

-----Mensagem original-----

De: Pedro Serzedelo [mailto:pedro@sogim.com.br]

Enviada em: sexta-feira, 15 de abril de 2005 16:31

Para: biblioteca@anatel.gov.br

Assunto: Contribuição para Consulta Pública 593/2005

Prioridade: Alta

Rio de Janeiro, 15 de abril de 2005

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização

Consulta Pública nº 593/2005, de 04.02

Proposta de Regulamento sobre condições de uso de radio frequências na faixa de 2500 MHz a 2690 MHz

Setor de Autarquias Sul - SAUS - Quadra 6, Bloco F, Térreo - Biblioteca
BR-70070-940 - Brasília - DF

A PARTEL PARTICIPAÇÕES SA., sociedade anônima constituída e existente sob as leis da República Federativa do Brasil, com sede na Cidade e Estado do Rio de Janeiro, na Avenida Presidente Wilson, 228, 8o andar, parte, Centro, 20030-021, neste ato representada por seus Diretores João Manuel Marcos Rodrigues Reino e Pedro Luís Duarte Silva Serzedelo de Almeida, vem apresentar comentários e sugestões à Consulta Pública no 593/2005, de 04.02 (“Consulta Pública”), que propõe minuta de Regulamento sobre condições de uso de radiofrequências na faixa de 2500 MHz a 2690 MHz (“Regulamento”):

I - NÃO VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS QUE AUTORIZAM A MODIFICAÇÃO DA DESTINAÇÃO DE RADIOFREQUÊNCIAS

Os Considerandos 2, 3 e 4 da Consulta Pública combinados com o art. 22 do Regulamento levam à conclusão de que a prorrogação das autorizações para o uso das radiofrequências na faixa de 2170 MHz a 2182 MHz e de 2500 MHz a 2686 MHz, não respeitará o direito previsto nos Termos da Autorização em vigor.

No Considerando 4, a ANATEL demonstra sua intenção de aproveitar o final do prazo das atuais autorizações das prestadoras de MMDS para modificar as aplicações ou destinações das faixas de radiofrequências atualmente destinadas ao MMDS, frustrando o direito das atuais autorizadas à sua prorrogação.

Trata-se, porém, de procedimento manifestamente oblíquo, e viciado de desvio de finalidade à luz do art. 167, § 2o, LGT, segundo o qual o vencimento do prazo original não é pretexto para limitar direitos adquiridos, mas é antes e somente a necessidade de modificação de destinação do uso de radiofrequências que pode servir de fundamento para indeferir ou limitar o âmbito do direito à prorrogação.

Ora, a necessidade de modificação é um juízo que a ANATEL só pode emitir dentro dos estritos cânones que a LGT lhe impõe no art. 161, ou seja, por exigência de interesse público ou de convenção ou tratado internacional. No entanto, a ANATEL nem explicita motivo de interesse público que pudesse justificar a alteração da destinação das faixas de frequência, em detrimento dos direitos das atuais prestadoras, nem fundamenta tal pretensão em qualquer tratado ou convenção internacional, hipóteses essas - e só essas - suscetíveis de legitimar possível alteração, conforme determina o art. 161, “caput”, LGT.

Com efeito, a parte final do “caput” do art. 161 LGT, exige necessariamente a verificação de um dos dois pressupostos nele enumerados para que possa haver lugar à alteração de destinação de radiofrequências ou faixas: (i) existência de motivo de interesse público ou (ii) determinação de convenções ou tratados internacionais.

a) Inexistência de motivo de interesse público

Em se tratando de interesse público, é importante ressaltar que o seu conteúdo deve ser especificado no caso concreto em face das competências da ANATEL, não podendo ser invocado como mera justificativa vazia de conteúdo para impor medidas arbitrárias.

Na medida em que o “interesse público” é um conceito indeterminado por natureza, não pode ser aplicado descolado da realidade, e por isso a sua invocação deve ser acompanhada da demonstração cabal de que a medida proposta é suscetível, no caso concreto, de atingir o fim específico visado. Assim, a mera invocação de um conceito de interesse público e a alusão ao emprego racional e econômico do espectro e à otimização e eficiência do respectivo uso, não autoriza a ANATEL a atropelar os direitos das prestadoras, notadamente daquelas que os adquiriram a título oneroso como expressamente consignados nos Editais que deram origem às atuais autorizações.

Importa sublinhar que as propostas financeiras apresentadas para a obtenção das autorizações levaram em conta a garantia de prorrogação consignada nos Editais, beneficiando da garantia constitucional de manutenção de condições efetivas da proposta (art. 37, XXI da Constituição Federal de 1998).

b) Inexistência de convenção ou tratado internacional

Os Considerandos 7 e 8 invocam ainda estudos realizados no Âmbito da União Internacional de Telecomunicações - UIT, relativos a novas aplicações dos sistemas móveis e de Acesso sem Fio em Banda Larga para Redes Locais (RLAN) e a Recomendação PCC.II/REC.7 (III-04) recentemente adotada pelo Comitê de Radiocomunicação da CITELE.

Tais instrumentos no entanto não são hábeis para justificar uma modificação na destinação das radiofrequências, em detrimento dos interesses das atuais prestadoras, que investiram pesadamente na prestação do serviço em benefício dos usuários.

Com efeito, na lição de Celso D. de Albuquerque Mello, a expressão “tratado” é utilizada para os acordos solenes e a expressão “convenção” é utilizada para designar o tratado que cria normas gerais.

Ora, meros estudos e recomendações sem força vinculante não podem ser considerados tratados ou convenções internacionais, para os fins do art. 161 LGT.

Neste sentido, a própria UIT recomenda que as administrações, antes de

qualquer decisão relativa a realocação do espectro que possa afetar prestadores de serviços, submetam as alterações a consulta pública, de modo que a sociedade possa se manifestar:

“ ANNEX D-1

“ BEST PRACTICES FOR NATIONAL SPECTRUM MANAGEMENT

“ Introduction: With due regard to the ITU constitution and Convention, this Annex addresses Best Practices of national spectrum management activities. International practices are not included. However, some of the Best Practices contained below are intended to interface with, or transition to international practices, e.g., those relating either to collaboration with colleagues in other countries, or to coordination, such as that which would occur at a bilateral or multilateral consultation preceding a World Radio communication Conference, or at an international satellite coordination meeting. These practices are further intended to harmonize global spectrum management policies, to the extent practicable, by harmonizing practices among national administrations.

“ Practices:

“ (...)

“ 3. Making public, wherever practicable, national frequency allocation plans and frequency assignment data to encourage openness, and to facilitate development of new radio systems, i.e., carrying out public consultations on proposed changes to national frequency allocation plans and on spectrum management decisions likely to affect service providers, to allow interested parties to participate in the decision-making process.

“ 4. Maintaining a stable decision-making process that permits consideration of the public interest in managing the radio frequency spectrum, i.e. providing legal certainty by having fair and transparent processes for granting licenses for the use of spectrum, using competitive mechanisms, when necessary.

“ 8. Encouraging radiocommunication policies that lead to flexible spectrum use, to the extent practicable, so as to allow for the evolution of services and technologies using clearly-defined methods, i.e., (a) eliminating regulatory barriers and allocating frequencies in a manner to facilitate entry into the market of new competitors, (b) encouraging efficiency in the use of spectrum by reducing or removing unnecessary restrictions on spectrum use, thereby encouraging competition and bringing benefits to consumers, and, (c) promoting innovation and the introduction of new radio applications and technologies.

“(...)”

Ora, a Anatel, ao explicitar os objetivos que pretende alcançar com a Consulta Pública, demonstra claramente que já tomou decisões sem observar o devido procedimento, não só em face do que dispõe a LGT (art. 42) e o seu Regimento Interno (art. 45), mas também em ofensa às melhores práticas da própria UIT.

Esta conduta da Anatel apenas evidencia mais uma vez o já mencionado desvio de finalidade da Consulta Pública ora comentada.

ii - violação do direito da autorizada de mmds à prorrogação DA OUTORGA Na vigência da LGT, a prorrogação de autorizações de uso de radiofrequências é um ato vinculado, ou seja, inexistente a discricionariedade da ANATEL quanto à

sua conveniência e oportunidade.

Assim é que, nos termos do art. 167, § 2o LGT, o pedido de prorrogação só pode ser indeferido com os seguintes fundamentos: (i) uso não racional e não adequado da radiofrequência; (ii) infrações reiteradas; ou (iii) em caso de necessidade de modificação de destinação do uso da radiofrequência.

Neste sentido também os Editais 001/99-MMDS-SCM/ANATEL, 005/00 MMDS-SCM/ANATEL e 007/00 MMDS-SCM/ANATEL e os instrumentos de outorga a eles relativos.

Já no que concerne aos Editais 001/97 a 007/97-MMDS-DOCM-SFO/MC, embora publicados também posteriormente à LGT, não refletiram a nova sistemática de caráter vinculado por ela introduzida em matéria de prorrogação de outorgas.

Importa notar que, na vigência da sistemática anterior, a prorrogação da permissão dependia de um novo acordo de vontade das partes, quanto ao preço do direito de exploração do serviço e uso de radiofrequências associadas (cfr. item 4.14 da Norma 002/94-Rev97, aprovada pela Portaria 254/97, de 16.04, alterada pela Portaria 319/97, de 21.05 e item 15.5.2 do Edital 001/97 a 007/97-MMDS-DOCM-SFO/MC).

No entanto, cumpre esclarecer que, com entrada em vigor da LGT, a norma específica do art. 167, § 2o LGT derrogou o item 4.14 da Norma 002/94, uma vez que este era com ela incompatível.

Conclui-se assim que o Regulamento que resultar da Consulta Pública no 593/05 deve preservar o direito das autorizadas de MMDS à prorrogação integral dos seus instrumentos de outorga, de modo a assegurar-lhes a manutenção de todas as condições efetivas da proposta e manutenção dos direitos por elas adquiridos, sob pena de manifesta violação do art. 167, § 2o LGT, dos Editais supra mencionados e dos arts. 5o, XXXVI e 37, XXI, CF. Importa ainda observar que a ANATEL não pode se aproveitar da ocasião da prorrogação das autorizações para impor condicionamentos ou restrições aos direitos das autorizadas, uma vez que o art. 214, VI LGT não se aplica às autorizações de MMDS, expedidas já na vigência da LGT.

Ressalte-se que o art. 130 LGT, segundo o qual o estatuto jurídico da autorizada vigente quando da expedição da autorização não lhe garante direito adquirido, não pode ser invocado para legitimar verdadeira “cassação” de direitos da autorizada, uma vez que, nos termos do próprio art. 130 LGT quaisquer novos condicionamentos devem ser impostos primeiro por lei e, subseqüentemente, pela sua regulamentação.

Ora, a redução da faixa de frequência destinada para o MMDS representa derrogação parcial da outorga não prevista em lei nenhuma.

III - possibilidade jurídica de coexistência

Finalmente, é importante notar que a adoção de medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços e a criação de oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial em ambiente competitivo são dois dos objetivos a serem perseguidos pelo Poder Público (art. 2o, III e V, LGT).

A utilização da faixa de radiofrequências, que atualmente é destinada exclusivamente ao MMDS, também por outros serviços pode representar não só uma utilização mais eficiente do espectro, conforme exigido pelo art. 127, VII, LGT, como é também medida tendente a aumentar a competição no setor, uma vez que permite a entrada de novos concorrentes e a oferta de novos

serviços em benefício do usuário.
Tal utilização deve, no entanto, respeitar o direito das atuais operadoras de MMDS.

IV - CONCLUSÃO

A Consulta Pública vem trazer grave insegurança em relação aos vultosos investimentos efetuados em matéria de MMDS, num momento em que as operadoras reuniram quase todas as condições de investimento e continuidade de crescimento em relação à tecnologia e fabricação de equipamentos no país e um melhor posicionamento do setor, depois de um grande período de turbulência nacional e internacional.

PARTEL PARTICIPAÇÕES S.A.