passaram a ser do setor privado.

[...]

³ CARVALHO FILHO, op. cit.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

A ênfase dispensada a esse aspecto tem por escopo demonstrar a necessidade de que o estado se aparelhasse para exercer o devido controle sobre aqueles aos quais fora cometida a atribuição de executar serviços públicos. Anteriormente, o controle era basicamente interno, porquanto executado dentro da própria Administração, mesmo que por estruturas administrativas diversas (como é o caso da relação entre a Administração Direta e as pessoas da Administração Indireta). Com o novo programa, o controle passou a ser externo, sendo controlador o Estado e controlados os prestadores dos serviços, todos agora do setor privado. A relação de controle, desse modo, não relacionava órgãos administrativos entre si, mas sim o estado e particulares.

Esse novo tipo de controle influi no aprofundamento da ideia concernente a *função regulatória*, própria do Estado e voltada para os particulares responsáveis por atividades estatais. [...]

Nesse cenário, surgem as agências reguladoras, inicialmente amparadas pelas insinuações inovadoras contidas nos arts. 21, XI e 177, § 2º, III, da Constituição, com redações introduzidas por Emendas Constitucionais, pelos quais era prevista a criação de “*órgãos*” para controle dos setores elétrico e petrolífero, respectivamente.

Com o desenvolvimento do sistema de desestatização, tais “*órgãos*” foram sendo criados, sob forma de autarquias de regime especial, e nominados de “*agências reguladoras*”, em virtude de sua atribuição fundamental: o exercício da função regulatória.

Como se vê, muito embora os serviços tenham passado a ser prestados pelo setor privado, não perderam a natureza pública que lhes era inerente. Em decorrência dessa evolução, foi preciso criar mecanismos que possibilitassem o efetivo controle dos prestadores de serviço.

Dessa feita, o Estado, ao privatizar a prestação de serviços, antes por ele desenvolvida, precisava, de qualquer sorte, regulá-la. A privatização e a regulação estão intimamente relacionadas. É o que ensina Paulo Roberto Ferreira Mota⁶:

Quando privatiza, terceiriza, concede, delega autoriza, desregulamenta, enfim, outorga juridicamente o exercício de uma atividade de interesse público a um determinado particular, o ente estatal se vê na contingência de

6 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 51-52.

normatizar fortemente o exercício das atividades por parte dos particulares para outros particulares, até mesmo como forma de se legitimar perante sua população e manter a titularidade da atividade em questão.

A questão era saber como o Estado normatizaria a prestação dos serviços pelo setor privado. Nesse contexto, como já salientado, surgiram as agências reguladoras. A grande discussão, no entanto, girava em torno do poder atribuído a essas agências – o poder normativo.

Nesse sentido, o poder normativo foi atribuído às agências reguladoras para que elas editassem normas gerais atinentes ao setor sob seu controle, de modo a regulá-lo e a controlá-lo.

Nas palavras de Letícia Queiroz de Andrade, “costuma-se chamar de ‘poder normativo’ das agências reguladoras a competência a elas atribuída para expedição de normas gerais e abstratas pertinentes a sua área de atuação”⁷.

Tal competência decorre das respectivas leis de criação das agências reguladoras. É o que ensina Letícia Queiroz de Andrade⁸:

Tal competência foi atribuída às agências reguladoras por meio das respectivas leis de criação ou legislação específica de sua área de atuação, com diferenças significativas quanto à extensão do rol de matérias sujeitas à disciplina normativa de cada agência e à forma de atribuição da competência, se feita de modo mais geral ou específico, e cercada de mais ou menos parâmetros para posterior exercício da competência atribuída.

A título exemplificativo, cita-se as leis que criaram a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e a Agência Nacional do Petróleo – ANP:

Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 – institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências: Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

7 ANDRADE, Letícia Queiroz de. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (legitimação, extensão e controle). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-LETICIA%20QUEIROZ.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2015>.

8 Ibidem

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009).

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

[...]

XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

Lei nº 9472, de 16 de julho de 1997 – dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

[...]

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

[...]

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

[...]

Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 – dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho

Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências:

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

Como se vê, todos esses dispositivos trazem expressamente a competência regulatória das respectivas agências, essencial para a implementação das políticas públicas a elas atinentes.

Nesse ponto, cumpre destacar que o poder normativo não se traduz em usurpação da função legiferante. Trata-se de poder legítimo, decorrente da reforma política implementada, e extremamente salutar para a implementação das políticas públicas pelas agências reguladoras. Não fosse esse mecanismo atribuído às agências reguladoras, sua competência de controle e de regulação do setor restaria esvaziada.

2 DAS TEORIAS QUE BUSCAM LEGITIMAR O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Na doutrina, várias são as teorias apontadas para legitimar o poder normativo das agências reguladoras. A Professora Letícia Queiroz de Andrade leciona que as principais teorias que costumam ser apontadas para legitimar o exercício do poder normativo são as seguintes: (i) a atribuição de poder normativo às agências reguladoras seria resultado de uma delegação de competências legislativas (*deslegalização* ou *delegificação*); (ii) o poder normativo atribuído às agências reguladoras tem natureza regulamentar; e (iii) o poder normativo das agências reguladoras tem por objeto a disciplina de vínculos especiais de supremacia ou sujeição estabelecidos com o Poder Público⁹.

A primeira teoria não parece ser apta a legitimar o poder normativo das agências reguladoras, na medida em que há expressa vedação contida na

⁹ ANDRADE, op. cit.

Constituição Federal de delegação de competência legislativa. Aliás, como já salientado, o poder normativo não se confunde com o poder legiferante e não se constitui, nem deve se constituir, em usurpação deste último.

A segunda teoria apontada por Letícia Queiroz de Andrade para legitimar o poder normativo das agências reguladoras é aquela segundo a qual “as respectivas leis de criação teriam lhes outorgado competência regulamentar”¹⁰.

De fato, não há dúvidas de que o poder normativo das agências reguladoras decorre de suas respectivas leis de criação. Resta indagar, no entanto, os limites dessa competência atribuída às agências e se essa teoria, por si só, seria apta a legitimá-lo.

Nesse ponto, a Professora consigna que, embora esteja de acordo com essa teoria, ela não seria suficiente para, isoladamente, legitimá-lo em todas as suas vertentes, na medida em que as regras produzidas pelas agências reguladoras não se restringem à disciplina de aspectos técnicos, editadas por meio de regulamentos de complementação – os quais, aliás, podem ser editados não só pelas agências, mas por quaisquer órgãos ou entidades tecnicamente especializados da Administração Pública¹¹.

Assim é que Letícia Queiroz de Andrade aponta a terceira teoria, que a complementar, qual seja, a teoria que legitima o exercício do poder normativo com base nas condições relativas a vínculos de supremacia ou sujeição especial com o poder público¹²:

37. Com efeito, a área de atuação das agências pode ser dividida da seguinte forma, à qual se agrega exemplos de agências federais que nelas atuam: 1. regulação de *serviços públicos* prestados por terceiros (ANEEL, ANATEL, ANTT, ANTAQ e ANAC) ; 2. regulação da *utilização de bens públicos* por terceiros (ANA, ANP, ANEEL e ANATEL); 3. regulação da atividade de *fomento* (ANCINE); 4. regulação de *atividade econômica monopolizada* (ANP); 5. regulação de *atividade econômica ou social aberta à iniciativa privada* (ANVISA, ANS, ANP, BACEN, CVM).

[...]

40. Ou seja: nas quatro primeiras hipóteses, *em que as agências atuem na condição de quem tem a incumbência legal de disciplinar atividades*

¹⁰ ANDRADE, op. cit..

¹¹ Ibidem.

¹² ANDRADE, Ibidem

realizadas por quem decidiu consensualmente se vincular ao Poder Público, poderão editar, se a respectiva lei de criação assim autorizar, o que se chama de regulamento administrativo, pois relativo apenas a pessoas que estão especialmente vinculadas à Administração Pública, e não à generalidade dos cidadãos.

41. Nesses regulamentos administrativos, não ocorre mera execução de lei para seu fiel cumprimento, nem complementação de aspectos técnicos nela ventilado. Por meio deles, a agência poderá disciplinar o desenvolvimento da atividade, com mais liberdade, estando adstrita, no entanto, às balizas estabelecidas em lei e às condições estabelecidas nos vínculos especiais.

(grifos acrescidos)

Elizangela Santos de Almeida e de Elton Dias Xavier também apontam três teorias utilizadas pela doutrina para justificar o poder normativo das agências reguladoras¹³.

A primeira delas seria a teoria da deslegalização, segundo a qual os atos normativos praticados pelas agências reguladoras teriam seu fundamento de validade na delegação do Poder Legislativo, e, portanto, teriam força de lei.

Os autores, no entanto, assim como Letícia Queiroz de Andrade, não concordam com essa teoria, dada a impossibilidade de o Poder Legislativo dispor das funções a ele reservadas.

Com razão os autores, como já salientado, não há de se falar em delegação de competência do Poder Legislativo, dada expressa vedação constitucional para tanto.

A segunda teoria apontada pelos citados autores é aquela segundo a qual o poder normativo das agências reguladoras seria idêntico aos poderes conferidos ao Poder Executivo pelo art. 84, IV, da Constituição Federal¹⁴.

Segundo eles, no entanto, essa teoria também não merece acolhida, na medida em que se trata de poder conferido com exclusividade ao chefe

13 ALMEIDA, Elizangela Santos de Almeida, e XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11293&revista_caderno=4. Acesso em 20 de abril de 2015.

14 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

do Poder Executivo, não havendo previsão nesse sentido para órgãos da Administração Pública.

De fato, não se observa qualquer previsão constitucional apta a justificar essa teoria.

Por fim, Elizangela Santos de Almeida e Elton Dias Xavier apontam a terceira e última teoria que, segundo eles, seria a mais adequada ao nosso sistema. Segundo essa corrente, “as agências reguladoras expedem atos normativos técnicos, específicos em relação a determinados aspectos da atividade posta sob sua área de regulação”¹⁵.

Nesse ponto, os adeptos dessa teoria destacam que, embora os atos emanados das agências reguladoras sejam gerais e abstratos, não devem ser confundidos com o poder do chefe do poder executivo de editar normas gerais e abstratas para regulamentar as leis em relação a totalidade de determinado setor.

Assim é que os atos normativos devem “restringir-se a questões pontuais e essencialmente técnicas, e circunscreverem-se aos exatos limites da lei permissiva”¹⁶.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁷, por sua vez, bem caracteriza o poder normativo das agências reguladoras, ao destacar a função administrativa de tal poder, sua origem como decorrência lógica e necessária da reforma administrativa do Estado, e seu fundamento nas respectivas leis de criação:

Sobre a atividade regulatória é justo reconhecer que o sistema, nos moldes como foi introduzido, em decorrência da reforma administrativa do Estado, não se situa dentro dos padrões clássicos de atuação de órgãos administrativos no exercício de poder normativo. Mas – também é oportuno realçar – não traduz, em nosso entender, nenhuma revolução no sistema tradicional, mas, ao contrário, *estampa mero resultado de uma evolução natural no processo cometido ao Estado de gestão dos interesses coletivos*.

Não se pode negar que os fenômenos que se instalaram no mundo contemporâneo – como, por exemplo, a globalização, as novas tecnologias, os avanços da informática, a complexidade dos novos serviços públicos – não poderiam mesmo ser enfrentados com as velhas e anacrônicas municiões estatais. O Estado, como bem salientava JÊZE, tem que andar lado a lado com a dinâmica da evolução social, de

15 ALMEIDA, op. cit.

16 Ibidem

17 CARVALHO FILHO, op. cit.

modo que, criadas novas realidades, deve o Estado adequar-se a elas, aparelhando-se de forma eficiente e completa para satisfazer o interesse da coletividade. Aqui o conservadorismo deve ceder lugar à inovação, dentro, é claro, dos paradigmas traçados na lei constitucional.

Por conseguinte, não nos parece ocorrer qualquer desvio de constitucionalidade no que toca ao poder normativo conferido às agências. Ao contrário do que alguns advogam, *trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais* – fato que os especialistas têm denominado de “delegalização”, com fundamento no direito francês (“*domaine de l’ordonnance*”, diverso do clássico “*domaine de la loi*”). *Resulta, pois, que tal atividade não retrata qualquer vestígio de usurpação da função legislativa pela Administração, pois que poder normativo – já o acentuamos – não é poder de legislar; tanto pode existir este sem aquele, como aquele sem este.* É nesse aspecto que deve centrar-se a análise do tema.

[...]

Parece, pois, que, por autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem função regulamentadora, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos. (grifos acrescidos)

Mais do que isso, o autor bem destaca a relação entre o poder normativo das agências reguladoras e o princípio da efetividade. Vejamos¹⁸:

A despeito da polêmica que se instalou sobre o poder normativo das agências reguladoras, consideramos que tal poder não constitui inovação de relevo e que, ao contrário, estampa apenas o exercício do poder de regulamentação classicamente atribuído aos órgãos administrativos.

A disciplina normativa, de caráter basicamente técnico, conferida a tais entidades não indica qualquer vestígio de usurpação do poder legiferante, uma vez que, mesmo editando normas gerais, as agências atuam no exercício da função administrativa.

18 CARVALHO FILHO, op. cit.,.

A sociedade não estava acostumada ao regime introduzido pelas agências. E o novo – como é sabido – sempre produz desconfianças, frequentemente infundadas.

O que importa, na verdade, mais que a questão da legitimidade normativa, é que as agências alcancem efetivamente os fins para os quais foram instituídas no sistema de controle de prestadores de serviços públicos e de certos setores da atividade econômica. O que se quer é que atinjam metas e que persigam resultados.

A sociedade deseja – esse é que nos parece o ponto de mais relevância – que o novo sistema e as agências de que se compõe realcem o princípio da efetividade.

(grifos acrescidos)

De fato, a par das inúmeras teorias e controvérsias atinentes ao poder normativo das agências reguladoras, não há como olvidar que ele surgiu em decorrência da reforma administrativa implementada, contexto em o Estado precisava de instrumentos adequados e eficientes para atingir interesses públicos almejados.

Assim é que, criadas as agências reguladoras, a elas foi atribuído o poder normativo, como poder de regulamentação, com fundamento nas respectivas leis de criação, o qual se constitui em ferramenta fundamental para implementação das políticas públicas pelas agências reguladoras.

3 DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Diz-se que o poder normativo constitui-se em forma de implementação de políticas públicas, porque é por meio dele que elas exercem sua função não só de controle, mas também de regulação do setor que lhes é atinente.

E a regulação, por sua vez, está intimamente relacionada às políticas públicas, na medida em que, por meio delas, a Administração elege projetos importantes e regula sua forma de implementação.

É como se o Estado, para regular, fizesse, antes, um planejamento daquilo que é importante para o setor e traçasse a partir de então políticas públicas a serem implementadas. Marcio Iorio Aranha bem explica a relação entre regulação e planejamento¹⁹:

19 ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013, p. 22/23.

A regulação assimila a qualidade do ‘planejamento’ estatal não como ideologia, mas como método, ou melhor ainda, como tecnologia; como forma de expressão humana criativa oriunda da relação do ser humano com a natureza. Enquanto tecnologia, a regulação é uma forma de produção da existência social dependente de um projeto humano de acompanhamento conjuntural dos sistemas sociais. Assim entendida, a regulação seria melhor definida como uma *tecnologia social de sanção afiativa ou premial orientadora de setores relevantes via atividade contratual, ordenadora, gerencial ou fomentadora*.

Nesse sentido, o poder normativo constitui-se em importante instrumento para que as agências reguladoras alcancem a efetividade de seus projetos – é que ele possibilita que as agências alcancem efetivamente os fins para os quais foram criadas.

Assim, a implementação de políticas públicas, por meio da regulação, permite que o Estado alcance resultados eficazes, e, por via de consequência, atinja interesses públicos almejados. Nesse sentido, é a lição de Marcio Iorio Aranha²⁰:

A regulação, portanto, enquanto regime jurídico regulatório, apresenta-se como um conjunto de disposições normativas e administrativas caracterizadas por seu caráter conjuntural de influência ou controle sobre o ambiente regulado mediante batimento entre resultados esperados e resultados efetivamente alcançados. O mecanismo regulador presente na origem terminológica da regulação apresenta-se como um diferencial do regime jurídico regulatório, revelando-o como um conjunto de atuações normativas capazes de interagir *pari pasu* com rumos efetivamente detectados no ambiente regulado para redirecioná-lo aos deveres normativos de concretização dos direitos fundamentais.

Vale observar que, a bem da verdade, as políticas públicas são, em um primeiro momento, fixadas pelo Poder Público, sendo, a partir de então, executadas pelo próprio governo ou por meio de atividade regulatória atinente aos respectivos setores.

No caso de atividade regulatória, as agências reguladoras utilizam, dentre outros instrumentos que lhe são inerentes, o poder normativo como forma de obter resultados que efetivamente se traduzam no alcance de políticas públicas estabelecidas para o setor. Trata-se, portanto, de importante instrumento em prol da implementação de políticas públicas.

²⁰ ARANHA, op. cit.

Sobre a implementação de políticas públicas, por meio do poder normativo, vale citar a lição de Marcio Sampaio Mesquita Martins²¹:

A idéia central da implementação de políticas públicas através da atividade regulatória, sem perder de vista a importância das políticas aplicadas diretamente pelo poder público, consiste na transferência da responsabilidade e, conforme o caso, dos próprios custos com a implementação de dada política pública para os delegatários de serviços públicos, os quais se tornam obrigados a cumpri-las, nos termos da regulação a qual estão submetidos.

Assim, se o governo pretende implementar, por exemplo, uma política pública de inclusão digital para os menos favorecidos, poderá agir de duas formas: custear e executar diretamente as obras de infra-estrutura para atender à demanda das classes de baixa renda ou implementar uma política regulatória que repasse a responsabilidade (total ou parcial) ao segmento dos delegatários de serviços de telecomunicações. Nesta hipótese, poderia o ente regulador estabelecer, por exemplo, obrigações e metas no sentido de aumentar o fornecimento do serviço e a redução dos seus custos para a população de baixa renda. Assim, tais políticas podem ser executadas pelo setor econômico com as vantagens decorrentes da iniciativa privada, dentre elas a racionalidade, eficiência e economicidade dos seus processos produtivos.

As Agências, em função do seu poder normativo e fiscalizador, dispõem de várias ferramentas capazes de impelir o cumprimento das políticas por parte dos agentes econômicos, o que as tornam elementos eficientes para a instituição e implementação destas políticas, desde que relacionadas, naturalmente, com os ramos econômicos regulados.

Dentre estas ferramentas, as que mais se destacam são os poderes normativos, fiscalizatórios e de outorga. A regulamentação permite a criação de obrigações para os delegatários. A fiscalização assegura o cumprimento destas metas. Já as funções de outorga são úteis para direcionar a atuação dos delegatários desde o início da concessão ou autorização, de modo a afastar questionamentos tais como os relativos à eventual desequilíbrio da relação econômico-financeira.

21 MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *O poder normativo das agências reguladoras como instrumento de implementação de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143096.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

De modo a exemplificar a assertiva de que as políticas públicas podem ser alcançadas pelas agências reguladoras, por meio, dentre outros instrumentos, do poder normativo, Marcio Sampaio Mesquita Martins cita exemplos práticos e bem sucedidos de políticas públicas efetivamente implementadas por meio de regulação das agências. Nesse ponto, vale transcrever dois dos exemplos por ele citados, de modo a melhor elucidar a questão²²:

Em relação ao setor da indústria de telecomunicações, podem-se citar os exemplos das políticas de universalização dos serviços de telecomunicações e de desenvolvimento da telefonia móvel.

As metas de universalização foram tratadas pela Lei Geral de Telecomunicações com bastante detalhamento, pois eram consideradas as mais importantes na época da elaboração da lei. Ressalte-se que a LGT estabelece regras expressas sobre estas políticas, as quais devem ser elaboradas pelo Poder Executivo, por meio de Decreto, e operacionalizadas pela ANATEL, por meio da regulação, contratos de concessão e fiscalização. Consistem na estipulação de metas de atendimento da telefonia em áreas isoladas, pouco habitadas ou consideradas estratégicas para a defesa do país ou para atender a órgãos públicos. A instalação de infra-estrutura de telecomunicações (postes, cabos, centrais, antenas, transmissores, aparelhos telefônicos, etc) nestas áreas gera custos elevados para as concessionárias, custos estes que nem sempre são amortizáveis com o valor do faturamento esperado para a localidade. Entretanto, a legislação estabelece que as despesas com estes investimentos, apesar de serem encargos inerentes aos próprios concessionários, poderão ser parcialmente subsidiadas pelo poder público, por meio de recursos provenientes do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), cuja principal receita é justamente uma contribuição incidente sobre os serviços de telecomunicações. Este subsídio normalmente se destina a cobrir (total ou parcialmente) apenas a parcela não amortizável do investimento em infra-estrutura para atender estas metas, não se destinando, assim, a cobrir integralmente tais despesas.

De se observar, portanto, a inegável função social da política em foco, a qual permite a difusão de meios de comunicação para praticamente todas as áreas habitadas do país, o que traz o mérito de tirar as regiões menos favorecidas do isolamento e abandono.

²² MARTINS, op. cit..

Em relação às políticas públicas relacionadas com a telefonia móvel, também é evidente o enorme crescimento e o barateamento deste meio de comunicação. Graças a políticas públicas bem pensadas o telefone celular deixou de ser um item de luxo e ostentação para se tornar um serviço extremamente útil e acessível, inclusive para as mais baixas camadas sociais. O barateamento decorreu da expansão do serviço, do estabelecimento de um amplo regime de concorrência, da evolução tecnológica, da criação de novos planos de serviços (inclusive os pré-pagos), dentre outros motivos. Certamente esta foi uma política regulatória bem sucedida e de amplo alcance social.

De fato, não há dúvidas de que as políticas de universalização e de desenvolvimento da telefonia móvel constituíram-se em importantes políticas públicas, implementadas por meio de regulação da ANATEL, no exercício de seu poder normativo.

4 CONCLUSÃO

Em vista do exposto neste presente trabalho, é forçoso concluir que o poder normativo das agências reguladoras é decorrência lógica e necessária da reforma administrativa do Estado, uma vez que, com a desestatização, muito embora os serviços tenham passado a ser prestados pelo setor privado, mantiveram sua essência de serviços públicos, daí a necessidade de o Estado criar mecanismos para regular e controlar a prestação desses serviços.

Nesse viés, inúmeras foram as teorias que buscaram legitimar o poder normativo. No presente trabalho, no entanto, muito embora se considere que, de fato, algumas teorias bem o legitimam, conclui-se, pelas mesmas razões apontadas pelo doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, transcritas acima, que o poder normativo das agências reguladoras tem fundamento nas respectivas leis de criação e tem por escopo “estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos” (função regulamentadora)²³.

Dessa feita, não se vislumbra qualquer indício de que, ao exercer o poder normativo, as agências reguladoras usurpariam a função legislativa. O poder normativo das agências reguladoras é sim legítimo e tem fundamento, repita-se, nas respectivas leis de criação.

Mais do que isso, é forçoso concluir que, além de legítimo, o poder normativo das agências reguladoras é essencial para a efetiva implementação

²³ CARVALHO FILHO, op. cit.

de políticas públicas a elas atinentes. Trata-se de importante instrumento de que as agências reguladoras dispõem para que alcancem efetivamente os fins para os quais foram criadas. Não fosse esse mecanismo atribuído às agências reguladoras, sua competência de controle e de regulação do setor restaria esvaziada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Elizangela Santos de Almeida; XAVIER, Elton Dias. *O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11293&revista_caderno=4. Acesso em 20 de abril de 2015.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (legitimação, extensão e controle). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-LETICIA%20QUEIROZ.pdf>>. Acesso em 26 de abril de 2015.

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *O poder normativo das agências reguladoras como instrumento de implementação de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143096.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2015.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

DA MULTIDESTINAÇÃO DA FAIXA DE 2,5 GHZ DECORRENTE DA RESOLUÇÃO Nº 544/2010 E SEUS EFEITOS NOS CASOS DE TRANSFERÊNCIA DE AUTORIZAÇÕES

*MULTI-DESTINATION OF THE 2,5 GHZ RADIO FREQUENCY BAND
PROVIDED BY THE RESOLUTION Nº 544/2010 AND ITS EFFECTS IN
CASE OF AUTHORIZATION TRANSFER*

*Patrícia Ferreira de Holanda Cavalcanti
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução. a) Do cenário regulatório à época da edição da Resolução nº 544/2010. b) Das mudanças implementadas pela Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010. c) Da multidestinação da faixa de 2,5 GHz em caráter primário. d) Efeitos da transferência de outorga. f) Conclusão. Referências.

RESUMO: No exercício de sua competência legal de administrar o espectro de radiofrequências, bem público limitado, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL editou a Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, que modificou a destinação de radiofrequências nas faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, alterando o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz. Essa norma regulamentar previu uma multidestinação da faixa de 2,5 GHz, anteriormente destinada para o MMDS, para a prestação de outros serviços, inclusive em caráter primário. A excepcionalidade da medida, no entanto, não cuidou de uma questão relevante: quais os efeitos da transferência de apenas uma das autorizações para pessoas jurídicas distintas. De fato, essa multidestinação não permite a conclusão de que seria possível a prestação, por parte de duas pessoas jurídicas distintas, na mesma faixa, de diferentes serviços em caráter primário.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução nº 544/2010. Multidestinação. Faixa de Radiofrequências. Caráter Primário. Pessoas Jurídicas Diversas.

ABSTRACT: In exercising its legal competence of managing the radio spectrum, a limited public good, the Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL edicted the Resolution nº 544, August, the eleventh, 2010, that modified the destination of radio frequency bands between 2.170 MHz and 2.172 MHz and between 2.500 MHz and 2.690 MHz. This regulatory rule provided a multi-destination of the 2,5 GHz radio frequency band, previously destined to MMDS system, for providing other services, including in primary character. The exceptionality of this measure, however, didn't consider a relevant question: which are the effects of the transfer of only one authorization to different legal entities. In fact, this multidestination do not allow the conclusion that it would be possible the services, by two different legal entities, using the same radio frequency band, of different services in primary character.

KEYWORDS: Resolution nº 544. Multi-destination. Radio Frequency bands. Primary Character. Different Legal Entities.

INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por força do art. 157 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), possui competência para a administração do espectro de radiofrequências. A lei objetiva garantir o uso racional e econômico deste bem público, já que o espectro é um recurso limitado e, com isso, deve ser utilizado da forma mais eficiente possível.

Para tanto, a Agência pode alterar a destinação das faixas de radiofrequências quando observar que não está ocorrendo o uso eficiente do espectro. E foi no exercício dessa competência que foi editada a Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, que modificou a Destinação de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, republicando, com alterações, o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz.

A modificação da destinação da faixa de 2,5 GHz decorreu da constatação, pela Agência, do uso ineficiente do espectro destinado ao Serviço de Distribuição Multiponto Multicanal – MMDS e a ampliação da demanda por serviços de banda larga, cujo atendimento se tornou possível em razão da alteração realizada. A norma editada pela Agência previu, em razão do significativo encolhimento da faixa destinada ao MMDS, a possibilidade de outorga, aos então ocupantes da faixa de autorização para o uso de radiofrequências, em caráter primário, para os outros serviços para os quais a faixa passou a ser destinada.

Passados quase cinco anos da edição da Resolução nº 544/2010, ainda podem ser observadas peculiaridades decorrentes da excepcional multidestinação da faixa em caráter primário. Nesse aspecto, questão interessante surge na hipótese de transferência de um dos serviços detidos pelas prestadoras de MMDS que ocupavam a faixa, conjuntamente com o direito de uso de radiofrequências. Nesse caso, é importante avaliar a possibilidade de prestação simultânea de dois serviços em caráter primário, por duas pessoas jurídicas distintas na mesma faixa de radiofrequências.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar o cenário vigente à época da edição da norma, bem como os efeitos da transferência de uma das outorgas das prestadoras de MMDS que obtiveram autorização para o uso de radiofrequências para a prestação de outros serviços em caráter primário por força da norma em questão.

a) Do cenário regulatório à época da edição da Resolução nº 544/2010

O espectro de radiofrequências é definido pelo art. 4º, XXI do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução nº 259, de 19 de abril de 2001 da seguinte forma:

Art. 4º Para os efeitos deste Regulamento, considera-se:

[...]

XXI - espectro de radiofrequências: bem público, de fruição limitada, cujo uso é administrado pela Agência, que corresponde a uma parte do espectro eletromagnético abaixo de 3000 GHz, que se propaga no espaço sem guia artificial e que é, do ponto de vista do conhecimento tecnológico atual, passível de uso por sistemas de radiocomunicação

A Lei nº 9.472/97 definiu, em seu art. 157, que o espectro de radiofrequências é um recurso público limitado e incumbiu à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a sua administração.

A respeito da escassez do espectro, Guilherme Leno Costa¹ esclarece:

A razão de o legislador ter caracterizado o espectro de radiofrequências como recurso limitado ou “escasso” consiste na possibilidade do uso simultâneo de uma mesma faixa de radiofrequência, numa mesma área geográfica, resultar em interferência prejudicial, o que impossibilita ou prejudica a transmissão, emissão ou recepção dos sinais. Além disso, do ponto de vista das aplicações, existem faixas de radiofrequências preferidas em detrimento de outras, outro motivo pelo qual as tornam um recurso escasso para o atendimento de todos os interessados em explorá-las.

Justamente por tratar-se de um recurso escasso, cabe à Agência Reguladora estabelecer a destinação das faixas de radiofrequências, de forma a buscar a utilização mais adequada e efetiva desse bem. Para tanto, a legislação garante até mesmo que seja promovida a modificação da destinação de radiofrequências ou faixas. A LGT é expressa nesse sentido:

Art. 159. Na destinação de faixas de radiofrequência serão considerados o emprego racional e econômico do espectro, bem como as atribuições, distribuições e consignações existentes, objetivando evitar interferências prejudiciais.

¹ COSTA, Guilherme Leno. Administração e uso do espectro de radiofrequências no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 5968, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=38311>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

Parágrafo único. Considera-se interferência prejudicial qualquer emissão, irradiação ou indução que obstrua, degrade seriamente ou interrompa repetidamente a telecomunicação.

Art. 160. A Agência regulará a utilização eficiente e adequada do espectro, podendo restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas, considerado o interesse público.

Parágrafo único. O uso da radiofrequência será condicionado à sua compatibilidade com a atividade ou o serviço a ser prestado, particularmente no tocante à potência, à faixa de transmissão e à técnica empregada.

Art. 161. A qualquer tempo, poderá ser modificada a destinação de radiofrequências ou faixas, bem como ordenada a alteração de potências ou de outras características técnicas, desde que o interesse público ou o cumprimento de convenções ou tratados internacionais assim o determine.

Parágrafo único. Será fixado prazo adequado e razoável para a efetivação da mudança.

A faixa de 2,5 GHz era ocupada originalmente pelas prestadoras de Serviço de Distribuição Multiponto Multicanal – MMDS, uma das modalidades de Serviços Especiais regulamentados pelo Decreto nº 2.196, de 08 de abril de 1997, utilizado para a transmissão de sons e imagens. Todavia, no exercício de suas funções regulatórias, a Agência passou a verificar o declínio da utilização do sistema utilizado para a exploração deste serviço, em decorrência de sua estagnação tecnológica, que permite um baixo número de canais, não existindo perspectivas de crescimento e expansão da prestação do serviço.

Por outro lado, foi constatado que a faixa em questão poderia ser utilizada de forma mais eficiente por outros serviços, notadamente o Serviço de Comunicação Multimídia, destinando-se à exploração de tecnologias mais modernas. Concluiu a Agência, portanto, que o redimensionamento da faixa destinada ao MMDS e a destinação a outros serviços implicaria em maior eficiência do uso do espectro de radiofrequências, atendendo ao interesse público.

Foi justamente nesse cenário de declínio progressivo do MMDS que a Agência entendeu por reavaliar e redimensionar o espectro de radiofrequências. Os parâmetros para a realização da mudança de destinação da faixa de 2,5 GHz foram definidos pela Agência e consolidados na Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, cujas mudanças serão adiante especificadas.

b) Das mudanças implementadas pela Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010

A edição da Resolução nº 544/2010, que modificou a destinação de radiofrequências nas faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, republicando, com alterações, o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, decorreu justamente do exercício do poder-dever de administração do espectro de radiofrequências atribuído à Anatel.

Anteriormente, a Resolução nº 429, de 13 de fevereiro de 2006, que aprovou o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, já vislumbrando o declínio da exploração do MMDS, determinou a manutenção das faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz para o MMDS e destinou as subfaixas de 2.500 MHz a 2.530 MHz e de 2.570 MHz a 2.650 MHz ao Serviço de Comunicação Multimídia – SCM.

Em outras palavras, a Agência entendeu por destinar a faixa em questão também para a prestação do SCM, um serviço de banda larga, visando uma utilização mais eficiente do espectro.

Posteriormente, com a edição da Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, foram adotadas outras medidas para a melhor utilização da faixa que era destinada ao MMDS. A mencionada Resolução alterou a destinação de Radiofrequências nas faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz com o objetivo de aumentar a eficiência do uso do espectro, considerando, sobretudo, a baixa atratividade do MMDS e a valorização da faixa de 2,5 GHz, reservando disponibilidade para serviços móveis e de banda larga.

Isso porque foi verificado, sobretudo, um crescente aumento na demanda por serviços de banda larga móvel e de acesso fixo sem fio, que poderiam ser explorados mediante a utilização da faixa de 2,5 GHz e o declínio da prestação do MMDS. Considerou-se a ineficiência no uso do espectro, já que os 190 MHz anteriormente destinados àquele serviço atendiam menos de 400 (quatrocentos) mil assinantes.

Ademais, a tendência à facilitação e à ampliação do acesso à banda larga também estava refletida na regulamentação internacional, incluindo-se recomendações da CITELE (Inter-American Telecommunication Commission) e da UIT (União Internacional de Telecomunicações).

A modificação da destinação da faixa também teve por objetivo o atendimento das determinações do Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, que instituiu o Programa Nacional de Banda Larga – PNBL, que determinou, em seu art. 1º, que o objetivo de fomento e difusão do uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e

comunicação deveriam promover a massificação do acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga, acelerar o desenvolvimento econômico e social; promover a inclusão digital e aumentar a autonomia tecnológica e a competitividade brasileiras.

Ademais, o art. 6º da mesma norma atribuiu à Agência a implementação e execução da regulação desses serviços, orientadas, dentre outras diretrizes, pela gestão de infraestrutura pública e de bens públicos, inclusive de radiofrequências, para reduzir os custos do serviço de conexão à Internet em banda larga e a ampliação *da oferta de serviços de conexão à Internet em banda larga na instalação da infraestrutura de telecomunicações, observando as políticas estabelecidas pelo Ministério das Comunicações*.

No entanto, considerando a ocupação da faixa em questão, ideal para a prestação dos serviços de banda larga, pelo MMDS, foi editada a mencionada Resolução nº 544/2010, promovendo um redimensionamento da faixa para que fosse possível a massificação dos serviços de banda larga.

Essa preocupação foi retratada na Análise nº 529/2010-GCJR², de 30.07.2010, que assim fundamentou a aprovação da proposta regulamentar que resultou na edição da Resolução nº 544/2010:

3.2.4.12. Do contexto, denota-se como essencial a necessidade de se atender a crescente e acelerada demanda por serviços móveis – banda larga (dados) e voz. Para tanto, o Brasil conta atualmente com apenas 555 MHz de espectro destinados ao SMP (355 MHz – Res. 454/2006; 200 MHz – Res. 537/2010), sendo que estudos baseados na metodologia recomendada pela UIT indicam que o Brasil deve necessitar de 980 MHz até 2015 e de 2.060 MHz até 2020 para atendimento desta demanda.

3.2.4.13. Verifica-se, portanto, a necessidade premente de se destinar adicionalmente ao SMP, cerca de 425 MHz até 2015, para o atendimento da demanda por serviços móveis. Relevante destacar que em 2014 o Brasil deve sediar a Copa do Mundo de Futebol, sendo assim, o serviço móvel deve dispor da capacidade adequada para o atendimento desta demanda adicional e representativa.

3.2.4.14. Nesse sentido, há que se ponderar que destinando toda a faixa de 2,5 GHz ao SMP, ou seja, 190 MHz, conforme proposto, ainda assim há insuficiência de espectro para atender à rápida e expressiva demanda por serviços móveis – banda larga (dados) e voz.

2 Análise nº 529/2010-GCJR, de 30.07.2010. Processo nº 53500.002612/2007. Relator: Conselheiro João Batista de Rezende.

3.2.4.15. Já o serviço MMDS, conforme comentado, este vem experimentando, no mundo, estagnação e declínio, independentemente das alterações ora propostas pela Agência na destinação da faixa. No Brasil, entre junho de 2009 e 2010 o número de assinantes sofreu redução de 11,97%, correspondentes a 46.105 mil assinantes.

3.2.4.16. Admitindo-se o mesmo crescimento dos demais serviços de TV por Assinatura, cerca de 18,2% ao ano, o serviço atingiria tímidos 560 mil e 782 mil assinantes em 2013 e 2015, respectivamente.

[...]

3.2.4.19. O sistema no qual se baseia o MMDS, tem dado mostras de não receber incentivos para sua consolidação, especialmente, fora do mercado das Américas, haja vista que não é usado em 14 países da Europa – dentre eles: Espanha, Itália, UK, Portugal, França e Alemanha, bem como em 10 países da Ásia – dentre eles: Japão, Austrália, Índia e Hong-Kong. Portanto, deve faltar escala mundial ao serviço, o que amplia as incertezas tecnológicas e mercadológicas acerca do mesmo.

3.2.4.20. Do contexto, depreende-se com facilidade que o serviço MMDS não faz uso eficiente do espectro, vez que atualmente 190 MHz do espectro de radiofrequências na faixa de 2,5 GHz é utilizado para atender apenas 339 mil assinantes, que representam também apenas 3,05% do total de assinantes de TV por Assinatura.

3.2.4.21. Ademais, conforme já comentado nos subitens 3.2.1.7. a 3.2.1.8. anteriores, existem opções aos assinantes do MMDS no Brasil, que contam atualmente com 8 (oito) prestadores de DTH e mais 103 prestadores de serviços de TV a Cabo, para atendê-los. Vale notar, ainda, que cerca de 70% dos assinantes de MMDS, pertencem a empresas que possuem outorgas de DTH ou TV a Cabo, como Telefônica, Net e SKY, sendo que já se pode observar um movimento natural de migração de assinantes para os outros serviços, em especial DTH, como também de crescimento da base de assinantes dos outros serviços, mais focados pelos grupos.

Como pode ser observado dos termos da Análise proferida pelo Conselheiro Relator, a edição da Resolução nº 544/2010 decorreu de um cenário no qual a demanda por serviços de banda larga crescia de forma acelerada, considerando, inclusive, a proximidade da realização da Copa do Mundo de Futebol, sediada pelo Brasil. Por outro lado, constatou-se

que a prestação do MMDS não faria jus ao uso eficiente do espectro, encontrando-se em declínio.

A conduta adotada pela Agência atingiu diretamente os interesses dos operadores de MMDS que exploravam este serviço na faixa de 2,5 GHz. Apesar de não ter sido extinta a possibilidade de prestação deste serviço, que continuou a poder ser prestado, em caráter primário, na parte central da faixa de 2,5 GHz.

A redução decorrente do redimensionamento da faixa foi significativa, eis que a destinação para o MMDS, que era de 190 MHz, passou a ser de apenas 50 MHz. Em outras palavras, 140 MHz, antes destinados à prestação do MMDS passaram a ser destinadas à utilização de outros serviços, racionalizando a utilização do espectro.

Nesse aspecto, a regulamentação editada pela Agência permitiu às prestadoras do MMDS a migração, sem quaisquer ônus, para a faixa de 25 GHz ou 37 e 38 GHz, desde que solicitada no prazo de 12 (doze) meses após a publicação da Resolução nº 544/2010, observada a regulamentação vigente. Essa possibilidade foi prevista no §4º do art. 10 da Resolução:

Art. 10. Estabelecer que as autorizações de uso de radiofrequências na faixa de 2.500 MHz a 2.690 MHz, para prestação do MMDS, observado o previsto no art. 3º, passam a observar os seguintes critérios e condições:

[...]

§ 4º Os atuais detentores de autorização para explorar o MMDS poderão solicitar à Agência, em até 12 (doze) meses após a publicação desta Resolução, autorização de uso de radiofrequências, nas mesmas áreas de prestação de serviço atuais, para remanejamento de sistemas, no todo ou em parte, em um dos seguintes conjuntos de subfaixas de radiofrequências, observada a regulamentação vigente para as subfaixas:

I - de 25,350 GHz a 25,475 GHz e de 25,475 GHz a 25,600 GHz; ou

II - de 37,646 GHz a 37,814 GHz e de 38,906 GHz a 39,074 GHz.

§ 5º Estabelecer que a alteração de características técnicas das estações dos sistemas do MMDS já autorizados para atendimento ao estabelecido nos §§ 1º a 4º acima, será a título não oneroso.

[...]

§ 7º Fica estabelecido o prazo máximo de 30 de junho de 2013 para a efetivação do remanejamento para quaisquer das alternativas previstas nos incisos do § 4º anterior.

§ 8º A opção de que trata o § 4º implicará a extinção, por renúncia, por parte do detentor das autorizações existentes de uso de radiofrequências para a prestação do MMDS contidas nas faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e nas subfaixas de 2.500 MHz a 2.570 MHz e de 2.620 MHz a 2.690 MHz, com efeitos a partir de 1º de agosto de 2013.

§ 9º No caso específico de exercício da opção supracitada no § 4º, o prazo de vigência das autorizações de uso das novas radiofrequências será o prazo remanescente das respectivas autorizações de uso de radiofrequências existentes, preservando-se o respectivo direito à prorrogação destas, quando aplicável, mantidas as demais disposições dos respectivos Termos de Autorização.

§ 10. Os prazos estabelecidos nos §§ 4º e 7º deste art. são improrrogáveis e o não cumprimento dos mesmos implicará o decaimento do direito, com a correspondente extinção da autorização de uso da radiofrequência, no caso do § 7º.

A Resolução nº 544/2010 também inovou ao possibilitar a outorga de uso de radiofrequências para a exploração dos demais serviços para os quais a faixa passou a ser destinada às empresas que ocupavam a faixa para a prestação do MMDS, independentemente da realização de procedimento de licitação. E essa excepcional multidestinação da faixa trouxe questões peculiares, em especial quando ocorre a transferência de uma das outorgas para pessoa jurídica diversa.

Esses aspectos serão objeto de análise específica nos tópicos seguintes.

c) Da multidestinação da faixa de 2,5 GHz em caráter primário.

Como forma de minorar os prejuízos sofridos pelos prestadores de MMDS em razão do redimensionamento da faixa de 2,5 GHz destinada àquele serviço, a Resolução nº 544/2010 previu a possibilidade de autorizar-se a exploração dos outros serviços para os quais a faixa passou a ser destinada para aqueles que exploravam o MMDS.

Nesse aspecto, convém verificar o que dispõe o art. 14 da Resolução nº 544/2010, que possibilitou a opção de prestação de outros serviços aos prestadores do Serviço de MMDS já ocupantes da faixa de 2,5 GHz, nas

subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz e de 2.620 MHz a 2.630 MHz (10 + 10 MHz), bem como na subfaixa de 2.570 MHz a 2.620 MHz (50 MHz), observados os requisitos legais:

Art. 14. Observado o § 3º do art. 3º e os §§ 4º a 10 do art. 10, poderá ser outorgado, o uso de radiofrequências aos prestadores de MMDS autorizados até a data de publicação desta Resolução nas subfaixas de radiofrequências a seguir indicadas, para a prestação dos demais serviços a que a subfaixa esteja destinada, mediante solicitação do interessado e observado o que segue.

§ 1º Nas subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz e de 2.620 MHz a 2.630 MHz, a solicitação do interessado deve ocorrer em até 12 (doze) meses após a data de publicação desta Resolução, sendo que a entrada em operação comercial deve ocorrer em até 18 (dezoito) meses após a outorga da correspondente autorização.

§ 2º Na subfaixa de 2.570 MHz a 2.620 MHz a entrada em operação comercial deve ocorrer em até 18 (dezoito) meses após a outorga da correspondente autorização.

§ 3º Nas subfaixas de 25,350 GHz a 25,475 GHz e de 25,475 GHz a 25,600 GHz e nas subfaixas de 37,646 GHz a 37,814 GHz e de 38,906 GHz a 39,074 GHz, a solicitação do interessado deve ocorrer em até 12 (doze) meses após a data de publicação desta Resolução, sendo que a entrada em operação comercial deve ocorrer em até 18 (dezoito) meses após a outorga da correspondente autorização.

§ 4º Os prazos estabelecidos nos §§ 1º a 3º deste artigo. são improrrogáveis e o não cumprimento dos mesmos implicará o decaimento do direito e a extinção da correspondente autorização de uso da radiofrequência.

§ 5º O prazo de vigência das autorizações de uso das radiofrequências para a prestação dos demais serviços será o prazo remanescente das autorizações de uso de radiofrequências para prestação do MMDS na faixa de 2.500 MHz a 2.690 MHz existentes na data de publicação desta Resolução, preservando-se o respectivo direito à prorrogação da autorização de uso das radiofrequências, quando aplicável, observada a regulamentação.

§ 6º As outorgas de uso das radiofrequências para a prestação dos demais serviços para os quais a faixa esteja destinada, devem observar as seguintes diretrizes:

I - Sem prejuízo das demais disposições legais e regulamentares, a solicitação somente será aprovada pela Agência se atender ao interesse público, não prejudicar a competição no setor e maximizar o uso eficiente do espectro.

II - A Agência poderá determinar a devolução de parte da subfaixa de radiofrequência, caso se configure potencial prejuízo à competição, em especial quando decorrente da concentração de meios como infraestruturas de suporte à prestação de serviços.

III - A outorga de uso de radiofrequências para prestação dos demais serviços para os quais a faixa esteja destinada em caráter primário se dará de forma onerosa, mediante o pagamento de preço público e condições de pagamento estabelecidos pela Anatel, sendo o preço público correspondente ao Valor Presente Líquido (VPL), calculado pelo Método do Fluxo de Caixa Descontado, ou ao valor calculado de acordo com o disposto no Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (PPDUR), aprovado pela Resolução nº 387, de 3 de novembro de 2004, e alterações posteriores, o que for maior.

Como pode ser observado da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, a possibilidade de outorga do uso de radiofrequências nas subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz e de 2.620 MHz a 2.630 MHz (blocos de 10 + 10 MHz) e de 2.570 a 2.620 MHz (blocos de 50 MHz) para a prestação dos demais serviços a que as subfaixas estejam destinadas foi restrita aos prestadores de MMDS autorizados até a data de publicação da Resolução, o que ocorreu no Diário Oficial da União de 16.08.2010.

Ademais, a norma exige, ainda, a expressa manifestação de interesse dos prestadores no prazo improrrogável de 12 (doze) meses no caso das subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz a 2.620 MHz a 2.630 MHz e 18 (dezoito) meses no caso das subfaixas de 2.570 MHz a 2.620 MHz, contados da data da publicação da Resolução. Em ambos os casos, a entrada em operação comercial deveria ocorrer em até 18 (dezoito) meses após a outorga da autorização correspondente, sob pena de decaimento do direito e a extinção da correspondente autorização de uso da radiofrequência.

Essa possibilidade foi prevista pela Agência em razão do redimensionamento da faixa utilizada para a prestação de MMDS, tratando-se, portanto, de hipótese excepcional em que se admite a exploração de outros serviços na faixa de radiofrequência antes associada ao MMDS, sem a realização de procedimento licitatório.

Em outras palavras, a previsão regulamentar em questão foi uma espécie de “reparação” às empresas que exploravam o MMDS na faixa no momento em que foi alterada a sua destinação. Considerando que a prestação do MMDS encontrava-se sem perspectivas de ampliação, a possibilidade de outorgar-se autorização para a exploração dos outros serviços aos quais a faixa também passou a ser destinada conferiu maior amplitude negocial ao viabilizar a utilização dos blocos de radiofrequências para a exploração do SCM, do SMP, do STFC e do SLP.

De fato, a previsão regulamentar permitiu a expansão dos negócios das exploradoras do MMDS, conciliando a necessidade de uso eficiente do espectro de radiofrequências com os interesses daquelas prestadoras.

É importante observar que a autorização para a exploração dos outros serviços aos quais a faixa passou a ser destinada foi concedida em caráter primário, exceto quanto ao STFC, à qual foi destinada em caráter secundário.

Quanto a esse aspecto, a Análise nº 529/2010-GCJR, que analisou a Proposta de Resolução para Republicação, com Alterações, do Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, consignou que a Agência ficaria impedida de licitar as faixas em questão para a prestação de outros serviços.

Por esta razão, concluiu-se pela conveniência e oportunidade da previsão de possibilidade de outorga do uso das faixas em questão aos demais detentores de MMDS para a prestação dos demais serviços aos quais a faixa passou a destinar-se em caráter primário. Isso porque, considerando que a faixa não poderia ser licitada para os demais serviços, restando configurada a impossibilidade de prestação de outros serviços na faixa, permitir-se a outorga dos demais serviços seria consagrar o uso eficiente do espectro.

Nos termos do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução nº 259/01, o uso de radiofrequências em caráter primário é caracterizado pelo direito à proteção contra interferências prejudiciais. Isso significa que a prestadora que possui o direito de uso de radiofrequências em caráter primário poderá acionar a Anatel para que cessem eventuais interferências na exploração do serviço.

Essa multidestinação em caráter primário de uma mesma faixa de radiofrequências não é um procedimento comum. Ao contrário, justificou-se pela excepcional situação do redimensionamento da faixa de 2,5 GHz antes destinada à prestação do MMDS e da previsão regulamentar de autorizar-se a prestação de outros serviços na faixa àquelas empresas que já a ocupavam para a prestação do MMDS.

Importante observar, ainda, que a ausência de procedimento licitatório prévio à autorização de uso das radiofrequências em caráter primário para a

prestação dos demais serviços para os quais a faixa passou a ser destinada também deve ser considerada uma excepcionalidade, amparada pelo Conselho Diretor da Agência na impossibilidade de licitar a faixa para a prestação de outros serviços.

Percebe-se, assim, que a multidestinação da faixa de 2,5 GHz promovida pela Resolução nº 544/2010 insere-se em um cenário de excepcionalidade. Com isso, os efeitos decorrentes de eventual transferência de uma das outorgas devem ser analisados com cautela e à luz da própria singularidade da medida adotada pela Agência, consoante será adiante explicitado.

d) Efeitos da transferência de outorga

A transferência da outorga de serviços de telecomunicações, assim como a transferência de controle acionário de suas prestadoras, é uma prática rotineira no setor e que depende de anuência da Agência Nacional de Telecomunicações, seja de forma prévia, seja *a posteriori*, a depender do serviço objeto do pedido.

No caso do MMDS, como anteriormente exposto, considerando a existência de operadores deste serviço na faixa objeto de redimensionamento, a Anatel, por meio da edição da Resolução nº 544/2010, permitiu, excepcionalmente, que essas prestadoras autorizadas até a data da publicação da referida Resolução solicitassem a associação das subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz, 2.570 MHz a 2.620 MHz e de 2.620 MHz a 2.630 MHz aos demais serviços aos quais a faixa passou a ser destinada.

Considerando que o Conselho Diretor da Agência promoveu a desvinculação entre a autorização de uso de radiofrequências para a exploração do MMDS e a autorização de uso de radiofrequências para os demais serviços aos quais a faixa está destinada³, tem-se que os operadores do MMDS que receberam a outorga para os demais serviços não são obrigados a continuar com a exploração do MMDS, podendo renunciar ou mesmo transferir a outorga daquele serviço sem a necessária extinção da autorização decorrente da Resolução nº 544/2010.

Nesse cenário, é possível que uma empresa renuncie à outorga do MMDS, mantendo o direito de uso de radiofrequências associados ao SCM outorgado por força da Resolução nº 544/2010. Pode também transferir a autorização para a prestação de algum dos serviços, mantendo a outra outorga. Um exemplo dessa possibilidade seria a transferência da outorga do Serviço de Acesso Condicionado - SeAC decorrente da adaptação do

3 Análise nº 694/2012GCER, de 26 de outubro de 2012. Processo nº 53500.019693/2011. Relatora: Conselheira Emília Maria Silva Ribeiro Curi.

MMDS, por força do art. 37, §6º da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, com a manutenção da outorga para a prestação do SCM.

Nesse ponto, surge uma interessante questão decorrente da multidestinação da faixa em caráter primário: e na hipótese de transferência de um dos serviços detidos pelas prestadoras de MMDS que ocupavam a faixa, conjuntamente com o direito de uso de radiofrequências, como fica a possibilidade de prestação simultânea de dois serviços em caráter primário?

Na realidade, a eventual transferência das radiofrequências associadas ao serviço que foi transferido para outra empresa não permite que a mesma faixa continue associada ao serviço que remanesceu com a prestadora original. Em outras palavras, pode ocorrer a transferência do serviço, mas, uma vez transferidas as radiofrequências associadas, a cedente ficará sem radiofrequências para a utilização em caráter primário.

Pode a empresa transferir um dos serviços, desde que eles não exijam o uso de radiofrequências. Por outro lado, uma vez transferido o direito de uso de radiofrequências em caráter primário para outra empresa, não poderá a prestadora cedente continuar a utilizar a faixa em questão para a prestação do serviço remanescente.

De fato, a multidestinação dos 50 MHz em caráter primário autorizada pela Resolução nº 544/2010 não permite o entendimento de que seria possível, mesmo após a transferência das radiofrequências para outra empresa, que a mesma faixa permaneça associada, em caráter primário, ao serviço que remanesceu com a prestadora cedente.

Não se pode olvidar que a faixa de radiofrequência é um bem jurídico único e que não perde essa característica pela circunstância de ter sido destinada em caráter primário para mais de um serviço por força da Resolução nº 544/2010. Na realidade, tratase de um único bem cujo direito de uso foi vinculado a dois serviços de telecomunicações distintos, enquanto detido por uma única pessoa jurídica.

Seria até mesmo ilógico que duas empresas distintas possam ocupar a mesma faixa, prestando dois serviços distintos, em caráter primário, sobretudo considerando que sempre se apontou que o bloco de 50MHz já era insuficiente ou pouco atrativo para a prestação apenas do MMDS.

Importante recordar que, como anteriormente ressaltado, o uso de radiofrequências em caráter primário garante proteção contra eventuais interferências prejudiciais na prestação do serviço que a utilize.

Não é possível que empresas distintas operem serviços diferentes, ambos em caráter primário, em uma mesma faixa de radiofrequências. A multidestinação dos 50 MHz em caráter primário decorreu de uma situação excepcional e a outorga dos demais serviços aos quais a faixa está destinada em caráter primário foi realizada apenas às empresas que

operavam o MMDS no momento da publicação da Resolução nº 544/2010, afetadas, portanto, pelo redimensionamento da faixa.

No momento em que uma das outorgas para a prestação do serviço, acompanhadas das radiofrequências correspondentes é transferida para um terceiro que não era autorizado a prestar o MMDS, não mais se pode falar em multidestinação da faixa em caráter primário.

Nesse aspecto, deve-se questionar o que aconteceria no caso de interferência prejudicial (circunstância que não se pode deixar de considerar). Assim, a qual empresa seria concedida a proteção contra interferências prejudiciais no caso de existir conflito? Quando a exploração dos dois serviços é realizada pela mesma empresa, eventual interferência seria resolvida internamente. Mas e no caso de duas empresas distintas, com interesses distintos, como tais problemas poderiam ser sanados?

Ressalte-se, ainda, que a outorga do direito de uso de radiofrequências em caráter primário para dois serviços independentemente da realização de procedimento licitatório foi fundamentada justamente na impossibilidade de realização deste certame, restando caracterizada a inviabilidade da disputa, nos termos do art. 91, §1º da LGT⁴.

Nesse aspecto, é relevante destacar que a mera circunstância da transferência de outorga realizar-se eventualmente entre duas empresas que integram o mesmo grupo econômico também não é suficiente para amparar eventual conclusão em sentido diverso.

Tratando-se de empresas diversas, com diferentes personalidades jurídicas, não se pode admitir o uso simultâneo da mesma faixa de radiofrequências em caráter primário. Mesmo que a cessionária seja uma empresa do mesmo grupo da cedente, não se pode olvidar que a qualquer momento poderia ocorrer a alienação ou alteração do controle acionário, ou mesmo posterior nova transferência da outorga para um terceiro, o que daria ensejo aos conflitos relacionados ao direito à proteção de dois serviços diferentes, ambos de interesse coletivo, operando em caráter primário.

e) Conclusão

A Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, ao modificar a destinação da faixa de 2,5 GHz, anteriormente destinada ao MMDS, para viabilizar a prestação de outros serviços, de forma a atender a crescente demanda por serviços de telecomunicações, sobretudo quanto a serviços de banda larga, permitiu uma excepcional multidestinação da faixa em caráter primário.

De fato, como visto, a norma previu a possibilidade de outorga do uso de radiofrequências nas subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz e de 2.620

⁴ Análise nº 694/2012GCER, de 26 de outubro de 2012.

MHz a 2.630 MHz (blocos de 10 + 10 MHz) e de 2.570 a 2.620 MHz (blocos de 50 MHz) para a prestação dos demais serviços a que as subfaixas estejam destinadas, independentemente de procedimento licitatório. Essa possibilidade foi restrita aos ocupantes da faixa no momento da edição da Resolução.

Todavia, apesar da possibilidade de deferir-se autorização para a prestação de outros serviços em caráter primário, quando ocorre a transferência de uma dessas outorgas de uso de radiofrequências (para o MMDS, que pode ter sido adaptado ao SeAC, ou para algum outro serviço) em caráter primário, é importante observar a impossibilidade de manutenção da radiofrequência para uso primário por duas pessoas jurídicas diferentes.

No momento em que uma das outorgas, acompanhadas das radiofrequências correspondentes é transferida para um terceiro que não era autorizado a prestar o MMDS, não mais se pode falar em multidesignação da faixa em caráter primário. A faixa de radiofrequências constitui-se em um bem jurídico único e, portanto, eventual transferência da outorga impede que a empresa cedente continue a fazer uso da mesma faixa em caráter primário.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Análise nº 529/2010-GCJR, de 30.07.2010*. Processo nº 53500.002612/2007. Relator: Conselheiro João Batista de Rezende.

_____. *Análise nº 694/2012GCER, de 26 de outubro de 2012*. Processo nº 53500.019693/2011. Relatora: Conselheira Emília Maria Silva Ribeiro Curi.

_____. *Resolução nº 259, de 19 de abril de 2001*. Aprova o Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/16-2001/231-resolucao-259>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Resolução nº 429, de 13 de fevereiro de 2006*. Aprova o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2006/496-resolucao-429>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010*. Modifica a Destinação de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz e republicar, com alterações, o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/41-resolucao-544>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

ARANHA, Márcio Iorio. *Direito das Telecomunicações: histórico normativo e conceitos fundamentais*. Scotts Valley: CreateSpace, 2013.

_____. *Manual de Direito Regulatório: fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley: CreateSpace, 2013.

BRASIL. *Decreto nº 2.196, de 08 de abril de 1997*. Aprova o Regulamento de Serviços Especiais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2196.htm>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010*. Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto no 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto no 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011*. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 18 jan. 2015.

COSTA, Guilherme Leno. Administração e uso do espectro de radiofrequências no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 5968, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38311>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

EXIGIBILIDADE DA REGULARIDADE FISCAL DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OUTORGA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

*REGULARITY OF LIABILITY COMPANIES IN JUDICIAL TAX RECOVERY
AND TELECOMMUNICATIONS SERVICES GRANT*

Taciana Samartano Siuves Macêdo

Procuradora Federal

em exercício na PFE/Anatel

Especialista em Direito dos Contratos pelo Centro Universitário - UDF

Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da exigência de regularidade fiscal nos serviços de telecomunicações; 2 Do afastamento da regularidade fiscal à luz do acórdão do STJ; 3 Da regularidade fiscal para prestação de serviços de telecomunicações, no âmbito da recuperação judicial; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata da exigibilidade de regularidade fiscal das empresas em recuperação judicial nos procedimentos de anuência prévia para transferência de controle e/ou outorga de serviços de telecomunicações, não obstante o escopo da Lei nº 11.101/2005 e o recente Acórdão do STJ sobre o assunto. A abordagem tem por foco demonstrar que o princípio da legalidade estrita, voltado para Administração Pública, configura obstáculo e condição para flexibilização da exigência da regularidade fiscal para outorga de serviços públicos, no caso de telecomunicações, por haver, inclusive, alternativas disponíveis para o atendimento da exigência, além de servir como garantia da moralidade e da eficiência na prestação dos serviços públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Regularidade Fiscal. Recuperação Judicial. Outorga de Serviços de Telecomunicações. Transferência de Controle. Princípio Constitucional da Legalidade. Administração Pública.

ABSTRACT: This article deals with the chargeability of tax compliance of companies in bankruptcy in the previous approval procedures for transfer of control and / or granting of telecommunications services, regardless of the scope of Law nº. 11.101 / 2005 and the recent Supreme Court's Judgment on subject. The approach is to focus demonstrate that the principle of strict legality, facing Public Administration, configure obstacle and condition for easing of the burden of tax compliance for public service grant, in the case of telecommunications, for having even alternatives available to meet the requirement, in addition to serving as a guarantee of morality and efficiency in the delivery of public services.

KEYWORDS: Tax Compliance. Judicial Recovery. Transfer Telecommunications Services Granting Control. Constitutional Legality Principle. Public Administration.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre esclarecer que a exigência da regularidade fiscal, que será tratada no presente artigo, alcança tantos os débitos tributários como os não tributários, englobando, assim, os encargos contratuais devidos perante a respectiva entidade pública concedente.

Como se verá, a exigência da regularidade fiscal para concessão de serviço público configura regra, cuja exceção depende de expressa previsão legal, em razão da necessária garantia da isonomia, da moralidade e da eficiência na prestação dos serviços públicos, o que se aplica, inclusive, para empresas em processo de recuperação judicial.

1 DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Impende aduzir que a exigibilidade da regularidade fiscal para fins de transferência de controle e/ou outorga de serviços de telecomunicações advém da normatização específica.

Nesse cenário, a Lei nº 8.887/95, que trata da Concessão e Permissão de Serviços Públicos, expressamente indica que a regularidade fiscal configura requisito para se obter e para se manter a concessão dos serviços públicos, conforme transcrições a seguir:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

[...]

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

[...]

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

[...]

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

No mesmo sentido, tal requisito se aplica para a prévia anuência do poder concedente, exigida na transferência da concessão do serviço público correlato, *in verbis*:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e (grifo nosso)

[...]

Cabe mencionar que a Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações - LGT - estabelece também que a regularidade fiscal configura requisito para situações de inexigibilidade de licitação, com o fito de se obter a outorga da concessão dos serviços de telecomunicações, como para anuência prévia para transferência do contrato de concessão, conforme disposições, *in verbis*:

Art. 92. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, a outorga de concessão dependerá de procedimento administrativo sujeito aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e contraditório, *para verificar o preenchimento das condições relativas às qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, à regularidade fiscal e às garantias do contrato.* (grifo nosso)

[...]

Art. 98. O contrato de concessão poderá ser transferido após a aprovação da Agência desde que, cumulativamente:

I - o serviço esteja em operação, há pelo menos três anos, com o cumprimento regular das obrigações;

II - o cessionário preencha todos os requisitos da outorga, inclusive quanto às garantias, à regularidade jurídica e fiscal e à qualificação técnica e econômico-financeira; (grifo nosso)

III - a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.

[...]

Da mesma maneira, para as permissões e autorizações de serviços de telecomunicações, a exigência da regularidade fiscal é condição indispensável, como dispõe a normatização da LGT, transcrita a seguir:

Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei.

[...]

Art. 133. São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:

I - estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;

II - não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência;

III - dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social; (grifo nosso)

[...]

Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando

o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

[...]

§ 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos arts. 88 a 92, sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no art. 98, desta Lei. (Grifo nosso)

[...]

Cumpre citar, ainda, Resoluções da Anatel que cuidam especificamente da regulamentação dos serviços de telecomunicações, as quais, seguindo os comandos legais superiores, impõem a regularidade fiscal como condição para o exercício desses serviços públicos por particulares, nesse sentido:

Resolução Anatel nº 65/98 (Aprova o Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência)

[...]

Art. 44. Para habilitação, poder-se-á exigir do licitante, exclusivamente, a demonstração da habilitação jurídica, das qualificações técnica e econômico-financeira e da regularidade fiscal.

[...]

Art. 51. A documentação relativa à regularidade fiscal consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativa à sede do licitante;

III - certidão comprobatória de regularidade perante as Fazendas Federal, Estadual, Municipal e, se for o caso, do Distrito Federal, da sede do licitante; e,

IV - certidão de regularidade perante a Seguridade Social, inclusive relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

§ 1º O instrumento convocatório poderá dispensar a apresentação dos documentos referidos neste artigo para demonstração de regularidade fiscal quando a situação dos licitantes perante as Fazendas Públicas,

Seguridade Social e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço puder ser comprovada com segurança pela Comissão, na própria sessão pública, por telecomunicação, garantindo-se aos licitantes presentes o acesso às informações.

§ 2º Será considerado em situação regular o licitante cujo débito com as Fazendas Públicas ou a Seguridade Social esteja com sua exigibilidade suspensa ou que, sendo objeto de cobrança executiva, nela já tenha sido realizada penhora.

§ 3º O dever de comprovação de regularidade perante a Fazenda Federal também compreende o dever de demonstrar situação regular perante a Procuradoria da Fazenda Nacional.

Resolução Anatel nº 614/2013 (Aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia e altera os Anexos I e III do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Exploração de Serviços de Telecomunicações e pelo Direito de Exploração de Satélite)

[...]

Art. 30. Para transferência da autorização do SCM, a interessada deve:

I - atender às exigências compatíveis com o serviço a ser prestado, em relação à qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, habilitação jurídica e regularidade fiscal, apresentando a documentação enumerada no Anexo I deste Regulamento (grifo nosso)

ANEXO III

DA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS DE AUTORIZAÇÃO E MODIFICAÇÕES SOCIETÁRIAS

Art. 1º Em se tratando de transferência de autorização, o requerimento, firmado em conjunto pela entidade cedente e pela cessionária, deve estar acompanhado da seguinte documentação relativa à entidade cessionária:

I - atos constitutivos e alterações, devidamente registrados na repartição competente;

II - relação dos acionistas indicando o número, o tipo e o valor de cada ação, bem como o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), dos sócios, assim como Ata da Assembleia de eleição dos dirigentes, no caso de sociedade por ações;

III - comprovação de residência dos sócios detentores da maioria das quotas ou ações com direito a voto, se pessoas naturais; e,

IV - documentação comprobatória da regularidade fiscal, da qualificação técnica e econômico-financeira. (grifo nosso)

Observa-se, assim, que pelo arcabouço normativo aplicado, tanto para situações de outorga de serviços de telecomunicações como para as de anuência prévia para fins de transferência do correspondente controle, a regularidade fiscal configura como exigência legal e vinculada, a qual somente poderia ser flexibilizada por expressa autorização legal nesse sentido.

2 DO AFASTAMENTO DA REGULARIDADE FISCAL À LUZ DO ACÓRDÃO DO STJ

Cabe destacar que no Acórdão proferido nos autos do Recurso Especial - REsp nº 1.187.404 - MT - Corte Especial (Data da Decisão: 19/06/2013, Data de Publicação: 21/08/2013), o Superior Tribunal de Justiça -STJ entendeu ser possível afastar a exigência da regularidade tributária especificamente para a homologação do plano de recuperação, ante o escopo do processo de recuperação judicial, indicado no art. 47, da Lei 11.101/2005.¹

A interpretação aplicada nesse julgado buscou atrelar as exigências incidentes no processo de recuperação judicial² com os objetivos norteadores desse processo, de modo a viabilizar a própria recuperação da empresa,

¹ Lei 11.101/2005

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

² Lei 11.101/2005

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia - geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

em razão da peculiar situação de não haver lei específica autorizando o parcelamento de seus débitos, na forma indicada no art.155-A, §3º, do CTN³.

Foi neste contexto que o STJ entendeu que, diante da inércia do legislador, a exigência da regularidade fiscal, enquanto condição para homologação da recuperação judicial, apresenta-se como obstáculo à preservação da empresa, à sua função social e ao estímulo à atividade econômica - escopos do processo de recuperação judicial. Segue trecho da ementa do acórdão proferido no REsp 1.187.404 – MT, *in verbis*:

[...]

2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

CTN

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

3 CTN

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

[...]

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Todavia, não se pode olvidar que a interpretação dada pelo STJ, no acordão em comento, foi direcionada exclusivamente para o caso de homologação da recuperação judicial e para os créditos submetidos ao plano de recuperação e à aprovação da assembleia-geral de credores, não devendo, desse modo, ser estendida para toda e qualquer situação em que a regularidade fiscal da empresa - ainda que em recuperação judicial - configure condição para o alcance de determinado objeto, como, por exemplo, nos ajustes ou nas contratações firmadas com o Poder Público.

Observa-se que a própria Lei 11.101/2005 (recuperação judicial) traz disposição que restringe a possibilidade de dispensa de certidão negativa quando se tratar de contratação com o Poder Público ou de assuntos fiscais, consoante transcrição a seguir:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei (grifo nosso)

[...]

Ademais, o §7º do art. 6º, da Lei 11.101/2005⁴, ressalva que a recuperação judicial não suspende as execuções de natureza fiscal, salvo quando houver suspensão da exigibilidade do crédito, nesses termos:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[...]

⁴ Nesse dispositivo legal, foi mencionado apenas o parcelamento, contudo, não há impedimento para incidência das demais formas de suspensão da exigibilidade dos créditos fiscais, elencadas no art. 151, do CTN, conforme será tratado adiante.

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Nesse sentido, o STJ, no acórdão proferido nos autos do REsp nº 1.480.559/RS (Segunda Turma, data do julgamento: 03/02/2015 e data da publicação: 30/03/2015), acabou por fazer uma releitura da interpretação veiculada no REsp 1.187.404/MT, manifestando nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. DECISÃO MONOCRÁTICA, CONFIRMADA NO JULGAMENTO DO AGRAVO INTERNO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO UNIVERSAL DE BENS. ART. 185.-A DO CTN. INAPLICABILIDADE EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXEGESE HARMÔNICA DOS ARTS. 5º E 29 DA LEI 6.830/1980 E DO ART. 6º, § 7º, DA LEI 11.101/2005.

[...]

3. Segundo preveem o art. 6, § 7º, da Lei 11.101/2005 e os arts. 5º e 29 da Lei 6.830/1980, o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal.

4. Importa acrescentar que a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados.

5. Nesse sentido, o art. 57 da Lei 11.101/2005 expressamente prevê que a apresentação da Certidão Negativa de Débitos é pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial - ou seja, os créditos da Fazenda Pública devem estar previamente regularizados (extintos ou com exigibilidade suspensa), justamente porque não se incluem no Plano (art. 53 da Lei 11.101/2005) a ser aprovado pela assembleia-geral de credores (da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte - art. 41 da Lei 11.101/2005).

6. Consequência do exposto é que o eventual deferimento da nova modalidade de concurso universal de credores mediante dispensa

de apresentação de CND não impede o regular processamento da Execução Fiscal, com as implicações daí decorrentes (penhora de bens, etc.).

7. Não se desconhece a orientação jurisprudencial da Segunda Seção do STJ, que flexibilizou a norma dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 para autorizar a concessão da Recuperação Judicial independentemente da apresentação da prova de regularidade fiscal.

8. Tal entendimento encontrou justificativa na demora do legislador em cumprir o disposto no art. 155-A, § 3º, do CTN - ou seja, instituir modalidade de parcelamento dos créditos fiscais específico para as empresas em Recuperação Judicial.

9. A interpretação da legislação federal não pode conduzir a resultados práticos que impliquem a supressão de norma vigente. Assim, a melhor técnica de exegese impõe a releitura da orientação jurisprudencial adotada pela Segunda Seção, que, salvo melhor juízo, analisou o tema apenas sob o enfoque das empresas em Recuperação Judicial.

10. Dessa forma, deve-se adotar a seguinte linha de compreensão do tema: a) constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial foi feita com estrita observância dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja, com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será suspensa em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. 151 do CTN; b) caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação judicial sem a apresentação da CND ou CPEN, incide a regra do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal.

Portanto, pode-se concluir que, para o fim específico da outorga de serviços públicos, diferentemente do que foi aplicado no REsp 1.187.404 – MT, as empresas em recuperação judicial – respeitado o tratamento diferenciado porventura dado pela lei de regência – deverão atender a exigência legal da regularidade fiscal, o que evidencia o caráter cogente desta, que não admite flexibilização pelo administrador público sem prévia norma legal autorizativa,

3 DA REGULARIDADE FISCAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como abordado no item 1 supra, as normas de regência impõem categoricamente a regularidade fiscal enquanto requisito para se obter outorga dos serviços de telecomunicação ou para transferência do controle. No ponto, cumpre frisar que se trata de normas de ordem pública e de aplicação obrigatória, vez que autorizam particulares a prestarem serviço público essencial.

Cuida-se, portanto, da aplicação do princípio constitucional da legalidade voltado para a Administração Pública, a qual somente pode fazer o que é permitido pela lei – art. 37, caput, da Constituição Federal e art. 2º, caput e parágrafo único, inciso I, da Lei 9.784/99⁵.

Sobre o princípio da legalidade, o mestre Hely Lopes Meirelles, ensina que⁶:

Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”, para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Sabe-se que, nas relações entre particulares, o princípio incidente é o da autonomia da vontade, pelo qual as partes ficam livres para fazer tudo o que não for contrário à lei. Já nas relações em que participa o Poder Público, conforme afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.”⁷

Para o mestre, Celso Antônio Bandeira de Mello⁸:

5 CF

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Lei nº 9.784/99

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

[...]

6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p.82, 2000.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, p. 65, 2011.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, p. 92-95, 2004.

[...] o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.

[...]

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

[...]

[...] Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já contém abstratamente nas leis.

No contexto, a doutrinadora Lúcia Valle observa que o princípio da legalidade para Administração Pública deve ser interpretado mais extensivamente, porém com certa cautela, concluindo que:

Há de se entender como regime de estrita legalidade não apenas a proibição da prática de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão-somente, dos expressamente por ela permitidos. Todavia, aceitamos como já afirmamos anteriormente, a integração no Direito Administrativo, desde que cintada de cautelas⁹

Cabe pontuar que a exigência da regularidade fiscal, enquanto requisito para contratar com o poder público, respalda-se em comando advindo da Constituição Federal/1988 e na Lei 8.666/93, a qual se aplica de forma subsidiária nas concessões de serviços públicos.¹⁰

9 FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 65, 2001.

10 Constituição Federal 1988

Art. Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

No contexto, cumpre transcrever disposição do art. 193, do Código Tributário Nacional - CTN, que elucida o caráter vinculativo decorrente do princípio da legalidade nas contratações e concorrências públicas, o que, por interpretação sistemática¹¹, abarca as concessões de serviços públicos:

[...]

Art. 193. *Salvo quando expressamente autorizado por lei*, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre. (grifo nosso)

Além do princípio da legalidade, outros se aplicam no caso para reforçar a necessidade da atuação do administrador segundo as diretrizes legais, que são: princípio da isonomia, da impessoalidade, da segurança jurídica, da moralidade.

No âmbito da isonomia, da impessoalidade e da segurança jurídica, pelas disposições legais analisadas, a regularidade fiscal das empresas é devida indistintamente, vez que as empresas em recuperação judicial, como as demais empresas, podem se valer de outras formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no art.

11 Lei 8.666/93

[...]

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

[...]

Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Lei nº 8.987/95

[...]

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

[...]

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

151, 205 e 206, do CTN, conforme o caso. Tal faculdade encontra-se expressamente prevista no art. 57, da Lei 11.101/2005¹².

Registra-se que o art. 151, do CTN, pode ser aplicado, no que couber, por analogia, para os créditos não tributários, ante a ausência de disposição legal específica¹³.

Dessa forma, a empresa em recuperação judicial não estaria impedida de obter certidão de regularidade fiscal, desde que se enquadre em uma das situações dos incisos do art. 151, ou dos artigos 205 e 206, do CTN, da mesma forma que as demais empresas com restrição fiscal.

Essa assertiva, inclusive, demonstra que a exigência de regularidade fiscal, para os fins de outorga de serviços públicos, em especial de telecomunicações, não configura impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial, por haver meios viáveis de se obter regularidade fiscal, configurando, portanto, medida de cautela e de isonomia.

Frisa-se ainda que a exigência da regularidade fiscal - débitos tributários e não tributários -, para outorga dos serviços de telecomunicações ou transferência de controle, é pertinente por resguardar a moralidade, no sentido de permitir a execução de serviços públicos apenas por empresas que não estejam em débito com erário ou, ao menos, que estejam amparadas em hipóteses legais de suspensão da exigibilidade do crédito.

Segundo o mestre Marçal Justen Filho¹⁴:

[...] Enfim, o sujeito que não satisfaz as suas obrigações perante o fisco não pode ser reputado como inidôneo e confiável, não merecendo tratamento equivalente ao reservado para aquele que cumpre os seus deveres para com a coletividade. [...]

A exigência da regularidade fiscal, enquanto um dos requisitos para contratar com o Poder Público, tem como objetivo aferir a idoneidade do licitante e a efetiva possibilidade de atendimento das obrigações pactuadas com a Administração.

¹² Lei 11.101/2005.

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

¹³ Apelação Cível nº 01000248434, TRF 1ª Região. REL. Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz, D.J. 05/09/02; REsp. nº 102675/PE. STJ - 2ª Turma. Rel. Ministro Castro Meira, D.J. 28/05/08.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, p. 392, 2009.

Além disso, o atendimento da regularidade fiscal visa assegurar a prestação eficiente dos serviços públicos outorgados, a qual poderia ser afetada pela situação financeira da empresa. Assim, se não obstante a empresa em recuperação judicial encontrar-se em débito fiscal por razões diversas da financeira, mas, por exemplo, por haver cobrança indevida do débito, aquela poderia obter medida liminar, na esfera judicial, suspendendo o débito, o que afastaria, em tese, a aparente condição de ineficiência.

Por fim, como argumento complementar, ainda que não reste dúvida acerca das disposições legais e principiológicas determinando a regularidade fiscal, poder-se-ia analisar o rol sucessivo de institutos jurídicos que o CTN elenca para supressão de eventual ausência de disposição legal expressa, conforme abaixo transcrito:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

Certifica-se que, por estes institutos de integração das normas jurídicas, não há possibilidade jurídica de se afastar a exigência da regularidade fiscal para outorga de serviços de telecomunicações, seja pela analogia ou pela equidade - vez que o aludido julgado do STJ (REsp 1.187.404 - MT) baseou-se em contexto, fático e jurídico, diverso do ora analisado -, muito menos pelos mencionados princípios gerais de direito tributário e de direito público. Atualmente, portanto, não há autorização no ordenamento jurídico para outorga dos serviços de telecomunicações ou transferência do controle correlato sem a devida regularidade fiscal.

4 CONCLUSÃO

Assim, por todas as considerações aduzidas, infere-se não ser possível afastar a exigência da regularidade fiscal das empresas em recuperação judicial para fins de outorga de serviços públicos, em especial de telecomunicações, ou de transferência do correspondente controle, por se tratar de imposição legal e regulamentar aplicada de maneira cogente, indiscriminada e por haver meios acessíveis de se obter certidão de regularidade fiscal (créditos tributários e não tributários), não incidindo, assim, o entendimento extraído do REsp 1.187.404/MT.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Apelação Cível – AC – nº 01000248434, TRF 1ª Região, Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz, D.J. 05/09/02.

Recurso Especial – REsp – nº 102675/PE. STJ – 2ª Turma. Rel. Ministro Castro Meira, D.J. 28/05/08.

Recurso Especial – REsp – nº 1.187.404 – MT – Superior Tribunal de Justiça – STJ – Corte Especial. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO – Data da Decisão: 19/06/2013 – Data de Publicação: 21/08/2013.

Recurso Especial – REsp – nº 1.480.559/RS – Superior Tribunal de Justiça – STJ – Segunda Turma. Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN – Data da Decisão: 03/02/2015 – Data de Publicação: 30/03/2015.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A MODALIDADE DE LICITAÇÃO PREGÃO E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA ANATEL

*CONSIDERATIONS ON THE BIDDING PROCEDURE TRADING AND
ITS APPLICATION UNDER THE ANATEL*

Vanessa Carina Zanin

Procuradora Federal

em exercício na PFE/Anatel

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná

Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar

Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera- Uniderp

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do poder regulamentar da Anatel e a instituição da modalidade de licitação pregão; 2 Da decisão do Supremo Tribunal Federal 3 Da inexistência de caráter especial da Lei n. 9.472/1997; 4 Do entendimento do Tribunal de Contas da União; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo pretende analisar a modalidade de licitação pregão, instituída pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997) e sua revogação ou não pela legislação posterior, que estendeu a modalidade do pregão para os demais entes da Administração Pública (Lei n. 10.520/2002 e Decreto n. 5.450/2005), por meio do método de pesquisa dedutivo, baseado na construção doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Para tanto, faz-se necessária uma breve análise sobre o poder normativo da Anatel e sobre a natureza especial ou não da LGT no ponto em que instituiu o modelo de contratação pública denominado pregão. São também objeto de estudo no presente artigo as manifestações já exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, pela Procuradoria-Geral Federal e pelo Tribunal de Contas da União sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações. Anatel. Lei Geral de Telecomunicações. Especialização. Pregão.

ABSTRACT: This study aims to analyze the type of bidding trading, established by the General Telecommunications Law (Law n. 9472/1997) and its revocation or not by subsequent legislation, which extended the mode of trading for other entities of the Public Administration (Law n. 10,520 / 2002 and Decree n. 5,450/2005), by the method of deductive research based on doctrinal, legislative and judicial construction. Therefore, it is necessary a brief analysis of the normative power of Anatel and the special nature of LGT or not at the point where the established procurement model called trading. They are also an object of study in this article the demonstrations already be entered by the Supreme Court, the Federal Attorney General and the Federal Audit Court on the subject.

KEYWORDS: Bidding. Anatel. General Telecommunications Law. Specialization. Trading system.

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Telecomunicações, Lei n. 9.472/1997, trouxe, entre outros avanços à Administração Pública, um novo modelo de licitação denominado pregão. Tratou-se de um mecanismo inovador com impacto positivo na agilização e eficiência do funcionamento da Administração, que encontrou na recém criada Anatel um local ideal para servir de experiência antes de ser estendido para a Administração como um todo. No entanto, com a edição da Medida Provisória n. 2.026/2000, posteriormente convertida na Lei n. 10.520/2002, a modalidade do pregão foi instituída para toda a Administração Pública Federal, tendo em vista o poder da União para editar normas gerais de licitação previsto no inc. XXVII do art. 22 da Constituição Federal. A partir desse marco legislativo iniciou-se uma discussão a respeito da submissão da Anatel à Lei n. 10.520/2002 e posteriormente também ao Decreto n. 5.450/2005, passando pela necessária análise acerca da especialidade do pregão instituído da LGT em relação ao pregão da Lei n. 10.520/2002. Eis o objeto do presente estudo.

1 DO PODER REGULAMENTAR DA ANATEL E A INSTITUIÇÃO DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO PREGÃO

Antes de se deter na análise da modalidade de licitação denominada pregão e sua aplicação no âmbito interno da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, se mostra importante tecer breves considerações a respeito da criação das agências reguladoras e especialmente da Anatel.

Em princípio, cabe ponderar que as agências reguladoras foram criadas a partir do reconhecimento da incapacidade do Estado como prestador de vários serviços. A nova posição adotada seria a de garantidor de serviços transferidos para entidades outras que não as componentes da Administração Pública, como é o caso das concessionárias, permissionárias, organizações sociais e outras. Essas novas entidades nasceram da desestatização emergida na Administração Pública.

Nesse contexto, o Estado regulador pode ser definido como o fiscalizador e controlador das atividades econômicas e serviços públicos prestados por particulares, visando sempre, entre outros, a eficiência, concorrência e respeito ao direito dos consumidores. Suas funções, em apertada síntese, consistem essencialmente na elaboração de regras gerais em que o setor específico para o qual a agência foi criada deve se pautar,

na aplicação de sanções, na tutela dos interesses dos hipossuficientes em relação aos agentes econômicos e na arbitragem dos conflitos relacionados à sua competência¹.

Assim, tem-se que as agências reguladoras foram criadas como autarquias diferenciadas das demais componentes da Administração Indireta, uma vez que a elas foi conferido maior grau de autonomia, mas, sobretudo, em relação à atividade-fim.

Entre os atributos das agências reguladoras destaca-se, para fins do estudo realizado no presente artigo, o poder regulamentar, qual seja, o poder de editar atos normativos inferiores e subordinados à lei.

No tocante à legislação própria da ANATEL, com a edição da Lei n. 9.472/97, foi conferida possibilidade de normatização própria para suas contratações, contudo, sujeitando a referida Agência Reguladora “(...) ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública”, como bem destacado no Parecer n. 159/PGF/RMP/2010², no qual se analisou a subordinação da Anatel à Lei n. 10.520/2002 e ao Decreto n. 5.540/2005.

Na referida lei foi atribuída competência para aprovar normas próprias de licitação e contratos ao Conselho Diretor da Agência (art. 22, inc. II da Lei Geral de Telecomunicações) e foram instituídos dois procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão (art. 54, parágrafo único da LGT).

O histórico e evolução da modalidade do pregão já foram objeto de análise da Procuradoria-Geral Federal, cabendo a transcrição de trecho do Despacho n. 794/PGF/LCMG/2010:

A modalidade do pregão, quando criada em 1997, foi anunciada, com justiça, como um avanço importante no modelo de gestão pública, como mecanismo inovador com largas expectativas de impacto positivo na agilização e eficiência do funcionamento da Administração. Todavia, a instituição de um instrumento modernizador consideravelmente ousado num ponto tão sensível como o procedimento licitatório foi precedida de um boa medida de cautela. Nesse sentido, utilizou-se a recém criada ANATEL como uma espécie de tubo de ensaio para se verificar concretamente as repercussões da nova modalidade na prática.

1 Brasil. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal/Procuradoria Federal Especializada-Anatel. Parecer 341-2009/PGF/PFE-TBJ/ANATEL

2 Brasil. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal. Parecer 159/PGF/RMP/2010.

O sucesso da experiência resultou em sua extensão, pouco tempo depois, a todas as Agências e, logo em seguida, a toda a Administração Pública.

Assim, em face do desenrolar histórico do instituto no país, verifica-se que o principal elemento especializante das normas não foi propriamente a satisfação de necessidades especiais e peculiares da ANATEL, mas apenas a eleição daquela então nova Autarquia como campo privilegiado para a experimentação. A especialidade da norma incidia sobre essa necessidade de experimentação concreta da nova modalidade e não sobre características particulares do funcionamento da Agência.³

A doutrina pátria também destaca a origem da modalidade de contratação pregão na Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Sidney Sampaio discorre que:

É de se relembrar que o desenvolvimento da nova modalidade deu-se a partir dos bons resultados colhidos nos pregões realizados pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), conforme previsto nas leis que instituíram as denominadas agências reguladoras. Assim, por exemplo, a Lei nº 9.472, de 16.7.1997, que criou a agência, já estabelecia o uso do pregão (art. 550, conforme previu, inclusive, a Resolução nº 005/98 (Regulamento de contratações da Anatel))⁴.

Alberto de Magalhães Franco Filho, em artigo escrito sobre a modalidade licitatória do pregão eletrônico, assevera que o pregão como modalidade licitatória teve sua origem e seu desenvolvimento primeiro no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações, em virtude das regras previstas no parágrafo único do art. 54 e nos arts. 55 a 58 da Lei n. 9.472/97 (LGT), que previram a possibilidade da ANATEL contratar obras e serviços, por meio de pregão.⁵

3 Brasil. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal. Despacho 794/PGF/LCMG/2010.

4 BITTENCOURT, Sidney. *Pregão passo a passo: Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002* (Comentários aos artigos do Diploma Legal que institui a modalidade de licitação Pregão para todos os entes da Federação). 4. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 37.

5 FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. *Considerações sobre a modalidade licitatória do pregão eletrônico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6134>. Acesso em 18/12/2014.

2 DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As novas modalidades de contratação pública estabelecidas no parágrafo único do art. 54 da Lei n. 9.472/97, cujos procedimentos são disciplinados nos arts. 55 a 58 da referida lei, foram objeto, entre outras questões, da Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, n. 1668.

Os partidos políticos autores argüiram a inconstitucionalidade parcial da LGT, alegando que alguns dispositivos da norma regulamentadora dos serviços de telecomunicações no país resultavam em autênticas tentativas de burlar o texto da Lei Fundamental, especialmente, para este artigo, as regras contidas no parágrafo único do art. 54 e nos arts. 55 a 58 da LGT, dispositivos estes que tiverem o condão de inserir em nosso ordenamento jurídico, duas novas modalidades de licitação para a aquisição de bens e serviços, a consulta e o pregão.⁶

A ação ainda se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao mérito, tendo sido publicado em 16/04/2004 decisão liminar, tomada por maioria, indeferindo a medida cautelar, e declarando a constitucionalidade do parágrafo único do art. 54, e do art. 55, do art. 56, do art. 57 e do art. 58, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Ministro Celso de Mello (Presidente).

Prosseguindo a decisão, foi deferido, em parte, o pedido de medida cautelar para “quanto ao inciso II do art. 22, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência”, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia⁷.

Marçal Justen Filho, comentando sobre a decisão da Corte Máxima assevera que:

Por um lado, o STF rejeitou as soluções legislativas similares às contempladas na Lei nº 9.472. Todos os dispositivos em que se atribuiu competência normativa autônoma para uma autoridade administrativa disciplinar matéria pertinente a contratos e

6 ROLIM, Juliano Alberge. *A “consulta” e o “pregão” da Anatel sob a ótica do STF*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7332/a-consulta-e-o-pregao-da-anatel-sob-a-otica-do-stf>>. Acesso em 13/01/2015.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668*. Acórdão publicado em 16/04/2004.

licitações foram reprovadas pelo STF. Reputou-se que essa competência apresentava cunho meramente regulamentar e teria de ser exercitada nos termos e de acordo com a disciplina legislativa cabível. Assim, o art. 22, inc. II, da LGT previa incumbir ao Conselho Diretor “aprovar normas próprias de licitação e contratação”. Foi deferida a liminar para adotar-se interpretação conforme no sentido de que tal competência é “submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência...” [...].

Mas, dentre as inúmeras questões, a que envolvia maior complexidade era a do disposto no art. 54, parágrafo único, da LGT. Ali se determinava que as contratações que não versassem sobre obras e serviços de engenharia poderiam ser sujeitadas a modalidades próprias de licitação (pregão e consulta). Observe-se que a LGT continha regras básicas sobre o conteúdo dessas duas figuras (nos arts. 55 a 58). O STF, por maioria de seis votos contra cinco, decidiu não suspender a aplicação dos dispositivos aludidos. Essa decisão se fundou no entendimento de que nada impedia que a lei criasse regimes licitatórios peculiares e próprios⁸.

No âmbito da AGU, e mais precisamente da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, a questão foi muito bem ponderada no Memorando 216/2010/PGF-PFE-ANATEL/PRC, que submeteu à Procuradoria-Geral Federal consulta quanto à aplicabilidade da Lei n. 10.520/2002 e do Decreto n. 5.450/2005 para as contratações realizadas pela Anatel, tendo em vista decisão do Conselho Diretor da Agência pela sua não aplicação, contrariando entendimento exarado pela procuradoria especializada.

No memorando supracitado destacou-se que na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar as normas inscritas na Lei n. 9.472, de 16/07/1997 decidiu indeferir, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar de suspensão do parágrafo único do art. 54, e do art. 55 ao art. 58 da referida lei.

Destacou-se muito bem que a leitura pura e estrita do extrato da ata não revela precisamente a decisão firmada naquele julgado. Ao ler o teor dos votos dos Ministros, nota-se que os Julgadores que indeferiram a medida cautelar se lastrearam na especificidade da questão das telecomunicações (Min. Nelson Jobim, Min. Carlos

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 22-23.

Velloso, Min. Octávio Gallotti) e não nas atividades ordinárias que extrapolam esse campo pontual.

Não se pode olvidar, ainda, que o contexto do julgamento cautelar do Supremo Tribunal Federal era diverso do atual, tendo em vista que, em 1998, quando o acórdão fora proferido, não havia a Lei n. 10.520/2002 e tampouco o Decreto n. 5.450/2005.

A Corte Suprema, no julgado em comento, fixou a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação, previstas nas respectivas leis de regência. Assim, tendo em vista a edição posterior ao julgamento de leis gerais e específicas de regência (Lei n. 10.520/2002, Decreto n. 5.450/2005, Decreto n. 3.555/2000), não há outro entendimento possível senão de que a Anatel deve observá-las.

Além disso, adverte-se que em tais instrumentos normativos não existe a ressalva de que a Agência teria maior liberdade regulamentar, tal como ocorreu em relação à exclusão da aplicação das Leis n. 8.666/1993, n. 8.987 e n. 9.074/1995, expressada no art. 210, da Lei n. 9.472/1997, incidentes nas concessões dos serviços de telecomunicações, como bem destacado no voto vista do Ministro Nelson Jobim.

Também nesse sentido, o voto do Ministro Octavio Gallotti discorre que competência outorgada à Anatel em causa não é para editar normas de hierarquia legal, mas, sim, padrões de procedimento que devam observar as concessionárias de serviço público.

Desse modo, pela exegese firmada pela Suprema Corte, a Agência Nacional de Telecomunicações, enquanto entidade integrante da Administração Pública Federal indireta (art. 8º da Lei Geral das Telecomunicações), não teria espaço para criar regulamento próprio de licitação diferente do regramento já estabelecido por normas gerais e especiais, particularmente no âmbito das atividades-meio da Agência⁹.

Juliano Alberge Rolim compartilha de visão similar ao analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal e acrescenta que os artigos da LGT que instituíram a consulta e o pregão e disciplinaram seu procedimento foram considerados constitucionais graças ao raciocínio equivocados, *data máxima vênia*, do ilustre Ministro Nelson Jobim, ao fundamentar o seu voto no sentido de que tais modalidades seriam utilizadas tão-somente nas licitações relativas à concessão de serviços de telecomunicações¹⁰.

9 Brasil. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal/Procuradoria Federal Especializada-Anatel. Mem 216-2010/PGF/PFE- ANATEL/PRC.

10 ROLIM, Juliano Alberge. Op cit.

O entendimento exposto no memorando supra referido foi mandito no Parecer 159/PGF/RMP/2010 que analisou a consulta supra referida, nos seguintes termos:

39. Repisando, quanto ao disposto no parágrafo único do art. 54 e arts. 55 a 58, a despeito de o julgamento (6x5) ter sido pelo indeferimento de liminar, pelo fato de, ao inciso II do art. 22 da referida Lei ter sido assentado o entendimento daquele Colegiado pela submissão às normas gerais e específicas de licitação e contratação, e, também pela fundamentação dos Exmos. Ministros que indeferiram a liminar (votos vencedores), deles tiramos o real alcance da vigência constitucional declarada pelo Egrégio STF a tais dispositivos, ou seja, que a constitucionalidade do contido no parágrafo único do art. 54 e arts. 55 a 58 está afeta à atividade-fim da agência, ou seja, àquelas decorrentes de sua relação com o mercado regulado, e não, de suas atividades *interna corporis*.

40. Ou seja, nas atividades-meio, a regulamentação possível constitucional e legalmente à ANATEL não é outra senão a mesma de qualquer outro órgão ou entidade públicos (caráter meramente operacional), devendo submissão integral às normas gerais contidas na Lei n. 8.666/93, na Lei n. 10.520/02 e na regulamentação do Chefe do Poder Executivo Federal.

3 DA INEXISTÊNCIA DE CARÁTER ESPECIAL DA LEI N. 9.472/97

A divergência de entendimento entre o Conselho Diretor da Anatel e da Procuradoria Federal Especializada da Anatel quanto à submissão ou não da Anatel à Lei n. 10.520/2002 decorre de considerações antagônicas a respeito da especialidade da Lei n. 9.247/1997, no ponto em que instituiu a modalidade de contratação do pregão.

Com base no disposto no art. 22, inc. II, art. 54, parágrafo único e art. 210 da Lei n. 9.247/1997 e no teor da ADin 1668-5, entendia a Agência Nacional de Telecomunicações, por intermédio de seu Conselho Diretor, incumbir à própria Agência a regulamentação da contratação pública mediante a modalidade pregão, ainda mesmo após a vigência da Lei n. 10.520/2002, que, portanto, não seria a ela aplicada.

A Procuradoria-Geral Federal, no entanto, foi de imensa clareza ao destacar a exegese aplicável aos aludidos dispositivos da LGT, tudo em face do arcabouço normativo hoje existente, que reclama leitura sistemática¹¹.

11 SANTOS, Douglas Henrique Marin dos Santos. *Pregão: a regulamentação própria pela Anatel e o enfrentamento do tema pela Advocacia-Geral da União*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22044/pregao-a-regulamentacao-propria-pela-anatel-e-o-enfrentamento-do-tema-pela-advocacia-geral-da-uniao>>. Acesso em: 12/01/2015.

A questão foi analisada e dirimida pelo Despacho 794/PGF/LCMG/2010, do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, no que se demonstrou que a competência normativa conferida à Anatel para a regulamentação do pregão instituído na Lei n. 9.247/1997 não se confunde com o poder regulador especial:

[...] o objeto do poder regulador é a organização de uma determinada espécie de serviço público, que, no caso da Anatel, é o serviço de telecomunicações. A competência normativa especial dessas autarquias não transborda de forma alguma para qualquer outra área, nem mesmo para a regulamentação de seu próprio funcionamento interno. Trata-se de poder regulador e não de “poder auto-regulador”. Trata-se de Agências reguladoras e não de “agências auto-reguladas”.¹²

Douglas Henrique Marin dos Santos¹³, citando a lição de Eros Roberto Grau, discorre que tal poder regulamentador encontra embasamento na marcante dinâmica dos mercados e nas evoluções tecnológicas que muitas vezes demandam pronta atuação do Estado, com rapidez incompatível com o processo legislativo tradicional. Surge assim a capacidade normativa de conjuntura, devidamente limitada pelos ditames legais e constitucionais.

É essa a razão de ser das agências reguladoras e de seu poder regulamentar. No entanto, é evidente que a capacidade normativa de conjuntura, que dá alicerce ao poder regulamentar das agências reguladoras, relaciona-se ao setor regulado, não sendo extensível às contratações públicas, que possuem um tratamento único para toda a Administração Pública.

Ou seja, ao disciplinar as novas modalidades de licitações instituídas pela LGT, não se está cuidando de organizar a exploração do serviço de telecomunicações, mas tão somente o funcionamento interno da Agência.

Nesse caso, a competência normativa tem natureza ordinária, indiferenciada, do mesmo modo que todos os outros entes públicos dispõem para o gerenciamento interno de suas atividades. Desse modo, o objeto da competência regulamentar atribuída à Anatel era diferenciado não por sua natureza, que era ordinária e submetida ao princípio da legalidade, mas porque as modalidades de licitação consulta e pregão eram na época exclusivas daquela agência reguladora.

12 Brasil. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal. Despacho 794//PGF/LCMG/2010

13 SANTOS, Douglas Henrique Marin dos Santos. Op. cit.

A disciplina de matérias como licitações e contratos públicos, que são estruturais do Estado, exige, por esse motivo, processo legislativo conduzido pelo Poder que lhe empresta o nome. Não há que se falar em interesse setorial, não havendo urgência conjuntural justificadora de regulamentação por parte de qualquer agência reguladora.

Assim, por ser de interesse geral da Administração, deve ser mantida na competência exclusiva do Poder Legislativo. Ao contrário, no tocante ao setor regulado e suas minúcias, as agências reguladoras exercem seu poder regulamentar¹⁴.

Como bem explicitou o já aludido Despacho 794/PGF/LCMG/2010, não é possível afirmar que as normas sobre pregão contidas na Lei n. 9.472/1997 foram elaboradas com a finalidade de dar disciplinamento específico às peculiaridades da Agência de Telecomunicações. A real especificidade das normas residia nas peculiaridades conjunturais da Anatel como passo inicial na implementação de uma nova modalidade licitatória, como já explanado anteriormente. E prossegue:

Nesse sentido, o exame histórico das normas é confirmado por seu próprio conteúdo. Pode-se inferir a ausência de preocupação da lei com as eventuais peculiaridades da ANATEL em função do próprio fato de que o teor da disciplina superveniente do pregão, aplicável a toda à Administração, é quase idêntico ao das normas originais criadas em 1997. Ora, se houvesse algum elemento característico da ANATEL que demandasse um tratamento diferenciado no que tange ao uso do pregão, então as normas que regem a modalidade deveriam ser substancialmente diferentes. Se o teor do regramento é similar, então não há motivo para tratamento diferenciado em lei específica.

Quanto à inovação do pregão eletrônico introduzido na Lei de 10.520/2002, o parecerista afirma não se tratar de uma alteração no teor das normas antigas, mas sim de previsão de regras extras. Em razão do sucesso da experiência realizada no âmbito da Agência Reguladora de Telecomunicações, foram editadas as leis que estenderam a modalidade do pregão para todas as demais agências, até ser implantada para toda a Administração, com ainda mais um avanço com a previsão do uso do meio eletrônico. Com a conclusão do período de experiência, o elemento especializante presente na Lei n. 9.472/1997 se exauriu. Assim, o caráter

14 Ibidem.

especial das normas originais do pregão deixou de existir com o êxito da experiência e sua disseminação para a Administração Pública como um todo.

Do mesmo modo, cabe também a observância, pela Anatel, do Decreto n. 5.450/2005, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências, uma vez que este estabelece expressamente em seu art. 1º, parágrafo único, que se subordinam aos efeitos do decreto os órgãos da administração pública direta, os fundo especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Ou seja, pela clara redação do art. 1º, parágrafo único do Decreto n. 5.450/2005, este tem aplicação no âmbito da Anatel, não havendo espaço para a Agência repeli-lo. O espaço existente para uma regulamentação do pregão eletrônico foi reservado aos entes federativos Estados, Distrito Federal e Municípios. Em relação à órbita federal, o regramento ficou devidamente assentado¹⁵.

E concluiu expressamente o Despacho 794/PGF/LCMG/2010 quanto à ausência de especialidade da LGT nos seguintes termos:

Em vista disso, a ANATEL não pode se recusar a observar as normais gerais de pregão aplicáveis a toda a Administração com a escusa de possuir regramento específico, porquanto a Lei nº 9.472, de 1997, não possui caráter especial apto a afastar a incidência da Lei nº 10.520, de 2002, e do Decreto nº 5.450, de 2005 sobre aquela Agência.

4 DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União já analisou a questão da submissão da Anatel ao regramento geral sobre licitações e contratos em mais de uma ocasião, sendo relevante para o presente trabalho o exame de algumas das decisões proferidas.

Inicialmente e indo de encontro à linha firmada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 1.668, em decisão plenária de número 497/1999, o TCU determinou à Anatel que:

Adote providências no sentido de adequar seu Regulamento de Contratações, bem como quaisquer outras normas vigentes, tendo em vista a decisão liminar de 20/08/98, proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade

15 Brasil. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal/Procuradoria Federal Especializada-Anatel. Parecer 341-2009/PGF/PFE-TBJ/ANATEL

nº 1668, de forma a adaptar seus procedimentos às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência.

Cabe também trazer ao presente estudo a análise feita pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização¹⁶ – SEFID – no Acórdão n. 56/2002 – Plenário, TCU, que pontuou, com clareza, nos itens 12 e 13, que:

12 Em suma, o fato da Anatel, por força da sua lei instituidora, usufruir do status de autarquia especial por ostentar maior autonomia, independência e autoridade normativa, no que diz respeito, principalmente, à sua atividade reguladora típica, por si só, não elide a sua condição de ente integrante da Administração Pública Indireta. Nesta qualidade, sua atividade administrativa, a exemplo de outros entes autárquicos, igualmente autônomos, há de se sujeitar não só aos ditames da lei, como às diretrizes traçadas pelo Chefe do Executivo Federal, visando a organização dos serviços públicos em geral, no pleno exercício do poder regulamentar que lhe confere a Constituição da República (art. 84, inciso IV), normalmente consubstanciadas em decretos cuja ascendência sobre as normas internas de incidência restrita, desde que não veiculadas por meio daqueles instrumentos normativos, é notória.

13. Aliás, ao se referirem ao poder normativo conferido por lei às agências reguladoras criadas nos moldes da Anatel, os autores que promoveram a atualização da obra do renomado mestre Hely L. Meirelles, manifestaram-se no sentido de que aquele poder “...há de se cingir aos termos de suas leis instituidoras e aos preceitos dos decretos regulamentares expedidos pelo Executivo. Naquilo que extravasar desses parâmetros a norma expedida pela agência será inconstitucional (ob. cit, p. 359)”.¹⁷

Em 2003 houve nova manifestação do Tribunal de Contas da União acerca do Regulamento de Contratações da Anatel, por meio do Acórdão nº 2.770-Primeira Câmara. Neste julgamento ficou assentado que a Agência não logrou justificar o motivo de não ter

16 As Secretarias de Fiscalização são unidades técnico-executivas especializadas subordinadas à Secretaria-Geral de Controle Externo e têm por finalidade realizar trabalhos de fiscalização e de avaliação de programas de governo dentro da sua área específica de atuação. A SEFID tem por finalidade fiscalizar e avaliar as privatizações de empresas estatais, a outorga de serviços públicos e a execução dos respectivos contratos.

17 Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 56/2002. Decisão de 06/03/2002.

adaptado seu regulamento de modo a adequá-lo às normas gerais e específicas aplicáveis às licitações e contratações, de acordo com as respectivas leis de vigência, nos termos do citado item 8.2.3 da Decisão n. 497/1999.

Mais recentemente, em 2011, o Tribunal de Controle de Contas mais uma vez analisou a questão no Acórdão n. 2753/2011– Plenário, de relatoria do Ministro José Jorge, no qual foram analisadas as razões de justificativa dos Conselheiros do Conselho Diretor da ANATEL, acerca da decisão tomada no âmbito da 556ª Reunião, no sentido de que as disposições da Lei n. 10.520/2002 e do Decreto n. 5.450/2005 não são aplicáveis no âmbito da Agência, em afronta à decisão liminar do STF proferida no âmbito da ADIn n. 1.668-5, ao item 8.2.3 da Decisão nº 497/1999-TCU/Plenário e à orientação do Advogado-Geral da União consubstanciada no âmbito do Processo nº 00407.003652/2010-11, bem como as razões para ainda não terem se iniciado, naquela época, os pregões na forma eletrônica, conforme orientou o Ministro de Estado das Comunicações por meio do Ofício Circular n. 27/2005/GM/MC, de 27/6/2005¹⁸.

Nesse Acórdão foi realizada uma completa análise do tema, sendo oportuna a transcrição do trecho a seguir, demonstrando a congruência de entendimento entre o TCU e a AGU:

14. No nosso entendimento, a exegese fixada pelo STF para o art. 22, inciso II (“a competência do Conselho Diretor da Anatel fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência”), mostra-se oportuna e coerente, e dela, só nos parece razoável depreender que:

14.1 Para o pregão, por existirem normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas em lei de regência (Lei 10.520/2002), fica a competência do Conselho Diretor para aprovar normas próprias adstrita às disposições previstas na referida Lei e no Decreto 5.450/2005, permanecendo, entretanto, competência supletiva para regulamentação interna de matérias que não confrontem com os referidos normativos, conforme já mencionado nos itens 3.58 e 3.59 da instrução às fls. 12-45 do vol. principal.

15. Deste modo, não prospera a assertiva do Sr. João Batista de Rezende de que a lei de regência para a aquisição de bens e outros

18 Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2753/2011. Decisão de 19/10/2011.

tipos de serviços pela Anatel é a LGT. Tal norma, de fato, regeu os pregões da entidade até a publicação da Lei 10.520/2002, momento em que a Agência deveria ter passado a se submeter às normas gerais de contratação para a modalidade, conforme decidido liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, demonstrou-se no Acórdão que o art. 22, inc. II, o art. 54, parágrafo único, e os arts. 56 a 59, todos da Lei n. 9.472/97 (LGT), são objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668-DF, que tramita no Supremo Tribunal Federal.

Na ADIn em questão, especificamente em relação ao art. 22, inc. II, da LGT, entendeu o TCU que o STF deixou assente, que a competência normativa do Conselho Diretor da Anatel deveria ser exercida em estrita vinculação ao conteúdo das normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência. E o uso aqui do vocábulo respectivas evidencia que não se trata de lei de regência contemplando, ao mesmo tempo, normas gerais e específicas, mas sim de, pelo menos, duas leis de regência: uma veiculando tão somente normas gerais e outra contendo apenas normas específicas.

Prossegue a decisão discorrendo que diferentemente do que sustentam os responsáveis ouvidos no processo, a LGT não é norma geral de licitações e contratos. Para chegar a essa conclusão, basta atentar para o conteúdo do art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988, que atribui à União, a competência privativa de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Do dispositivo constitucional, de imediato, extraem-se três conclusões: a) somente a União pode instituir, no mundo jurídico, nova modalidade licitatória; b) a norma que institui (cria) modalidade licitatória é norma geral; e c) norma geral é aquela que possui máxima abrangência territorial, sendo, pois, de eficácia obrigatória junto a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Desse modo e levando-se em conta que a LGT, no tocante às licitações realizadas pela Anatel, não é norma geral, pois somente se aplica a esta autarquia federal, e que a Lei n. 10.520/2002 é a norma geral que disciplina o pregão, para a contratação de bens e serviços comuns, no âmbito de todos os entes da Federação, não resta dúvida de que o

Conselho Diretor da Anatel, após a edição da Lei do Pregão, passou a ter suas atribuições normativas adstritas às diretrizes desta lei geral e dos decretos federais que a regulamentam.

Acrescentou-se que, no entanto, no que diz respeito à atividade finalística da Anatel prevista no art. 210 da LGT, esta é a própria lei de regência para a realização de licitações, não se lhes aplicando as disposições normativas da Lei n. 8.666/93. Diante de que se concluiu que somente nesse contexto pode o Conselho Diretor da Anatel submeter-se à própria Lei n. 9.472/97 para o exercício de sua competência fixada pelo art. 22, inc. II, da Lei Geral de Telecomunicações.

5 CONCLUSÃO

A resistência da Anatel em adotar a modalidade pregão, em sua forma eletrônica, nas licitações de bens e serviços comuns por ela promovidas decorreu do entendimento do Conselho Diretor da Agência de que as disposições da Lei n. 10.520/2002 e do Decreto n. 5.450/2005 não seriam aplicáveis no âmbito da Agência.

No entanto, como demonstrado ao longo do trabalho, essa compreensão implica oposição à decisão liminar do Supremo Tribunal Federal proferida no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade – (ADIn) n. 1.668, bem como à Decisão n. 497/1999-TCU/Plenário e à orientação da Advocacia-Geral da União.

Isso porque, conforme o entendimento mantido pelo STF na ADIn n. 1.668, a competência do Conselho Diretor da Anatel fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência, não possuindo a Lei n. 9.472/1997 – (LGT), natureza de norma geral de licitações e contratos, pois somente se aplica a esta autarquia federal. Na espécie, a Lei n. 10.520/2002 é a norma geral que disciplina o pregão, para a contratação de bens e serviços comuns, no âmbito de todos os entes da Federação, e, desse modo, o Conselho Diretor da Anatel, depois da edição da Lei do Pregão, passou a ter suas atribuições normativas jungidas às diretrizes que emanam desta lei geral e dos decretos federais que a regulamentam, conforme expressamente decidiu o TCU.

Portanto, a Anatel, está obrigada a seguir, como regra, a modalidade pregão, em sua forma eletrônica, para a contratação de bens e serviços comuns, sendo a competência do Conselho Diretor da entidade para aprovar normas próprias adstrita às disposições previstas na referida Lei n. 10.520/2002 e no Decreto n. 5.450/2005, permanecendo, entretanto, sua competência supletiva para regulamentação interna de matérias que não confrontem com os referidos normativos.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. *Pregão passo a passo*: Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (Comentários aos artigos do Diploma Legal que institui a modalidade de licitação Pregão para todos os entes da Federação). 4. ed. revista, ampliada e atualizada, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal. *Despacho 794/PGF/LCMG/2010*.

_____. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal. *Parecer 159/PGF/RMP/2010*.

_____. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal/Procuradoria Federal Especializada-Anatel. *Parecer 341-2009/PGF/PFE-TBJ/ANATEL*.

_____. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal/Procuradoria Federal Especializada-Anatel. *Mem 216-2010/PGF/PFE-ANATEL/PRC*.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668*. Acórdão publicado em 16/04/2004.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 56/2002*. Decisão de 06/03/2002.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2753/2011*. Decisão de 19/10/2011.

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. *Considerações sobre a modalidade licitatória do pregão eletrônico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6134>. Acesso em: 18 dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

ROLIM, Juliano Alberge. *A “consulta” e o “pregão” da Anatel sob a ótica do STF*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7332/a-consulta-e-o-pregao-da-anatel-sob-a-otica-do-stf>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

SANTOS, Douglas Henrique Marin dos Santos. *Pregão: a regulamentação própria pela Anatel e o enfrentamento do tema pela Advocacia-Geral da União*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22044/pregao-a-regulamentacao-propria-pela-anatel-e-o-enfrentamento-do-tema-pela-advocacia-geral-da-uniao>>. Acesso em: 12 jan. 2015.



PARECER Nº 1003/2014/PFE-ANATEL/PGF/AGU
A INCIDÊNCIA DAS TAXAS DE FISCALIZAÇÃO E
O COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA
DENOMINADO *RAN SHARING*

Ivan Magalhães Francisco
Procurador Federal
Coordenador de Procedimentos Fiscais

Paulo Firmeza Soares
Procurador Federal
Assessor Especial do Procurador Geral

PARECER Nº 1003/2014/PFE-Anatel/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 53500.015937/2013

INTERESSADO: TIM Celular S.A.

ASSUNTO: Análise do Item “F” do Despacho nº 2.719/2013-CD.

EMENTA: 1. Tributário. Taxa de Fiscalização de Instalação (TFI) e Taxa de Fiscalização e Funcionamento (TFF). 2. Serviço Móvel Pessoal (SMP). Estação Rádio-Base (ERB). Modelo de compartilhamento de infraestrutura entre mais de uma operadora denominado de RAN Sharing. 3. Lei nº 5.070/1966. Lei nº 9.472/1997. Código Tributário Nacional. Regulamento do SMP, aprovado pela Resolução nº 477/2007. Regulamento aprovado pela Resolução nº 255/2001. 4. Sujeição individualizada à fiscalização da Agência, seja quando da instalação da estação seja quando do seu funcionamento. 5. Licença. Ato individual, personalíssimo. 6. Existência de duas estações no modelo do RAN Sharing, em que autorizações de uso de radiofrequências de duas prestadoras distintas estão envolvidas. Existência de dois sujeitos passivos dos tributos. Ocorrência de dois fatos geradores, um para cada prestadora. Incidência de TFI e TFF para ambas. 7. Ausência de bis in idem.

I. PARECER

1 RELATÓRIO

1. Trata-se de processo iniciado mediante o Memorando nº 34/2013-CPRP/SCP, endereçado ao Superintendente de Outorga e Recursos à Prestação, que versa sobre o Compartilhamento de Recursos de Infraestrutura para Prestação de Serviços na Faixa de 2,5 GHz entre Oi e TIM, que solicitaram à Anatel a alteração do sistema para permitir o cadastramento único de uma Estação Rádio Base, com compartilhamento de acesso, mediante o pagamento de um único licenciamento, ou a confirmação de interpretação distinta, bem como a forma de efetivação para que se proceda ao licenciamento.

2. Instruem os autos os seguintes documentos:

- a) Despacho nº 2719/2013-CD (fl. 02), que, entre outras providências, concedeu “anuência prévia para a implantação do modelo de compartilhamento de infraestrutura proposto pela TIM e OI, nos moldes da Minuta do Contrato de Cessão Recíproca Onerosa de Meios de Rede apresentada em 27/03/2013, ressaltando que o compartilhamento de radiofrequência se dê de forma provisória, pelo prazo estritamente necessário para a atualização dos equipamentos que serão empregados no compartilhamento”, sem eximir cada uma das prestadoras do cumprimento das obrigações inerentes à prestação do Serviço Móvel Pessoal – SMP;
- b) Cópia do Informe 91/PVCPR/PVCP/SPV (fls. 06/08), manifestando-se pela inexistência de óbices ao compartilhamento de infraestrutura de rede de acesso de radiofrequência (RAN Sharing), traçando algumas observações;
- c) Cópia do Informe 12/2013/RFCEE/RFCE/SRF/PVCPR/PVCP/SPV (fls. 09/14), no qual se propõe a autorização prévia do compartilhamento de redes em questão;
- d) Cópia da Análise nº 219/2013-GCRZ (fls. 15/25v), dotada da seguinte ementa:

COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA DE REDES PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÓVEL PESSOA (SMP). SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS PRIVADOS. SUPERINTENDÊNCIA DE RADIOFREQUÊNCIA E FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE LEGAL. PREVISÃO REGULATÓRIA FIXADA NO REGULAMENTO DA FAIXA DE 2,5 GHZ. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA PRÉVIA DA ANATEL. ATENDIMENTO DA ANUÊNCIA PARA O COMPARTILHAMENTO. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DA ANATEL.

- 1. Intenção da TIM e da OI de compartilhar elementos ativos da rede de suporte ao SMP (Ran Sharing), utilizando a faixa de 2,5 GHZ para a prestação do serviço utilizando a 4ª geração tecnológica.
- 2. O compartilhamento de redes de suporte a prestação de serviços de telecomunicações encontra embasamento legal nos artigos 154 e 155 da Lei 9.472, de 16/07/1997, Lei Geral de Telecomunicações (LGT) e no art. 62 do Regulamento de Serviço de Telecomunicações, aprovado pela resolução nº 173 (sic1), de 25/11/1998.

1 Na verdade, Resolução nº 73, de 25/11/1998.

3. Na regulamentação do SMP, o compartilhamento encontra previsão no art. 17 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007.
4. Especificamente em relação à faixa de 2,5 GHz, compartilhamento das redes de suporte à prestação dos serviços está previsto no parágrafo único do art. 1º do Regulamento Sobre Condições de Uso de Radiofrequência nas faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, aprovado pela Resolução nº 544 de 11/08/2010, que estabelece a necessidade de anuência prévia da Anatel para a utilização de uma mesma rede por mais de uma prestadora.
5. De acordo com a regulamentação mencionada a anuência prévia depende de análise do modelo pela área responsável pela administração do espectro da Anatel, de verificação do atendimento do interesse público, a preservação da ordem econômica e a garantia de tratamento isonômico e não discriminatório a todos os interessados.
6. A análise das áreas técnicas concluiu pela possibilidade do compartilhamento dos elementos ativos da rede das prestadoras, destacando que, na forma proposta pelas empresas, haverá compartilhamento de radiofrequência, de forma temporária, decorrente da necessidade de adequação pelos fornecedores dos equipamentos que serão empregados no compartilhamento.
7. As áreas técnicas se manifestaram pela viabilidade técnica e regulamentar do compartilhamento da radiofrequência, destacando, contudo, algumas preocupações associadas ao uso eficiente de espectro e a outras condições do uso de radiofrequência na faixa de 2,5 GHz.
8. O interesse público está assegurado pela possibilidade de redução dos preços para os usuários em decorrência da redução de custos das prestadoras, pelos benefícios ambientais e urbanísticos decorrentes do uso racional de energia e redução do uso de espaço aéreo e do solo nas grandes cidades.
9. Análise inicial dos efeitos do compartilhamento sobre a ordem econômica, baseado no Memorando de Entendimentos celebrados entre a OI e a TIM realizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deliberou pela aprovação sem restrições do Ato de Concentração apresentado pelas empresas.
10. O ineditismo do compartilhamento de elementos ativos de rede por prestadores de SMP enseja a necessidade de acompanhamento

da implantação da iniciativa para se evitar efeitos indesejáveis sobre a competição no mercado de comunicações móveis.

11. Necessidade de assegurar tratamento isonômico e não discriminatório a outras prestadoras interessadas no compartilhamento, desde que existam condições técnicas para o compartilhamento sem afetar os níveis adequados de prestação de serviço.
 12. Conceder anuência prévia para a realização de compartilhamento na forma apresentada na Minuta de Contrato de Cessão Recíproca Onerosa de Meios de Rede apresentado pela OI e TIM, como o compartilhamento das radiofrequências de forma provisória.
 13. Determinar que o compartilhamento definitivo das radiofrequências dependerá de nova anuência prévia e da avaliação do resultado do acompanhamento da implantação do modelo de compartilhamento.
- e) Informe 210/2013-ORLE/SOR (fls. 27/28v), no qual se sugere que “as prestadoras contratantes de recursos em regime de exploração industrial, como é o caso do modelo provisório de compartilhamento de infraestrutura a ser aplicado no caso concreto, continuem responsáveis pelo licenciamento de ERBs utilizadas na exploração do serviço, na forma da regulamentação aplicável”.
- f) Matéria para Apreciação do Conselho Diretor nº 10/2013-ORLE/SOR (fls. 29/29v), no qual se sugere ao Conselho Diretor que “as prestadoras contratantes de recursos em regime de exploração industrial, como é o caso do modelo provisório de compartilhamento de infraestrutura a ser aplicado no caso concreto, continuem responsáveis pelo licenciamento de ERBs utilizadas na exploração do serviço na forma da regulamentação aplicável”.
- g) Análise nº 415/2013-GCRZ, de 27.09.2013 (fls. 31/34) e Acórdão nº 532/2013-CD (fl. 35), decorrente da Reunião nº 718, de 24/10/2013, dotado da seguinte ementa:
- COMPARILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA DE REDES PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL (SMP). SUPERINTENDÊNCIA DE OUTORGA E RECURSOS À PRESTAÇÃO. DEFINIÇÃO DOS ASPECTOS NECESSÁRIOS AO LICENCIAMENTO DAS ESTAÇÕES RÁDIO-BASE ENVOLVIDAS NA PRESTAÇÃO DO SMP, INCLUSIVE AQUELAS QUE SEJAM COMPOSTAS POR MEIOS COMPARTILHADOS.**

1. A contratação de recursos integrantes da rede de outra prestadora para constituição da sua rede de serviço caracteriza situação de exploração industrial, sendo que todos os recursos contratados são considerados como parte da rede da prestadora contratante.
 2. A contratante que se utiliza de meios de rede de outras prestadoras permanece integralmente responsável junto à Anatel, aos usuários ou a terceiros, pelas obrigações decorrentes dos Termos de Autorização e da regulamentação aplicável.
 3. O inciso V do artigo 17 do Regulamento do SMP é claro ao prever que a contratação de terceiros para desenvolvimento de atividades inerentes ou acessórias ao serviço, incluída a exploração industrial de recursos, não exime a prestadora contratante de suas obrigações regulamentares.
 4. O art. 102, caput, do Regulamento do SMP, aprovado pela Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007, determina que a prestadora do SMP deve licenciar todas as estações de telecomunicações envolvidas na prestação do SMP.
 5. O § 5º do art. 102 do Regulamento do SMP prevê que, para fins de licenciamento, os equipamentos de telecomunicações devem ser considerados como componentes de uma mesma Estação Rádio Base quando operados por uma mesma prestadora do SMP. Quando operados por prestadoras distintas, devem ser considerados como componentes de ERBs distintas.
 6. Caso haja compartilhamento de equipamentos, deve-se entender que o conjunto de equipamentos compartilhados serve a prestadoras distintas e deve, portanto, ser considerado uma Estação Rádio-Base distinta para cada prestadora no que se refere ao licenciamento de estações.
3. A Oi Móvel S.A. apresentou pedido de reconsideração em face deste acórdão. (fls. 51/62), do qual se extraem os seguintes pontos:
- Os recursos compartilhados na forma de Ran Sharing não se enquadram na definição de contratação de recursos em regime de exploração industrial e, por compartilharem uma única infraestrutura, não deveriam ser obrigadas a recolherem o Fistel por cada operadora;
 - Uma das principais características do RAN Sharing é o compartilhamento ativo do recurso de radiofrequência e do equipamento que constitui os canais de radiofrequência e a regulamentação não contempla a exploração industrial do

recurso de frequência, não havendo que se falar em regime de exploração industrial;

- Apesar da capacidade de irradiar as subfaixas das duas prestadoras, o sistema é instalado apenas um conjunto de equipamentos destinados à prestação do SMP, com uma única ERB, de propriedade e operação de apenas uma das operadoras, mas utilizadas de forma compartilhada por ambas.

4. O Presidente do Conselho Diretor proferiu, então, o Despacho Decisório nº 317/2014-PR, no qual denegou o efeito suspensivo ao pedido de reconsideração apresentado pelas empresas (fl. 71/71v).

5. A TIM celular também apresentou pedido de reconsideração (fls. 82/94) em face da decisão do Conselho Diretor, ratificando os argumentos da Oi acima resumidos. Aduziu também que a cobrança das taxas de fiscalização em tela sobre ambas as operadoras representaria bitributação vedada no art. 150, I, da Constituição Federal, além de arrolar as vantagens técnicas do sistema de RAN Sharing.

6. O processo foi encaminhado a esta Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, por meio do Memorando nº 61/2014-GCIF (fl. 109), para análise dos argumentos deduzidos nos pedidos de reconsideração, “bem como avaliação dos aspectos jurídicos concernentes ao licenciamento de estações compartilhadas, considerando as peculiaridades do modelo apresentado pelas interessadas e aprovado pela Anatel nos autos do processo nº 53500.031688/2012 (Modelo RAN Sharing – MORAN)”.

7. É o relatório. Passa-se a opinar.

II. FUNDAMENTAÇÃO

8. A discussão, como se vê, consiste em verificar como se dará a cobrança da Taxa de Fiscalização de Instalação (TFI) e da Taxa de Fiscalização e Funcionamento (TFF) no modelo de compartilhamento de infraestrutura denominado de RAN Sharing efetivado por operadoras de Serviço Móvel Pessoal (SMP).

9. Cumpre ressaltar, de início, que a presente análise limita-se ao campo da incidência desses dois tributos na hipótese em questão. Preocupações com a diminuição de custos para a operadora ou com as vantagens tecnológicas e ambientais no processo de compartilhamento, por exemplo, são temas a serem

abordados pela área técnica e pelo Conselho Diretor, como já feito, inclusive e especialmente, por meio da Análise nº 219/2013-GCRZ (fls. 15/25v).

II.(a). Do conceito de taxa

10. As taxas são classificadas pela doutrina como tributo vinculado. Sua arrecadação destina-se a custear uma atividade estatal específica. Dependem, portanto, de uma atuação pública para legitimar sua cobrança, seja a contraprestação pela disponibilização de um serviço público específico e divisível seja em razão do exercício do poder de polícia, conforme definição do art. 145, II, da Constituição Federal:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

11. O Código Tributário Nacional, por sua vez, após conceituar taxa no art. 77, delimita, em seu art. 78, o poder de polícia. Transcreve-se:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. (Vide Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967)

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites

da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

12. Assim, Hugo de Brito Machado² entende taxa como uma espécie de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte.

13. Luciano Amaro³, na mesma linha, afirma que taxas são tributos cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, referível ao contribuinte, que pode consistir: a) no exercício regular do poder de polícia ou b) na prestação ao contribuinte, ou colocação à disposição deste, de serviço público específico e divisível.

14. Em resumo, as taxas têm como fato gerador o exercício regular do Poder de Polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição.

15. Quanto ao poder de polícia especificamente, pode-se afirmar que ele é o poder estatal de limitar e disciplinar direitos e deveres de particulares com base no interesse público, regulando questões atinentes à segurança, à ordem, aos costumes e etc.

16. Completa esse entendimento, Ricardo Alexandre⁴, explicando que “a fundamentação (do poder de polícia) é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que permeia todo o direito público. Assim, o bem comum, o interesse público, o bem-estar geral podem justificar a restrição ou o condicionamento do exercício de direitos individuais”.

17. Como se vê, a incidência de uma taxa, no que se refere à hipótese constitucional relacionada ao exercício do poder de polícia, pressupõe ação estatal representada pela fiscalização exercida por um órgão ou ente público a quem a lei atribua competência. O contribuinte, portanto, é aquele que exerce atividade ou é proprietário do objeto da fiscalização. Em outras palavras, para a legalidade da cobrança da taxa com fundamento neste exercício do poder de polícia, exige-se que haja regularmente um órgão administrativo

2 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.

3 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006

4 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

no ente tributante que exerce o mencionado poder fiscalizatório, conforme orientação do transcrito parágrafo único do art. 78 do CTN.

II.(b). Das taxas destinadas ao FISTEL

18. A Anatel foi criada pela Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472/97, dotada, dentre outras, da competência para fiscalizar a execução dos serviços de telecomunicações, consubstanciando-se, assim, num órgão aparelhado para o exercício do poder de polícia relacionado com todas as suas competências legais, o que inclui, por exemplo, aspectos das redes de telecomunicações, das estações de telecomunicações e das subfaixas de radiofrequências utilizadas para a prestação dos serviços. Para o custeio desse mister, foram criadas as taxas de fiscalização de instalação (TFI) e taxa de fiscalização de funcionamento (TFF), para manter o serviço público regular.

19. O art. 47 da Lei nº 9.472/1997 é expresso ao aduzir que “o produto da arrecadação das taxas de fiscalização de instalação e de funcionamento a que se refere a Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, será destinado ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL, por ela criado”. Ademais, nos termos do art. 2º, alínea “f”, da Lei nº 5.070/1966, com redação dada pela Lei nº 9.472/1997, fica claro que essas exações financiam o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL:

Art. 2º O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL é constituído das seguintes fontes: (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

[...]

f) taxas de fiscalização; (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

20. Referido Fundo, por sua vez, é administrado pela Anatel, conforme se observa do art. 50 da Lei nº 9.472/1997, que assim dispôs:

Art. 50. O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, passará à administração exclusiva da Agência, a partir da data de sua instalação, com os saldos nele existentes, incluídas as receitas que sejam produto da cobrança a que se refere o art. 14 da Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996.

21. Dessa forma, considerando que cabe à Agência arrecadar as receitas que administra, nos termos da LGT e do seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 2.338/1997, figura a Anatel como sujeito ativo das taxas de

fiscalização em referência (TFI e TFF), responsável por sua cobrança. Vejam-se os dispositivos pertinentes:

Lei nº 9.472/1997:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XXI - arrecadar e aplicar suas receitas;

Decreto nº 2.338/1997:

Art.16. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, e especialmente:

[...]

XXII - arrecadar, aplicar e administrar suas receitas, inclusive as integrantes do FISTEL;

22. Tecidas essas considerações gerais, passa-se a tratar especificamente das hipóteses de incidência da TFI e da TFF. Em outras palavras, há de se verificar quais são as ações estatais que dão origem às taxas de fiscalização destinadas ao FISTEL. A resposta encontra-se no art. 6º da Lei nº 5.070/1966, com a redação dada pela Lei nº 9.472/1997:

Art. 6º As taxas de fiscalização a que se refere a alínea *f* do art. 2º são a de instalação e a de funcionamento. (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

§ 1º Taxa de Fiscalização de Instalação é a devida pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, no momento da emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações. (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

§ 2º Taxa de Fiscalização de Funcionamento é a devida pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, anualmente, pela fiscalização do funcionamento das estações. (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

§ 3º. ... Vetado.

23. Como se vê, a TFI se refere à emissão de licença para funcionamento das estações de telecomunicações, exigida pelo art. 162 da LGT:

Art. 162. A operação de estação transmissora de radiocomunicação está sujeita à licença de funcionamento prévia e à fiscalização permanente, nos termos da regulamentação.

24. Dessa forma, para que uma estação transmissora de radiocomunicação seja operada, a prestadora deve necessariamente obter da ANATEL uma licença para seu funcionamento. A emissão de tal licença de funcionamento, por sua vez, constitui fato gerador da TFI, cabendo, assim, sua cobrança. Os valores da TFI variam conforme o tipo de estação de telecomunicações, nos termos da tabela contida no Anexo I da Lei nº 5.070/1966.

25. Uma vez emitida a licença de funcionamento e iniciada a operação da estação, passa a ser devida, anualmente, a TFF, que tem como fato gerador a fiscalização, ainda que potencial, do funcionamento da estação. De fato, o simples funcionamento da estação já configura o fato gerador, uma vez que a TFF incide em razão da necessária e obrigatória sujeição à fiscalização, que se dá pelo simples fato de a estação estar funcionando. Ou seja, o mero funcionamento da estação já impõe a manutenção de um aparato estatal visando à sua fiscalização, o que é suficiente para fazer incidir a TFF, como será melhor explicado em tópico próprio. Os valores da TFF correspondem a 33% dos valores fixados para a TFI, nos termos do art. 8º da Lei nº 5.070/1966, com redação dada pela Lei nº 12.485/2001.

II.(c). Do modelo de compartilhamento do RAN Sharing

26. O modelo de compartilhamento de infraestrutura entre TIM e OI na forma do RAN Sharing foi aprovado pelo Conselho Diretor por meio do Despacho nº 2.719/2013-CD, de 25.04.2013 (fl. 02), nos termos da Análise nº 219/2013-GCRZ, de 05.04.2013 (fls. 15/25), que descreve o modelo:

4.2.6. O compartilhamento de infraestrutura passiva de rede já vem sendo realizado pelas prestadoras de serviços móveis por vários anos com o conhecimento e aprovação da Anatel, tendo em vista os benefícios para a prestação do serviço decorrente da redução de custos e otimização da alocação da infraestrutura.

4.2.7. Contudo, o modelo apresentado representa um novo passo no sentido de ampliar o nível de compartilhamento, pois prevê a cessão, não só da infraestrutura passiva, mas também dos elementos ativos da rede compostos pelos equipamentos de rede necessários à prestação do serviço.

4.2.8. Na forma inicialmente apresentada, a proposta prevê a cessão recíproca de meios entre as prestadoras, uma vez que cada prestadora seria responsável pela implantação da infraestrutura em localidades específicas, e cederia o uso desses elementos para a outra prestadora oferecer o serviço naquela mesma localidade, sem que ocorresse o compartilhamento efetivo das radiofrequências detidas por cada uma das prestadoras.

27. Na mesma linha, a Análise nº 415/2013-GCRZ, de 27/09/2013 (fl. 33), aponta as características do RAN Sharing:

4.2.4. Desta forma, podemos destacar os seguintes aspectos principais do compartilhamento proposto por TIM e OI:

- Ocorrerá compartilhamento recíproco de elementos ativos da rede de suporte ao SMP (Ran Sharing), utilizando a faixa de 2,5 GHz para a prestação do serviço com a 4ª geração tecnológica;
- Não ocorrerá o compartilhamento efetivo das radiofrequências detidas por cada uma das prestadoras, exceto em casos excepcionais e provisoriamente;
- O negócio proposto (contratação de recursos integrantes da rede de outra prestadora para constituição da sua rede de serviço) caracteriza situação de exploração industrial; e
- A contratante que se utiliza de meios de rede de propriedade da outra permanecerá integralmente responsável junto à Anatel, aos usuários e a terceiros, pelas obrigações decorrentes dos Termos de Autorização e da regulamentação aplicável.

28. A TIM, em manifestação à 82/82-v, traça a diferença entre o SITE Sharing, em que há compartilhamento apenas de infraestrutura passiva, e o RAN Sharing, em que há o compartilhamento da infraestrutura passiva e de elementos da infraestrutura ativa:

No modelo SITE SHARING, ocorre somente o compartilhamento da infraestrutura passiva (torre, energia, espaço) onde a exploração industrial se dá mediante a locação desta para que uma segunda prestadora possa ali instalar sua infraestrutura ativa, a qual irá compor sua rede de acesso (RAN). Os elementos de rede (RNC e Node B, entre outros) e os meios de transmissão compartilham o espaço físico, porém, ocupando-o de forma distinta.

Deste compartilhamento de site, resta por possível a total divisibilidade dos bens de propriedade de cada prestadora os quais são completamente dissociados em termos de instalação, configuração e operação. O SITE SHARING é representado pela figura a seguir.

[...]

Já no modelo RAN SHARING adota, apesar de sua capacidade de irradiar as subfaixas de radiofrequência das O2 (duas) prestadoras, é instalado um único conjunto de equipamentos destinado à prestação do SMP, compartilhados juntamente com os meios de transmissão, compondo uma única rede de acesso operada exclusivamente por uma única prestadora, cuja exploração industrial se dá por outra. Neste caso, ocorre o compartilhamento e a ocupação do mesmo espaço físico de forma indissociável.

Ou seja, a RNC, o Node B e a transmissão, entre outros, são bens indivisíveis e de propriedade de uma única prestadora do SMP, que instala, configura e opera uma única RAN, em um robusto critério de governança que foi, inclusive, objeto de aprovação pela Anatel. O modelo TAN SHARING se encontra ilustrado abaixo.

[...]

Conforme ilustrado acima, o RAN SHARING pode se dar: (i) pelo modelo MORAN (Multi Operator Radio Access Network), onde as prestadoras envolvidas compartilham a mesma rede de acesso sem, entretanto, compartilhar a mesma subfaixa de radiofrequência, ou (ii) pelo modelo MOCN (Multi Operator Core Network) onde, além da rede de acesso, a mesma faixa de radiofrequência é compartilhada pelas prestadoras envolvidas.

No caso em tela, as Prestadoras TIM e o Grupo Oi adotaram o modelo MORAN, onde um único equipamento transmissor de radiofrequência, operado exclusivamente pela detentora da infraestrutura ERB, é capaz de irradiar as subfaixas de radiofrequência V1 e V2 outorgadas.

29. De fato, a anuência prévia concedida pela Anatel por meio do citado Despacho nº 2.719/2013-CD, de 25.04.2013 (fl. 02), exarado nos termos da Análise nº 219/2013-GCRZ, diz respeito a modelo em que não há compartilhamento definitivo de radiofrequência. Consta, em seu item “d”, determinação expressa de que “a adoção de modelo que envolva o compartilhamento definitivo de radiofrequências dependerá de nova aprovação prévia pela Anatel.”

30. Segundo se depreende dos autos, portanto, o RAN Sharing em tela consubstancia uma forma de compartilhamento de infraestrutura em que, não obstante os equipamentos sejam os mesmos para ambas as prestadoras, cada uma continua fazendo uso das suas próprias subfaixas de radiofrequência. Ou seja, a torre e os equipamentos, inclusive elementos ativos da rede, como transmissores, são compartilhados, mas cada prestadora, repita-se, usufrui do seu respectivo direito de uso de radiofrequência.

II.(d). Do RAN Sharing e da estação de telecomunicações em cotejo com o instituto das taxas de fiscalização e da licença para seu funcionamento

31. Traçada a delimitação do RAN Sharing, observa-se que tal modelo de compartilhamento envolve a infraestrutura de uma prestadora (passiva e alguns elementos ativos) e pelo menos dois direitos de uso de radiofrequência, cada um detido por uma prestadora. Ou seja, se o direito de propriedade dos equipamentos pertence a uma empresa, os direitos de uso de radiofrequência são detidos por mais de uma empresa.

32. Antes de adentrar nessa premissa, contudo, vale a pena trazer à tona o conceito de estação de telecomunicação trazido pela legislação. Veja-se, a respeito, o art. 60, §2º, da Lei nº 9.472/1997:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º **Estação de telecomunicações** é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e **demais meios necessários à realização de telecomunicação**, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

33. Ora, uma estação de telecomunicações, como visto, é caracterizada pelo conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação. Por sua vez, telecomunicação (art. 60, § 1º) pressupõe a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

34. Dessa forma, considerando que a radiofrequência é um meio necessário à prestação do SMP (telefonia móvel), pode-se afirmar que o direito de uso de radiofrequência, materializado na autorização de uso de radiofrequência, deve integrar o “conjunto de meios necessários” a que se refere o conceito de uma estação de telecomunicações.

35. A estação de telecomunicações, em suma, é um conjunto de meios para a prestação de serviços de telecomunicações. Não diz respeito,

contudo, apenas a elementos corpóreos ou físicos que envolvam direito de propriedade na concepção civilista. Em outras palavras, para servir à prestação regular de serviços de telecomunicações (seu propósito), a estação deve estar atrelada a outorgas devidamente expedidas pela Anatel, que autorizem os prestadores a explorarem o serviço e/ou a usarem subfaixas de radiofrequência (direitos na concepção administrativista). Sem tais outorgas não é possível a prestação de serviço de telecomunicações e, consequentemente, não há estação de telecomunicações na forma do art. 60, § 2º, da LGT.

36. De fato, para explorar os serviços de telecomunicações, o prestador deve possuir uma outorga expedida pela Agência (autorização ou concessão do serviço). Se a prestação do serviço demandar o uso de radiofrequência, como é o caso do SMP, ele deve possuir, além da outorga relacionada com o serviço, uma autorização de uso de radiofrequência. Vejam-se os dispositivos da Lei nº 9.472/1997:

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

[...]

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

[...]

Art. 163. O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação.

37. Na verdade, os pressupostos para qualquer estação de telecomunicações entrar em funcionamento são as referidas outorgas detidas pela prestadora. No caso do SMP, os pressupostos para o regular funcionamento de qualquer estação são: (i) a autorização para explorar o SMP, outorgada por prazo indeterminado; e (ii) a autorização de uso de radiofrequência, outorgada por prazo determinado (em geral, quinze anos).

38. Cabe à Anatel, portanto, fiscalizar, tanto no procedimento de licenciamento de uma estação quanto in loco, no curso do seu funcionamento, a adequação dos equipamentos físicos ou corpóreos, como torres e transmissores, bem como das outorgas administrativas que suportam seu regular funcionamento, como a autorização para explorar o SMP e a autorização de uso de radiofrequência.

39. Com relação à instalação de uma estação (TFI), além das características dos equipamentos, devem ser verificadas as outorgas administrativas detidas pela prestadora. Tal verificação, ocorrida no bojo do procedimento de licenciamento da estação, leva à emissão de licença para funcionamento da estação, que deve, em consequência, estar atrelada às características dos equipamentos e das outorgas administrativas titularizadas pela correspondente prestadora.

40. Por tal razão é que, por exemplo, uma licença em nome de uma concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, sendo atrelada necessariamente ao contrato de concessão que lhe dá suporte, tem prazo de validade no máximo até o prazo final do contrato de concessão. Na mesma linha, uma licença em nome de uma autorizada do SMP, sendo atrelada às autorizações para exploração do SMP (prazo indeterminado) e para uso de radiofrequência (prazo determinado), tem prazo de validade no máximo até o prazo de vencimento desta autorização de uso de radiofrequência.

41. Com relação ao funcionamento de uma estação (TFF), os mesmos elementos devem ser verificados pela Anatel: adequação dos equipamentos corpóreos e físicos e das outorgas administrativas.

42. A diferença diz respeito ao momento em que se dá essa verificação/fiscalização. No caso da instalação, a atuação da Agência se dá no momento do licenciamento da estação, fato gerador da TFI. No caso do funcionamento, a atuação da Agência se dá em momento posterior, quando sujeita os prestadores à sua fiscalização in loco por meio da manutenção de um órgão estatal destinado a esse fim, fato gerador da TFF.

43. Nessa toada, considerando que a discussão em tela gira em torno de taxas de fiscalização (de instalação e de funcionamento), resta evidente que a fiscalização diz respeito necessariamente apenas a um prestador. Ou seja, cada prestador (titular de outorgas de prestação de serviço e de uso de radiofrequência) fica isoladamente sujeito à fiscalização da Anatel, no que toca aos equipamentos/outorgas de sua responsabilidade, como será detalhadamente demonstrado em tópico próprio deste Parecer.

44. Portanto, a licença para funcionamento de estação deve ser emitida em nome de apenas um prestador, já que a responsabilidade perante a Agência é individual, e não compartilhada. Assim, por exemplo, ao operar equipamentos que exploram radiofrequência sua e radiofrequência da TIM,

a OI responde apenas pela adequação de suas radiofrequências, vinculadas às autorizações que detém. Já a TIM, na mesma linha, permanece responsável pela adequação das suas, ou seja, pela adequação das suas autorizações de uso de radiofrequência. Cada uma continua vinculada às suas outorgas administrativas, que são e persistirão individualizadas.

45. De fato, o Despacho nº 2.719/2013-CD, que aprovou o modelo de compartilhamento RAN Sharing em referência foi claro ao “ressaltar o entendimento de que o compartilhamento mencionado no item b não exime cada uma das prestadoras envolvidas do cumprimento de suas obrigações estabelecidas no arcabouço normativo e nos Termos de Autorização para prestação do SMP celebrados com a Anatel.” E não poderia ser diferente, uma vez que a Lei nº 9.472/1997 é expressa nesse sentido, como se verifica do seu art. 94, §1º, também aplicável às autorizadas, ressalte-se:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

46. O Regulamento para Arrecadação de Receitas do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, aprovado pela Resolução nº 255/2001, também corrobora tal premissa quando define a licença para funcionamento de estação:

Art. 3º Para os fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

[...]

XVI - Licença para Funcionamento, em Bloco, de Estações de Assinante é o ato administrativo de expedição de licença de um conjunto de estações, em nome da concessionária, permissionária e autorizada de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência;

XVII - Licença para Funcionamento de Estação é o ato administrativo que autoriza o início do funcionamento de estação individual, em nome da concessionária, permissionária e autorizada de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência;

47. Como se vê, a licença é o ato administrativo que autoriza o funcionamento de estação individual, e não coletiva. Além disso, a regulamentação utiliza expressões no singular, como “em nome da concessionária, permissionária e autorizada (...)”. E a razão de a licença ser individualizada por prestadora é a sujeição independente de cada uma à fiscalização da Anatel.

48. Ora, se no modelo de RAN Sharing aqui analisado as duas prestadoras se sujeitam à fiscalização da Anatel, já que os equipamentos exploram as autorizações de uso de radiofrequência de cada uma, não há que se falar em apenas um licenciamento, embora os elementos de rede sejam operados apenas por uma.

49. A fiscalização é individual, de onde se infere que a licença, relacionada a taxas de fiscalização, também é individual, personalíssima. Assim, uma mesma licença não pode abarcar mais de uma prestadora. Todos os equipamentos e as outorgas administrativas a que a licença está vinculada devem pertencer a uma única prestadora. Havendo equipamentos e/ou outorgas administrativas pertencentes a mais de uma prestadora, cada uma com seu bem jurídico próprio, existem dois sujeitos passivos submetidos à fiscalização estatal e, conseqüentemente, duas licenças devem ser emitidas, ocasionando a ocorrência de dois fatos geradores da TFI e da TFF, um para cada prestadora.

50. Assim, para que haja apenas uma licença e apenas um fato gerador da TFI e da TFF não basta que apenas os equipamentos sejam de responsabilidade de uma prestadora. É necessário que as outorgas administrativas a que a licença esteja vinculada também pertençam a essa mesma prestadora. No caso em comento, o modelo de RAN Sharing envolve autorizações de uso de radiofrequência de mais de uma prestadora. Logo, são duas prestadoras sujeitas à fiscalização do Estado, já que cada uma delas continua responsável perante a Agência em relação às suas outorgas, ou seja, em relação às suas radiofrequências.

51. De fato, a relação tributária é marcada pela relação pessoal do contribuinte com o Estado. Veja-se, a respeito, o art. 121 do Código Tributário Nacional:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

52. No caso em comento, a questão tributária, que diz respeito a taxas de fiscalização, decorre da relação pessoal e direta que cada prestadora tem perante a Anatel, com a detenção, cada uma, de autorizações de uso de radiofrequência próprias. Ora, se a relação da prestadora com o Estado em relação às radiofrequências é pessoal, a fiscalização e a licença também são individuais, personalíssimas.

53. Contraria a lógica regulatória instituída pela LGT a hipótese de que a Anatel deixe de fiscalizar determinada prestadora titular de outorgas de serviço e de radiofrequência apenas porque uma segunda prestadora, também titular de outras outorgas, seja a proprietária (ou contratante) dos equipamentos capazes de operar as outorgas de ambas as empresas. Na mesma hipótese, seria igualmente ilógico que a Anatel fiscalizasse a operação de uma prestadora para a qual não teria sido expedida nenhuma licença de instalação. No modelo de RAN Sharing aprovado, em que, por exemplo, a OI seria a detentora dos equipamentos responsáveis pela operação tanto de suas próprias radiofrequências como daquelas titularizadas pela TIM, não é possível afirmar que apenas a OI estaria sujeita à fiscalização da Anatel. Como a OI não responde pelas radiofrequências outorgadas à TIM, que continuam sob sua responsabilidade, há claramente duas relações pessoais com o Estado, dois contribuintes e, conseqüentemente dois fatos geradores da TFI e da TFF.

54. Em suma, (i) não há possibilidade de emissão de licença em nome de mais uma prestadora, sobretudo quando cada prestadora possui relação pessoal com a Anatel de sujeição à fiscalização, seja no momento da instalação ou no curso do funcionamento da estação; (ii) a licença, personalíssima, deve se ater aos limites das outorgas administrativas desta prestadora, em relação aos serviços concedidos/autorizados, às radiofrequências autorizadas e aos respectivos prazos de duração.

55. Do exposto acima, percebe-se claramente que o modelo de RAN Sharing contratado entre OI e TIM não possui o condão de alterar o conceito legal de estação de telecomunicações, cuja utilização por prestadora depende de licença. Se, para a existência de uma tal estação licenciável, de acordo com o art. 60, §§ 1º e 2º da LGT, são necessárias (a) outorgas de serviço e de radiofrequência titularizadas por uma prestadora e (b) equipamentos próprios ou contratados de terceiros, o referido modelo de compartilhamento aprovado não elimina a existência de duas estações

de telecomunicações licenciáveis. No caso da OI, sendo ela a proprietária dos equipamentos e titular de outorgas próprias, verifica-se a existência de uma estação de telecomunicações licenciável em seu nome. Para a TIM, sendo contratante dos equipamentos fornecidos pela OI e titular exclusiva das outorgas operadas mediante tal compartilhamento, constata-se igualmente a existência de uma estação licenciável em nome próprio. Em outras palavras, são duas as estações de telecomunicações licenciáveis, no caso do RAN Sharing.

56. Por fim, registra-se que não é possível confundir a presente situação, como alegado pelas interessadas, com outros modelos totalmente diversos, como MVNO, Roaming e ligações longa distância. No presente caso se discute a possibilidade de uma mesma estação de telecomunicações possuir uma só licença em benefício da operação de duas prestadoras distintas, titulares de radiofrequências também diferentes. Nos demais casos apontados pelas interessadas a estação permanece individualizada, vinculada às radiofrequências de apenas uma prestadora, a qual possui a licença de forma exclusiva.

II.(e) Da ação fiscalizatória da Anatel e do Regulamento do SMP

57. Veja-se, portanto, que as taxas em tela não dizem respeito à implantação de um conjunto de equipamentos, sejam eles as torres ou os aparelhos nela instalados, mas ao próprio funcionamento desse conjunto de equipamentos voltado à prestação do serviço de telecomunicações, que somente se realiza, no caso do SMP, por meio do uso de faixas de radiofrequência previamente outorgadas. Se um mesmo conjunto de equipamentos serve à prestação de dois serviços de telecomunicações, prestados por empresas outorgadas distintas, haverá duas estações de telecomunicações, que somente poderão operar após a expedição de duas licenças individualizadas.

58. A fiscalização da Anatel, nessa toada, é abrangente e extrapola os limites físicos ou corpóreos de um conjunto de equipamentos, seja quando da sua instalação ou do seu funcionamento. Tal fiscalização abarca também, como visto, as outorgas administrativas detidas pelas prestadoras (concessão/autorização para explorar serviço e/ou autorização de uso de radiofrequência), tendo em vista que uma estação de telecomunicações somente pode ser legalmente assim conceituada se servir à prestação de um serviço de telecomunicações devidamente outorgado a uma prestadora. Por esta razão, o poder de polícia exercido pela Anatel não se confunde com a fiscalização eventualmente feita por prefeituras no tocante às leis

de zoneamento municipal ou pelo Corpo de Bombeiro, quanto ao respeito a normas de segurança e combate a incêndio.

59. Nesse contexto, deve-se analisar o fato gerador e o sujeito passivo da cobrança em tela à luz da atuação fiscalizatória da Anatel em relação às estações de telecomunicações, segundo conceituadas pela legislação específica. Para tanto, é necessário ver os limites traçados no Capítulo V do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – Resolução nº 477/2007, abaixo transcrito:

Capítulo V

Da Instalação e Licenciamento das Estações

Art. 97. A instalação das estações de telecomunicações do SMP deve observar o disposto na regulamentação, em especial no Regulamento de Serviços de Telecomunicações.

Art. 98. Antes de dar início à instalação do sistema, a prestadora deve apresentar à Anatel com pelo menos 30 (trinta) dias de antecedência, resumo do projeto de instalação, em formulários padronizados, devidamente preenchidos e assinados por profissional habilitado, acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART e de qualquer outro documento exigido em norma complementar.

Parágrafo único. Para Estação Rádio Base sujeita à coordenação de frequências, deve ser apresentado à Anatel por ocasião do cumprimento do previsto no **caput**, o detalhamento do projeto técnico, contendo o respectivo mapa de cobertura e a metodologia utilizada nos cálculos.

Art. 99. Antes do início das alterações e expansões, a prestadora deve apresentar à Anatel resumo dos projetos referentes às alterações e expansões de seu sistema de telecomunicações, em formulários padronizados, devidamente preenchidos e assinados por profissional habilitado, acompanhado de ART e de outros documentos eventualmente exigidos em normas complementares.

Parágrafo único. Para Estações Rádio Base ou Repetidoras do SMP não sujeitas à coordenação de frequências, é dispensada a apresentação de resumo de projetos referentes às alterações das seguintes características: ângulo de elevação/radiação em até mais ou menos 30°, azimute de radiação em até mais ou menos 30° e altura da antena em relação ao solo em até mais ou menos 30%.

Art. 100. No decorrer do prazo para a instalação do sistema e com a finalidade de testar os equipamentos, a prestadora pode operá-lo

em caráter experimental, pelo período de 30 (trinta) dias, desde que solicite à Anatel, com antecedência de 5 (cinco) dias úteis do início dos testes, licença provisória para funcionamento de estação, sendo vedada a operação comercial neste período.

Art. 101. As desativações de Estações Rádio Base devem ser informadas à Anatel, por intermédio de formulário padronizado, até 30 (trinta) dias após a desativação.

Art. 102. A prestadora deve licenciar todas as estações de telecomunicações envolvidas na prestação do SMP.

§ 1º A prestadora deve informar à Anatel o número de Estações Móveis por ela habilitadas para os fins indicados no **caput**.

§ 2º A Estação Rádio Base do SMP somente pode iniciar o funcionamento comercial após licenciamento específico.

§ 3º A Repetidora do SMP deve obedecer aos mesmos procedimentos estabelecidos para as Estações Rádio Base.

§ 4º O Reforçador de Sinais do SMP deve ser caracterizado como equipamento acessório da Estação Rádio Base não sendo objeto de Licença de Funcionamento.

§ 5º Para fins de licenciamento, o conjunto de equipamentos, dispositivos e demais meios, seus acessórios e periféricos, instalados em um mesmo local, destinados à prestação do SMP, quando operados por uma mesma Prestadora, nas subfaixas de radiofrequências definidas na regulamentação do SMP, são considerados como componentes de uma mesma Estação Rádio Base.

Art. 103. A prestadora é responsável por observar as condições de funcionamento das Estações Móveis e Estações Rádio Base das quais seja titular, conforme regulamentação pertinente.

§ 1º A Prestadora de SMP é a única responsável perante a Anatel pelos pagamentos de taxas devidas em razão da Ativação de Estações Móveis.

§ 2º Ao requerimento de emissão da Licença de Funcionamento de Estação, a prestadora deve anexar declaração, firmada por profissional habilitado, de que a estação não submeterá a população a campos eletromagnéticos na faixa de radiofrequência de valores superiores aos limites adotados pela Anatel.

§ 3º A infra-estrutura utilizada pela prestadora na prestação do SMP deve observar as normas técnicas e as leis municipais e estaduais relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

Art. 104. A prestadora deve coordenar as frequências que irá utilizar em suas Estações Rádio Base, com as entidades que possuam estações cujos equipamentos possam afetar ou serem afetados pelas Estações Rádio Base, proporcionando interferência ou restrição à capacidade do sistema.

§ 1º O procedimento de coordenação aplica-se, igualmente, às Estações Rádio Base em operação que pretendam alterar as frequências, a configuração de equipamentos que possam ocasionar interferência potencial, ou seu local de instalação.

§ 2º Em regiões situadas nos limites geográficos de Áreas de Registro ou de Áreas de Prestação a prestadora deve, além dos procedimentos estabelecidos em regulamentação específica:

I - adotar procedimentos para minimizar a penetração do sinal radioelétrico em Área de Registro adjacente, evitando que a Área de Cobertura de cada Estação Rádio Base de sua Área de Registro se sobreponha à cobertura de Área de Registro vizinha;

II - evitar qualquer interferência prejudicial e, caso exista, saná-la imediatamente;

III - dar prioridade à implantação de ERBs setorializadas em detrimento de ERB com sistemas irradiantes omnidirecionais, a fim de minimizar situações de interferência e facilitar o controle, quando de sua existência;

IV - realizar estudos de engenharia acompanhados de predições de cobertura e/ou medições em campo para orientação de seleção de equipamento de transmissão, incluindo os sistemas irradiantes, de forma a restringir, ao máximo possível, as Áreas de Cobertura aos limites de sua Área de Registro;

V - viabilizar a participação, em estudos de engenharia e medições ou ajustes posteriores em campo, das Prestadoras interessadas e, sempre que possível, a de seus fornecedores de infra-estrutura, ressalvado o direito de preservação de informações confidenciais;

VI - disponibilizar, quando solicitado, aos outros interessados os mapas utilizados no planejamento das estações, tais como mapas topográficos e morfológicos geo-referenciados em escalas adequadas, obtidos de ferramentas computacionais de predição e análise, a fim de facilitar o processo de coordenação;

VII - cumprir integralmente as condições acordadas entre as prestadoras para o compartilhamento das radiofrequências durante o processo de coordenação e iniciar um novo processo de coordenação quando necessária alteração de qualquer uma das condições;

VIII - envidar todos os esforços, facilitando o planejamento e buscando uma rápida solução dos casos de coordenação, compartilhamento de espectro e solucionando interferências.

60. Desse modo, é sob o prisma do desempenho do poder de polícia deferido à Anatel pela legislação que devem ser traçados os limites da

incidência da TFF e TFI. Neste sentido, o excerto do Regulamento do SMP acima transcrito revela a legitimidade da cobrança destes tributos de cada uma das operadoras que compartilham a mesma infraestrutura (equipamentos e alguns elementos ativos de rede).

61. Isso porque a fiscalização realizada pela Anatel não se confunde com aquela incidente sobre a construção propriamente dita, relacionada com leis estaduais e municipais, referentes à construção civil. Este controle é exercido pelos órgãos competentes para tanto, sejam eles municipais ou estaduais e, nesses casos, é possível falar, em tese, na cobrança de apenas uma taxa. O poder de polícia estatal, portanto, incide sobre o imóvel e as acessões físicas nele erguidas, diferentemente da competência fiscalizatória exercida pela Anatel sobre a atividade de telecomunicação em si, relacionadas ao seu poder concedente (outorga para prestação de serviço e autorização de uso de radiofrequência, que interessam ao caso).

62. No caso das taxas atreladas ao FISTEL, a infraestrutura utilizada pela prestadora na prestação do SMP deve observar as normas técnicas e as leis municipais e estaduais relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

63. A Anatel, por sua vez, fiscaliza a prestação dos serviços de telecomunicações segundo suas competências legais, o que obviamente inclui a análise de adequação do uso da radiofrequência. Ou seja, a Agência observa uma estação, quando da sua instalação e de seu funcionamento, sob o ponto de vista de suas competências legais e de seu poder concedente, incluindo as diretrizes do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal e do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações.

64. A despeito disso, o caput do art. 102 do RSMP reza que cabe a cada prestadora “licenciar todas as estações de telecomunicações envolvidas na prestação do SMP”. Quer dizer, para a prestação do SMP, as operadoras devem licenciar todas as ERB envolvidas, mesmo que compartilhada a estrutura física. Essa é a premissa que deve orientar a interpretação de todo o art. 102, incluindo seus parágrafos.

65. Além disso, como se ressalta no item 5.21 do Informe nº 210/2013-ORLE/SOR, “cada prestadora fará uso das próprias subfaixas de radiofrequência, cujo direito foi a ela outorgado, não havendo compartilhamento das radiofrequências entre as operadoras”. Ou seja, a fiscalização, entre outros aspectos, se dá, primordialmente, sobre o espectro de radiofrequência utilizado.

66. Assim, a correta interpretação do Regulamento do SMP é que uma Estação Rádio Base Compartilhada, por envolver autorizações de uso de radiofrequências de prestadoras diferentes, deve ser entendida como uma ERB de cada prestadora. Isso porque a fiscalização, conforme o art. 104 do Regulamento do SMP, deve verificar se prestadora coordenou as frequências utilizadas em “suas Estações Rádio Base, com as entidades que possuam estações cujos equipamentos possam afetar ou serem afetados pelas Estações Rádio Base, proporcionando interferência ou restrição à capacidade do sistema”.

67. Em suma, a responsabilidade no que toca às radiofrequências, como visto, é individual. De fato, como cada prestadora apresenta relação pessoal e direta com o Anatel, já que cada uma possui suas próprias autorizações de uso de radiofrequência, cada uma delas está individualmente sujeita à fiscalização da Agência, seja quando da instalação ou do funcionamento da estação. Devem ser emitidas, portanto, duas licenças, uma para cada prestadora, com a consequente cobrança de duas TFI e duas TFF, uma de cada.

68. Ademais, do ponto de vista tributário, são irrelevantes as considerações de mérito contidas na Análise nº 219/2013-GCRZ, quando diz que o compartilhamento de ERB atinge o interesse público, possibilitando “redução dos preços para os usuários em decorrência da redução de custos das prestadoras, pelos benefícios ambientais e urbanísticos decorrentes do uso racional de energia e redução do uso de espaço aéreo e do solo nas grandes cidades”.

69. O fato é que a fiscalização desta Agência Reguladora sobre a prestação do SMP por parte da OI e da TIM não sofrerá qualquer alteração em razão da adoção do modelo de compartilhamento RAN Sharing. O poder-dever da Anatel continua o mesmo, qual seja, o de garantir, via fiscalização dos administrados, que ambas as empresas outorgadas utilizem corretamente o espectro radioelétrico, com vistas à prestação adequada do SMP, com cumprimento de metas de qualidade e atingimento dos compromissos de cobertura.

70. Por todas essas razões o Regulamento do SMP, em seu art. 102, § 5º, expressamente prevê que, “para fins de licenciamento, o conjunto de equipamentos, dispositivos e demais meios, seus acessórios e periféricos, instalados em um mesmo local, destinados à prestação do SMP, quando operados por uma mesma Prestadora, nas subfaixas de radiofrequências

definidas na regulamentação do SMP, são considerados como componentes de uma mesma Estação Rádio Base”.

71. Não procede, aliás, a interpretação que as interessadas pretendem conferir a tal dispositivo. De início, ressalta-se que ele deve ser interpretado, como não poderia deixar de ser, de acordo com o caput do art. 102, que aduz que a prestadora deve licenciar todas as estações de telecomunicações envolvidas na prestação do SMP. Além disso, a expressão “quando operados por uma mesma prestadora” deixa claro que, para fins de licenciamento, só haverá uma única estação quando todos os direitos envolvidos pertencerem a apenas uma prestadora, ou seja, quando equipamentos e outorgas administrativas estiverem vinculados somente a uma prestadora, que não é o caso do RAN Sharing, já que ele envolve direitos e autorizações de uso de radiofrequência vinculadas a mais de uma prestadora.

72. Em verdade, como visto, sendo a sujeição à fiscalização estatal de caráter individual e em se tratando de taxas de fiscalização, não há dúvidas de que cada prestadora se apresenta como contribuinte individual do tributo, cada uma vinculada às suas outorgas administrativas personalíssimas (autorizações de uso de radiofrequência, expedidas pela Anatel individualmente em nome de cada uma).

II.(f) Da existência de dois sujeitos passivos

73. De fato, não convence o argumento das interessadas de que bastaria a fiscalização da Anatel apenas sobre a operadora proprietária da estação rádio base. Isso porque uma operadora não pode se desobrigar a cumprir seus compromissos legais e contratuais perante a Anatel, tampouco as obrigações tributárias, sob a justificativa de que um terceiro é responsável pelo funcionamento de seus equipamentos.

74. Sobre o tema, recorda-se o disposto no art. 123 do CTN:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

75. Em outros termos, embora os equipamentos sejam compartilhados, cada operadora deve buscar o licenciamento dessa ERB como se sua fosse, uma vez que as convenções particulares não podem interferir na relação do

administrado com o Poder Público. Não se pode olvidar, ainda, que cada operadora adquiriu individualmente seu direito de uso de radiofrequência, tem obrigações relacionadas a ela e assumiu responsabilidades perante a Agência também individualmente. Assim, a fiscalização é individual, ao menos quanto às radiofrequências envolvidas, apesar de a estrutura física e alguns elementos de rede ativa serem compartilhados.

76. Não obstante isso, também ressalta a redação do parágrafo 2º do art. 102 do Regulamento do SMP, que reza que a “Estação Rádio Base do SMP somente pode iniciar o funcionamento comercial após licenciamento específico”. Reforça-se, assim, que a empresa interessada só pode iniciar o funcionamento comercial da sua radiofrequência se uma ERB estiver licenciada, o que implica concluir que cada operadora deve licenciá-la como se sua fosse para iniciar seus trabalhos, embora equipamentos e alguns elementos ativos de rede sejam únicos.

77. Colhe-se do Informe 210/213-ORLE/SOR, à fl. 28, corroborando com essa afirmação, que “a prestadora detentora dos recursos de infraestrutura deve ser considerada, para fins de licenciamento, como mera contratada de meios em regime de exploração industrial”. É certo afirmar, portanto, que o licenciamento se dá em função da atividade da operadora e dos bens públicos envolvidos (espectro radioelétrico), e não apenas em razão dos equipamentos, prédio e dispositivos nele albergados.

78. Ademais, conforme expressamente previsto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 5.070/1966, a Taxa de Fiscalização de Instalação é devida pelas concessionárias “no momento da emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações”. Considerando que o licenciamento é ato personalíssimo, ele é outorgado à operadora específica, na hipótese de ela atender à legislação, à regulamentação e aos contratos/termos celebrados com a Anatel.

79. Cada operadora, portanto, por estar individualmente sujeita à fiscalização, deve buscar a emissão de seu próprio certificado, pouco importando se os equipamentos serão compartilhados, sendo que a emissão do certificado, a que faz referência o supracitado art. 6º, § 1º, da Lei 5.070/1966, é o fato imponível da TFI.

80. No tocante à Taxa de Fiscalização de Funcionamento, é mister recordar, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há muito já se afastou do entendimento de que a cobrança da taxa mostra-se condicionada aos contribuintes que tenham sido efetivamente fiscalizados

pelo Estado. Para caracterizar a legitimidade da taxa, basta a existência de órgão competente e aparelhado para exercer o poder de polícia. Confirma-se sobre o tema RE 416.601/DF, rel. Min, Carlos Velloso, DJ de 30/09/2005. É possível afirmar, portanto, que a quantidade de visitas técnicas ou fiscalizações in loco não são determinantes para caracterizar o fato gerador de taxas de fiscalização. Transcreve-se do voto do Ministro Relator:

Não há invocar o argumento no sentido de que a taxa decorrente do poder de polícia fica “restrita aos contribuintes cujos estabelecimentos tivesse sido efetivamente visitados pela fiscalização”, por isso que, registra Sacha Calmon – parecer fl. 377 – essa questão “já foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, que deixou assentada em diversos julgados a suficiência da manutenção, pelo sujeito ativo, de órgão de controle em funcionamento (c.f., *inter plures*, RE 116.518 e RE 530.973). Andou bem a Suprema Corte brasileira em não aferrar-se ao método antiquado da vistoria porta a porta, abrindo as portas do Direito às inovações que caracterizam a nossa era”. Destarte, os que exercem atividades de impacto ambiental tipificadas na lei sujeitam-se à fiscalização do IBAMA, pelo que são contribuintes da taxa decorrente dessa fiscalização, fiscalização que consubstancia, vale repetir, o poder de polícia estatal.

81. Nesse diapasão, deve-se afastar a associação da incidência das taxas em tela à atividade de fiscalização in loco da Anatel. É suficiente a sujeição à fiscalização e a existência de um órgão estatal competente e aparelhado para tal mister, como é o caso do órgão regulador do setor.

82. Especificamente no tocante à TFF, ainda que o modelo de RAN Sharing possa facilitar a fiscalização do Estado, acarretando eventualmente um único deslocamento da equipe de fiscalização, o fato é que duas fiscalizações ocorrerão, uma relacionada aos equipamentos e outorgas administrativas de uma prestadora e outra relacionada às outorgas administrativas da outra. Ambas as prestadoras estão sujeitas à fiscalização, que não diz respeito apenas à estrutura física, mas também às radiofrequências de cada uma envolvidas na operação.

83. A razão é simples: ocorrendo uma ação fiscalizatória sobre as operadoras, que embora tenham no mesmo local equipamentos compartilhados, ambas, OI e TIM, deverão atender aos requisitos constantes na regulamentação da Anatel de forma individualizada. Caso contrário, estarão elas sujeitas, individualmente, às sanções previstas na legislação.

84. A consequência da fiscalização desta Agência é que, em tese, mostra-se possível a lavratura de autos de infração em face das duas operadoras

ou apenas de uma delas, a depender de como estiver ocorrendo a operação do serviço de telecomunicação.

85. Conclui-se, portanto, que, embora o espaço físico e a aparelhagem sejam os mesmos, dois são os agentes outorgados e licenciáveis, dois são os contribuintes, podendo-se afirmar a existência de dois sujeitos passivos que se submetem à competência fiscalizatória da Anatel, no momento da instalação ou, posteriormente, quando as Estações Rádio-Base já estiverem em funcionamento.

86. Na sequência da análise, vale relembrar novamente o art. 94 da Lei nº 9.472/1997, *in verbis*:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.

87. Desse modo, reforça-se o entendimento de que é possível compartilhar equipamentos e elementos ativos de rede, mas cada operadora, titular de outorgas administrativas distintas, continuará individualmente responsável perante a Agência e os usuários, do que se conclui que a fiscalização deve acontecer em face de cada empresa também individualmente. Consequentemente a obrigação de pagar TFI e TFF é separada para cada uma.

88. Existem, portanto, dois fatos geradores (duas fiscalizações) e dois sujeitos passivos (Tim e Oi), cada qual responsável pelo pagamento de sua TFI e TFF.

II.(g) Da inocorrência de bis in idem

89. Na espécie, portanto, verifica-se a ocorrência de um fato gerador da TFI e TFF, para cada prestadora do SMP, muito embora os equipamentos, incluindo elementos ativos de rede, sejam compartilhados. Veja-se que não se está diante de um mesmo contribuinte pagando o mesmo tributo

em dobro, mas da ocorrência de uma hipótese de incidência para dois contribuintes diferentes.

90. Não existe, portanto, *bis in idem* ou bitributação. Isso porque se trata, na espécie, de dois sujeitos passivos diferentes. Assim, o fundamental aqui é a existência de duas relações jurídicas distintas, uma entre a TIM e a Anatel e outra entre a OI e a Anatel. Cada uma possui sua relação pessoal e direta com o Estado, nos termos da exata definição de contribuinte contida no art. 121, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional. São, portanto, fatos geradores distintos e independentes, sendo certo que a operação do serviço de ambas precisa ser fiscalizada, devendo incidir, então, TFI e TFF distintas.

91. Lembra-se que o *bis in idem* serve para proibir que o Estado abuse de sua posição privilegiada de império, imputando unilateralmente mais de uma vez a mesma obrigação à mesma pessoa física/jurídica em face de um único fato, o que não ocorre *in casu*. Vejamos, os fatos são distintos, já que a obrigação é diversa (operar subfaixas diversas) e imputada a pessoas jurídicas distintas (Tim e OI), dando azo, portanto, à legítima e legal incidência de duas TFI's e duas TFF's, uma para cada uma das prestadoras.

92. Como se vê, a afirmação da existência de *bis in idem* não se sustenta, pois tal situação, como já dito, somente se verifica quando se imputa novamente obrigação pecuniária à determinada pessoa em decorrência do mesmo fato.

III CONCLUSÃO

93. Diante do exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União – AGU, exara as seguintes conclusões:

- a) O modelo de RAN Sharing em referência consubstancia uma forma de compartilhamento de infraestrutura em que, não obstante os equipamentos sejam os mesmos para ambas as prestadoras, cada uma continua fazendo uso das suas próprias subfaixas de radiofrequência. Ou seja, a torre e os equipamentos, inclusive elementos ativos da rede, como transmissores, são compartilhados, mas cada prestadora, repita-se, usufrui do seu respectivo direito de uso de radiofrequência;
- b) A estação de telecomunicações, consoante art. 60, §2º, da LGT, é caracterizada pelo conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, dentre eles a radiofrequência, materializada pela

autorização de uso de radiofrequência. Portanto, a estação deve estar atrelada tanto a elementos corpóreos ou físicos (direito na concepção civilista) quanto a outorgas expedidas pela Anatel (direito na concepção administrativista);

- c) Cabe à Anatel, então, fiscalizar, tanto no procedimento de licenciamento de uma estação quanto in loco, quando do seu funcionamento, a adequação dos equipamentos físicos ou corpóreos, como torres e transmissores, bem como das outorgas administrativas que suportam seu regular funcionamento, como a autorização para explorar o SMP e a autorização de uso de radiofrequência. No caso da instalação, a atuação da Agência se dá no momento do licenciamento da estação, fato gerador da TFI. No caso do funcionamento, a atuação da Agência se dá em momento posterior, quando sujeita os prestadores à sua fiscalização in loco por meio da manutenção de um órgão estatal destinado a esse fim (Anatel), fato gerador da TFF;
- d) A fiscalização da estação, relacionada às taxas de fiscalização (de instalação e de funcionamento), diz respeito necessariamente apenas a um prestador. Ou seja, cada prestador fica isoladamente sujeito à fiscalização da Anatel, no que toca aos equipamentos/outorgas de sua responsabilidade. A fiscalização é individual, de onde se infere que a licença, relacionada a taxas de fiscalização, também é individual, personalíssima. Assim, uma mesma licença não pode abarcar mais de uma prestadora;
- e) Contraria a lógica regulatória instituída pela LGT a hipótese de que a Anatel deixe de fiscalizar determinada prestadora titular de outorgas de serviço e de radiofrequência apenas porque uma segunda prestadora, também titular de outras outorgas, seja a proprietária (ou contratante) dos equipamentos capazes de operar as outorgas de ambas as empresas. Na mesma hipótese, seria igualmente ilógico que a Anatel fiscalizasse a operação de uma prestadora para a qual não teria sido expedida nenhuma licença de instalação;
- f) Ainda que o modelo de RAN Sharing possa facilitar a fiscalização do Estado, acarretando eventualmente um único deslocamento da equipe de fiscalização, o fato é que duas fiscalizações ocorrerão, uma relacionada aos equipamentos e outorgas administrativas de uma prestadora e outra relacionada às outorgas administrativas da outra. Ambas as prestadoras estão individualmente sujeitas à fiscalização, que não diz respeito apenas à estrutura física, mas também às radiofrequências de cada uma envolvidas na operação;

- g) a questão tributária, que diz respeito a taxas de fiscalização, decorre da relação pessoal e direta que cada prestadora tem perante a Anatel, com a detenção, cada uma, de autorizações de uso de radiofrequência próprias. Ora, se a relação da prestadora com o Estado em relação às radiofrequências é pessoal, a fiscalização e a licença também são individuais, personalíssimas. Portanto, a licença para funcionamento de estação, como já dito, deve ser emitida em nome de apenas um prestador, já que a responsabilidade perante a Agência é individual, e não compartilhada;
- h) Há, então, no modelo de RAN Sharing, duas estações de telecomunicações, cada uma responsável pelos equipamentos/outorgas lhe dizem respeito. De fato, o modelo de RAN Sharing contratado entre OI e TIM não possui o condão de alterar o conceito legal de estação de telecomunicações, cuja utilização por prestadora depende de licença. Se, para a existência de uma tal estação licenciável, de acordo com o art. 60, §§ 1º e 2º da LGT, são necessárias (a) outorgas de serviço e de radiofrequência titularizadas por uma prestadora e (b) equipamentos próprios ou contratados de terceiros, o referido modelo de compartilhamento aprovado não elimina a existência de duas estações de telecomunicações licenciáveis. No caso da OI, sendo ela a proprietária dos equipamentos e titular de outorgas próprias, verifica-se a existência de uma estação de telecomunicações licenciável em seu nome. Para a TIM, sendo contratante dos equipamentos fornecidos pela OI e titular exclusiva das outorgas operadas mediante tal compartilhamento, constata-se igualmente a existência de uma estação licenciável em nome próprio. Em outras palavras, são duas as estações de telecomunicações licenciáveis, no caso do RAN Sharing;
- i) De fato, a licença é o ato administrativo que autoriza o funcionamento de estação individual, e não coletiva, conforme se depreende das definições constantes do art. 3º do Regulamento aprovado pela Resolução nº 255/2001;
- j) Em suma, a responsabilidade no que toca às radiofrequências, como visto, é individual. Como cada prestadora apresenta relação pessoal e direta com o Estado, já que cada uma possui suas próprias autorizações de uso de radiofrequência, cada uma delas está individualmente sujeita à fiscalização da Agência, seja quando da instalação ou do funcionamento da estação. Devem ser emitidas, portanto, duas licenças, uma para cada prestadora, com a consequente cobrança de duas TFI e duas TFF, uma de cada;

- k) Não existe bis in idem ou bitributação no presente caso, uma vez que há, no modelo de RAN Sharing, dois sujeitos passivos diferentes. Assim, o fundamental aqui é a existência de duas relações jurídicas distintas, uma entre a TIM e a Anatel e outra entre a OI e a Anatel. Cada uma possui sua relação pessoal e direta com o Estado, nos termos da exata definição de contribuinte contida no art. 121, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional. São, portanto, fatos geradores distintos e independentes, sendo certo que a operação do serviço de ambas precisa ser fiscalizada, devendo incidir, então, TFI e TFF distintas;

94. É o Parecer. À consideração superior.

Brasília, 25 de setembro de 2014.

IVAN MAGALHÃES
FRANCISCO
Procurador Federal
Coordenador de Procedimentos
Fiscais
Matrícula Siape nº 1585024
OAB/DF nº 26703

PAULO FIRMEZA SOARES
Procurador Federal
Assessor Especial do Procurador-Geral
Matrícula Siape nº 1585319
OAB/CE nº 17.660

SICAP nº 201490147394

DESPACHO Nº /2014/VCT/PFE-Anatel/PGF/AGU Sicap nº

- I. Aprovo o Parecer nº 1003/2014/PFE-Anatel/PGF/AGU.
- II. Encaminhem-se os autos à origem.

Brasília de setembro de 2014.

VICTOR EPITÁCIO CRAVO TEIXEIRA
Procurador-Geral
Matrícula Siape nº 1553100
OAB/PE nº 23.184

PARECER Nº 1287/2012/JCB/LCP/MGN/PFS/
PFE-ANATEL/PGF/AGU
ANÁLISE DE MINUTA DE REGULAMENTO PARA
CELEBRAÇÃO DE TAC NO ÂMBITO DA ANATEL

Júlia de Carvalho Barbosa
Procuradora Federal

Leandro Carvalho Pinto
Procurador Federal

Marina Georgia de Oliveira e Nascimento
Procuradora Federal
Gerente de Procedimentos Regulatórios

Paulo Firmeza Soares
Procurador Federal
Assessor do Procurador Geral

PARECER Nº 1287/2012/JCB/LCP/MGN/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU

PROCESSO Nº 53500.016839/2012

INTERESSADO: Conselho Diretor.

ASSUNTO: Proposta de Regulamento para estabelecer critérios e procedimentos para celebração de Termos de Ajustamento de Condutas - TAC.

EMENTA: Proposta de Regulamento para estabelecer critérios e procedimentos para celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC's pela Anatel. Considerações da Procuradoria.

PARECER

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Regulamento para estabelecer critérios e procedimentos para a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC's, produzida por Grupo de Trabalho instituído especificamente para esse fim.
2. O Grupo de Trabalho foi criado pela Portaria nº 678, de 2 de agosto de 2012, de lavra do Superintendente Executivo Substituto da Anatel (fls. 2/3).
3. Às fls. 4/9 consta o Informe nº 022/SPB-SPV-SUN-SCM-SRF-SUE, de 17.10.2012, produzido pelos componentes do Grupo de Trabalho, com a fundamentação relativa à proposta de Regulamento.
4. A citada proposta foi submetida à Consulta Interna nº 563, e contou com 22 contribuições (fls. 10/19), bem como as justificativas pelo seu acolhimento ou não.
5. Por fim, às fls. 20/23, está a minuta da Resolução de aprovação do Regulamento de Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta a ser editada pela Anatel, com o correspondente anexo.
6. É o relatório. Passa-se, então, a opinar.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.(A) Da Necessidade de Submissão da Proposta à Consulta Pública

7. Por força do que dispõe o art. 42 da LGT, as minutas de atos normativos de competência da Anatel devem ser submetidas à consulta pública. Vejamos:

LGT

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

8. A consulta pública, segundo o art. 3º, inc. VI, do Regimento Interno da Agência, é o procedimento administrativo que submete documento ou assunto a comentários e sugestões do público em geral, representando, dessa forma, mecanismo institucional importante de transparência e de legitimação das deliberações.

9. O fato de os administrados estarem submetidos às normas da Anatel não lhes retira o direito de serem ouvidos, participar, negociar e tentar fazer prevalecer seus interesses. É preciso que essa colaboração ocorra, entretanto, de forma institucionalizada e previamente estipulada, com o fito de garantir a transparência desse processo de abertura à sociedade, momento adequado para que os diversos atores econômicos e o Poder Público possam contrapor interesses, objetivos e políticas entre si.

10. Por meio da consulta pública, de outro lado, procura-se minorar os riscos de captura do agente regulador pelos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, fato que ocorre, grosso modo, quando estes conseguem impor sua vontade e imprimir seus interesses, mesmo quando incompatíveis com o interesse público ou com os direitos dos usuários, nas decisões do ente regulador.

11. Sem dúvida, a falta de transparência e a institucionalização do segredo como prática decisória são elementos que comprometem a independência do agente regulador, trazendo consigo um déficit democrático inconciliável com os princípios que regem a atividade política no Estado de Direito.

12. Segundo Márcio Iório Aranha¹, não foi sem propósito que os mecanismos da consulta e da audiência pública foram introduzidos na atual legislação e regulamentação setorial. Trata-se de um passo de reorientação da função das agências para a sua vocação inicial de espaços públicos e, portanto, mediadores do diálogo para preservação da virtude política dos interessados em verem suas vozes traduzidas em ação.

13. A consulta pública, então, serve como fórum apropriado ao recolhimento e à ponderação sobre as diversas possíveis manifestações formuladas por indivíduos e grupos sociais interessados no tema específico. Na interpretação de Floriano de Azevedo Marques Neto², os entes públicos incumbidos de exercer a regulação estatal sobre um determinado setor da economia devem ser concebidos com ampla transparência e permeabilidade, sem descuidar de certa neutralidade. A permeabilidade se revela no diálogo permanente, transparente e aberto do regulador com os agentes sujeitos à regulação.

14. Ao tratar do assunto, a Exposição de Motivos nº 231/MC-EM-LGT, de 10.12.1996, afirmou que a consulta pública é instrumento capaz de “dificultar comportamentos oportunistas e inibir ações indesejáveis por parte de operadoras e grupos de interesses”, realçando a característica de transparência e permeabilidade institucionalizada imprimida à Anatel.

15. No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão³ explica que os espaços públicos de discussão foram criados como mecanismos de legitimação do processo decisório, no intento de reduzir o déficit democrático da regulação administrativa. Vê-se, pois, que o viés democrático é impingido às instituições públicas na medida em que nelas se abrem espaços destinados à manifestação do indivíduo, no exercício do direito de sua cidadania.

16. É de se concluir, portanto, pela real necessidade de submissão da proposta em tela ao procedimento de consulta pública, arrolado pelo art. 45 do Regimento Interno da Agência, *in verbis*:

1 ARANHA, Márcio Iório. *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)*. Brasília: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas – CEPPAC, 2005. p. 199.

2 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado*.

3 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 104.

RI-Anatel

Art. 45. A Consulta Pública tem por finalidade submeter minuta de ato normativo a comentários e sugestões do público em geral, bem como documento ou assunto de interesse relevante.

§ 1º A Consulta Pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União, com prazo não inferior a dez dias, devendo as contribuições ser apresentadas conforme dispuser o respectivo ato.

§ 2º Os comentários e as sugestões encaminhados e devidamente justificados deverão ser consolidados em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, contendo as razões para sua adoção ou não, ficando o documento arquivado na Biblioteca da Agência, à disposição do público interessado.

17. Convém ainda registrar que, revestindo-se a matéria em debate de relevância setorial evidente, sugere-se ao Conselho Diretor que avalie a necessidade de submissão da presente proposição à Consulta Pública por prazo superior ao mínimo exigido.

18. Ademais, afigura-se oportuno que se proceda à publicação, no sítio eletrônico da Agência na Internet, dos autos, de toda a documentação pertinente à norma em tela e dos eventuais estudos que embasaram a elaboração da minuta e seus anexos, em atenção ao disposto no art. 40 da LGT e em consonância com a noção de transparência e publicidade que deve pautar a atuação da Agência, e que se refletirá em uma participação mais ampla e consciente da sociedade.

19. Ante todo o exposto, pelos fundamentos acima, opina-se pelo encaminhamento da proposta de regulamento em liça ao Conselho Diretor para posterior submissão a Consulta Pública.

II.(B) DO MÉRITO DA PROPOSTA DE REGULAMENTO PARA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA ANATEL

II.(b).(i) Considerações sobre o Termo de Ajustamento de Conduta

20. A Anatel tem em seu leque de competências o dever de adoção das medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, conforme dispõe o *caput* do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472, de 1997).

21. Assim, a Agência, ao constatar infração a dispositivos normativos por parte das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, tem obrigação de apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis, utilizando-se de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO).

22. Entretanto, a experiência da Agência, em sua atuação sancionadora, tem mostrado que nem sempre a aplicação de penalidades é a melhor forma de o interesse público ser atingido. Na verdade, em algumas situações, ele poderia ser alcançado em sua plenitude com a adoção de outras medidas, e sem que as empresas infratoras passassem impunes pelas práticas contrárias à legislação de telecomunicações.

23. Nesse sentido é que o art. 5º do novo Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, explicitou a possibilidade de a Anatel celebrar com os infratores compromisso de ajustamento de conduta, segundo dispõe seu art. 5º, *verbis*:

Resolução nº 589/2012

Art. 5º. **A Anatel poderá, a seu critério** e na órbita de suas competências legais, **com vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar**, com os infratores, **compromisso de ajustamento de conduta** às exigências legais. (Grifo nosso).

24. O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC tem previsão na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985), e permite aos órgãos públicos legitimados tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, e que terá eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º). Entre seus legitimados constam as autarquias, possibilitando-se, assim, à Anatel, agência reguladora, com natureza jurídica de autarquia em regime especial, a celebração de TAC com empresas infratoras.

25. Confira-se o que dispõe o art. 5º da Lei nº 7.347, de 1985, *verbis*:

LACP

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
[...]

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

26. A fim de melhor entendermos essa possibilidade de celebração de TAC pela Agência, relembremos parte da explanação feita por esta Procuradoria no Parecer nº 1413/2011/DFT/ICL/IGP/LFF/MGN/PFS/PGF/PFE-Anatel, ao realizar exame jurídico do atual Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, na fase prévia à sua edição, *verbis*:

Parecer nº 1413/2011/DFT/ICL/IGP/MGN/PFS/PGF/PFE-Anatel

235. O novo ideário de atuação administrativa, fundada na solução negociada, constitui-se em um dos mais recentes paradigmas da moderna gestão administrativa⁴. Nesse contexto, ingressa a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta como o seu maior expoente, inspirado na necessidade de medidas alternativas instrumentais (processuais e extraprocessuais) aptas a conferir uma tutela adequada às transgressões perpetradas aos direitos transindividuais, já que o modelo vigente, concebido como instrumento de proteção a lesões a direitos individuais, subjetivos e divisíveis, muitas vezes não comportava uma reparação efetiva em todos os casos.

236. É nesse sentido que o Termo de Ajustamento de Conduta, em complemento às demais medidas de política sancionatória, amolda-se às aspirações da Agência em se utilizar de instrumento idôneo e eficaz, que tutele de forma efetiva os bens jurídicos confiados à sua guarda, possibilitando a fixação de obrigações de caráter inibitório/preventivo, evitando danos efetivos e futuros à coletividade de usuários abstratamente considerada. Abrem-se, portanto, novas alternativas ao uso exclusivo de processos sancionadores como mecanismos de controle das condutas dos agentes regulados, passando-se a também ser empregada solução pela via do consenso, conformado pelo modelo de soft regulation.

237. No sentido das explanações desenvolvidas, Odete Medauar⁵ destaca a importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea: A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público;

4 A transformação na forma de atuação do Poder Público de aplicação do Direito Administrativo clássico para formas consensuais de atuação pode ser evidenciada nas diversas previsões legais existentes estabelecendo a competência dos órgãos e entidades administrativas para a realização de acordos administrativos, a exemplo: (i) o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no § 6º do art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85 (Ação Civil Pública); (ii) o compromisso de cessação de prática sob investigação, nos processos em trâmite na órbita do CADE (art. 53 da Lei Federal nº 8.884/94), e (iii) o contrato de gestão, previsto no § 8º do art. 37 da Constituição de 1988 (preceito inserido com a EC nº 19/98), dentre outras menções legislativas.

5 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. (...) Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

238. No mesmo sentido, dignas de nota são as ponderações de Fernando Vernalha Guimarães⁶ ao comentar a atuação concertada da administração pública no âmbito regulatório, a saber:

O modelo de atuação administrativa marcado pelo viés autoritário e pela unilateralidade abre vez às formas concertadas de ação, então consideradas mais adequadas ao ambiente de parcerias que se apresenta tanto na prestação de serviços públicos por particulares quanto no próprio campo regulatório.

239. A mudança de paradigma na forma de atuação da Administração Pública decorre ainda do fato de que a adoção de formas negociadas, a permitir a participação do administrado ou do infrator na identificação da melhor solução ao caso concreto, preordena-se a garantir uma maior efetividade às relações jurídico-administrativas, uma vez que decisões formadas por consenso tendem a ser menos desrespeitadas do que decisões impostas unilateralmente, visto que, psicologicamente, a predisposição ao cumprimento da decisão daquele que é partícipe da sua construção é sempre superior àquele que é, simplesmente, posto na condição de investigado, acusado ou julgado.

240. É no passo dessa nova tendência de gestão administrativa, portanto, que a Agência inspirou-se a fazer a inserção de dispositivo no Regulamento de Sanções Administrativas, que dispusesse acerca dos Termos de Compromisso e Ajustamento de Conduta no âmbito da Anatel.

241. De fato, a inclusão do comentado dispositivo foi proposta pela área técnica no Informe nº 05/2008-SUE, de 14/08/2008, tendo sido objeto de análise por esta Procuradoria no Parecer nº 876/2009/PGF/PFE-Anatel, exarado antes da submissão da proposta à Consulta Pública nº 22/2010. O dispositivo objeto de exame por esta Especializada continha, à época, a seguinte redação:

Art. 5º - A Anatel poderá, na órbita de suas competências de defesa dos interesses e direitos do consumidor, celebrar compromissos de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terão eficácia de título executivo extrajudicial.

6 GUIMARÃES. Fernando Vernalha. Procedimento e função regulatória de serviços públicos no Estado Pós-Social. *AECC – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano nº. 3, nº. 14, out./dez. 2003.

242. Na oportunidade, este Órgão Jurídico se manifestou, preliminarmente, pela possibilidade jurídica de a Agência tomar compromissos dos interessados, no âmbito de suas competências legais, diante do permissivo contido no art. 5º, inciso IV, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985⁷, que disciplina a Ação Civil Pública, e que inclui a Anatel como legitimada.

243. No mesmo opinativo, registrou-se ainda que seria prudente que a Anatel elaborasse regulamento próprio para disciplinar a aplicação dos Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta no âmbito de sua competência, afastando eventuais divergências e dificuldades hermenêuticas a respeito da aplicabilidade do instituto e, por conseguinte, tornando a utilização deste instrumento mais eficaz.

244. Ocorre que, diante dessas premissas (i) possibilidade jurídica da celebração de TACs, independentemente da inserção do art. 5º, bem como (ii) relevância de ser editado regulamento específico a respeito da matéria, verifica-se que a previsão no art. 5º do Regulamento de Sanções, na prática, em nada acrescenta à efetiva previsão já existente na LACP. Não obstante, a sua inserção expressa acaba sendo uma forma de incorporar o instituto já existente no ordenamento jurídico à realidade mais próxima da Agência.

27. Veja-se que a celebração de compromisso de ajustamento de conduta não objetiva deixar impunes as empresas pelas condutas transgressoras da legislação de telecomunicações, mas buscar a melhor forma de o interesse público ser atingido. O TAC não é uma medida de punição, mas de incentivo à prática de um comportamento concreto desejado pelo interesse público.

28. Segundo Ricardo Villas Bôas Cueva, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o TAC não visa tolerar o ilícito, mas *“proporcionar o máximo de eficiência na solução de problemas, aliando, na dosagem necessária para cada hipótese, as vantagens da flexibilidade negocial com o rigor da coercitividade estatal”*⁸.

29. Porém, para que o TAC tenha efetividade e o interesse público seja atingido em escala superior ao que seria em processo administrativo sancionador, as penalidades para o seu descumprimento também devem ser de rigor tal que desestimule o inadimplemento das obrigações constantes do termo de compromisso.

7 Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...]

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; [...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (grifos nossos).

8 CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 282.

30. Não fosse assim, o infrator poderia utilizar o TAC como subterfúgio para se eximir da aplicação de penalidades no âmbito de um processo sancionador. Nessa mesma linha de entendimento, são os ensinamentos de Ricardo Villas Bôas Cueva:

Tendo em vista o interesse público, o cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta deve ser assegurado por medidas coercitivas. Assim, ressalta Octavio Orzani, a cláusula penal seria indispensável, 'não só porque o parágrafo 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública dispõe que o órgão público tomará o compromisso 'mediante cominações', mas também porque tal cláusula acessória tem a finalidade precípua de assegurar o cumprimento da obrigação principal, numa tentativa de promover uma mais direta proteção aos interesses coletivos *lato sensu*, considerando a primazia do oferecimento de uma tutela específica⁹.

31. O Termo de Ajustamento de Conduta tem como objetivo incentivar as empresas a cessar voluntariamente a prática de infrações às normas que regulam o setor de telecomunicações, de forma a minimizar os danos causados aos usuários e, ao mesmo tempo, favorecer a construção de infraestrutura de telecomunicações com vistas a dar suporte ao avanço tecnológico nesse setor. Esse último aspecto será observado a partir das obrigações de investimento em infraestrutura a serem assumidas pela empresa celebrante do TAC, sobretudo naquelas localidades que indiquem a não atratividade econômica.

32. Por outro lado, o TAC se caracteriza, também, como forma de solução de conflitos, destacando-se que a sua celebração acarretará, a critério dos interessados, a suspensão ou o arquivamento dos correspondentes processos administrativos sancionadores em curso. *In casu*, a proposta optou pelo arquivamento, de modo a simplificar o compromisso e, de certa forma, evitar discussões sobre suspensão da prescrição da pretensão punitiva, o que encontra amparo jurídico.

33. Cabe esclarecer que a celebração de TAC encontra-se inserta no âmbito do poder discricionário da Administração, em que serão verificadas a conveniência e a oportunidade de se firmar essa modalidade de acordo tendo em vista o interesse público envolvido no caso concreto, principalmente pelo fato de o Termo em análise acarretar o arquivamento dos processos administrativos sancionatórios correspondentes.

9 Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 284.

34. Assim, caberá ao administrador ponderar os benefícios que adviria ao interesse público com a condenação da empresa com sanção de multa, e aqueles esperados com o adimplemento das obrigações constantes de eventual TAC a ser firmado.

35. Nessa seara, tendo em vista que a Agência, com a celebração do TAC, estará abrindo mão de possíveis créditos decorrentes do pagamento de multas em valores de grande monta, as obrigações a serem cumpridas pela prestadora compromissária devem ser de tal importância que sua celebração compense ao interesse público, e que não configure uma via indireta, e indevida, de a Administração conceder “perdão” à infratora.

36. Ademais, se, por um lado, para a prestadora é bem interessante e vantajosa a celebração de acordo, visto que durante o curso do compromisso ajustado não haverá mais trâmite de processo sancionador contra ela no que diz respeito ao objeto do TAC, ao menos à luz das obrigações regulatórias ordinárias, o seu descumprimento, em contrapartida, deve ser penalizado com bastante severidade, talvez até mais do que seria dentro de um processo sancionador.

37. Assim, para que o TAC seja válido a extinguir o processo sancionador em curso, deverá, necessariamente, além de abarcar as condutas ilegais da prestadora (violação às leis, regulamentos e contrato de concessão), estabelecer sempre um *plus* obrigacional em relação aos deveres que ordinariamente lhe são impostos. Assim, além do compromisso de passar a cumprir aquilo que já lhe era imposto, à empresa cabe assumir novas obrigações alheias ao arcabouço regulatório vigente, mas com ele relacionadas, visando ao desenvolvimento do setor de telecomunicações e à proteção dos usuários.

38. Esse *plus* ou acréscimo obrigacional deve vir seguido de consequências jurídicas para o caso de inadimplemento, que podem consistir, em alguns casos, simplesmente, na fixação de multa cominatória (*astreintes*) a incidir como fator de coerção na vontade do administrado para o cumprimento do acordado no tempo, modo e forma devidos. Em outros casos, poder-se-á fixar, além da multa diária, outras espécies de multa, , vislumbrando sempre a melhor forma de satisfação do interesse público.

39. Não é outro o posicionamento da doutrina especializada ilustrada no excerto abaixo transcrito da lavra de Fernando Grella Vieira¹⁰:

Em razão da natureza indisponível dos interesses difusos ou coletivos e mesmo da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a liberdade de estipulação fica restrita ao modo, tempo, lugar e condições de cumprimento das obrigações pelo autor do dano, devendo o ajustamento às 'exigências legais' (obrigações) traduzir integral satisfação da ofensa [...] **sendo indispensável a existência de procedimento [...] contendo o completo esclarecimento do fato e a adequação e suficiência das obrigações para a efetiva reparação.**

40. Além disso, insta salientar a importância de desestimular condutas de má-fé pelas prestadoras de serviços de telecomunicações. Por isso, no caso de condenação da prestadora por comportamentos de má-fé, definidos no art. 7º do RASA, ainda que em decisão de primeira instância, é salutar que a Administração não deva celebrar TAC com ela.

41. Vale lembrar que o Conselho Diretor da Anatel recentemente aprovou o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, que ratificou a política sancionatória adotada atualmente pela Agência, e teve por intuito aprimorar os parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas estabelecidas no regulamento anterior, bem como de fortalecimento do papel regulador do Estado, mediante a criação de incentivos à regularização de infrações e à reparação aos usuários, bem como de desestímulos à litigância administrativa e judicial, em atenção aos princípios da eficiência, celeridade e economia processual. Assim, na análise da conveniência e oportunidade da celebração de TAC, os fundamentos para edição do RASA não podem ser afastados.

42. Por fim, é de se destacar a importância de a Agência editar regulamento próprio a fim de tecer nuances características da atividade regulada, não previstas na legislação de regência que, por ser um tanto genérica, não dispõe sobre procedimentos típicos da Agência. Somando-se a isso, diversas questões necessitam ter fundamento em

10 VIEIRA, Fernando Grella. "A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta". In: MILARÉ, Édis. (coord.). *Ação civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 281.

normatização prévia, a fim de evitar casuísmos e tratamento desigual dos administrados, e de permitir a concretização do princípio da segurança jurídica sobre o setor regulado. Entende-se que a presente proposta esteja também justificada tendo em vista tal preocupação.

II.(b).(ii) Da Análise da Proposta de Regulamento para Celebração de TAC no Âmbito da Anatel

II.(b).(ii).(1) Do Artigo 4º (Requerimento Para Celebração Do Tac)

43. O art. 4º da minuta do Regulamento de Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta aduz o seguinte:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 4º O TAC poderá ser proposto a requerimento da prestadora de serviços de telecomunicações, durante o curso do processo até o final do prazo recursal da decisão de primeira instância.

§1º O requerimento para celebração de TAC deverá ser apresentado em petição específica, a qual contemplará todas as condições mínimas previstas neste Regulamento e receberá autuação própria.

§ 2º O requerimento para celebração de TAC importa manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória e interrompe o prazo da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do inciso IV do artigo 2º da Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999.

44. Com relação ao artigo em epígrafe, importante destacar que, ao prever a admissibilidade de requerimento de celebração de TAC até o final do prazo recursal da decisão de primeira instância, pretende a Agência evitar que o procedimento consensual sirva como expediente protelatório ou como via alternativa para se evitar o pagamento de multa.

45. Ademais, é de interesse da Administração que o TAC seja celebrado ainda na fase inicial do processo administrativo, quando ainda não transcorreu longo período entre a infração e a fiscalização e não houve maiores dispêndios de tempo e de recursos da Agência na condução do processo sancionador correspondente. Em resumo, o intuito é que a prestadora se disponha a celebrar o TAC o mais prontamente possível, para um atendimento mais eficiente e célere do interesse público, inclusive para que a irregularidade seja logo corrigida.

46. Nesse contexto, cumpre salientar também que se entende necessário deixar consignada no Regulamento a vedação expressa ao requerimento

de TAC cujo objeto seja outro TAC. A ideia é garantir o seu cumprimento tal como ajustado no termo, sendo vedado um novo ajuste consensual decorrente de TAC previamente celebrado.

47. Como visto neste opinativo, o termo de ajustamento de conduta já é um meio consensual de cumprimento de obrigações pela prestadora. O interesse público, portanto, somente será atendido com o efetivo cumprimento do TAC. Desta feita, não é razoável admitir-se uma nova conciliação, quando se pretende o efetivo cumprimento das metas previstas no termo.

48. Em sendo assim, esta Procuradoria sugere a alteração da redação do art. 4º, para que seja incluída a expressa vedação nos seguintes moldes:

Redação proposta pela PFE:

§ 3º Em nenhuma hipótese será admitido o requerimento de TAC cujo objeto seja outro TAC.

49. Ainda acerca do requerimento, o art. 5º da proposição sob exame dispõe:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 5º O requerimento será apresentado à Superintendência competente para propor ou aplicar sanções sobre a respectiva matéria, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, no prazo de 90 (noventa) dias indicando as condições para a formalização do TAC ou as razões para sua denegação.

Parágrafo único. O requerimento não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes.

50. Depreende-se do artigo supra que o requerimento por si só não garante à prestadora a celebração do TAC, cabendo à Superintendência competente a análise técnica sobre o pedido. Além disso, conforme o art. 11 da minuta, compete ao Conselho Diretor da Anatel decidir acerca da celebração do TAC. Deve-se ter em mente, portanto, que a empresa requerente não tem a garantia da celebração do TAC, ao apresentar o requerimento. Em outras palavras, o requerimento para celebração de TAC, apresentado pela prestadora interessada, não lhe confere direito subjetivo à realização do acordo, que, como dito alhures, depende do juízo discricionário da Agência.

51. Em sendo assim, diante de uma decisão de primeira instância condenatória, caso seja de seu interesse, entende este órgão de consultoria que deverá a empresa, concomitantemente à apresentação do requerimento, interpor o recurso cabível, como forma de assegurar a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo que, como visto no parágrafo

único do art. 5º, seguirá o seu trâmite regularmente. A não interposição do recurso tem o condão de fazer transitar em julgado o processo e, conseqüentemente, impedir a celebração do TAC. Do contrário, ter-se-ia que admitir que um mero requerimento administrativo impediria o trânsito em julgado administrativo, o que não faz sentido.

52. Por oportuno, cumpre destacar que no Informe nº 22/SPB-SPV-SUN-SCM-SRF-SUE de fls. 4/9, a área técnica manifestou-se em sentido diverso, nos seguintes termos:

Informe nº 22/SPB-SPV-SUN-SCM-SRF-SUE

5.20. Em atenção às considerações da Procuradoria da Anatel, o grupo de trabalho considerou adequado que o TAC contemple apenas processos ainda em trâmite em primeira instância. Entende-se que o TAC não deve servir a expedientes protelatórios, como última tentativa para não pagar a sanção de multa, assim, ainda em primeira instância abre-se a oportunidade para o agente regulado requerer a celebração do TAC ou recorrer; caso decida por exercer o direito de recorrer, não será mais possível a celebração do TAC.

53. O entendimento da área técnica, como visto, é no sentido de que caso a empresa opte por apresentar o requerimento para a celebração do TAC, estará impedida de recorrer, ou seja, o requerimento e o recurso seriam opções excludentes.

54. Ocorre que, diferentemente do exposto no Informe, esta Procuradoria Especializada entende que não há óbice legal para que a empresa interponha, concomitantemente ao requerimento, o recurso à decisão de primeira instância. Na verdade, entende-se que seja essa solução mais adequada ao caso, já que o simples requerimento para a celebração do TAC não confere à interessada direito subjetivo à realização do acordo. Explica-se.

55. Conforme o disposto no parágrafo único do art. 5º da minuta, o requerimento não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes. Deste modo, a prevalecer o entendimento de que a empresa deverá optar entre o recurso ou o requerimento, ela ficará prejudicada na hipótese de denegação do pedido para celebração do TAC, uma vez que estaria impedida de recorrer da decisão condenatória.

56. Ora, se o parágrafo único do art. 5º estabelece o trâmite regular do processo em caso de apresentação de requerimento para a celebração do

TAC, é incoerente dizer que a empresa estaria impedida de recorrer. Se o processo administrativo irá seguir o seu curso normalmente, é natural que se admita a interposição do recurso administrativo. Não se vislumbra, portanto, nenhum óbice legal à interposição do recurso administrativo, ainda que a empresa apresente o requerimento para celebração do TAC.

57. Cumpre trazer à colação a manifestação da área técnica acerca da tramitação dos processos administrativos, em caso de apresentação de requerimento para celebração de TAC:

Informe nº 22/SPB-SPV-SUN-SCM-SRF-SUE

5.22. Cumpre destacar ainda que, nos termos do §4, art. 4º da proposta, o requerimento para celebração de TAC importa manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória, interrompe o prazo da prescrição da pretensão punitiva e não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes. Assim, inibindo a utilização do requerimento para provocar a extinção da punibilidade ou o tumulto processual.

58. Observa-se, deste modo, uma incoerência nesse entendimento, ao prever, em caso de proposta de requerimento, a regular tramitação do processo e, simultaneamente, a impossibilidade de interposição de recurso em face de decisão condenatória de primeira instância. Se o requerimento não prejudica o regular trâmite do feito, impende que se admita, concomitantemente, a interposição do recurso administrativo.

II.(B).(II).(2) DO ARTIGO 5º (PRAZO PARA CELEBRAÇÃO DO TAC).

59. Assim dispõe o art. 5º da proposta de regulamento:

Proposta de Regulamento de TAC:

Art. 5º O requerimento será apresentado à Superintendência competente para propor ou aplicar sanções sobre a respectiva matéria, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, no prazo de 90 (noventa) dias, indicando as condições para a formalização do TAC ou as razões para sua denegação.

Parágrafo único. O requerimento não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes.

60. Conforme visto no item anterior deste Parecer, a empresa interessada terá que observar o prazo estabelecido no art. 4º, para apresentar a proposta de requerimento de TAC. No entanto, com relação a sua celebração, não

há previsão de um prazo específico, uma vez que o art. 5º da proposta de regulamento se limita a estipular um prazo de 90 (noventa) dias, para a Superintendência proceder à análise técnica do pedido.

61. Ocorre que, em seguida à análise da Superintendência, caberá ao Conselho Diretor resolver e decidir se se celebrará o TAC ou não. Como se pode observar, portanto, não há previsão de prazo para a celebração do TAC, havendo apenas o prazo de 90 (noventa) dias para a análise técnica da Superintendência.

62. Nesse contexto, entende-se razoável a alteração da redação do artigo supra, para que fique consignado não mais um prazo específico para a Superintendência competente, mas, sim, um prazo geral determinado para a Anatel celebrar o TAC, podendo prorrogá-lo uma única vez, contados da data do protocolo do pedido de requerimento apresentado pela empresa interessada. Sugere-se, então, o prazo de 3 (três) meses, prorrogável uma única vez. A intenção da nova redação é garantir maior celeridade no processo de análise administrativa da proposta de TAC, evitando-se com isso uma longa demora que poderá levar à perda do seu objeto.

63. A redação original do art. 5º previa um prazo de 90 (noventa) dias direcionado à Superintendência, competente em proceder à análise técnica do requerimento. O que se propõe na nova redação, é a estipulação de prazo para a celebração do TAC, a ser administrado pela Anatel da forma que achar mais conveniente. Ou seja, não se trata mais de um prazo específico para a Superintendência, podendo a Anatel geri-lo de acordo com a sua conveniência.

64. Com efeito, impende lembrar que, em paralelo à análise da proposta de requerimento do TAC, estará transcorrendo, regularmente, o processo administrativo, até que se resolva acerca da celebração. Em sendo assim, quanto maior a demora na celebração do TAC, mais avançado estará o estágio do processo administrativo, podendo inclusive alcançar decisão final e o trânsito em julgado, o que inviabilizaria, em decorrência, a celebração do TAC.

65. Pelas razões expostas, propõe-se a seguinte redação para o art. 5º:

Redação proposta pela PFE:

Art. 5º O requerimento será apresentado à Superintendência competente para propor ou aplicar sanções sobre a respectiva matéria, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, indicando as condições para a formalização do TAC ou as razões para sua denegação.

§1º O requerimento não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes.

§2º A celebração do TAC deverá ocorrer no prazo máximo de 3 (três) meses, prorrogável uma única vez, contado da data do protocolo do requerimento.

66. Cumpre salientar, por fim, a possibilidade de prorrogação do referido prazo, uma única vez. Desse modo, decorrido o prazo de 3 (três) meses, prorrogável uma única vez, caso a Agência não tenha resolvido celebrar o TAC, este restará prejudicado.

II.(B).(II).(3) DO ARTIGO 6º (CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS).

67. O art. 6º da proposta de regulamento dispõe sobre as cláusulas obrigatórias do Termo de Ajustamento de Conduta a ser celebrado no âmbito da Agência. São cláusulas imprescindíveis e que têm o objetivo de dispor de forma clara sobre as condições de cumprimento do acordo.

68. Algumas sugestões, entretanto, merecem ser feitas.

69. Primeiramente, apenas um pequeno erro de concordância deve ser corrigido no inciso I. Onde se lê: “segundo cronograma de metas e condições ajustados em Plano de Ação Corretiva...”, leia-se: “segundo cronograma de metas e condições ajustadas em Plano de Ação Corretiva...”.

70. Em sequência, sugere-se a modificação da previsão disposta no art. 6º, inc. II, da proposta de Regulamento, que assim prescreve, *verbis*:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 6º O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

II – compromisso de realização de benefícios e investimentos adicionais em valor correspondente a, pelo menos, 75% (setenta e cinco por cento) do valor total da multa estimada e 65% (sessenta e cinco por cento) do valor total das multas aplicadas, nos processos substituídos pelo TAC, segundo cronograma de metas e condições ajustados em Plano de Ação Adicional;

71. A proposta de regulamento do TAC concede um fator de redução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor da multa aplicada, ou que seria aplicada (estimada), à concessionária, permissionária e autorizada de serviços de telecomunicações que celebrar TAC com a Anatel.

72. Em uma primeira leitura, poder-se-ia vislumbrar uma diferença de 10% (dez por cento) no desconto concedido à empresa celebrante do TAC a depender se esse fosse firmado antes (multa estimada) ou depois (multa aplicada) da primeira decisão condenatória.

73. Entretanto, conjugando-se o dispositivo com o art. 12¹¹ da proposta regulamentar, conclui-se que, se o TAC for celebrado antes da decisão de primeira instância, a empresa fará o compromisso de realização de benefícios e investimentos adicionais em valor correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor da multa estimada. Por outro lado, se o Termo for celebrado após a primeira decisão condenatória, o referido compromisso será de 65% (sessenta e cinco por cento) da multa aplicada, mas deverá haver, também, o pagamento mínimo de 10% (dez por cento) do valor total da multa que tiver sido aplicada, nos termos do já citado art. 12. Ou seja, na prática, o fator de redução será também de 25% (vinte e cinco por cento).

74. Porém, deve haver estímulo às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações para celebrar TAC com a Agência antes de uma primeira decisão condenatória no âmbito de um processo sancionador. Elas devem considerar mais vantajoso economicamente que o Termo seja celebrado antes da decisão de primeira instância. Por isso, o fator de redução deve ser maior se a celebração ocorrer antes dessa decisão.

75. Da forma como está previsto, a empresa que tenha processo sancionador contra ela instaurado poderia considerar mais interessante esperar pela decisão da Agência, que pode ser absolutória, ou condenatória, mas com o valor da multa aplicada em montante inferior ao que se presumia. Assim, se for exigido o pagamento de multa para a celebração do TAC antes da primeira decisão condenatória em valor inferior ao que seria ordenado após a sua assinatura, ainda que o valor fosse baseado em uma mera estimativa, ou, como no caso pretendido pela área técnica, não houver exigência de pagamento, a prestadora será incentivada a não protelar sua conduta esperando pela atuação da Agência.

76. Portanto, incentivar a celebração de TAC antes da primeira decisão condenatória estará de acordo com o princípio da eficiência administrativa, evitando-se atos desnecessários da Agência e impedindo-se o prolongamento desnecessário do trâmite do processo sancionador. É até uma forma de privilegiar a boa-fé na solução do conflito, bem como possibilitar uma resposta mais célere e eficaz para a violação ao direito. Tal medida visa, sobretudo, evitar que as empresas esperem o resultado final do processo administrativo e a respectiva quantificação da multa aplicada, para, só então, analisar a conveniência e a vantagem de celebração do termo.

11 [Proposta de Regulamento de TAC]: Art. 12 É condição para a celebração do TAC o pagamento mínimo de 10% (dez por cento) da sanção de multa aplicada após a prolação da primeira decisão condenatória.

77. Desse modo, sugere-se que o compromisso de realização de benefícios e investimentos adicionais seja sempre equivalente a um mesmo percentual fixo da multa, independente de ser aplicada ou estimada, com a distinção de que, no caso de já existir multa aplicada, deverá haver o pagamento de 10% (dez por cento) do seu valor, ou outro percentual considerado mais adequado pela área técnica. O recomendável, de fato, é que, tanto para multas aplicadas quanto para as estimadas, o referido percentual fixo corresponda a 75% (setenta e cinco por cento), o que se coaduna com o desconto de 25% previsto no Regulamento de Sanções, alinhando-se, assim, as políticas sancionatórias.

78. Acerca desse mesmo inciso, outro aspecto merece ser discutido: a discricionariedade permitida na fixação do percentual da multa a ser aplicado na realização de benefícios e investimentos. Consta da redação a expressão “pelo menos” relativa ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento) do valor total da multa estimada e 65% (sessenta e cinco por cento) do valor total das multas aplicadas.

79. Quanto ao percentual, já se falou anteriormente e foi sugerido a fixação de um percentual certo e idêntico para as duas situações existentes, multa estimada ou aplicada.

80. No entanto, por se tratar o regulamento de um ato normativo, é importante que os parâmetros sejam estabelecidos objetivamente, tanto para a Administração como para os administrados.

81. Não é aconselhável deixar esse espaço de discricionariedade para o administrador, a fim de conferir tratamento igualitário a todos os administrados e evitar casuísmos.

82. Visto pelo lado do administrado, se houver a fixação de parâmetros objetivos, haverá segurança jurídica sobre a atuação da Agência no procedimento adotado para a celebração de TAC. Evitam-se, além disso, eventuais discussões quanto ao percentual fixado pela Agência nos casos concretos, consistindo em possível catalisador de tumulto processual.

83. Ante o exposto, sugere-se a seguinte redação para o inciso II do art. 6º:

Redação proposta pela PFE

Art. 6º O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

II – compromisso de realização de benefícios e investimentos adicionais em valor correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor

total das multas estimadas ou aplicadas nos processos substituídos pelo TAC, segundo cronograma de metas e condições ajustadas em Plano de Ação Adicional;

84. O inciso V dispõe que o TAC deverá conter cláusula que preveja multa pelo descumprimento das obrigações previstas no TAC, inclusive multa diária. A respeito da multa, convém registrar que o tema será desenvolvido mais adiante em tópico próprio. Contudo, para manter coerência com a redação sugerida adiante aos arts. 20 e 21 do Regulamento, que versa sobre as multas aplicáveis no âmbito do TAC, propõe-se que o inciso em comento contenha a seguinte redação:

Redação Proposta pela PFE

Art. 6º. O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

V – multa pelo descumprimento das obrigações previstas no TAC, inclusive multa diária, com as disposições constantes dos arts. 20 e 21 deste regulamento;

85. Outra modificação importante deve ser feita ao inciso VII, apenas para esclarecer que o prazo de vigência do TAC é improrrogável. Essa mudança é importante para que a empresa celebrante do Termo tenha ciência de que os prazos previstos em suas cláusulas devem ser rigorosamente cumpridos, sob pena de certificação de descumprimento do TAC, declarada pelo Conselho Diretor da Agência, e de aplicação de multas, nos termos do regulamento.

86. Assim, recomenda-se o seguinte texto para o inc. VII do art. 6º:

Redação proposta pela PFE

Art. 6º O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

VII – vigência, cujo prazo será improrrogável e não poderá ser superior a 4 (quatro) anos;

87. Por fim, o texto do § 2º do art. 6º deve ser corrigido para constar:

Redação proposta pela PFE

§2º. O valor total do TAC corresponderá à soma dos valores indicados nos incisos I e II do *caput*, devendo ser reconhecido de imediato como passivo, em contrapartida à conta de resultado, e ser registrado no Ativo Imobilizado da prestadora, não podendo ser inferior:

II.(B).(II).(4) DOS ARTIGOS 7^a A 10 (PLANO DE AÇÃO CORRETIVA E PLANO DE AÇÃO ADICIONAL)

88. A celebração do TAC, como se sabe, representará a substituição da sanção de multa decorrente de Pado por outras contraprestações e obrigações alternativas. Em última análise, a Agência busca, com a sua celebração, a correção da irregularidade perpetrada pela prestadora, bem como que sejam implementadas medidas que venham a impedir novas infrações.

89. A proposta de Regulamento prevê, nos artigos 7º a 10, a elaboração de Planos de Ação Corretiva e Adicional, que estipulam diversas obrigações de investimento, de reparação e de correção à prestadora infratora.

90. No Plano de Ação Corretiva, deverá a prestadora discriminar todas as ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza daquelas indicadas nos processos substituídos pelo TAC. Deste modo, objetiva-se o ajuste da conduta da prestadora à regulamentação, sendo que, para tanto, deverá ela se comprometer a investir em infraestrutura, a reparar os usuários e a cumprir as obrigações regulatórias, sempre sob pena de aplicação de multas específicas, inclusive diária. Esse Plano consiste, portanto, na realização dos investimentos que já deveriam ter sido anteriormente implementados pela empresa compromissária, e sem os quais ela não logrou cumprir a regulamentação vigente.

91. Além do Plano de Ação Corretiva, a prestadora também deverá se comprometer a cumprir um Plano de Ação Adicional, que irá prever obrigações de investimentos e de oferta de benefícios aos usuários.

92. O Plano de Ação Adicional diferencia-se do Plano de Ação Corretiva, uma vez que se caracteriza por prever obrigações, de infraestrutura e de benefícios aos usuários, que extrapolam o necessário à correção da infração. A intenção da Agência com o Plano Adicional, portanto, é obrigar a prestadora a investir para a melhoria do serviço de telecomunicações, criando ou ampliando a infraestrutura, utilizando-se, para tanto, de parte do valor da multa estimada ou aplicada. Busca-se fomentar a competição entre as prestadoras, bem como o atingimento de metas mais ambiciosas do que as previstas na regulamentação. Em resumo, o Plano de Ação Adicional serve para que a prestadora invista em infraestrutura de modo a ultrapassar o mínimo necessário exigido na regulamentação. Além disso, também se possibilita a concessão de benefícios aos usuários não previstos na regulamentação, destinatários finais de toda a cadeia do setor. A ideia do

referido Plano é, justamente, evitar que o TAC se preste apenas à correção da conduta irregular, uma vez que a prestadora, a teor da regulamentação do setor, já deve atuar para o saneamento da irregularidade, inclusive realizando os investimentos necessários, independentemente de atuação da Anatel, evitando que a prática do ilícito compense para a infratora.

93. Nessa linha, reforça-se a necessidade dessa separação entre as obrigações corretivas e as adicionais, de modo a deixar claro para os administrados e para a própria Anatel, e inclusive para os órgãos de controle externos, quais valores representam o necessário para simplesmente adequar a conduta irregular e quais se referem ao valor da multa que seria aplicada ao final do processo sancionador e que, após a arrecadação, ingressariam nos cofres públicos.

94. Por oportuno, há de se salientar que os benefícios diretos aos usuários, previstos no inciso II do art. 8º, deverão ocorrer na forma de redução, desconto ou créditos em tarifas ou preços.

95. Em relação ao art. 8º da minuta do Regulamento, propõe-se a alteração de seu § 2º, para especificar as obrigações constantes no Plano de Ação Adicional e para prever expressamente a aplicação de multa diária em caso de descumprimento.

96. A respeito da multa diária, cumpre esclarecer que esta se encontra regulada detalhadamente no art. 21 da proposição em análise. No entanto, ainda assim, entende-se necessária a sua previsão expressa para cada obrigação imposta, afastando, deste modo, qualquer dúvida acerca da sua exigibilidade.

97. Nessa esteira, sugere-se nova redação para o art. 8º, nos seguintes termos:

Redação Proposta pela PFE

Art. 8º O Plano de Ação Adicional deverá compreender, em conjunto ou isoladamente:

I – investimentos em infraestrutura.

II – benefícios diretos aos usuários;

§ 1º O Plano de Ação Adicional poderá ter como objeto, total ou parcial, outros serviços de telecomunicações não diretamente relacionados com as irregularidades constatadas.

§ 2º As obrigações constantes do Plano de Ação Adicional:

I – não podem se restringir ao mero cumprimento das obrigações já impostas ao infrator pelo arcabouço regulatório e pelos contratos ou termos celebrados, nem à cessação da infração;

II – deverão ser organizadas segundo cronograma próprio e com estipulação de multa diária específica. (grifei).

II.(B).(II).(5). DO ARTIGO 7º, INCISO II (PRAZO PARA REPARAÇÃO AO USUÁRIO).

98. O inciso II do art. 7º estabelece que as medidas de reparação aos usuários, decorrentes das infrações cometidas, não devem exceder a 6 (seis) meses. Contudo, este órgão consultivo entende que o prazo previsto na minuta é excessivo, devendo se impor à prestadora a obrigação de efetuar a reparação ao usuário de forma mais célere.

99. Impende salientar que, no mercado consumerista de massa, a figura do consumidor é considerada a parte hipossuficiente da relação jurídica, de modo que os fornecedores, com seu poder econômico, muitas vezes prejudicam os direitos dos consumidores. Nesse sentido, a redução do prazo para a reparação do usuário revela uma atuação da Agência pautada na busca do equilíbrio na relação entre o consumidor e a prestadora de serviço.

100. Para ilustração do feito, é de bom alvitre destacar que a Anatel previu, no artigo 98 do Regulamento do STFC (aprovado pela Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005), que, no caso de cobrança indevida de valores pela prestadora, a reparação ao usuário deverá ser efetuada no documento de cobrança seguinte. Percebe-se, assim, que no Regulamento do STFC houve uma preocupação da Agência em proteger o interesse do usuário no caso de cobrança indevida, garantindo a reparação o mais prontamente possível.

101. Pelo exposto, esta Procuradoria entende que não parece razoável a previsão contida no inciso II do art. 7º, que concede o prazo de 6 (seis) meses, para que a prestadora venha a reparar o usuário prejudicado. Sugere-se que o referido prazo seja reduzido para, no máximo, 3 (três) meses, podendo a área técnica estabelecer um prazo ainda inferior, ficando assegurada assim, de forma mais célere e razoável, a reparação ao usuário.

II.(B).(II).(6) DO ARTIGO 7º (PREVISÃO DE MULTA DIÁRIA E INCLUSÃO DO INCISO III)

102. Com relação ainda ao art. 7º, sugere-se a inclusão de mais um inciso, que preveja expressamente, dentro do Plano de Ação Corretiva,

o cumprimento das obrigações regulatórias, bem como a alteração dos incisos I e II, para conter a previsão expressa de multa diária. Deste modo, propõe-se a seguinte redação para o art. 7º (alterações em grifo):

Redação proposta pela PFE

Art. 7º O Plano de Ação Corretiva discriminará todas as ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza àquelas indicadas nos processos substituídos pelo TAC, dentre outras:

I – os investimentos, preferencialmente em infraestrutura, segundo cronograma de metas não excedente a 2 (dois) anos, com estipulação de multa diária específica;

II – as medidas de reparação aos usuários, decorrente das infrações cometidas, se for o caso, segundo cronograma de metas não excedente a 3 (três) meses, na forma da regulamentação da Anatel, com estipulação de multa diária específica;

III – o cumprimento das obrigações regulatórias, segundo cronograma de metas não excedente a 2 (dois) anos, com estipulação de multa diária específica.

103. Como se sabe, um dos objetivos do TAC é fazer que a prestadora cesse a conduta infracional e também impedir que ela volte a ser praticada. Ademais, a correção da irregularidade é pressuposto e condição para a certificação do cumprimento do TAC. Em sendo assim, entende-se necessária a previsão contida na proposta desta Especializada de inclusão de um inciso III, que especifica, dentre as obrigações do Plano de Ação Corretiva, o cumprimento das obrigações regulatórias, o que, inclusive, se alinha com a parte final do inciso I do art. 6º da proposta.

104. Com relação ao art. 7º, destacam-se também as alterações sugeridas nos incisos I e II, em que foi incluída a expressão “*com estipulação de multa diária*”. No mesmo sentido, portanto, da alteração constante no item anterior deste Parecer, no art. 8º, § 2º, II.

105. Nessa toada, cumpre repisar que a multa diária está expressamente prevista no artigo 21 da proposta do Regulamento. No entanto, para afastar qualquer dúvida de interpretação do ato normativo a ser editado que possa servir de óbice à Agência para aplicação da sanção de multa diária, melhor que se preveja expressamente a sua incidência no caso de descumprimento de cada obrigação específica contida nos art. 7º e 8º.

II.(B).(II).(7) DO ARTIGO 9º.

106. Confira-se a atual redação do dispositivo em comento, *verbis*:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 9º Os investimentos previstos no Plano de Ação Adicional deverão ser revertidos em favor de infraestruturas de telecomunicações, de modo a atender **preferencialmente** às seguintes diretrizes:

I - reduzir as diferenças regionais;

II - modernizar as redes de telecomunicações e elevar os padrões de qualidade propiciados aos usuários;

III - massificar o acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.

107. Aqui, cabe destacar que este órgão de assessoramento e consultoria jurídica propõe outra redação a esse dispositivo, de sorte que este se harmonize com os objetivos do Plano Nacional de Banda Larga – PNBL, instituído pelo Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2012. Trata-se de uma diretriz legítima e de uma política pública orientadora da atuação da Anatel, do Ministério das Comunicações e, também, das prestadoras do setor. Nesse sentido, natural que a presente proposta se pautar pela previsão do referido Plano.

108. Assim, propõe-se a seguinte redação ao dispositivo em tela:

Redação Proposta pela PFE

Art. 9º Os investimentos previstos no Plano de Ação Adicional deverão ser revertidos em favor de infraestruturas de telecomunicações **em localidades nas quais o custo de construção de redes, em comparação com a projeção de receita futura, indique a não atratividade econômica do empreendimento**, de modo a atender às seguintes diretrizes:

a) reduzir as diferenças regionais;

b) modernizar as redes de telecomunicações e elevar os padrões de qualidade propiciados aos usuários;

c) massificar o acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.

109. A presente sugestão se justifica, já que a redação atual permite que os investimentos previstos no Plano de Ação Adicional sejam realizados em localidades escolhidas pela empresa infratora e onde ela provavelmente já os realizaria no curto prazo, por lhe ser vantajoso. Nesse passo, a redação sugerida pela PFE busca a utilização dos recursos financeiros

que seriam recolhidos aos cofres públicos, por meio do pagamento de multa, para a realização de política pública que resplandece interesse público evidente.

110. Ou seja, a Agência realizaria política pública por intermédio de uma prestadora de serviços de telecomunicações, que esta está buscando uma via (TAC) para não simplesmente pagar a multa que seria devida pelo descumprimento de obrigações regulatórias. Na visão desta Procuradoria, a redação proposta pelo corpo técnico pode fazer com que a prestadora apenas invista em áreas justificadas por seu interesse econômico imediato, o que afrontaria ao espírito do PNBL e do próprio interesse público.

111. A reforçar o entendimento geral de serem efetivadas políticas públicas valendo-se de multas aplicadas e, sobretudo, o entendimento específico de que os investimentos decorrentes de tais políticas públicas precisam ser direcionados para localidades de não atratividade econômica, de bom alvitre consignar o contido na Nota Técnica/MC/STE/DESUT/DEBL/Nº 20/2011, da lavra do Ministério das Comunicações, que analisou os Termos de Compromissos de adesão aos objetivos do PNBL:

55. É possível a previsão de diferentes sanções e cláusulas penais em instrumentos de natureza contratual. A opção feita pela minuta em análise é por estimular ao máximo o cumprimento das disposições do Termo. Assim, é salutar a previsão de multa diária como um mecanismo sancionador e, sobretudo, a possibilidade de ser revertida em favor de investimentos em infraestruturas de telecomunicações para conexão em banda larga em localidades não atrativas. Isso tende a garantir um retorno mais rápido e mais eficiente das sanções em prol dos cidadãos sem configurar enriquecimento decorrente da própria torpeza.

112. Assim, ao constar do texto do art. 9º que os investimentos previstos no Plano de Ação Adicional deverão ser revertidos em favor de infraestruturas de telecomunicações em localidades nas quais o custo de construção de redes, em comparação com a projeção de receita futura, indicasse a não atratividade econômica do empreendimento, de modo a observar as diretrizes que relaciona em seus incisos Deixar-se-á de permitir, por exemplo, apenas para demonstrar a grande disparidade de acesso da população aos serviços de telecomunicações, que determinada empresa celebrante de TAC realize investimentos na construção de redes na Av. Paulista, em São Paulo, ao invés de investir em locais que não contenham atratividade econômica (como, por exemplo, no sertão nordestino, em localidades do Norte do

País ou mesmo nas periferias das grandes cidades), impedindo a difusão do serviço e a inclusão social por meio das telecomunicações. É que, sem a proposta desta Procuradoria, acaba tornando-se possível a realização de investimentos apenas para modernizar as redes, abrindo-se enorme discussão – sem parâmetros objetivos – sobre diferenças regionais.

113. Observe-se que para a empresa é extremamente interessante investir na construção, ou aperfeiçoamento, da infraestrutura de redes da Av. Paulista. Ali a prestadora obterá retorno financeiro em curto espaço de tempo. Ademais, talvez ela até realizasse esse investimento de qualquer forma, sem exigência da Anatel, só que em alguns poucos meses mais tarde.

114. Em contraponto, a construção de infraestrutura de redes no sertão nordestino, no Norte do País, ou em qualquer outra localidade com poucos investimentos do setor de telecomunicações, pode não indicar a mesma atratividade econômica ou, até mesmo, nenhuma, a depender do caso.

115. É de bom alvitre consignar que a empresa que celebrar o TAC, na sua vigência, deixa de ser autuada pelo descumprimento das ordinárias obrigações regulatórias objeto do acordo. Assim, as obrigações assumidas no TAC não podem corresponder a investimentos a que a prestadora já realizaria em data próxima, e que lhe trarão lucratividade totalmente destoante da substituição de sanção de multa que lhe seria aplicada. De fato, a não aplicação de multa tendo em vista a celebração de um termo de ajustamento de conduta deve observar o interesse público, e não o interesse econômico das empresas.

116. Nesse sentido, é importante lembrar que as obrigações decorrentes da celebração de um TAC visam substituir o pagamento de multas sancionatórias que seriam impostas à prestadora. A vantagem para a empresa é que, ao invés de despender os respectivos valores para o pagamento de multa, ou seja, para os cofres públicos, irá empregar tais recursos financeiros em seu próprio negócio, ainda que nas localidades onde a Anatel indicar (economicamente não atrativas). Além disso, provavelmente também obterá algum retorno financeiro com a exploração dos serviços de telecomunicações decorrente desses investimentos realizados.

117. Ademais, é de se registrar que a redação sugerida por este órgão jurídico constou dos Termos de Compromisso celebrados em 2011 pelo Ministério das Comunicações e Anatel com as prestadoras de serviços de telecomunicações, que tiveram como finalidade aderir aos objetivos do Plano Nacional de Banda Larga.

118. Ou seja, há pouco tempo a Anatel e o Ministério ao qual está vinculada entenderam que os valores que deixariam de ser recolhidos a título de multa deveriam, em caso de substituição por obrigações, ser destinados a localidades do país que indicassem a não atratividade econômica do empreendimento, comparada à projeção futura de receitas.

119. Por isso, recomenda-se à área técnica a alteração do texto sugerido ao art. 9º da proposta de regulamento em análise, a fim de manter harmonia com a política pública adotada institucionalmente pelo Decreto nº 7.175/2010.

II.(B).(II).(8) DO ARTIGO 10, PARÁGRAFO ÚNICO.

120. Referido dispositivo preconiza que *“a concessionária de serviço de telecomunicações não poderá se favorecer dos benefícios diretos aos usuários decorrentes do TAC no que toca ao compartilhamento dos ganhos econômicos referidos no art. 108, § 2º, da Lei 9.472, de 1997”*.

121. Convém registrar, aqui, a alteração do art. 86 da LGT, por meio da Lei nº 12.485/2011, o qual passou a contar com a seguinte redação:

LGT

Art. 86. A concessão somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para explorar exclusivamente serviços de telecomunicações. (Redação dada pela Lei nº 12485, de 2011)

Parágrafo único. Os critérios e condições para a prestação de outros serviços de telecomunicações diretamente pela concessionária obedecerão, entre outros, aos seguintes princípios, de acordo com regulamentação da Anatel: (Redação dada pela Lei nº 12485, de 2011)

I - garantia dos interesses dos usuários, nos mecanismos de reajuste e revisão das tarifas, mediante o compartilhamento dos ganhos econômicos advindos da racionalização decorrente da prestação de outros serviços de telecomunicações, ou ainda mediante a transferência integral dos ganhos econômicos que não decorram da eficiência ou iniciativa empresarial, observados os termos dos §§ 2o e 3o do art. 108 desta Lei; (Incluído pela Lei nº 12485, de 2011)

II - atuação do poder público para propiciar a livre, ampla e justa competição, reprimidas as infrações da ordem econômica, nos termos do art. 6o desta Lei; (Incluído pela Lei nº 12485, de 2011)

III - existência de mecanismos que assegurem o adequado controle público no que tange aos bens reversíveis. (Incluído pela Lei nº 12485, de 2011)

122. Desse modo, como também há previsão de compartilhamento de ganhos econômicos com os usuários na hipótese do art. 86 da LGT, esta Procuradoria insta a área técnica a reavaliar a redação proposta ao parágrafo único do art. 10 da proposta de Regulamento, sugerindo a seguinte redação:

Redação Proposta pela PFE

Art. 10. *Omissis.*

Parágrafo único. A concessionária de serviço de telecomunicações não poderá se favorecer dos benefícios diretos aos usuários decorrentes do TAC no que toca ao compartilhamento dos ganhos econômicos referidos nos arts. 86 e 108, § 2º, da Lei nº 9.472, de 1997.

II.(B).(9) DO ARTIGO 11.

123. Segundo o art. 11 da minuta regulamentar, *“competê ao Conselho Diretor da Anatel decidir, fundamentadamente, acerca da celebração do TAC, observado o interesse público”*.

124. Em primeiro lugar, este órgão jurídico defende a necessidade de se prever se da decisão prevista no art. 11 da proposta em análise caberá ou não recurso. Aqui, fala-se na celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta, em que as partes realizam um acordo. Do ponto de vista da Anatel, o instrumento só deverá se materializar se, no entender de seu órgão máximo, houver interesse público que o fundamente. Assim, na hipótese de a decisão em tela ser considerada recorrível, o recurso serviria apenas para confrontar a decisão do Conselho Diretor no que se refere, *in concreto*, ao que se poderia considerar como interesse público. Além disso, a Anatel não é obrigada a celebrar TAC, ainda que exista interesse das entidades reguladas.

125. Nesse sentido, opina-se no sentido de que a decisão constante do art. 11 da minuta em exame seja considerada irrecorrível, havendo expressa previsão nesse sentido.

126. Demais disso, sugere-se que a expressão “fundamentadamente”, constante do artigo em exame, seja retirada, em razão de redundante, já que todos os atos e decisões do órgão máximo da Agência devem ser devidamente motivados, por mandamento constitucional e legal.

127. Ante o exposto, sugere-se a seguinte redação ao dispositivo sob exame:

Redação proposta pela PFE

Art. 11. Compete ao Conselho Diretor da Anatel, por decisão irrecorrível, resolver acerca da celebração do TAC, observado o interesse público.

128. O § 2º do mesmo dispositivo preconiza que:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 11. *Omissis.*

[...]

§ 2º. Aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel, o TAC será firmado pelo Presidente do Conselho Diretor da Anatel juntamente com outro Conselheiro, pelo Superintendente a quem a matéria seja afeta e pelo representante legal da concessionária, permissionária ou autorizada.

129. Para fins de melhora redacional, sugere-se a seguinte redação ao § 2º do art. 11 da minuta de Regulamento:

Redação proposta pela PFE

Art. 11. *Omissis.*

§ 2º. O TAC, após aprovada a sua celebração pelo Conselho Diretor, será firmado pelo Presidente da Agência, juntamente com outro Conselheiro, pelo Superintendente a quem a matéria seja afeta e pelo representante legal da concessionária, permissionária ou autorizada.

II.(B).(II).(10) DO ARTIGO 12 (PAGAMENTO MÍNIMO DE MULTA PARA CELEBRAÇÃO DO TAC).

130. Preliminarmente, vejamos a redação do art. 12, *verbis*:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 12 É condição para a celebração do TAC o pagamento mínimo de 10% (dez por cento) da sanção de multa aplicada após a prolação da primeira decisão condenatória.

§1º Em nenhuma hipótese será possível a celebração de TAC quando, na decisão de primeira instância, houver condenação da prestadora pela prática de comportamentos de má-fé, nos termos do art. 7º do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.

§2º O TAC poderá contemplar outros condicionamentos, desde que relacionados ao seu objeto.

131. O art. 12 da proposta estabelece como condição mínima para a celebração do TAC o pagamento mínimo de 10% (dez por cento) da sanção de multa aplicada após a prolação da primeira decisão condenatória.

132. Como já falado no item referente ao art. 6º, somente deve ser dado espaço para discricionariedade do administrador onde for absolutamente necessário. Assim, haverá muito mais segurança jurídica se houver no regulamento um valor certo relativo a pagamento de multa como condição para celebração do TAC.

133. A expressão *“pagamento mínimo de 10% (dez por cento) da sanção de multa aplicada”*, constante do dispositivo transcrito, pode criar nas empresas interessadas em celebrar Termo de Ajustamento de Conduta com a Anatel um “sentimento” de injustiça quando o percentual for superior a 10% (dez por cento) da sanção de multa aplicada. Abre-se, aqui, brecha para discussões quanto ao percentual fixado, podendo retardar e causar tumulto ao andamento do cronograma do TAC celebrado.

134. Melhor será, se a área técnica considerar essa percentagem baixa, fixar o percentual que entender mais adequado. Mas, é importante que seja um percentual certo e aplicável a todos os casos concretos.

135. Além disso, apenas para deixar o texto mais claro, sugere-se que o valor a ser pago seja referente ao valor total das multas aplicadas nos processos substituídos pelo TAC.

136. Convém ainda destacar que não se vislumbra a necessidade da disposição constante do § 2º do art. 12. Em primeiro lugar, ao dispor que o TAC poderá contemplar outros condicionamentos, verifica-se que essa previsão já está abarcada pelo art. 5º da proposta. Somando-se a isso, esses condicionamentos poderão ou não ser relacionados ao seu objeto, posto que a Anatel poderá exigir, a título de obrigações adicionais, a satisfação de condições diversas ao objeto do Termo. Assim, aconselha-se a sua exclusão, renumerando o seu § 1º, que passará a parágrafo único.

137. Por tudo, propõe-se a seguinte redação ao art. 12:

Redação proposta pela PFE

Art. 12 É condição para a celebração do TAC o pagamento de 10% (dez por cento) do valor total das sanções de multa aplicadas após a prolação da primeira decisão condenatória.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese será possível a celebração de TAC quando, na decisão de primeira instância, houver condenação da prestadora pela prática de comportamentos de má-fé, nos termos do art. 7º do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.

II.(B).(II).(11) DA SEÇÃO I DO CAPÍTULO V – ARTIGOS 13 A 19.

138. A fim de melhor organização da norma, propõe-se a alteração da divisão existente no Capítulo V a fim de que a Seção I seja referente ao procedimento de instrução e julgamento dos processos administrativos autônomos, embora vinculados ao TAC, para análise dos cronogramas de metas, a Seção II permaneça se referindo às sanções, e seja criada uma nova Seção para tratar do cumprimento do TAC propriamente dito.

139. Observa-se da Seção I do Capítulo V que ela trata do procedimento de instrução e julgamento do TAC, como um todo. No entanto, sugere-se a divisão para que essa Seção passe a tratar especificamente do procedimento inerente a cada um dos cronogramas de metas a serem cumpridos.

140. Nessa esteira seria criada uma nova Seção (Seção III) para versar sobre o cumprimento do TAC especificamente.

141. Desse modo, sugere-se a modificação do título do Capítulo V para “DO ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONSTANTES DO TAC”.

142. Em continuidade ao exame da Seção I do Capítulo V, dispõe o art. 13 da minuta do Regulamento:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 13. O acompanhamento da execução das obrigações constantes no TAC caberá à Superintendência que o submeteu à aprovação do Conselho Diretor.

143. À redação desse artigo propõe-se a inclusão de um parágrafo único que estabeleça que, para cada cronograma de metas, se autue em apartado um processo administrativo distinto, que será julgado à medida que o cronograma for concluído.

144. Sugere-se, portanto, a inclusão de um parágrafo único, nos seguintes termos:

Redação proposta pela PFE

Art. 13. *Omissis.*

Parágrafo único: Serão instaurados em autos apartados processos administrativos próprios, correspondentes a cada cronograma de metas, que serão julgados à medida que forem concluídos.

145. O TAC, como visto, se trata de um termo de compromisso que envolve diversas obrigações a serem cumpridas em um determinado período de tempo. Desse modo, a ideia de julgamento fracionado, correspondente a cada cronograma, se mostra razoável, pois oportuniza à área técnica e ao Conselho analisarem mais detidamente o cumprimento das obrigações impostas à prestadora. A intenção prevista nesse parágrafo único, portanto, é de facilitar o julgamento do TAC. Possibilita-se que não se espere o término do TAC para se proceder à fiscalização e julgamento de obrigações constantes em cronograma com prazo inferior à vigência do TAC. É que o Termo pode ter vigência de quatro anos, ao passo que o cronograma para o Plano de Ação Corretiva é de dois anos e para a reparação aos usuários é de 6 meses, segundo a proposta. Destarte, à medida que os cronogramas vão se esgotando, vão sendo realizados os julgamentos.

146. Como visto neste opinativo, o objetivo do TAC, em última análise, é que a prestadora implemente as obrigações nele previstas, para satisfazer e atender o interesse público. Assim, a fiscalização do seu cumprimento deve se dar o mais imediatamente possível. Ora, se a prestadora não cumpre a obrigação prevista e a fiscalização tarda a se realizar, a conduta irregular irá se perpetuar enquanto a Anatel não proceder à fiscalização, seguida de julgamento. Dessa forma, autuando-se em apartado um processo administrativo para cada cronograma de metas, a fiscalização será mais eficiente, dando oportunidade à Anatel para averiguar mais prontamente se a conduta infracional persiste ou não.

147. Por esse motivo, o art. 15, ao se referir ao cumprimento do TAC, passaria a dizer respeito ao cronograma. A Agência não deve esperar o prazo final do TAC para iniciar a conferência do cumprimento do TAC. Em prol da eficiência administrativa, e busca pela realização do interesse público, para cada um dos cronogramas deverá ser instaurado processo administrativo correspondente para verificação do cumprimento integral do citado cronograma.

148. Terminada a instrução do processo, com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, a Superintendência competente para acompanhamento da execução das obrigações constantes do TAC opinará sobre o cumprimento ou não do TAC. Em caso de cumprimento, proporá ao Conselho Diretor a emissão de Certificado de Cumprimento do Cronograma; por outro lado, em caso de descumprimento, recomendará a expedição de Certificado de Descumprimento do Cronograma.

149. Propõe-se essa nomenclatura para o Certificado de Cumprimento ou Descumprimento a fim de haver diferenciação com o documento a ser expedido em razão de cumpriu ou não do TAC em si.

150. Desse modo, sugere-se a seguinte redação ao art. 15:

Redação proposta pela PFE

Art. 15. Constatado o integral cumprimento do cronograma, a Superintendência deverá propor a emissão de Certificado de Cumprimento do Cronograma. (Grifo nosso).

151. Agora, vejamos o que assevera o art. 16 da proposição regulamentar que:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 16. Constatados indícios de descumprimento total ou parcial do TAC, e sem prejuízo das multas nele previstas, a Superintendência deverá:

- I – intimar a concessionária, permissionária ou autorizada para manifestar-se sobre a constatação, no prazo designado pela Anatel;
- II – opinar sobre o descumprimento do TAC e encaminhar à deliberação do Conselho Diretor com proposta para a emissão do Certificado de Descumprimento, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada;

152. Em continuidade à exposição feita retro, o *caput* do art. 16 passaria a se referir, ao invés do TAC, ao descumprimento total ou parcial das metas relativas a cada cronograma, no âmbito do respectivo processo administrativo.

153. Com relação ao inciso I do dispositivo colacionado, esta Procuradoria recomenda que já exista a previsão de um prazo determinado pela regulamentação para a apresentação da manifestação ali prevista. Entende-se que tal sugestão evita discussões desnecessárias sobre o prazo consignado, dificultando a utilização da previsão com a finalidade de causar tumulto processual.

154. Tendo em vista tais considerações, por entender razoável, sugere-se a avaliação do prazo de 30 (trinta) dias, dada a complexidade e o período de duração de um TAC.

155. Já no que toca ao inciso II, esta Procuradoria vislumbra a necessidade de alteração da redação proposta, com fins de melhora redacional, alteração do termo “TAC” para “metas do respectivo cronograma”, e especificação do Certificado de Descumprimento.

156. Nesse sentido, esta Procuradoria sugere o seguinte texto ao dispositivo em estudo:

Redação proposta pela PFE

Art. 16. Constatados indícios de descumprimento total ou parcial das metas relativas a cada cronograma, no âmbito do respectivo processo administrativo, a Superintendência deverá:

I – intimar a concessionária, permissionária ou autorizada para, no prazo de 30 (trinta) dias, manifestar-se sobre a constatação; ~~no prazo designado pela Anatel;~~

II – opinar sobre o descumprimento das metas do respectivo cronograma e encaminhar à deliberação do Conselho Diretor com proposta ~~para a~~ de emissão do Certificado de Descumprimento do Cronograma, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada;.

157. Mantendo o mesmo raciocínio, propõe-se a modificação dos arts. 17 a 19, para constar o seguinte texto:

Redação proposta pela PFE

Art. 17. A Procuradoria Federal Especializada deverá se manifestar sobre a análise do cumprimento do cronograma submetido pela Superintendência competente à aprovação do Conselho Diretor.

Art. 18. Na hipótese de decisão pelo cumprimento integral do cronograma, o Conselho Diretor emitirá o Certificado de Cumprimento do Cronograma.

Art. 19. Na hipótese de decisão pelo descumprimento do cronograma:

I – o Conselho Diretor emitirá Certificado de Descumprimento do Cronograma;

II – a Superintendência comunicará a decisão à prestadora de serviços de telecomunicações, para que pague o valor das multas pactuadas, no prazo de 30 dias, contados da data do recebimento do ofício correspondente.

Parágrafo único. O Certificado de Descumprimento do Cronograma é o documento pelo qual o Conselho Diretor certificará o inadimplemento da prestadora celebrante do TAC e liquidará o valor correspondente às multas pactuadas.

158. Como pôde ser percebido, o § 2º do art. 19 da proposta de regulamento foi excluído, tendo o § 1º sido transformado em parágrafo único. É que a previsão do parágrafo excluído foi totalmente abarcado pelos artigos 20 e 21, com a redação sugerida por esta PFE adiante.

II.(B).(II).(12) DA SEÇÃO II DO CAPÍTULO V – DAS SANÇÕES – ARTIGOS 20 E 21.

159. A fim de garantir o cumprimento do TAC, é importante que o ente público tomador dos compromissos de ajustamento de conduta faça

cominações ao causador de danos coletivos referentes aos serviços públicos de telecomunicações. Assim, para a efetividade do TAC ser assegurada, deve ser imposto à empresa celebrante multas pelo descumprimento de suas obrigações. De fato, a realização de compromisso de ajustamento de conduta não pode se traduzir em mero benefício às empresas infratoras em prejuízo dos usuários e, principalmente, do interesse público.

160. À empresa infratora deve ser demonstrado que, embora a formalização de TAC lhe seja vantajosa, o descumprimento de obrigações não lhe pode trazer benefícios. Nessa toada, o valor da multa deverá sempre ser estipulado em montante capaz de causar ao devedor a convicção de que adimplir é a melhor e menos onerosa opção. O caráter elevado da multa constrange indiretamente o devedor a cumprir a prestação devida, pois, em caso de renitência, o prejuízo ensejado pela multa implicará para si uma prestação mais onerosa do que a realização da prestação originária a que se encontra adstrito.

161. Essa maior onerosidade do descumprimento é de natureza a incitar o devedor a realizar a prestação ordenada, dada a ameaça de sanção que sobre si recai em caso de recalcitrância, e, dessa sorte, assegura a tutela do direito envolvido, exercendo pressão sobre o devedor.

162. O devedor, ao sopesar as duas alternativas – de um lado, manter-se renitente e arcar com os valores da multa; de outro, cumprir o dever imposto pelo compromisso assumido –, deve concluir que a satisfação do credor evitará a diminuição patrimonial que a multa enseja.

163. Por isso é que, ao determinar o valor da multa, deve-se ter por referência o custo-benefício ensejado pelo descumprimento. Toda vez que a multa é estabelecida em valor que contemple as vantagens à renitência, seu potencial ofensivo desaparece. Ela deve ser suficientemente alta a ensejar a coercibilidade necessária para que não ocorra o inadimplemento das cláusulas do ajuste.

164. Por outro lado, também é salutar a imposição de multa diária como forma de coagir a empresa a cumprir os compromissos assumidos dentro do prazo estabelecido. Essa multa possui natureza de *astreintes* e deverá ser fixada, preferencialmente, por obrigação assumida, lembrando-se apenas que ela não dispensa o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Ou seja, para cada obrigação fixada no ajuste deve haver uma previsão obrigatória e específica de multa pelo seu inadimplemento.

165. A multa diária incidirá enquanto a obrigação permanecer descumprida. Por isso, deve ser de valor suficientemente alto que incuta na empresa o interesse em adimplir os compromissos assumidos, refletindo, de qualquer forma, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

166. Além disso, como já defendido por esta Procuradoria em outras manifestações, a multa diária, por deter natureza cominatória, incide a partir do momento do descumprimento da obrigação, sendo desnecessária a intimação do compromissário como condição de fluência do termo inicial da multa.

167. Nessa linha de raciocínio, inclusive, está a redação do § 2º do art. 22 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, *verbis*:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 22. *Omissis*.

§ 2º. A sanção de multa diária incide a partir do primeiro dia de atraso no cumprimento da obrigação, sem necessidade de nova intimação para tanto.

168. Ademais, diante dessas considerações, e como já sugerido neste Parecer nos tópicos atinentes aos arts. 7º e 8º, ao dispor sobre os Planos de Ação Corretiva e Adicional, é importante, e de bastante efeito prático no controle pela Agência do cumprimento dos compromissos assumidos com a celebração do TAC, que cada uma das obrigações de responsabilidade da empresa compromissária venha acompanhada do respectivo cronograma e estipulação de multa diária específica.

169. Isso permitirá que o acompanhamento a ser feito pela Agência e sua atuação sancionadora, em caso de descumprimento de metas, seja desenvolvido especificamente para cada obrigação. Ademais, possibilita-se a estipulação de um cronograma e de uma multa em montante proporcional à natureza de cada tipo de obrigação assumida.

170. Feitas essas considerações, analisemos o conteúdo do art. 20 da proposta de regulamento, *verbis*:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 20. O descumprimento do TAC gera a aplicação das seguintes multas:

I - multa pelo descumprimento das obrigações de investimento cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total previsto no TAC e o valor efetivamente realizado.

II – multa diária pelo descumprimento do cronograma de metas, que incidirá até o efetivo cumprimento, cujo valor terá como limite máximo duas vezes o valor do TAC.

§ 1º O descumprimento do TAC inclui o não atingimento do objetivo de cumprir as obrigações regulatórias, nos termos da parte final do art. 6º, inciso I, ainda que tenham sido realizados os investimentos previstos no Plano de Ação Corretiva.

§ 2º A mora na implementação das ações previstas no TAC acarreta multa diária e pode caracterizar, a critério da Anatel e desde que devidamente fundamentado o descumprimento do TAC.

171. A redação proposta, porém, cria algumas dúvidas. A primeira aflora do inciso I, que informa a existência de multa pelo descumprimento das obrigações de investimento. No entanto, a própria proposta faz remissão a investimentos em dois formatos: no Plano de Ação Corretiva e no Plano de Ação Adicional. Aquele com a finalidade de corrigir e evitar infrações de igual natureza àquelas indicadas nos processos substituídos pelo TAC; o último como obrigações adicionais, um *plus* relativo às obrigações regulatórias a que a prestadora já está sujeita por lei, regulamento ou contrato.

172. Por isso, é importante haver separação das multas previstas pelo descumprimento das obrigações de acordo com o tipo de encargo assumido pela empresa, se decorrente do Plano de Ação Corretiva, do Plano de Ação Adicional, ou mesmo pela não reparação aos usuários, ou pelo descumprimento das obrigações regulatórias pertinentes ao TAC celebrado. Essa discriminação facilitará, inclusive, o cálculo das multas devidas de acordo com as obrigações assumidas, mas descumpridas.

173. O segundo questionamento que surge da redação proposta se refere ao momento em que ocorrerá a aferição sobre o valor total investido pela compromissária e sua comparação com o valor previsto no TAC, com o objetivo de se verificar seu eventual descumprimento (para fins de cálculo da multa). Entreveem-se aqui duas possíveis oportunidades para tanto, com consequências diversas: a primeira seria no prazo final previsto no TAC; a outra na data da decisão do Conselho Diretor sobre o cumprimento/descumprimento do ajustamento.

174. Na primeira situação, a área técnica esperaria o termo final do TAC para verificar o cumprimento pela prestadora das obrigações assumidas. Assim, caso todos os compromissos assumidos não estivessem adimplidos, o TAC necessariamente seria considerado descumprido, e a data final do Termo seria o marco para cálculo da multa devida.

175. Porém, algumas dificuldades podem eclodir com essa postura da Agência. Se terminado o prazo do TAC, os compromissos não puderem mais ser cumpridos, ou os investimentos realizados nesse período “pós-TAC” não forem considerados no cálculo da multa a ser aplicada pelo descumprimento, a empresa terá menos incentivos para cumprir suas metas. De qualquer forma, já será emitido o Certificado de Descumprimento, previsto na Seção I do Capítulo V, e a multa diária continuará a incidir até o efetivo cumprimento das correspondentes incumbências.

176. Ou seja, restará à prestadora como único estímulo para cumprir suas obrigações no menor prazo possível a possibilidade de estancar a incidência da multa diária. Quanto antes satisfizer os compromissos do Termo, menor será o valor total resultante da aplicação de multa diária.

177. Contudo, segundo essa vertente, todo o valor gasto pela prestadora para cumprir o TAC, ainda que posteriormente ao seu termo final, será desconsiderado do montante investido pela prestadora para fins de cálculo da multa. Isto é, o que poderia ser mais um impulso à empresa para cumprir seus deveres, uma vez que já haverá a incidência da multa diária, e que incidirá até o efetivo adimplemento, ou até a decisão do Conselho Diretor, deixará de ter esse propósito.

178. É verdade, no entanto, que os cronogramas e metas estabelecidos no TAC foram definidos em comum acordo entre os celebrantes, já que, se assim não fosse, não seria considerado um ajuste. Portanto, se a empresa se considerava incapaz de cumprir os prazos estabelecidos, não deveria ter firmado o ajustamento com a Agência.

179. A adoção do outro marco citado acima para cálculo do valor da multa devida pelo descumprimento do TAC, qual seja, a data da decisão do Conselho Diretor, parece ser mais justa. Isso porque o valor despendido pela empresa para implementar seus deveres após o prazo final do TAC será considerado no cálculo da multa devida e haverá, assim, maior concretização do princípio da proporcionalidade, além de mais um motivo incentivador para cumprir as metas ajustadas, ainda que a destempo.

180. Dessa forma, esse segundo momento possível para verificação do cumprimento das metas pactuadas e para cálculo da multa devida acaba por contemplar o princípio da proporcionalidade, além de estimular a empresa ao cumprimento integral das metas do TAC, ainda que extemporaneamente, o que, em última instância, ainda que gere consequências jurídicas pelo atraso, se alinha ao interesse público buscado pela Agência.

181. Portanto, a solução de considerar a decisão do Conselho Diretor a respeito das metas estabelecidas no TAC como marco para fins de cálculo da multa principal devida pelo descumprimento das metas estipuladas, parece ser a solução mais coerente e adequada no procedimento do TAC.

182. Além disso, como forma de concretizar o princípio da proporcionalidade, já retratada anteriormente, melhor ainda será se o cálculo da multa for feito em relação a cada cronograma de metas. Com já dito no tópico anterior, a respeito da Seção I do Capítulo V, para cada um desses cronogramas será instaurado um processo administrativo, em autos apartados, para verificação do cumprimento das obrigações assumidas pelas prestadora.

183. E isso acarretará uma decisão do Conselho Diretor para cada um desses processos. Desse modo, o marco para constatação das metas cumpridas, para fins de cálculo do valor da multa devido, deve ser a decisão do colegiado sobre cada um dos cronogramas previstos no TAC, proferida no bojo dos correspondentes processos instaurados, e não mais a decisão do Conselho sobre o cumprimento total do TAC.

184. Saliente-se, entretanto, que feitas essas considerações sobre os possíveis marcos para aferição do valor devido pela prestadora a título de multa, mostrando-se as vantagens e desvantagens de cada opção, e se posicionando esta Procuradoria sobre o tema, essa decisão caberá ao Conselho Diretor da Agência, em que verificará qual a solução mais consonante com a política sancionatória adotada pela Agência.

185. O término da vigência do cronograma não significa que as metas deixarão de ser exigíveis. A todas as obrigações pactuadas no Termo deverão ser cominadas multas diárias que terão como limitador o dobro do valor correspondente ao total das obrigações do respectivo cronograma. E aqui se encontram outros questionamentos da redação proposta pelo Grupo de Trabalho. O inciso II do art. 20 aduz que a multa diária pelo descumprimento do cronograma de metas terá como limite máximo duas vezes o valor do TAC. Melhor seria que o limite correspondesse ao dobro do valor das obrigações constantes do cronograma correspondente, em conformidade com o sugerido retro por esta Procuradoria de discriminar as multas de acordo com as obrigações da empresa, quais sejam, as estabelecidas no Plano de Ação Corretiva, Plano de Ação Adicional, para a reparação aos usuários e para o cumprimento das obrigações regulatórias.

186. Ademais, recomenda-se, até por questões prático-formais, que a multa diária não incida após a primeira decisão do Conselho Diretor que julgar o alegado descumprimento do cronograma, sob pena de o órgão colegiado ter que se manifestar mais de uma vez sobre o cumprimento de determinadas metas pela prestadora, até que o limite financeiro seja atingido. Insta ressaltar que a decisão do Conselho tem como objetivo pôr fim ao processo, evitando-se o prolongamento do seu trâmite no tempo.

187. Destarte, ainda que vencido o prazo final dos cronogramas, os compromissos assumidos continuarão a obrigar a prestadora até a decisão do Conselho Diretor, sob pena de pagamento de multa diária preestabelecida.

188. Ante o exposto, recomenda-se a alteração do disposto no art. 20 a fim de constar o que segue:

Redação Proposta pela PFE

Art. 20. Será aplicada multa nas seguintes hipóteses:

I – não realização dos investimentos constantes do Plano de Ação Corretiva até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso I, deste Regulamento;

II – não reparação aos usuários até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso II, deste Regulamento;

III – não cumprimento das obrigações regulatórias pertinentes até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso III, deste Regulamento;

IV – não realização dos investimentos e benefícios constantes do Plano de Ação Adicional até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 8º, incisos I e II, deste Regulamento.

§ 1º Na hipótese do inciso I, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total do investimento previsto no Plano de Ação Corretiva e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 2º Na hipótese do inciso II, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total previsto no Plano de Ação Corretiva para reparação aos usuários e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 3º Na hipótese do inciso III, será aplicada multa no valor equivalente ao dobro do que seria aplicável em um processo sancionador, considerado todo o período do respectivo cronograma.

§ 4º Na hipótese do inciso IV, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o

valor total previsto no Plano de Ação Adicional e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 5º Relativamente ao valor das multas aplicadas nos termos deste artigo será aplicado o disposto nos arts. 33 a 36 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, com exceção da disposição constante do § 5º do art. 33.

189. Observe-se que a sugestão acima buscou discriminar as multas devidas de acordo com as irregularidades pactuadas, primando pela proporcionalidade da penalidade com o descumprimento ocorrido, sem retirar a essência perpetrada pela área técnica de sancionar a prestadora celebrante do TAC em valor que desestimulasse o inadimplemento de suas obrigações. Além disso, procurou-se estabelecer procedimento idêntico ao adotado pelo Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, a fim de se manter a mesma sistemática de cobrança e correção dos seus valores.

190. Mantendo-se a coerência e necessidade de o Regulamento dispor sobre todas as consequências possíveis de advir com a celebração de TAC pela Agência, sugere-se, outrossim, que o ato normativo a ser editado verse também sobre a forma como ocorrerá a correção monetária e forma de cálculo de juros e multa moratória sobre o valor correspondente à aplicação de multa diária. Nesse sentido, recomenda-se a inserção de novo dispositivo com a previsão das taxas incidentes sobre o valor devido a título de multa diária.

191. Diante disso, propõe-se a seguinte redação ao que será o art. 21, com renumeração dos artigos subsequentes:

Redação Proposta pela PFE

Art. 21. No caso de descumprimento dos prazos internos do cronograma, independentemente das multas previstas no art. 20, será aplicada multa diária, que incidirá desde o dia seguinte ao inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor, o que ocorrer primeiro, não podendo ultrapassar duas vezes o valor do total das obrigações constantes do respectivo cronograma.

§ 1º O pagamento do valor correspondente ao somatório das multas diárias aplicadas deve ser efetuado no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do recebimento da intimação da decisão de aplicação de sanção.

§ 2º Sobre a multa diária incidirá a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC desde o inadimplemento

das obrigações, na forma do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, e do art. 37-A da Lei nº 10.522, de 2002.

§ 3º Quando não houver pagamento da multa no prazo de 30 (trinta) dias da notificação da decisão definitiva, o seu valor deve ser acrescido dos seguintes encargos:

I - multa moratória de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) por dia de atraso, até o limite de 20% (vinte por cento), calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento da sanção administrativa imputada definitivamente, até o dia em que ocorrer o seu pagamento, nos termos da legislação federal aplicável; e

II - juros de mora, contados do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao pagamento, e de 1% (um por cento) no mês do pagamento.

192. É importante reiterar, também, que a multa diária será devida desde o primeiro dia de atraso no cumprimento da obrigação, sem necessidade de nova intimação da prestadora para a cobrança ser exigível, em conformidade, por similitude, com o disposto no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas.

193. **Diante das diversas sugestões de alteração de redação da proposta de regulamento para celebração de TAC's, consta como anexo deste Parecer o inteiro teor da minuta da norma, com o texto sugerido por esta Procuradoria, em documento único.**

II.(B).(II).(13) DESTINAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS ÀS MULTAS AO FISTEL, COM INCLUSÃO DE PARÁGRAFOS NOS ARTIGOS 20 E 21

194. O art. 20 da proposta regulamentar trata das multas a serem aplicadas em razão do descumprimento das obrigações estabelecidas no TAC, e o art. 21 sobre a multa diária que incidirá no caso de inobservância dos prazos internos dos cronogramas. No entanto, não esclarecem qual seria a destinação de tais valores.

195. No ponto, convém registrar que esta Procuradoria já se manifestou quanto ao tema, conforme se extrai do Parecer nº 156/2012/DFT/TRM/PGF/PFE-ANATEL, *in verbis*:

Parecer nº 156/2012/DFT/TRM/PGF/PFE-Anatel

II.(d). Da liquidação e da destinação do valor da multa cominatória aplicada no TAC.

[...]

42. Uma questão que merece maior aprofundamento é a da destinação das verbas decorrentes da execução do TAC. Com efeito, a Lei da Ação Civil Pública, na parte em que dispõe sobre o TAC, não trouxe previsão a esse respeito.

43. Em relação à Ação Civil Pública, o art. 13 da Lei nº 7.347/85 dispõe que:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

44. Em que pese a ausência de previsão legal, verifica-se que as verbas e indenizações fundadas em Compromissos de Ajustamento de Conduta ou em suas execuções devem ser destinadas a um fundo que tenha ligação direta com o bem jurídico tutelado, que seja capaz de geri-las de forma eficiente, e que seja passível de fiscalização.

45. No caso dos Termos de Ajustamento de Conduta firmados pela ANATEL, é certo que tais recursos não poderão ser direcionados a objetivos que não guardem relação com a melhoria no atendimento no setor de telecomunicações.

46. No âmbito do Setor de Telecomunicações, a Lei nº 5.070/1966 criou o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, destinado a prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução. O art. 2º da referida lei dispõe que:

Art. 2º O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL é constituído das seguintes fontes: (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

[...]

c) relativas ao exercício do poder concedente dos serviços de telecomunicações, no regime público, inclusive pagamentos pela outorga, **multas e indenizações**; (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

d) relativas ao exercício da atividade ordenadora da exploração de serviços de telecomunicações, no regime privado, inclusive

pagamentos pela expedição de autorização de serviço, **multas e indenizações**; (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

e) relativas ao exercício do poder de outorga do direito de uso de radiofrequência para qualquer fim, inclusive **multas e indenizações**; (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)
[grifo nosso]

47. Conforme escólio de De Plácido e Silva (Silva, De Plácido e. Vocabulário Jurídico Vol. III, p.218), a origem do termo multa vem do latim ‘mulcta’ ou ‘multa’ e, no seu sentido originário, significa multiplicação, aumento, implicando uma pena pecuniária. Pode ser vista como uma sanção imposta por infringência à regra ou ao princípio de lei ou ao contrato em virtude do qual fica obrigado a pagar uma certa importância em dinheiro ou cumprir obrigação positiva ou negativa.

48. Como se observa, a lei é clara ao consignar que os pagamentos decorrentes de multas e indenizações são fontes que constituem o FISTEL. Assim, a multa pecuniária diária aplicada pelo descumprimento do ajustado no TAC, sendo multa, pode ser remetida ao FISTEL.

49. Vale ressaltar que o FISTEL é um fundo específico do setor de telecomunicações, e, como tal, é o mais apropriado para receber os recursos provenientes do pagamento da multa cominatória fixada no TAC. Ademais, não custa lembrar que tais recursos serão aplicados pela ANATEL, ou seja, desde a origem a titularidade da multa é da Agência, que possui competência para adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, nos termos do art. 19, *caput*, da Lei nº 9.472/1997.

50. Os recursos deste fundo são aplicados, principalmente, na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País, o que, sem dúvida, contribui para o fortalecimento das ações de fiscalização, e, de forma indireta, para a melhoria da prestação do serviço e do atendimento ao usuário.

51. Importante frisar que não há risco ou dificuldade quanto à fiscalização da aplicação desses recursos, tendo em vista que há determinação legal que determina que o Conselho Nacional de Telecomunicações preste contas anualmente ao Tribunal de Contas da União - TCU (art. 5º da Lei nº 5.070/1966).

52. Embora o FISTEL seja um Fundo uno, é bastante recomendável que os recursos sejam empregados em prol

da melhoria do setor de telecomunicações. Para viabilizar um monitoramento da verba, então, e considerando que essa receita específica (multa diária decorrente de TAC) ainda não se encontra catalogada, o órgão especializado da Agência deve criar um código específico para identificar o recurso proveniente da multa do TAC. Com isso, poderá ser possível rastrear os valores e acompanhar sua utilização.

53. Assim, a verba poderia ser utilizada, exclusivamente, nas hipóteses constantes nos incisos do art. 3º da Lei nº 5.070/1966 (na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País; na aquisição de material especializado necessário aos serviços de fiscalização; na fiscalização da elaboração e execução de planos e projetos referentes às telecomunicações; e no atendimento de outras despesas correntes e de capital por ela realizadas no exercício de sua competência).

54. Desse modo, os recursos provenientes do TAC seriam empregados no âmbito do Setor de Telecomunicações, o que irá beneficiar os usuários do serviço.

55. Nestes termos, após a verificação do inadimplemento das obrigações previstas no TAC e da liquidação do débito, a compromissária deve ser intimada para efetuar o pagamento, devendo os valores serem revertidos ao FISTEL.

56. No âmbito da Ação Civil Pública, como já visto, os recursos devem ser necessariamente repassados ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, criado pelo art. 13 da Lei nº 7.347/1985 e regulado pela Lei nº 9.008/1995.

57. Importante mencionar que as verbas e indenizações decorrentes da execução do TAC não constam no rol previsto no § 2º do art. 1º desse diploma legal, que trata das fontes de recursos do fundo, senão vejamos:

Art. 1º Fica criado, no âmbito da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD).

§ 1º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

§ 2º Constituem recursos do FDD o produto da arrecadação:

I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;

II - das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais;

III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

IV - das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

V - das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo;

VII - de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo;

VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

58. Cumpre destacar que a Lei 9.008/1995 (art. 1º, § 3º) permitiu que os recursos do FDD fossem aplicados, dentre outras finalidades, na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º (meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos).

59. Desse modo, verifica-se que, da mesma forma do FISTEL, os recursos arrecadados pelo FDD podem ser aplicados no aparelhamento dos órgãos públicos, o que inclui o setor de fiscalização. Assim, se os recursos do FDD podem ser aplicados dessa maneira, não há qualquer impedimento legal para que as verbas provenientes do descumprimento do TAC firmado pela ANATEL sejam repassadas ao FISTEL.

60. Como já repisado, o repasse desses valores ao FISTEL reverte em prol da coletividade, já que um maior aparelhamento do setor de fiscalização da Agência trará diversos benefícios aos usuários do serviço de telecomunicações.

61. Diante disso, o pagamento da multa pecuniária diária decorrente do descumprimento do TAC deve ser repassado ao FISTEL, com fundamento no art. 2º da Lei nº 5.070/1966,

pelos seguintes motivos: a) ausência de disciplinamento legal quanto ao repasse das verbas e indenizações provenientes do inadimplemento do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC; b) a existência de um fundo específico no âmbito do Setor de Telecomunicações, Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070/1966, destinado a prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução; c) a verificação de que as verbas decorrentes do inadimplemento do TAC devem ser utilizadas em prol da melhoria do setor de telecomunicações; d) a verificação de que a multa diária é uma sanção pecuniária de natureza diária, sendo, portanto, uma multa de caráter coercitivo; e) a determinação legal contida na Lei nº 5.070/1966 de que as multas e indenizações aplicadas pela Agência são fontes do FISTEL; f) a verificação de que o FISTEL é um fundo que tem ligação direta com o bem jurídico tutelado, que é capaz de gerir os recursos de forma eficiente, e que possibilita a fiscalização da aplicação dos mesmos; g) a verificação de que os recursos deste fundo são aplicados, principalmente, na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País, o que, sem dúvida, contribui para o fortalecimento das ações de fiscalização, e, de forma indireta, para a melhoria da prestação do serviço e do atendimento ao usuário; h) a ausência de risco ou dificuldade quanto à fiscalização da aplicação dos recursos do FISTEL, tendo em vista que o Conselho Nacional de Telecomunicações presta contas anualmente ao Tribunal de Contas da União - TCU (art. 5º da Lei nº 5.070/1966); i) a competência da ANATEL para adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, nos termos do art. 19, caput, da Lei nº 9.472/1997; j) a verificação de que as verbas e indenizações decorrentes da execução do TAC não constam no rol previsto no § 2º do art. 1º da Lei nº 9.008/1995, que trata das fontes de recursos do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD; k) a existência de previsão legal expressa, constante da Lei nº 9.008/1995, quanto à possibilidade de aplicação dos recursos do FDD na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos

de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos; e l) a Anatel aparece como titular de tais valores, e não os usuários, já que é parte do TAC.

62. Por fim, cumpre destacar que a multa cominatória aqui tratada não se confunde com a medida reparatória com base no direito do consumidor. Esta última deve ser fixada quando houver necessidade de reparar os consumidores pelos danos sofridos (reparação aos usuários individual e coletivamente considerados), devendo ir ao FDD.

[...]

65. Assim, enquanto a multa cominatória fixada no TAC apresenta-se como um meio coercitivo, sem caráter reparatório, a medida reparatória destina-se à reparação dos usuários prejudicados.

[...]

68. Como a medida reparatória com base no direito do consumidor não tem natureza de multa, cuja destinação é outra (FISTEL), não parece adequada a destinação de quantia decorrente de medida substitutiva onerosa, em prol dos consumidores, ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL. Em outras palavras, a medida reparatória é de titularidade dos próprios usuários, devendo ir ao FDD, ao passo que a multa diária em tela é de titularidade da própria Anatel, devendo ir para o FISTEL.

196. Ante o exposto, esta Procuradoria sugere que se deixe expresso, no texto regulamentar, a destinação das multas eventualmente aplicadas em razão do descumprimento das obrigações do TAC, e dos respectivos cronogramas, acrescentando-se parágrafo aos arts. 20 e 21 para que contenham a seguinte redação:

Redação proposta pela PFE

Art. 20. *Omissis.*

[...]

§ 6º. Os valores previstos neste artigo serão destinados ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 1966.

Art. 21. *Omissis*

[...]

§ 4º Os valores previstos neste artigo serão destinados ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 1966.

II.(B).(II).(14). DA SEÇÃO III DO CAPÍTULO V – DO CUMPRIMENTO DO TAC - INCLUSÃO DE ARTIGOS (22 E 23)

197. Mantendo-se congruência com a sistemática sugerida neste Parecer, deve ser acrescida uma terceira seção ao Capítulo V da proposta de regulamento. A ideia é manter uma ordem lógica no acompanhamento da execução do objeto do TAC.

198. Assim, primeiramente, haverá acompanhamento, em processos apartados, das obrigações estabelecidas nos respectivos cronogramas, culminando, ao final, com decisão do Conselho Diretor, em cada um desses processos, sobre o cumprimento ou não do cronograma de metas correspondentes.

199. Após, a depender da decisão do Conselho, será emitido o Certificado de Cumprimento do Cronograma, ou de Descumprimento do Cronograma, também em cada processo.

200. Se em todos os processos de acompanhamento das obrigações estipuladas nos cronogramas de metas tiverem sido emitidos Certificados de Cumprimento do Cronograma, o Conselho Diretor emitirá Certificado de Cumprimento do TAC. Ou seja, para o TAC ser considerado descumprido, bastará a existência de apenas 1 (um) Certificado de Descumprimento do Cronograma.

201. E qual efeito prático disso? Será o impedimento de a prestadora celebrar novo TAC com a Anatel no prazo determinado no art. 24.

202. Desse modo, sugere-se a inclusão dos arts. 22 e 23 a seguir, com a renumeração dos artigos subsequentes.

Redação proposta pela PFE

Art. 22. Constatado o integral cumprimento de todos os cronogramas, o Conselho Diretor emitirá Certificado de Cumprimento do TAC.

Art. 23. Certificado pelo Conselho Diretor o descumprimento de algum dos cronogramas previstos no TAC, o órgão colegiado emitirá Certificado de Descumprimento do TAC.

II.(B).(II).(15). DO ARTIGO 24:

203. Acerca do descumprimento do TAC, o art. 24 da proposta regulamentar dispõe o seguinte:

Proposta de Regulamento de TAC:

Art. 24 A ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 20 impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta, pela concessionária, permissionária ou autorizada, de abrangência e objeto equivalentes, no prazo de 4 (quatro) anos, contados da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC.

Parágrafo único. Durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro TAC sobre o mesmo objeto e abrangência.

204. A proposta de regulamento prevê que a empresa inadimplente ficará impedida de celebrar novo TAC de abrangência e objeto equivalentes.

205. Com relação ao artigo em testilha, esta Procuradoria sugere a alteração da redação do *caput* do art. 24, para excluir a expressão “abrangência e objeto equivalentes”. Entende este órgão que a consequência pelo descumprimento do TAC deverá impor uma condição mais gravosa à concessionária, permissionária ou autorizada. Assim, sugere-se a seguinte redação:

Redação proposta pela PFE:

Art. 24. A ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 20 impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta de qualquer natureza, pela concessionária, permissionária ou autorizada, no prazo de 4 (quatro) anos, contados da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC.

206. Com efeito, a prevalecer a redação proposta por este órgão opinativo, a empresa ficará impedida de celebrar qualquer tipo de TAC e não somente os de mesmo objeto e abrangência, caso constatado seu descumprimento, dentro do referido prazo de 4 (quatro) anos.

207. Ainda com relação ao art. 24, propõe-se também a alteração do parágrafo único, para melhor especificar a impossibilidade de celebração de novo TAC com o mesmo objeto e abrangência daquele que estiver em vigência. A ideia da nova redação ora proposta é estabelecer um marco, que indique exatamente até que momento a empresa estará impedida de

celebrar novo TAC sobre o mesmo objeto e abrangência. Propõe-se a seguinte redação:

Redação proposta pela PFE:

Parágrafo único. Durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro Termo sobre o mesmo objeto e abrangência até a emissão do Certificado de Cumprimento do TAC.

208. Esclarece-se assim que, enquanto não for certificado o cumprimento total do TAC, a empresa estará impedida de celebrar outro TAC com o mesmo objeto e abrangência. A nova redação parece mais razoável à original e busca evitar o surgimento de dúvidas acerca do momento para celebração de novo TAC com mesmo objeto e abrangência. Isso porque, entre o término da vigência do TAC e a emissão de certificado de cumprimento decorrerá, invariavelmente, um lapso temporal, para proceder à fiscalização dos cronogramas finais, bem como para que seja prolatada a decisão do Conselho.

209. Com a nova redação proposta por este órgão de consultoria, afasta-se a possibilidade de celebração de novo TAC, enquanto não certificado o cumprimento do anterior, nos casos em que tiverem mesmo objeto e abrangência.

II.(B).(II).(16). DO ARTIGO 23 – ALTERADO PARA 25 (REGRA DE TRANSIÇÃO)

210. Tratando-se ainda do requerimento para celebração de TAC, previu-se no art. 23 da minuta uma regra de transição, nos seguintes termos:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 23. No prazo de 6 (seis) meses, contados da publicação deste Regulamento, as prestadoras poderão apresentar requerimento para celebração de TAC que contemple processo sancionador com decisão condenatória já proferida, desde que não transitada em julgado no âmbito administrativo.

211. Com relação ao artigo em epígrafe, cumpre tecer os seguintes comentários. Primeiramente, esclarece-se que a referida regra de transição irá incidir nos casos não abarcados nas hipóteses constantes no *caput* do art. 4º. Ou seja, dentro do lapso de 6 (seis) meses, contados da data da publicação do Regulamento, as prestadoras poderão apresentar requerimento para celebração de TAC nos casos em que já tenha transcorrido o prazo de

recurso da decisão de primeira instância, mas que não tenha havido ainda decisão com trânsito em julgado.

212. Para as hipóteses enquadradas na referida regra de transição, sugere-se, à exemplo da previsão contida no art. 12, que seja prevista a imposição de pagamento de percentual da multa aplicada, como condição para a celebração do TAC. Contudo, tendo em vista que na regra de transição o processo administrativo se encontra em fase mais adiantada do que aquela prevista na hipótese do *caput* do art. 12, e considerando que, nessa hipótese, terá transcorrido maior intervalo de tempo entre a conduta que se pretende corrigir e o TAC, sugere-se que seja estabelecido um percentual superior a 10% do valor da multa aplicada, como forma de impor uma condição mais gravosa para aquele que celebra o TAC mais tardiamente.

213. Como visto neste opinativo, o Regulamento sob análise visa incentivar que a celebração do TAC seja efetuada o mais prontamente possível, de preferência quando o processo administrativo ainda está no seu início. Por isso, justifica-se a previsão de condição mais gravosa para o interessado que decidir celebrar o TAC em fase mais avançada do processo administrativo.

III. CONCLUSÃO.

214. 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 opina:

Quanto aos aspectos formais:

- a) Pela submissão da presente proposição à Consulta Pública, por força do que dispõe o art. 42 da LGT, recomendando-se ao Conselho Diretor que se verifique a necessidade de a minuta regulamentar ficar à disposição para contribuições por parte da sociedade por prazo superior ao mínimo legal, tendo em vista a importância do tema e sua relevância setorial;
- b) Pela publicação, no sítio eletrônico da Agência na Internet, dos autos, de toda a documentação pertinente à norma em tela e dos eventuais estudos que embasaram a elaboração da minuta e seus anexos, em atenção ao disposto no art. 40 da LGT e em consonância com a noção de transparência e publicidade

que deve pautar a atuação da Agência, e que se refletirá em uma participação mais ampla e consciente da sociedade;

Quanto à possibilidade jurídica de celebração de TAC pela Anatel:

- c) Pela legitimidade da Anatel para tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, e que terá eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 5º, § 6º da LACP;
- d) Pela constatação de que a celebração de compromisso de ajustamento de conduta não objetiva deixar impunes as empresas pelas condutas transgressoras da legislação de telecomunicações, mas buscar a melhor forma de o interesse público ser atingido, incentivando a prática de comportamentos tendentes a cessar infrações às normas regentes do setor de telecomunicações;
- e) Porém, para que o TAC tenha efetividade, e o interesse público seja atingido em escala superior ao que seria em processo administrativo sancionador, as penalidades para o seu descumprimento também devem ser de rigor necessário que desestimule o inadimplemento das obrigações constantes do termo de compromisso;
- f) A razão do Termo de Ajustamento de Conduta é incentivar as empresas a cessar voluntariamente a prática de infrações às normas de telecomunicações, de forma a minimizar os danos causados aos usuários e, ao mesmo tempo, favorecer a construção de infraestrutura de telecomunicações à altura de dar suporte ao avanço tecnológico nesse setor. Esse último aspecto será observado com as obrigações a serem de responsabilidade da empresa celebrante do TAC, sobretudo naquelas localidades que indiquem a não atratividade econômica, onde deverá investir na construção de infraestrutura de redes;
- g) Saliente-se que, no caso de condenação da prestadora por comportamentos de má-fé, definidos no art. 7º do RASA, a Administração não deve celebrar TAC com ela;
- h) Vale lembrar que o Conselho Diretor da Anatel recentemente aprovou o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, que ratificou a política sancionatória adotada atualmente pela Agência, e teve por intuito aprimorar os parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas estabelecidas no regulamento

anterior, bem como de fortalecimento do papel regulador do Estado, mediante a criação de incentivos à regularização de infrações, regularização de danos aos usuários, bem como de desestímulos à litigância administrativa e judicial, em atenção aos princípios da eficiência, celeridade e economia processual. Assim, na análise da conveniência e oportunidade da celebração de TAC, os fundamentos para edição do RASA não podem ser afastados;

i) É de se destacar a importância de a Agência editar regulamento próprio a fim de tecer nuances características da atividade regulada, não previstas na legislação de regência que, por ser um tanto genérica, não dispõe sobre procedimentos típicos da Agência. Somando-se a isso, diversas questões necessitam ter fundamento em normatização prévia, a fim de evitar casuísmos e tratamento desigual dos administrados, e de permitir a concretização do princípio da segurança jurídica sobre o setor regulado;

Quanto à redação dos dispositivos constantes da proposta de Regulamento:

j) Esclarece-se, quanto ao art. 4º, que, diante de uma decisão de primeira instância condenatória, caso seja de seu interesse, deverá a empresa, concomitantemente à apresentação do requerimento para a celebração do TAC, interpor o recurso cabível, como forma de assegurar a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo que, como visto no parágrafo único do art. 5º, seguirá o seu trâmite regularmente;

k) Para o art. 4º, sugere-se alteração da redação com a inclusão do parágrafo 3º, nos termos que seguem:

Redação proposta pela PFE:

§ 3º Em nenhuma hipótese será admitido o requerimento de TAC cujo objeto seja outro TAC.

l) Para o art. 5º, propõe-se nova redação, com a inclusão de um novo parágrafo, nos seguintes termos:

Redação proposta pela PFE:

Art. 5º O requerimento será apresentado à Superintendência competente para propor ou aplicar sanções sobre a respectiva matéria, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, indicando as condições para a formalização do TAC ou as razões para sua denegação.

§1º O requerimento não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes.

§2º A celebração do TAC deverá ocorrer no prazo máximo de 3 (três) meses, prorrogável uma única vez, contado da data do protocolo do requerimento.

m) Quanto ao art. 6º, um pequeno erro de concordância deve ser corrigido no inciso I. Onde se lê: “segundo cronograma de metas e condições ajustados em Plano de Ação Corretiva...”, leia-se: “segundo cronograma de metas e condições ajustadas em Plano de Ação Corretiva...”;

n) Tendo em vista a argumentação disposta nos itens XXX a XXX do presente opinativo, sugere-se a seguinte redação para o inciso II do art. 6º:

Redação Proposta pela PFE

Art. 6º O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

II – compromisso de realização de benefícios e investimentos adicionais em valor correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor total das multas estimadas ou aplicadas nos processos substituídos pelo TAC, segundo cronograma de metas e condições ajustadas em Plano de Ação Adicional;

o) Pela seguinte sugestão de redação ao inciso V do art. 6º da proposta em exame, para se manter coerência com a redação adiante recomendada aos artigos 20 e 21:

Redação Proposta pela PFE

Art. 6º. Omissis.

[...]

V – multa pelo descumprimento das obrigações previstas no TAC, inclusive multa diária, com as disposições constantes dos arts. 20 e 21 deste regulamento;

p) Pelo seguinte texto para o inc. II do art. 6º:

Redação Proposta pela PFE

Art. 6º O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

II – vigência, cujo prazo será improrrogável e não poderá ser superior a 4 (quatro) anos;

q) Por fim, quanto ao art. 6º, o texto do § 2º deve ser corrigido para constar:

Redação Proposta pela PFE

Art. 6º. Omissis.

[...]

§2º. O valor total do TAC corresponderá à soma dos valores indicados nos incisos I e II do caput, devendo ser reconhecido de imediato como passivo, em contrapartida à conta de resultado, e ser registrado no Ativo Imobilizado da prestadora, não podendo ser inferior:

- r) De se destacar que, em seus artigos 7º e 8º, a proposta de Regulamento prevê a elaboração de Planos de Ação Corretiva e Adicional. No Plano de Ação Corretiva, deverá a prestadora discriminar todas as ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza àquelas indicadas nos processos substituídos pelo TAC. O Plano de Ação Adicional serve para que a prestadora invista em infraestrutura de modo a ultrapassar o mínimo necessário exigido na regulamentação;
- s) Pela sugestão de que o prazo contido no inciso II do art. 7º seja reduzido para, no máximo, 3 (três) meses, podendo a área técnica estabelecer um prazo ainda inferior, ficando assegurada assim de forma mais célere e razoável a reparação ao usuário;
- t) Ainda com relação ao art. 7º, sugere-se a inclusão de mais um inciso, que preveja expressamente, dentro do Plano de Ação Corretiva, o cumprimento das obrigações regulatórias, sob pena de aplicação de multa diária. Deste modo, propõe-se a seguinte redação para o art. 7º (alterações em grifo):

Redação proposta pela PFE

Art. 7º O Plano de Ação Corretiva discriminará todas as ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza àquelas indicadas nos processos substituídos pelo TAC, dentre outras:

I – os investimentos, preferencialmente em infraestrutura, segundo cronograma de metas não excedente a 2 (dois) anos, com estipulação de multa diária específica;

II – as medidas de reparação aos usuários, decorrente das infrações cometidas, se for o caso, segundo cronograma de metas não excedente a 3 (três) meses, na forma da regulamentação da Anatel, com estipulação de multa diária específica;

III – o cumprimento das obrigações regulatórias, segundo cronograma de metas não excedente a 2 (dois) anos, com estipulação de multa diária específica.

- u) Pela previsão expressa de incidência de multa diária no caso de descumprimento de cada obrigação específica contida nos Arts. 7º e 8º;

v) No art. 8º da minuta do Regulamento, propõe-se a alteração do parágrafo 2º, com a inclusão do inciso II, para especificar as obrigações constantes no Plano de Ação Adicional e para prever expressamente a aplicação de multa diária em caso de descumprimento. Sugere-se, assim, nova redação para o Art. 8º, no seguinte sentido:

Redação proposta pela PFE

Art. 8º O Plano de Ação Adicional deverá compreender, em conjunto ou isoladamente:

I – investimentos em infraestrutura.

II – benefícios diretos aos usuários;

§ 1º O Plano de Ação Adicional poderá ter como objeto, total ou parcial, outros serviços de telecomunicações não diretamente relacionados com as irregularidades constatadas.

§ 2º As obrigações constantes do Plano de Ação Adicional:

I – não podem se restringir ao mero cumprimento das obrigações já impostas ao infrator pelo arcabouço regulatório e pelos contratos ou termos celebrados, nem à cessação da infração;

II – deverão ser organizadas segundo cronograma próprio e com estipulação de multa diária específica. (grifei).

w) Com base nos argumentos constantes dos itens XXX a XXX deste opinativo, pela seguinte proposta de redação do artigo 9º da proposta de Regulamento em análise, harmonizando-a com a política pública estabelecida por meio do do Plano Nacional de Banda Larga – PNBL, este instituído pelo Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2012:

Redação Proposta pela PFE

Art. 9º Os investimentos previstos no Plano de Ação Adicional deverão ser revertidos em em favor de infraestruturas de telecomunicações em localidades nas quais o custo de construção de redes, em comparação com a projeção de receita futura, indique a não atratividade econômica do empreendimento, de modo a atender às seguintes diretrizes:

a) reduzir as diferenças regionais;

b) modernizar as redes de telecomunicações e elevar os padrões de qualidade propiciados aos usuários;

c) massificar o acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.

x) Pela seguinte redação ao art. 10, parágrafo único da proposta de Regulamento:

Redação proposta pela PFE

Art. 10. *Omissis.*

Parágrafo único. A concessionária de serviço de telecomunicações não poderá se favorecer dos benefícios diretos aos usuários decorrentes do TAC no que toca ao compartilhamento dos ganhos econômicos referidos nos arts. 86 e 108, § 2º, da Lei nº 9.472, de 1997.

- y) Pela sugestão de que a decisão prevista no art. 11, caput, da minuta sob exame seja considerada irrecorrível, recomendando-se, tendo em vista a presente consideração, o seguinte texto ao preceito:

Redação proposta pela PFE

Art. 11. Compete ao Conselho Diretor da Anatel, por decisão irrecorrível, resolver acerca da celebração do TAC, observado o interesse público.

- z) Pela necessidade de alteração da redação constante do § 2º do art. 11, apenas para fins de melhora redacional:

Redação proposta pela PFE

Art. 11. *Omissis.*

§ 2º. O TAC, após aprovada a sua celebração pelo Conselho Diretor, será firmado pelo Presidente da Agência, juntamente com outro Conselheiro, pelo Superintendente a quem a matéria seja afeta e pelo representante legal da concessionária, permissionária ou autorizada.

- aa) Pela seguinte redação ao art. 12 da proposta em exame, excluindo-se o seu atual § 2º e renumerando-se o § 1º, passando este a parágrafo único:

Redação Proposta pela PFE

Art. 12 É condição para a celebração do TAC o pagamento de 10% (dez por cento) do valor total das sanções de multa aplicadas após a prolação da primeira decisão condenatória.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese será possível a celebração de TAC quando, na decisão de primeira instância, houver condenação da prestadora pela prática de comportamentos de má-fé, nos termos do art. 7º do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.

- bb) A fim de melhor organização da norma, propõe-se a alteração da divisão existente no Capítulo V a fim de que a Seção I seja referente ao procedimento de instrução e julgamento dos processos administrativos autônomos, embora vinculados ao TAC, para análise dos cronogramas de metas, a Seção II permaneça se referindo às

sanções, e seja criada uma nova Seção para tratar do cumprimento do TAC propriamente dito.

cc) Observa-se da Seção I do Capítulo V que ela trata do procedimento de instrução e julgamento do TAC, como um todo. No entanto, sugere-se a divisão para que essa Seção passe a tratar especificamente do procedimento inerente a cada um dos cronogramas de metas a serem cumpridos.

dd) Nessa esteira seria criada uma nova Seção (Seção III) para versar sobre o cumprimento do TAC especificamente.

ee) Desse modo, sugere-se a modificação do título do Capítulo V para “DO ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONSTANTES DO TAC”.

ff) Pela inclusão de um parágrafo único ao art. 13, com a seguinte redação:

Redação Proposta pela PFE

Art. 13. *Omissis.*

Parágrafo único: Serão instaurados em autos apartados processos administrativos próprios, correspondentes a cada cronograma de metas, que serão julgados à medida que forem concluídos.

gg) Pela sugestão da seguinte redação ao art. 15:

Redação proposta pela PFE

Art. 15. Constatado o integral cumprimento do cronograma, a Superintendência deverá propor a emissão de Certificado de Cumprimento do Cronograma.

hh) Pela seguinte sugestão de redação aos arts. 16 a 19 da minuta de Regulamento:

Redação proposta pela PFE

Art. 16. Constatados indícios de descumprimento total ou parcial das metas relativas a cada cronograma, no âmbito do respectivo processo administrativo, a Superintendência deverá:

I – intimar a concessionária, permissionária ou autorizada para, no prazo de 30 (trinta) dias, manifestar-se sobre a constatação, no prazo designado pela Anatel;

II – opinar sobre o descumprimento das metas do respectivo cronograma e encaminhar à deliberação do Conselho Diretor com proposta para a de emissão do Certificado de Descumprimento do Cronograma, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada.;

Art. 17. A Procuradoria Federal Especializada deverá se manifestar sobre a análise do cumprimento do cronograma

submetido pela Superintendência competente à aprovação do Conselho Diretor.

Art. 18. Na hipótese de decisão pelo cumprimento integral do cronograma, o Conselho Diretor emitirá o Certificado de Cumprimento do Cronograma.

Art. 19. Na hipótese de decisão pelo descumprimento do cronograma:

I – o Conselho Diretor emitirá Certificado de Descumprimento do Cronograma;

II – a Superintendência comunicará a decisão à prestadora de serviços de telecomunicações, para que pague o valor das multas pactuadas, no prazo de 30 dias, contados da data do recebimento do ofício correspondente.

Parágrafo único. O Certificado de Descumprimento do Cronograma é o documento pelo qual o Conselho Diretor certificará o inadimplemento da prestadora celebrante do TAC e liquidará o valor correspondente às multas pactuadas.

ii) Ante os argumentos expendidos ao longo deste opinativo, recomenda-se a alteração total do disposto no art. 20, a fim de constar o que segue abaixo:

Redação Proposta pela PFE

Art. 20. Será aplicada multa nas seguintes hipóteses:

I – não realização dos investimentos constantes do Plano de Ação Corretiva até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso I, deste Regulamento;

II – não reparação aos usuários até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso II, deste Regulamento;

III – não cumprimento das obrigações regulatórias pertinentes até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso III, deste Regulamento;

IV – não realização dos investimentos e benefícios constantes do Plano de Ação Adicional até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 8º, incisos I e II, deste Regulamento.

§ 1º Na hipótese do inciso I, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total do investimento previsto no Plano de Ação Corretiva e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 2º Na hipótese do inciso II, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total previsto no Plano de Ação Corretiva para

reparação aos usuários e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 3º Na hipótese do inciso III, será aplicada multa no valor equivalente ao dobro do que seria aplicável em um processo sancionador, considerado todo o período do respectivo cronograma.

§ 4º Na hipótese do inciso IV, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total previsto no Plano de Ação Adicional e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 5º Relativamente ao valor das multas aplicadas nos termos deste artigo será aplicado o disposto nos arts. 33 a 36 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, com exceção da disposição constante do § 5º do art. 33.

- jj) Pela sugestão de que se deixe expresse, no texto regulamentar, a destinação das multas eventualmente aplicadas em razão do descumprimento do TAC, acatando-se o entendimento consubstanciado no Parecer nº 156/2012/DFT/TRM/PGF/PFE-Anatel, acrescentando-se parágrafo ao art. 20 que contenha a seguinte redação:

Redação proposta pela PFE

Art. 20. Omissis.

[...]

§ 6º. Os valores previstos neste artigo serão destinados ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 1966.

- kk) Pela seguinte redação ao que será o art. 21, com renumeração dos artigos subsequentes:

Redação Proposta pela PFE

Art. 21. No caso de descumprimento dos prazos internos do cronograma, independentemente das multas previstas no art. 20, será aplicada multa diária, que incidirá desde o dia seguinte ao inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor, o que ocorrer primeiro, não podendo ultrapassar duas vezes o valor do total das obrigações constantes do respectivo cronograma.

§ 1º O pagamento do valor correspondente ao somatório das multas diárias aplicadas deve ser efetuado no prazo de 30

(trinta) dias, contado a partir do recebimento da intimação da decisão de aplicação de sanção.

§ 2º Sobre a multa diária incidirá a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC desde o inadimplemento das obrigações, na forma do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, e do art. 37-A da Lei nº 10.522, de 2002.

§ 3º Quando não houver pagamento da multa no prazo de 30 (trinta) dias da notificação da decisão definitiva, o seu valor deve ser acrescido dos seguintes encargos:

I - multa moratória de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) por dia de atraso, até o limite de 20% (vinte por cento), calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento da sanção administrativa imputada definitivamente, até o dia em que ocorrer o seu pagamento, nos termos da legislação federal aplicável; e

II - juros de mora, contados do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao pagamento, e de 1% (um por cento) no mês do pagamento.

ll) Pelo acréscimo do § 4º ao art. 21, com o seguinte texto:

Redação Proposta pela PFE

Art. 21. Omissis.

[...]

§ 4º Os valores previstos neste artigo serão destinados ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 1966.

mm) Se em todos os processos de acompanhamento das obrigações estipuladas nos cronogramas de metas tiverem sido emitidos Certificados de Cumprimento do Cronograma, o Conselho Diretor emitirá Certificado de Cumprimento do TAC. Ou seja, para o TAC ser considerado descumprido, bastará a existência de apenas 1 (um) Certificado de Descumprimento do Cronograma. Pelo exposto, sugere-se a inclusão dos arts. 22 e 23 a seguir, com a renumeração dos artigos subsequentes.

Redação proposta pela PFE

Art. 22. Constatado o integral cumprimento de todos os cronogramas, o Conselho Diretor emitirá Certificado de Cumprimento do TAC.

Art. 23. Certificado pelo Conselho Diretor o descumprimento de algum dos cronogramas previstos no TAC, o órgão colegiado emitirá Certificado de Descumprimento do TAC.

- nn) Acerca do descumprimento do TAC, propõe-se nova redação para o artigo originariamente de nº 22, ora renumerado para 24, nos termos que seguem:

Redação proposta pela PFE:

Art. 24. A ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 20 impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta de qualquer natureza, pela concessionária, permissionária ou autorizada, no prazo de 4 (quatro) anos, contados da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC.

Parágrafo único. Durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro Termo sobre o mesmo objeto e abrangência até a emissão do Certificado de Cumprimento do TAC.

- oo) Quanto à regra de transição prevista no art. 23 da proposta em liça, alterado para art. 25 na proposta desta PFE, pela recomendação de que, para as hipóteses ali enquadradas, à exemplo da previsão contida no art. 12, seja prevista a imposição de pagamento de percentual da multa aplicada, como condição para a celebração do TAC. Contudo, tendo em vista que, na regra de transição, o processo administrativo se encontra em fase mais adiantada do que aquela prevista na hipótese do caput do art. 12, sugere-se que seja estabelecido um percentual superior a 10% do valor da multa aplicada como condição para a celebração do TAC.

215. É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 22 de novembro de 2012

JÚLIA DE CARVALHO BARBOSA LEANDRO DE CARVALHO PINTO
PROCURADORA FEDERAL PROCURADOR FEDERAL
MATRÍCULA SIAPE nº 1585185 MATRÍCULA SIAPE nº 1635600

MARINA GEORGIA DE PAULO FIRMEZA SOARES
OLIVEIRA E NASCIMENTO PROCURADOR FEDERAL
PROCURADORA FEDERAL ASSESSOR ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL
GERENTE DE PROCEDIMENTOS MATRÍCULA SIAPE nº 1585319
REGULATÓRIOS
MATRÍCULA SIAPE nº 1585369

DESPACHO Nº /2012/VCT/PFE/ANATEL/PGF/AGU Sicap nº

I . Aprovo o Parecer.

II. Restituam-se os autos ao órgão de origem.

Brasília, de novembro de 2012.

VICTOR EPITÁCIO CRAVO TEIXEIRA
PROCURADOR-GERAL
SICAP nº 201290195185

ANEXOS:

- Minuta do Regulamento proposto pela PFE com marcas de alteração;
- Minuta do Regulamento proposto pela PFE sem marcas de alteração.

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 N° 971/2014/DFT/PFE-Anatel/PGF/AGU

PROCESSO N° 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 n° 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 n° 1549/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, n° 526/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, n° 513/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, e n° 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 *atr. 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, parece-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, conseqüentemente, 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, insitas 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 n.º 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 n.º 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 lembrar, 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 xeque, 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 viger 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 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: (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 despidida 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 adento 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, consequentemente, 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 possuíam 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 pagado 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 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]

65. O Informe nº 560/2013-ORLE/SOR também deixou clara essa situação, consignando que o prazo de validade dos Termos de Autorização de Uso de Radiofrequência nº 001/2001, nº 014/2003, nº 001/2004 e nº 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 referencia 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 licitado, 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, conseqüentemente, 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, Atlas, 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, inexistente 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 norteadada 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 ensejada 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, imporá – 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 da 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 (*f* e *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

