

Brasília, 9 de fevereiro de 2009.

À

Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL
Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa
Consulta Pública n.º 2, de 28 de janeiro de 2009
Proposta de Termo de Autorização para Explorar o
Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS)
Setor de Autarquias Sul – SAUS – Quadra 6, Bloco F, Térreo – Biblioteca
70070-940 – Brasília – DF

TV Filme Brasília Serviços de Telecomunicações Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 01.402.057/0001-80, com sede no SCS, Quadra 7, bloco “A”, n.º 100, 14º andar, sala 1410, Brasília, DF, **TV Filme Belém Serviços de Telecomunicações Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 83.917.583/0001-47, com sede na Avenida Magalhães Barata, 554, Bairro São Braz, Belém, PA, **TV Filme Goiânia Serviços de Telecomunicações Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 00.291.648/0001-64, com sede na Rua 147, n.º 365, Quadra 65, Lotes 05 e 06, Setor Marista, Goiânia, GO, e **TV Filme Sistemas Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 02.194.067/0001-30, com sede na SIA SUL, Trecho 06, Lotes 85/95, térreo e galpão "C", Brasília, DF, neste ato representadas na forma dos seus documentos societários, em atenção à Consulta Pública em referência (doravante “CP 02/2009”), vêm oferecer os seguintes comentários e sugestões.

I. Comentários de ordem geral

Inicialmente, as peticionárias esclarecem que apresentam comentários na qualidade de prestadoras de MMDS e, também, de associadas da NEOTEC – Associação de Operadoras de Sistemas MMDS.

Nesse sentido, desde logo pedem vênias para se reportar aos comentários, contribuições e sugestões apresentadas pela NEOTEC, como se aqui estivessem transcritos. Outrossim, requer sejam considerados, também, os que passam a aduzir, que certamente reforçam aqueles já prestados pela mencionada Associação

Dito isso, anote-se que, consoante os expressos termos da CP 02/2009, a proposta de “Termo de Autorização para exploração do Serviço de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS)” nela veiculada “tem por objetivo a adequação do instrumento de outorga à Lei nº 9.472, de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT)”.

I.1. Descabimento de consulta pública na espécie com fundamento nos artigos 42 da LGT e 67 do Regulamento da Anatel

Inicialmente, cumpre destacar que consulta pública é procedimento previsto para as hipóteses indicadas (i) no artigo 19, inciso III c.c. incisos I a III do artigo 18 da LGT¹, que também tem previsão regulamentar, no artigo 16, inciso II, do Regulamento da Anatel², aprovado pelo Decreto nº 2 338/97; (ii) no artigo 42³, igualmente prevista em

¹ “Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto: I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público; III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público; (...)”

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: (...) III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III; (...)” (grifamos)

² “Art. 16. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, e especialmente: (...) III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do art. 18 da Lei no. 9.472, de 1997, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III; (...)” (grifamos)



nível infralegal, no artigo 67 do mencionado Regulamento⁴; (iii) no artigo 89, inciso II⁵; e (iv) no artigo 195⁶.

O tema versado na CP em comento não se enquadra em nenhuma daquelas hipóteses. Nada obstante, a CP 02/2009 foi justificada com base no artigo 42 da LGT e, também, no artigo 67 do Regulamento da Anatel. Ocorre que “Termo de Autorização” não é instrumento normativo, uma vez que seu conteúdo deve corresponder, estritamente, ao quanto se encontra estabelecido na regulamentação de regência, sendo equivocada, por consequência, a menção feita pela CP 02/2009 aos referidos dispositivos.

Ora, instrumento normativo, como é cediço, é aquele que veicula normas de caráter geral e abstrato. O Termo de Autorização, contudo, não se reveste de tais características. De fato, o Termo de Autorização não é instrumento hábil para criar normas de caráter geral e abstrato. Nele também não se podem criar obrigações ou direitos que já não estejam previstos na legislação de regência. Com efeito, o Termo de Autorização não cria, mas apenas explicita, reflete num documento, a disciplina jurídica da outorga, tal como previamente delineada na lei e na regulamentação.

Resta evidente, assim, que a edição da CP 02/2009 com fundamento nos artigos 42 da LGT e 67 do Regulamento da Anatel não se mostra adequada, devendo ser esclarecido para os interessados que o Termo de Autorização em questão não é ato de caráter normativo

I.2. Da ausência de finalidade da CP 02/2009

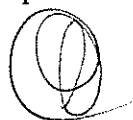
Como se passa a demonstrar, a intenção de aprovar novo Termo de Autorização para o fim de adaptar os instrumentos em vigor aos termos da

³ “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.” (grifamos)

⁴ “Art. 67. 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, nos termos do Regimento Interno.” (grifamos)

⁵ “Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente: (...) II - a minuta de instrumento convocatório será submetida a consulta pública prévia; (...)” (grifamos)

⁶ “Art. 195. O modelo de reestruturação e desestatização das empresas enumeradas no art. 187, após submetido a consulta pública, será aprovado pelo Presidente da República ...” (grifamos)



LGT é medida desnecessária, daí resultando a ausência de finalidade da CP 02/2009, o que reclama a sua revogação.

Inicialmente, cumpre anotar que as outorgas para prestação de MMDS originárias de permissões do Ministério das Comunicações permaneceram em pleno vigor após a edição da LGT, porquanto o inciso IV do artigo 214 desse diploma legal esclareceu que “as concessões, permissões e autorizações feitas anteriormente a esta Lei, não reguladas no seu art. 207, permanecerão válidas pelos prazos nelas previstos”.

Ressalte-se, ainda a respeito da vigência dessas outorgas, que os pedidos de prorrogação, por mais 15 (quinze) anos, formulados por aquelas prestadoras foram tacitamente aprovados, como, aliás, assevera Carlos Ari Sunfeld em artigo publicado na *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*⁷:

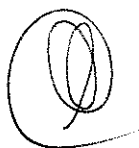
“a) O transcurso do prazo de 12 (doze) meses, sem decisão da Anatel, implica aprovação tácita do pedido de prorrogação da autorização de uso de radiofrequência. É esse o sentido do prazo que a LGT estipulou para a Anatel decidir esse tipo de requerimento, no seu artigo 167, § 1º. (...)

b) O silêncio da Agência, em tais casos, não significa a rejeição do pedido (...)

c) Em estrita obediência à LGT, a própria regulamentação da Anatel definiu expressamente que a prorrogação será tida como aprovada, caso não haja decisão da Anatel no prazo de 12 (doze) meses, contado da protocolização do pedido (art. 56, § 3º da Resolução nº 259/91 – regulamento de uso do espectro de radiofrequências).

(...)”

⁷ Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-24, jan/jun/2008, publicada pela ABDI – Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações.



Diante da plena vigência de tais outorgas e do acolhimento tácito do pleito de prorrogação, cumpre perquirir sobre a necessidade de firmar Termos de Autorização para adaptar aquelas outorgas ao regime da LGT.

O tema, por dizer respeito a inúmeros serviços, ensejou a expedição da Súmula nº 002 pela Anatel, que dispõe:

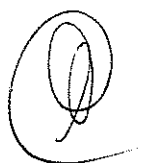
"A exploração de serviço de telecomunicações prestado em regime privado dependerá de expedição de autorização, independente das formas de outorga previstas na regulamentação vigente quando da publicação da Lei nº 9.472, de 1997. Os prazos de vigência das outorgas estabelecidos naquela regulamentação serão atribuídos doravante às respectivas autorizações de uso de radiofrequência **As demais condições normativas serão adaptadas quando necessário.**

As outorgas para exploração de serviço de telecomunicações a ser prestado em regime privado, emitidas após a edição da Lei nº 9.472, de 1997, serão convertidas em autorização, observado o disposto na citada Lei " (grifamos)

Como se vê, preponderou o entendimento de que a adaptação dos Termos de Autorização deveria ser providenciada quando tal providência fosse necessária, em função de incompatibilidade entre a outorga antiga e o regime jurídico inaugurado pela LGT.

No que diz respeito ao MMDS, contudo, permaneceram em plena vigência as normas disciplinadoras da prestação do serviço, por plenamente compatíveis com o regime jurídico da LGT, razão pela qual a única diferença resultante do cotejo dos regimes jurídicos considerados foi a designação da outorga, que passou de permissão para autorização, o que não demanda a adaptação do instrumento de outorga.

Pode-se dizer, portanto, que a adaptação dessas outorgas se fez com a edição da Súmula nº 2 da Anatel que converteu para autorização todas as outorgas dadas a título de



“permissão” e que, por força da LGT, vieram a ser classificadas como serviço prestado em regime privado, prestado sob “autorização”.

Diante de todo o exposto, conclui-se, no tocante ao MMDS, pela desnecessidade de adaptação dos instrumentos de outorga inicialmente celebrados com as prestadoras de MMDS, porque compatíveis com o regime da LGT, conclusão essa que, aliás, se coaduna com a jurisprudência sumulada da Anatel

Claro está, portanto, que não se justifica a edição da CP 02/2009. Afinal, como *in casu* é desnecessária a adaptação dos instrumentos de outorga, a intenção de adaptá-los não se caracteriza como fim legítimo a ser perseguido pela Administração – caindo por terra, assim, a viabilidade jurídica da CP 02/2009.

Mas não é só

Com efeito, ainda que fosse necessária a adaptação dos instrumentos de outorga, a consulta pública seria providência incompatível com esta finalidade.

É que, no âmbito das telecomunicações, vige o princípio que veda a dispensa de tratamento discriminatório às prestadoras, o qual é corolário do princípio da isonomia, consagrado em nível constitucional, e que norteia a atuação da Administração Pública.

Consequentemente, admitindo-se – apenas para argumentar, obviamente –, que seja necessária a adaptação dos instrumentos de outorga das empresas que originalmente a receberam a título de “permissão”, a criação de um Termo de Autorização específico para tais empresas choca-se com aqueles princípios

Logo, a adaptação – repita-se, caso fosse cabível – deveria se dar mediante a utilização de Termo de Autorização já aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel.

De fato, há um modelo de Termo de Autorização que já integrou vários editais de licitação, cujo instrumento convocatório – que o incluiu como anexo – foi submetido a consulta pública, com fundamento no inciso I do artigo 89 da LGT, que determina que *“a minuta de instrumento convocatório será submetida a consulta pública prévia”*



Referimo-nos, aqui, à Consulta Pública n.º 90, de 07 de janeiro de 1999, publicada no DOU de 11.01.1999 e aos seguintes editais que lhe sucederam: (i) 01/99 - MMDS - SCM/Anatel, de março de 1999; (ii) 03/99 - MMDS - SCM/Anatel, de agosto de 1999; (iii) 06/99 - MMDS - SCM/Anatel, de setembro de 1999; (iv) 07/99 - MMDS - SCM/Anatel, de setembro de 1999; (v) 08/99 - MMDS - SCM/Anatel, de setembro de 1999; (vi) 001/2000 - MMDS - SCM/Anatel, de maio de 2000; (vii) 002/2000 - MMDS - SCM/Anatel, de maio de 2000; (viii) 004/2000 - MMDS - SCM/Anatel, de junho de 2000; (ix) 005/2000 - MMDS - SCM/Anatel, de junho de 2000; (x) 007/2000 - MMDS - SCM/Anatel, de junho de 2000.

Em suma, diante daqueles princípios, põem-se, para a Administração, duas possibilidades:

(i) adaptar as autorizações oriundas das permissões de MMDS outorgadas pelo Ministério das Comunicações mediante a utilização de Termo de Autorização já aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel, dele extirpando-se tão somente os dispositivos relacionados ao procedimento licitatório e ao respectivo edital; ou

(ii) diante do entendimento que vigora na Agência, consagrado na Súmula n.º 2, reconhecer a desnecessidade de adaptação dos instrumentos de outorga, estando todas as prestadoras de MMDS sujeitas à mesma disciplina jurídica.

Por outras palavras: ainda que se admita a necessidade da adaptação do instrumento de outorga das prestadoras que prestavam o serviço mediante permissão outorgada pelo Ministério das Comunicações, é preciso ter presente que o princípio que veda a dispensa de tratamento discriminatório proíbe que as prestadoras de MMDS tenham sua outorga regida por diferentes Termos de Autorização, independentemente de como a outorga tenha sido originalmente formalizada.

De todo modo, considerando-se que, de acordo com o entendimento esposado pela Anatel, refletido na Súmula n.º 2 da Agência, não é necessária a adaptação das outorgas em tela, que se encontram em pleno vigor, inclusive no tocante à cláusula de prorrogação – nos termos do artigo 214, inciso VI da LGT –, que se sujeita ao regime

do artigo 167 da mesma Lei, importa destacar que na eventual opção pela criação de novo “Termo”, o instrumento se referirá à autorização para a prestação do MMDS, e não à prorrogação das autorizações de uso de radiofrequências.

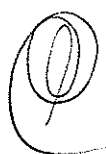
De fato, como se extrai da disciplina do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência, aprovado pela Resolução nº 65/98, enquanto a autorização que, nos termos da LGT, é ato administrativo vinculado, se reflete na assinatura de termo (artigo 89), que segue à outorga de autorização, o uso de radiofrequência depende apenas da expedição de autorização que outorga direito de uso pela Anatel, vinculada à autorização para prestação do serviço, cuja eficácia depende de publicação de extrato no Diário Oficial (artigo 94, *caput* e §§ 1º e 3º).f

Como o Termo de Autorização já existe e a sua adaptação é desnecessária, resta apenas prorrogar a autorização de uso das radiofrequências, a ser formalizada mediante ato

Nesse passo, vale mencionar que há casos em que, relativamente a prestadoras de serviço de MMDS detentoras de permissão outorgada pelo Ministério das Comunicações, essa d. Agência, ao se manifestar sobre pedidos de anuência prévia para realizar operação de reestruturação societária e em casos de transferência de licenças, determinou a formalização de Termo de Autorização sem que houvesse a emissão de qualquer Termo específico, distinto daquele já em vigor para outras autorizadas de MMDS.

Tais precedentes reforçam a constatação da desnecessidade de criar Termo de Autorização específico para a adaptação das outorgas de MMDS oriundas de permissões outorgadas pelo Ministério das Comunicações ao regime da LGT, ou para qualquer outra finalidade.

Portanto, não há que se cogitar da criação de Termo de Autorização especificamente destinado a adaptar as outorgas de MMDS oriundas de permissões outorgadas pelo Ministério das Comunicações



Os presentes argumentos são suficientes para determinar a revogação da CP 02/2009 e, também, para demonstrar a desnecessidade de firmar Termos de Autorização com prestadores cujas outorgas oriundas de permissões outorgadas pelo Ministério das Comunicações se encontram em vigor – e com relação aos quais a Anatel não tenha formalizado a respectiva prorrogação, já aprovada tacitamente – para o fim de adaptá-las.

Não obstante, por força do princípio da eventualidade, passamos a tecer comentários e fazer sugestões em relação à minuta de Termo de Autorização.

II. Comentários a dispositivos da minuta de Termo de Autorização

Inicialmente, cumpre reiterar que o Termo de Autorização que – por força da presente CP 02/2009 – eventualmente venha a ser adotado para ser firmado com as prestadoras de MMDS cujas outorgas são oriundas de permissões outorgadas pelo Ministério das Comunicações não pode ser diferente do Termo de Autorização já aprovado no âmbito da Anatel e firmado com outras operadoras que detêm autorização para prestação de MMDS

De fato, como antes já destacado, a única diferença a ser implementada nos Termos de Autorização a serem firmados com estas prestadoras é a exclusão de todas as cláusulas e referências e dispositivos que estejam relacionados a procedimento licitatório.

E assim deve ser em razão do princípio que veda a dispensa de tratamento discriminatório às prestadoras, vigente na legislação das telecomunicações, que é corolário do princípio igualdade que, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, norteia toda a atividade administrativa.

Portanto, todos os dispositivos da minuta ora comentada que, por conter diferente redação, acabe por estabelecer disciplina diversa daquela contida no Termo de Autorização firmado com as demais prestadoras, devem ser modificados, adotando-se a mesma redação em todos eles.



A par dessa relevantíssima observação, que certamente enseja a modificação da redação do Termo de Autorização ora sob comento, passamos a tecer comentários e a apresentar sugestões em face de algumas cláusulas específicas.

II.1. Cláusula 3ª da minuta

De acordo com a regulamentação vigente, a autorização para prestação de MMDS tem prazo indeterminado. Já a autorização para uso de radiofrequências associadas tem prazo de 15 (quinze) anos e tem seu início estabelecido no ato de outorga. A possibilidade de prorrogação desse prazo está disciplinada na legislação de regência.

Como a proposta é de criação de minuta de Termo de Autorização, é desaconselhável a indicação precisa da data de vigência da autorização para uso de radiofrequências ou da possibilidade de sua prorrogação, uma vez que a minuta deve servir a todas as prestadoras.

Por outro lado, parece-nos que a referência feita no parágrafo único não se encontra precisa.

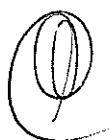
Nesse sentido, sugere-se, para a cláusula 3ª, a seguinte redação:

“Cláusula 3ª A autorização de uso das radiofrequências associadas ao MMDS é outorgada pelo prazo de 15 (quinze) anos, observado o disposto no artigo 167 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997

Parágrafo único. O direito de uso das radiofrequências a que se refere o *caput* é oneroso, nos termos dos artigos 48 e 167, § 1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.”

II.2. Cláusula 14ª da minuta

Com relação ao uso de radiofrequências e o correspondente valor, a Lei Geral de Telecomunicações estabelece que:



“Art 48 A concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, para qualquer serviço, será sempre feita a título oneroso, ficando autorizada a cobrança do respectivo preço nas condições estabelecidas nesta Lei e na regulamentação, constituindo o produto da arrecadação receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL.

§ 1º Conforme dispuser a Agência, o pagamento devido pela concessionária, permissionária ou autorizada poderá ser feito na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, sendo seu valor, alternativamente:

I - determinado pela regulamentação;

II - determinado no edital de licitação;

III - fixado em função da proposta vencedora, quando constituir fator de julgamento;

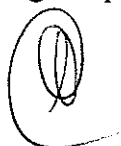
IV - fixado no contrato de concessão ou no ato de permissão, nos casos de inexigibilidade de licitação.

(...)" (destacamos)

Da disposição acima transcrita, tem-se que o pagamento a ser efetivado pelo direito de uso de radiofrequência deve ser obrigatoriamente determinado na regulamentação (inciso I), em edital de licitação (inciso II), em função de valor ofertado em proposta vencedora de procedimento licitatório (inciso III) ou, ainda, em contrato de concessão ou ato de permissão, quando a licitação não for exigível (incisos IV).

Os incisos II e III aplicam-se somente a casos de procedimento licitatório, não se aplicando, portanto, por ocasião da prorrogação do direito de uso de radiofrequências associadas ao MMDS, pois não há, nesse momento, a realização de procedimento licitatório.

O inciso IV, por sua vez, refere-se apenas a concessões e permissões previstas na LGT, quando outorgadas sem licitação, as quais, nos termos dos artigos 83 e 118, estão relacionadas unicamente a serviços prestados em regime público. O MMDS, como se



sabe, é serviço prestado em regime privado, não se sujeitando, portanto, à regra do inciso IV

Não configuradas nenhuma das hipóteses dos incisos II, III e IV, o preço pelo direito de uso de radiofrequência deve, necessariamente, ser aquele fixado em regulamentação, de alcance geral e imediato.

Nesse passo, “com o objetivo de disciplinar o pagamento pelo direito de uso de radiofrequência de que trata o art. 48 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997” e “estabelecer metodologia de cálculo dos valores a serem pagos”, a Anatel editou o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (cuja versão em vigor é aquela aprovada pela Resolução n.º 387/2004)

Consta do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências:

“Art. 3.º O presente Regulamento aplica-se a todas as pessoas físicas ou jurídicas que fazem uso de radiofrequências, excetuando-se os seguintes casos em que não haverá incidência de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência:

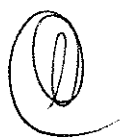
I- o uso de radiofrequência por meio de equipamentos de radiação restrita definidos pela Agência;

II- o uso pelas Forças Armadas de radiofrequências nas faixas destinadas a fins exclusivamente militares;

III - o uso temporário de radiofrequência pelas Missões Diplomáticas, Representações de Organismos Internacionais e Repartições Consulares, incluindo as embarcações e aeronaves militares estrangeiras em visita ao Brasil; e

IV - autorização outorgada e emitida em virtude de transferência do direito de uso de radiofrequências.

§1º Este Regulamento não se aplica quando for explicitamente estabelecido que a determinação do valor pelo direito de uso de radiofrequências será



feita em conformidade com o disposto nos incisos II, III e IV do § 1º do Art. 48 da Lei 9 472, de 1997.

§2º Salvo disposição em contrário no ato de outorga, este Regulamento deve ser utilizado para determinação do valor pelo direito de uso de radiofrequência, quando das prorrogações das respectivas autorizações.”
(destacamos)

“Art. 14. A cobrança de que trata este Regulamento deverá incidir, quando aplicável, por ocasião da emissão ou prorrogação do prazo de vigência da autorização de uso de radiofrequência e poderá ser paga em até 3 (três) parcelas semestrais iguais, desde que o valor das parcelas seja igual ou superior a R\$ 500,00 (quinhentos reais) e o prazo de autorização seja superior ao prazo concedido para o pagamento da última parcela”
(destacamos)

Dos artigos antes transcritos, decorre que:

(i) o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências é sempre aplicável para a definição do preço público devido pelo direito de uso de radiofrequência, exceto se tal preço for determinado ou alcançado em procedimento licitatório ou, nos casos de inexigibilidade de licitação de serviço prestado em regime público, fixado no contrato de concessão ou no ato de permissão;

(ii) o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências se aplica tanto para o cálculo do preço público devido por ocasião da **outorga** do direito de uso de radiofrequências, como por ocasião da **prorrogação** do direito de uso de radiofrequências, exceto, nesse último caso, se o ato de outorga já trazer **disposições expressas e específicas** a respeito do preço devido pelo referido direito de uso no momento da prorrogação.

Ora, é evidente que o ato de outorga referido em (ii) supra é o **ato original da outorga** e não o ato de prorrogação do direito de uso de radiofrequência. Nesse sentido, é importante notar que as autorizações para prestação de MMDS e os correlatos direitos



de uso de radiofrequências foram outorgados por ato administrativo do Ministério das Comunicações, que nada dispunha a respeito dos critérios para determinação do valor pelo direito de uso de radiofrequência quando da prorrogação do prazo de uso das frequências.

Por outro lado, cumpre mencionar que os Termos de Autorização de MMDS atualmente em vigor têm cláusula expressa com respeito ao valor da prorrogação, segundo a qual: “A prorrogação se dará a título oneroso, fixando-se o valor devido **de acordo com a regulamentação vigente, referente à cobrança de preço público pelo direito de uso de radiofrequências**” (cf. cláusula 15ª, § 2º).

A propósito, cabe ressaltar que a atuação da Administração Pública sujeita-se ao princípio da impessoalidade que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “traduz a idéia de que a Administração Pública tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas”⁸.

Diante da patente submissão da Administração Pública ao princípio constitucional da impessoalidade, a Anatel tem a obrigação de conferir tratamento isonômico às prestadoras, não podendo determinar casuisticamente os critérios para fixação do preço para prorrogação. Tais critérios devem constar de previsão objetiva, aplicável indiscriminadamente à generalidade dos administrados, tendo sido editado justamente para este fim e em atenção à LGT o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências.

Nesse passo, eventual entendimento no sentido de que o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências não seria aplicável às prorrogações das outorgas de direito de uso de radiofrequências, além de contrariar a legislação em vigor, configuraria inobservância da igualdade de tratamento que deve ser dispensada aos prestadores do serviço.

Assim, no caso da prorrogação das outorgas de direito de uso de radiofrequências associadas ao MMDS, por não se tratar de nenhuma das hipóteses previstas nos incisos

⁸ *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros edit., 23ª ed., 2007, p. 110.



II, III e IV do § 1º do artigo 48 da LGT e tendo em vista que os atos de outorga não trazem qualquer disposição em contrário, o preço devido é aquele resultante da aplicação da metodologia estabelecida pela norma geral e abstrata em vigor, qual seja, o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências, bastando a realização do cálculo do preço em questão segundo a fórmula em tal norma já determinada.

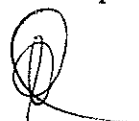
Cabe destacar, ainda, que o entendimento de que, na definição do preço pelo direito de uso de radiofrequências, deve ser aplicado o disposto Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências, vigora não apenas com relação ao MMDS, mas também quanto a outros serviços de telecomunicações prestados no regime privado.

Por fim, anote-se que, de todo modo, é vedado à Administração celebrar Termo de Autorização com indefinição quanto ao valor do preço pelo direito de uso de radiofrequências – uma vez que sua atuação está vinculada à cobrança de preço certo e determinado, estabelecido na legislação de regência –, da mesma forma que também está adstrita a emitir o respectivo ato de prorrogação da autorização de uso de radiofrequências associadas à autorização de MMDS, porque assim determina a legislação em vigor.

A fixação do preço da autorização não é aspecto que pode ser livremente definido pelo Administrador. Sua definição se sujeita aos termos da legislação de regência, tratando-se, destarte, de ato vinculado.

Contudo, mesmo que se entenda que, diante da disciplina da matéria, haveria alguma margem de liberdade para a Agência decidir, ainda assim não se poderia admitir a celebração de Termo de Autorização com indefinição quanto ao valor do preço pelo direito de uso de radiofrequências.

De fato, consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em algumas hipóteses “o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. (...) Mesmo aí,



entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos (...) a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei”⁹.

Portanto, ainda que se considere que, na hipótese, a atuação da Administração é discricionária, é preciso concluir que, quanto à matéria, a Administração já exerceu sua opção quando editou normas regulamentares que estabelecem as balizas a serem observadas na fixação do preço, das quais não pode se afastar.

Evidentemente que, tendo a Agência competência normativa, poderá rever tais critérios de fixação do valor. Contudo, deverá fazê-lo mediante a edição de nova regulamentação que, em face do princípio da irretroatividade das leis¹⁰, não poderá alcançar as autorizações já prorrogadas, mas apenas aquelas que se prorrogarem durante sua vigência.

Quanto às prorrogações de autorização de uso de radiofrequência que ocorrerem sob a égide da legislação vigente, continuam por ela regidas, não se admitindo que o Termo de Autorização contenha cláusula com indefinição do preço da autorização

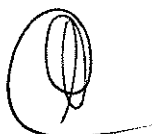
Consequentemente, a redação da cláusula 14^a deve ser alterada para que dela conste que, pela autorização de uso das radiofrequências, a prestadora deverá pagar o preço na forma estabelecida na legislação de regência. Alternativamente, poderá ser excluída a cláusula 14^a, uma vez que a obrigatoriedade do pagamento do preço decorre das normas jurídicas que incidem na espécie independentemente de previsão no instrumento de outorga.

⁹ *Direito Administrativo*, edit. Atlas, 18^a ed., 2005, p. 205.

¹⁰ Este princípio está consagrado na Lei de Introdução ao Código Civil, que tem verdadeiro caráter de lei de introdução ao ordenamento jurídico, nos artigos 1º e 6º, *in verbis*:

“Art. 1º - Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. (...)”

“Art. 6º - A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (...)”



As considerações ora expendidas aplicam-se, *mutatis mutandis*, ao disposto na cláusula 5ª da minuta, que dispõe a respeito do valor a ser pago pela prestadora quando houver expansão da Área de Prestação de Serviço, eis que, também neste caso, o valor a ser pago pela prestadora devera ser determinado com estrita aplicação dos critérios estabelecidos na regulamentação de regência.

Consequentemente, haja vista que também no que diz respeito ao direito à expansão de área, deve assegurar-se a igualdade de tratamento de todas as prestadoras de MMDS, o artigo 5ª da minuta em comento deverá ter a mesma redação dos Termos de Autorização firmados com as demais prestadoras, já aprovado no âmbito da Anatel – excetuada a referência à proposta e à documentação de habilitação, por incompatível com a hipótese ora considerada –, com poucas alterações para tratar do preço na forma prevista na LGT, qual seja:

“Cláusula 5ª Havendo interesse da autorizada em expandir sua Área de Prestação do Serviço, o preço pelo direito de exploração da nova área será estabelecido de acordo com a metodologia prevista no Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências, aprovado pela Resolução n.º 387, de 3 de novembro de 2004

§ 1º A solicitação da interessada para expansão de Área de Prestação do Serviço deverá estar acompanhada de projeto de viabilidade técnica, elaborado por profissional habilitado e demonstração do potencial mercadológico da Área de Prestação do Serviço proposta, conforme previsto no item 3.2 da Norma n.º 002/94 - REV/97, aprovada pela Portaria MC n.º 254, de 16 de abril de 1997

§ 2º Consulta pública poderá ser realizada sempre que considerada necessária através de publicação no Diário Oficial da União, sobre qualquer matéria afeta à atualização do planejamento do Serviço de MMDS, para que os interessados apresentem comentários considerados relevantes.”

II.3. Cláusula 8ª da minuta



O teor da cláusula 8ª, *caput* e parágrafo único, corresponde, com exatidão, ao disposto no artigo 161 da LGT.

Todavia, muito embora os dispositivos legais e regulamentares sejam de observância obrigatória, não se prestam a ser tratados como cláusulas de instrumentos de outorga

Nesse sentido, sendo todos os comandos disciplinadores da matéria dotados da mesma força impositiva, ou se reproduzem todos eles no instrumento de outorga, ou não se procede a nenhuma transcrição.

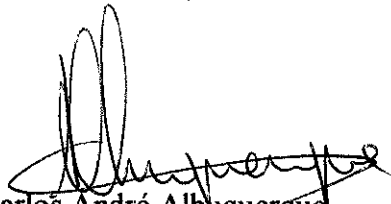
Nada justifica que, dentre toda a legislação de regência, seja pinçado este ou aquele dispositivo para o fim de transcrevê-lo no termo de outorga.

Em face do exposto, sugerimos a exclusão da cláusula 8ª.

* * *

Estes os comentários que tínhamos a apresentar, permanecendo à disposição dessa Agência, caso conveniente qualquer esclarecimento.

Atenciosamente,


Carlos André Albuquerque