

PARECER

PARA: Intelsat Brasil Ltda.

A/C.: Márcio Brasil
General Manager

DE: Bernardo Pedrete
Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ),
Professor da Faculdade Nacional de Direito e do Curso de Gestão Pública para o
Desenvolvimento Econômico e Social, da Universidade Federal do Estado do Rio
de Janeiro (UFRJ)

DATA: 05 de novembro de 2020

REF.: *Direitos de exploração de satélites estrangeiros no Brasil diante de possível inclusão, pela Anatel, de faixas de radiofrequência da Banda C estendida no Leilão de 5G.*

Prezado Sr. Márcio,

Fazemos referência aos nossos contatos prévios, em que V.Sas. solicitaram parecer jurídico acerca dos direitos de operadoras de satélites estrangeiros no Brasil, como a Consultante, tendo em vista proposta da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel para incluir, no Leilão de 5G, faixas de radiofrequência da Banda C estendida.

I. A CONSULTA

Em 2020, a Anatel submeteu a processo de consulta pública minuta de edital de licitação que promete ser o maior leilão de frequências da história da Agência¹. Na

¹ Eis as informações do projeto disponíveis no site do Programa de Parcerias de Investimentos do Governo (<https://www.ppi.gov.br/5g-leilao-do-espectro-de-radiofrequencias-para-redes-de-telecomunicacoes-de-quinta-geracao>):

“Trata-se do mais importante leilão de radiofrequências já realizado no Brasil, seja pela quantidade de espectro a ser ofertado, seja pela diversidade de opções. Irão a leilão faixas de frequência em quatro bandas: 700 MHz; 2,3 GHz; 3,5 GHz e 26 GHz, totalizando um espectro igual a quatro vezes o atualmente disponível para redes móveis no país.

verdade, em seu conjunto, trata-se de proposta de edital de licitação para autorização de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz, de proposta de alteração da Resolução nº 711, de 28 de maio de 2019, e do Regulamento sobre Condições de Uso da Faixa de Radiofrequências de 3,5 GHz a ela anexo, de proposta de aprovação do Regulamento sobre Condições de Uso da Faixa de Radiofrequências de 24,25 GHz a 27,50 GHz e, ainda, de proposta de alteração do Plano Geral de Autorizações do Serviço Móvel Pessoal – PGA-SMP, aprovado pela Resolução nº 321, de 27 de setembro de 2002. O projeto atende ao previsto no item nº 03 da Agenda Regulatória da Anatel para o biênio 2019-2020.

Para os fins do presente parecer, a questão é que o uso da faixa de radiofrequência de 3,600 GHz a 3,700 GHz pelo serviço móvel acarretará restrições ao uso da chamada Banda C estendida – de 3,625 GHz a 3,700 GHz – por sistemas do Serviço Fixo por Satélite no território brasileiro, exigindo desocupação ou limpeza da faixa mediante o devido ressarcimento das operadoras. E mais. Como a própria Intelsat registrou em sua contribuição à consulta pública, o ressarcimento deverá cobrir “não apenas os custos de desocupação da faixa de 3,6-3,7 GHz, mas também todos os custos relacionados às soluções que abordam todas as interferências causadas pelos sistemas móveis terrestres 5G nas estações terrenas da banda C, não apenas nos sistemas de TVRO”.

Ou seja, as minutas propostas para alteração das normas da Anatel e o edital de licitação para as redes de telecomunicações de quinta geração estabelecem que um espectro de radiofrequências hoje em uso pelas operadoras de satélite passará a ser utilizado pelas operadoras de redes móveis². Por esta razão, é preciso que a Anatel realize os cálculos do valor de ressarcimento do espectro transferido e notifique as operadoras de satélite interessadas garantindo-lhes ampla defesa e contraditório, para posterior análise do Conselho Diretor da Agência.

Por meio do Acórdão nº 45, de 14 de fevereiro de 2020 (SEI nº 5234709), o

A faixa de 3,5 GHz é a principal banda média harmonizada para 5G em caráter global e será ofertada em 2 blocos de 100 MHz e 1 de 80 MHz nacionais e 2 blocos de 60 MHz regionalizados, sendo um deles restrito a PPP (Prestadora de Pequeno Porte) e novos entrantes em uma primeira rodada.

A tecnologia do 5G é base para indústria 4.0 e comunicação massiva de Internet das Coisas e suas aplicações possíveis vão desde a comunicação entre carros autônomos até o uso de realidade virtual para cirurgias remotas. Pode-se dizer que essa tecnologia cria um novo ecossistema de inovações para as indústrias verticais que possibilita saltos de produtividades e novas cadeias de produção e serviços, funcionando tanto como instrumento pra alavancar setores prontos para receber a inovação como uma dinâmica de reestruturação do setor produtivo como um todo.” Na mídia, cf. <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/10/26/leilao-5g-do-brasil-e-o-maior-de-todos-os-tempos-para-o-espectro-diz-ocde.ghtml>. Acesso em 28 out. 2020.

² A revisão proposta para a Resolução Anatel nº 711/2019 poderá permitir a reavaliação da destinação para faixas de radiofrequências, como condição para o leilão do 5G tal como atualmente modelado.

Conselho Diretor da Anatel determinou a submissão das propostas ao procedimento de consulta pública, bem como a realização de uma audiência pública na sede da Agência. Nos termos do Despacho Ordinatório SEI nº 5234949, foi determinada, ainda, à Superintendência de Planejamento e Regulamentação – SPR que avaliasse, durante o período da consulta pública, com eventual interação com outras áreas da Agência, uma série de questões incluindo “a precificação do ressarcimento das autorizadas de serviços de satélite e do custo de TVRO proposta nos termos do Documento SEI nº 5200442”.

As propostas foram submetidas à Consulta Pública nº 09, de 14 de fevereiro de 2020 (SEI nº 5234996), tendo sido, ainda, realizada audiência pública em 12 de março de 2020 (SEI nº 5369789). As contribuições apresentadas por força da consulta pública foram analisadas pelo corpo técnico da Agência, nos termos do Informe nº 89/2020/PRRE/SPR (SEI nº 5659935), no qual se propôs aprovar a proposta de edital de licitação para o 5G.

Em 02 de outubro de 2020, a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel – PFE emitiu o Parecer nº 00636/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU³, o qual considerou juridicamente adequadas as premissas estabelecidas pelo corpo técnico da Agência para o ressarcimento das operadoras de satélites.

As regras pertinentes à desocupação da faixa de 3,625 GHz a 3,700 GHz pelos sistemas de comunicação satelitais, mediante ressarcimento pelo remanejamento das transmissões na Banda C estendida, encontram-se previstas no Anexo IV-B do Edital. De acordo com a proposta, os custos a serem ressarcidos são aqueles associados à operacionalização desse processo, incluindo trocas de equipamentos, reapontamento de antenas e serviços técnicos que visem à desativação das estações terrenas cadastradas na base de dados da Anatel até 31 de dezembro de 2020⁴.

Esse ressarcimento será arcado pelas proponentes vencedoras dos lotes B1 a B4, ou seja, aqueles de abrangência nacional, no valor apontado no Anexo II do Edital. Caso não haja proponente vencedora de algum desses lotes, o valor total deverá ser dividido

³ Vale o registro de que a Procuradoria já havia se manifestado anteriormente à realização da Consulta Pública nº 9/2020, por meio dos Pareceres nº 00184/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU, nº 00260/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU, nº 00276/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU e nº 00270/2019/PFEANATEL/PGF/AGU. Portanto, o Parecer nº 00636/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU trata de questões relativas à proposta de Edital de Licitação para o 5G após a realização da referida Consulta Pública.

⁴ No tocante às estações que serão consideradas para fim de ressarcimento, no item 7.6 de sua ementa, o parecer destaca ser “importante que a definição a respeito do marco temporal que será considerado para fins de cálculo ocorra de tal modo que haja um prazo após essa definição que viabilize o cadastramento de todas as estações que as interessadas intentem que sejam incluídas no cálculo do ressarcimento”.

pelas proponentes vencedoras nos demais lotes Tipo B, proporcionalmente ao preço mínimo dos respectivos lotes, considerando somente os lotes para os quais houve proponente vencedora (item 2.1).

O Edital também estabelece previamente que o ressarcimento destes custos deverá ser pago diretamente às exploradoras de satélites afetadas, indicando prazos e percentuais de pagamento (item 3). Os valores das parcelas serão atualizados pela variação do IGP-DI (Índice Geral de Preço – Disponibilidade Interna da Fundação Getúlio Vargas), desde a data da publicação do extrato dos Termos de Autorização no Diário Oficial da União até a data do efetivo pagamento. Os encargos incidentes em caso de eventual atraso no pagamento destes valores estão previstos no item 3.2.

Observa-se, com relação aos critérios de ressarcimento, que o corpo técnico da Agência não acatou os pleitos do Sindicato Nacional das Empresas de Telecomunicações por Satélite – SINDISAT, que, a partir de estudos da consultoria Roland Berger, pretendia assegurar o reembolso de custos de migração e convivência impostos pelo 5G (“Blocos 1 e 2” dos estudos da Roland Berger), o saldo de investimentos não amortizados, que seria multiplicado pela taxa de desconto do setor dado à quebra de expectativa para os operadores (“Bloco 3”) e uma porcentagem sobre o valor do leilão da faixa de 3,5 GHz para antecipação da convivência de espectro (“Bloco 4”).

Ocorre que, além de definir critérios de ressarcimento diferentes dos pleiteados, o corpo técnico da Agência também concluiu que apenas deveriam ser ressarcidas as exploradoras que detêm direito de exploração de satélite brasileiro que contemple a faixa de 3,625 GHz a 3,700 GHz e que estejam efetivamente utilizando essa faixa no Brasil. Restariam excluídas de qualquer ressarcimento, dessa forma, as exploradoras de satélites estrangeiros, como a Consulente. A propósito, eis a justificativa apresentada no Informe nº 89/2020/PRRE/SPR:

“3.74. Quanto às exploradoras de satélites que deverão ser ressarcidas, após criteriosa avaliação da Agência, entende-se apropriado contemplar aquelas que detêm direito de exploração de satélite brasileiro que contemple a faixa de 3.625 MHz a 3.700 MHz e que estejam efetivamente utilizando essa faixa no Brasil. Não se propõe abarcar exploradoras de satélites estrangeiros, pois (i) seus mercados principais de atuação estão fora do país, sendo destinada ao Brasil apenas capacidades satelitais remanescentes, (ii) os direitos de exploração correspondentes não decorreram de procedimento licitatório, consistindo de mero consentimento para que a capacidade dos satélites fosse comercializada

no território nacional, e (iii) às exploradoras estrangeiras não foi imposta qualquer obrigação de cobertura, diferentemente das exploradoras brasileiras. Ademais, considerando que os recursos de órbita e espectro de satélites estrangeiros são coordenados e notificados ante à União Internacional de Telecomunicações (UIT) por outros países, o Brasil não possui qualquer responsabilidade sobre esses recursos.” (Grifamos).

Na mesma linha foi orientada a manifestação da PFE no Parecer nº 00636/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU, do qual transcrevemos as seguintes passagens:

*“214. De fato, não se vislumbram motivos para que seja realizado o ressarcimento de exploradoras de satélites estrangeiros, consoante exposto pelo corpo técnico da Agência, visto que estas ocupam posições notificadas por outros países, **destinando ao Brasil apenas capacidades satelitais remanescentes**, sendo que sua operação no país não decorreu de procedimento licitatório, como as exploradoras de satélite brasileiro. Ademais, às exploradoras estrangeiras não foi imposta qualquer obrigação de cobertura e podem encerrar suas operações no país sem as condicionantes impostas às exploradoras em território nacional, além de poder operar a Banda C estendida em outras localidades. Dessa forma, entende-se bem fundamentada a proposta de ressarcimento apenas às exploradoras de satélites brasileiros, não se vislumbrando respaldo jurídico para, sobretudo tratando-se de recursos de natureza pública, promover-se ressarcimento às exploradoras de satélites estrangeiros.*

(...)

*267. Como já exposto anteriormente, as exploradoras de satélites estrangeiros ocupam posições notificadas por outros países, atuando prioritariamente fora do país e **destinando ao Brasil apenas capacidades satelitais remanescentes**, de sorte que são pouco afetadas pela modificação da destinação e desocupação da faixa. Deve ser considerado, ainda, que às exploradoras estrangeiras, que sequer participam de licitação para obtenção da outorga, não foi imposta qualquer obrigação de cobertura e podem encerrar suas operações no país sem as condicionantes impostas às exploradoras em território nacional, além de poder operar a Banda C estendida em outras localidades.*

268. Logo, os regimes jurídicos a que se encontram submetidos os satélites brasileiros e os satélites estrangeiros são bastante distintos, justificando-se o ressarcimento dos custos apenas de exploradoras de

satélites brasileiros.”

(...)

274. A respeito dos satélites cuja área de cobertura ultrapassa os limites do território brasileiro, tem-se que a faixa desocupada no território brasileiro pode ser explorada economicamente no exterior, reforçando-se a argumentação já apresentada.” (Grifamos).

Diante do exposto, basicamente três argumentos foram levantados para discriminar as operadoras de satélites estrangeiros e opinar pela negativa de ressarcimento na hipótese: (i) as operadoras de satélites estrangeiros destinariam ao Brasil capacidades satelitais remanescentes, atuando prioritariamente no exterior; (ii) as operadoras de satélites estrangeiros não receberiam a outorga de seus direitos de exploração mediante licitação; e (iii) as operadoras de satélites estrangeiros não teriam qualquer obrigação de cobertura.

Note-se que embora o Parecer nº 00636/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU faça menção a parecer jurídico contrário encaminhado pelo SINDISAT, neste aspecto da discriminação das operadoras de satélites estrangeiros, nenhum dos argumentos submetidos à apreciação da PFE foi analisado ou especificamente refutado. “Os argumentos apresentados no mencionado parecer não subsistem” – limitou-se a afirmar o Parecer nº 00636/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (item 391). Em resumo, concluiu o parecer encaminhado pelo SINDISAT:

“244. Apresentadas as razões acima, passo a expor as conclusões desta opinião legal respondendo aos questionamentos postos.

a) Indaga a ANATEL qual o tratamento a ser dado a satélites brasileiros e estrangeiros nesse processo de limpeza de faixas.

Como exposto ao longo destas razões, as diferenças de regime jurídico entre satélites estrangeiros e satélites brasileiros não é fator de discriminação que justifique tratamento diverso em matéria de limpeza de faixas. Isso não decorre apenas da experiência internacional, mas do fato de que é de interesse público do país que os satélites (seja qual for sua nacionalidade) cubram o território brasileiro e aqui proporcionem aumento da infraestrutura e da competição. Ademais, os fundamentos para a proteção jurídica aos direitos de uso de radiofrequência estão associados (1) ao efetivo nexo de causalidade entre o dano e a decisão de mudança de destinação, (2) à necessidade de se reconhecer que os direitos de uso de radiofrequência não podem ser considerados precários, (3) ao dever de que o estado brasileiro não se enriqueça imotivadamente às

custas dos direitos suprimidos dos operadores de satélites, (4) do respeito à boa-fé e à segurança jurídica e (5) à inaplicabilidade das soluções adotadas pela agência reguladora em processos anteriores de limpeza de faixa e esses fatores se aplicam, indistintamente, a satélites brasileiros e estrangeiros, o que torna injustificável qualquer discriminação entre eles nesse aspecto.”

Assim, instaurada a controvérsia com o corpo técnico e a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, indaga-nos a Consulente sobre o alcance do direito de exploração de satélites estrangeiros no Brasil diante dos possíveis impactos do Leilão de 5G, e se o Poder Judiciário poderia ser invocado para a proteção dos direitos das respectivas operadoras. É o que passamos a analisar.

II. DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE SATÉLITES ESTRANGEIROS NO BRASIL

O direito de exploração de satélite é previsto pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT – Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) e disciplinado pelo Regulamento sobre Direito de Exploração de Satélite, aprovado pela Resolução Anatel nº 220, de 5 de abril de 2000 (“Regulamento da Anatel”). Desde logo, é importante observar que as normas aplicáveis referem-se a um *direito de exploração*, e não a concessão, permissão ou autorização. Como se verá mais adiante, esta opção terminológica por *direito de exploração (landing rights*⁵) não é desimportante, justamente porque a exploração de satélite no Brasil se submete a regime jurídico próprio, que não se confunde com o das prestadoras de serviços de telecomunicações⁶.

O direito de exploração de satélite é objeto de outorga da Anatel, que admite o uso de recursos de órbita e de radiofrequências, a telecomunicação via satélite e o provimento de capacidade satelital sobre o território brasileiro, por satélite brasileiro ou por satélite

⁵ Nem todos os países adotam este modelo, mas os Estados Unidos e o Brasil são exemplos de jurisdições em que, para explorar serviços de satélites, as operadoras devem buscar a outorga do direito de exploração. Cf. ACHILLEAS, Philippe; PUSCHMAN, Nicholas. *Landing Rights and Satellite Operators*. In: HOFMANN, Mahulena; LOUKAKIS, Andreas (Ed.). *Ownership of Satellites: 4th Luxembourg Workshop on Space and Satellite Communication Law*. Luxemburger Juristische Studien - Luxembourg Legal Studies, vol. 9. Nomos/Hart: 2017, p. 255-270.

⁶ A própria Anatel trata a outorga do direito de exploração de satélite como uma figura específica, de conferência de direito (<https://www.anatel.gov.br/setorregulado/conferencia-de-direito-de-exploracao-de-satelite>). Acesso em 26 out. 2020).

estrangeiro. Trata-se de direito oneroso⁷, que pode ser exercido pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável nos termos da regulamentação, devendo a operadora de satélite respeitar as normas da Anatel e as condições de operação nacionais e internacionais.

A LGT define satélite brasileiro como o que utiliza recursos de órbita e espectro radioelétrico notificados pelo Brasil, ou a ele distribuídos ou consignados, e cuja estação de controle e monitoração seja instalada no território brasileiro (LGT, art. 171, § 2º)⁸. No espaço deixado pela lei, *a contrario sensu* o art. 9º, XV, do Regulamento da Anatel caracteriza como satélite estrangeiro aquele que utiliza recursos de órbita e espectro radioelétrico coordenados ou notificados por outro país. Cabe à Anatel dispor sobre os requisitos e critérios específicos para execução de serviço de telecomunicações que utilize satélite, geoestacionário ou não, independentemente de o acesso a ele ocorrer a partir do território nacional ou do exterior (art. 170).

Para a execução de serviço de telecomunicações via satélite regulado pela lei, deverá ser dada preferência ao emprego de satélite brasileiro, quando este propiciar condições equivalentes às de terceiros (LGT, art. 171, *caput*). E o emprego de satélite estrangeiro somente será admitido quando sua contratação for feita com empresa constituída segundo as leis brasileiras e com sede e administração no País, na condição de representante legal do operador estrangeiro (LGT, art. 171, § 1º). A preferência de uso de satélite brasileiro para a execução de serviços de telecomunicações é disciplinada pelo art. 10 do Regulamento da Anatel.

Detalhando o que se deve entender por “condições equivalentes”, o parágrafo único do art. 10 do Regulamento da Anatel exige que, concomitantemente: (i) os prazos sejam compatíveis com as necessidades da prestadora; (ii) as condições de preço sejam equivalentes ou mais favoráveis; e (iii) os parâmetros técnicos atendam os requisitos do projeto da prestadora. Ou seja, reunidos todos os requisitos regulamentares, deverá ser usado satélite brasileiro. Caso contrário, haverá total igualdade de tratamento, e a prestadora de serviços de telecomunicações poderá optar também pelo uso de satélite estrangeiro.

⁷ O regulamento aprovado pela Resolução Anatel nº 702, de 01 de novembro de 2018, define os critérios de cobrança do Preço Público pelo Direito de Exploração de Satélite.

⁸ Cabe à União Internacional de Telecomunicações – UIT, da ONU, gerenciar os recursos de órbita e de espectro para que possam ser utilizados de forma justa e equânime por todos os países, denominados Administrações. Para que o satélite de uma Administração possa ocupar uma determinada posição na órbita geoestacionária, e permitir o uso de uma porção do espectro de frequências, é necessário que se efetue previamente um procedimento de coordenação com as demais Administrações que também detêm satélites que podem suscitar interferências prejudiciais. Este procedimento de coordenação é disciplinado no Regulamento de Radiocomunicações da UIT (RR).

No passado, a LGT previa outra desigualdade no regime jurídico das operadoras de satélites brasileiros e estrangeiros: licitação para a outorga da Anatel, aplicável no caso das operadoras de satélites brasileiros e inaplicável às operadoras de satélites estrangeiros. Sendo exigível a licitação, porque factível a competição entre possíveis operadoras de satélites brasileiros, a LGT previa que deveria ser seguido, no que coubesse, o procedimento para as licitações de concessões de serviços de telecomunicações explorados no regime público (LGT, arts. 88 e 89). Se inexigível ou desnecessária a licitação (LGT, arts. 91 e 92)⁹, o direito de exploração de satélite seria conferido mediante processo administrativo estabelecido pela Agência.

Era o que dispunha o art. 172 da LGT, em seus §§ 2º e 3º. Porém, com o advento da Lei nº 13.879, de 03 de outubro de 2019, que alterou a LGT, o § 3º foi revogado e o § 2º passou a prever apenas que o “direito de exploração será conferido mediante processo administrativo estabelecido pela Agência”. Note-se que o § 4º também foi alterado para prever que o pagamento pelo direito de exploração pode agora ser convertido em compromissos de investimento, conforme diretrizes do Poder Executivo. Anteriormente, o pagamento era somente na forma de quantia certa, em uma ou mais parcelas, na forma de parcelas anuais ou, complementarmente, na forma de cessão de capacidade, conforme a regulamentação da lei. Senão vejamos:

~~“Art. 172. O direito de exploração de satélite brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações assegura a ocupação da órbita e o uso das radiofrequências destinadas ao controle e monitoração do satélite e à telecomunicação via satélite, por prazo de até quinze anos, podendo esse prazo ser prorrogado, uma única vez, nos termos da regulamentação.~~

Art. 172. O direito de exploração de satélite brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações assegura a ocupação da órbita e o uso das radiofrequências destinadas ao controle e monitoração do satélite e à telecomunicação via satélite, por prazo de até 15 (quinze) anos, podendo esse prazo ser prorrogado, nos termos da regulamentação, desde que cumpridas as obrigações já assumidas.

⁹ Lei nº 9.472/97: “Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

§ 1º Considera-se inviável a disputa quando apenas um interessado puder realizar o serviço, nas condições estipuladas.

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço por todos os interessados que atendam às condições requeridas.

§ 3º O procedimento para verificação da inexigibilidade compreenderá chamamento público para apurar o número de interessados.”

§ 1º Imediatamente após um pedido para exploração de satélite que implique utilização de novos recursos de órbita ou espectro, a Agência avaliará as informações e, considerando-as em conformidade com a regulamentação, encaminhará à União Internacional de Telecomunicações a correspondente notificação, sem que isso caracterize compromisso de outorga ao requerente.

~~*§ 2º Se inexigível a licitação, conforme disposto nos arts. 91 e 92 desta Lei, o direito de exploração será conferido mediante processo administrativo estabelecido pela Agência.*~~

§ 2º O direito de exploração será conferido mediante processo administrativo estabelecido pela Agência.

~~*§ 3º Havendo necessidade de licitação, observar-se-á o procedimento estabelecido nos arts. 88 a 90 desta Lei, aplicando-se, no que couber, o disposto neste artigo.*~~

§ 3º (Revogado).

~~*§ 4º O direito será conferido a título oneroso, podendo o pagamento, conforme dispuser a Agência, fazer-se na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, bem como de parcelas anuais ou, complementarmente, de cessão de capacidade, conforme dispuser a regulamentação.*~~

§ 4º O direito de exploração será conferido a título oneroso, podendo o pagamento, conforme dispuser a Agência, ser convertido em compromissos de investimento, conforme diretrizes do Poder Executivo.”
(Grifamos a redação dada pela Lei nº 13.879/2019).

Não que tenha sido vedada para a exploração de satélites brasileiros a realização de licitação¹⁰. Mas a alteração legislativa abriu a possibilidade de utilização de outros instrumentos mais céleres e eficientes, observados os princípios constitucionais da Administração e a regulamentação da Anatel, que deverá se adequar à nova realidade

¹⁰ Ou seja, em tese a licitação poderia até ser realizada em certos casos se assim dispusesse a regulamentação da Anatel, mas não seria mais obrigatória para todas as hipóteses. A depender da regulamentação, poderia ocorrer algo similar à figura da licitação dispensável, prevista no art. 24 da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93). Explica-se. O conhecimento convencional em matéria de direito administrativo indica que há duas exceções à regra da licitação: a inexigibilidade e a dispensa. Porém, a partir da literalidade da lei, há quem faça a distinção entre licitação dispensada e licitação dispensável. A licitação dispensada consagraria a hipótese de “dispensa legal”, quando a decisão pela não-realização da licitação já foi tomada previamente pelo legislador, não subsistindo qualquer discricionariedade para o administrador. Ao contrário, na dispensa de licitação (art. 24 da Lei nº 8.666/93), também denominada de “dispensa discricionária”, o legislador teria apenas elencado as hipóteses em que o administrador, por decisão discricionária, poderá deixar de licitar. Neste tema, cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2016, p. 390-391.

normativa¹¹. O importante, então, é atentar para a mudança de paradigma: antes se tinha um modelo licitatório mais rígido, de caráter financeiro; agora, a lei procura conferir mais flexibilidade e agilidade ao modelo, com vistas a maior atratividade aos agentes de mercado e para captar investimentos para o setor.

Inevitavelmente, contudo, fato é que se aproximam ainda mais os regimes jurídicos das operadoras de satélites brasileiros e estrangeiros no momento em que a lei não mais exige licitação em qualquer hipótese. Nos termos do regulamento aprovado pela Resolução Anatel nº 220/2000, o direito de exploração de satélite brasileiro é “o que assegura a ocupação da órbita e o uso das radiofrequências destinadas ao controle e monitoração do satélite e à telecomunicação via satélite” (art. 2º). Já o direito de exploração de satélite estrangeiro é “o que permite o provimento de capacidade de satélite estrangeiro no Brasil e o uso das radiofrequências destinadas à telecomunicação via satélite e, se for o caso, ao controle e monitoração do satélite” (art. 3º).

A outorga do direito de exploração de satélite brasileiro também tem por objeto permitir o provimento de capacidade satelital sobre o território brasileiro, apenas que com recursos de órbita e espectro associados a redes de satélites brasileiras. Conforme o Regulamento da Anatel, o procedimento para a conferência de direito de exploração de satélite brasileiro pode ser iniciado com a realização de chamamento público, a fim de verificar a pluralidade de interessados.

No caso do direito de exploração de satélites estrangeiros, nem licitação, nem qualquer outra forma de processo seletivo se mostra aplicável, porque tais satélites já contam com recursos de órbita e espectro associados a redes de satélites estrangeiros. De acordo com o Regulamento da Anatel, a requerente da outorga já é proprietária do segmento espacial ou a pessoa que detém o direito de operá-lo, total ou parcialmente. A outorga da Anatel apenas se faz necessária para o provimento de capacidade satelital no Brasil, assim como o uso das radiofrequências destinadas à telecomunicação via satélite e, se for o caso, ao controle e monitoração do satélite.

A Agência poderá realizar consulta pública para determinar se é de interesse público conferir o direito de exploração de satélite estrangeiro requerido¹². De outro lado,

¹¹ Note-se que, mesmo anteriormente à alteração promovida pela Lei nº 13.879/2019, se fosse o caso de inexigibilidade de licitação, apurada após chamamento público para verificar pluralidade de interessados, mesmo assim a outorga de direitos de exploração de satélite brasileiro dependeria de procedimento administrativo sujeito aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e contraditório, para verificar o preenchimento das condições relativas às qualificações do interessado (LGT, art. 92).

¹² Art. 11 do regulamento aprovado pela Resolução Anatel nº 220/2000.

é aplicável ao satélite estrangeiro o princípio da reciprocidade, previsto no art. 15 do regulamento aprovado pela Resolução Anatel nº 220/2000¹³. Significa que, antes de conferir o direito de exploração, a Agência poderá considerar o tratamento dispensado a satélites e prestadores de serviços de telecomunicações brasileiros no país cuja administração é responsável pela coordenação ou notificação do satélite estrangeiro.

Interesse público e reciprocidade são princípios fundamentais, que legitimam a exploração dos satélites estrangeiros no Brasil. Mas também são complementares entre si. A Anatel pode aferir se há interesse público na outorga do direito mediante consulta à qual se dará publicidade, e deve observar o respeito mútuo aos acordos e a diplomacia que caracterizam o processo de coordenação na UIT. No entanto, é de interesse público conferir tratamento recíproco, atraindo investimentos estrangeiros ao setor e ampliando a competitividade dos serviços no Brasil.

Para receber a outorga, a operadora de satélite estrangeiro deve comprovar condições de uso do segmento espacial autorizadas no país de origem, obter reconhecimento da Anatel quanto a prévia coordenação técnica dos parâmetros orbitais e radiofrequências associadas, comprovar condições legais, regulamentares e normativas para exploração de satélite, apresentar informações técnicas simplificadas relativas ao sistema de satélite, indicar representante legal no Brasil, e pagar o valor fixado pela Anatel para a outorga. Os requisitos para a outorga de direito de exploração de satélite estrangeiro estão previstos no art. 12 do Regulamento da Anatel, que possui a seguinte redação:

“Art. 12. Para obtenção de direito de exploração de satélite estrangeiro, a proprietária do segmento espacial ou a pessoa que detém o direito de operá-lo, total ou parcialmente, deverá atender os seguintes requisitos:

I - formalização junto à Agência da indicação de seu representante legal no Brasil e do seu comprometimento de manter essa informação atualizada e de prover a capacidade do segmento espacial somente através do representante indicado;

II - obtenção de reconhecimento, pela Agência, da realização de prévia coordenação técnica com a administração brasileira dos parâmetros

¹³ Art. 15. A Agência, antes de conferir o direito de exploração de satélite estrangeiro, poderá considerar aspectos relativos à reciprocidade de tratamento com respeito a satélites e prestadores brasileiros de serviços de telecomunicações no país cuja administração é responsável pela coordenação ou notificação do satélite estrangeiro.

orbitais e radiofrequências associadas, conforme procedimentos do Regulamento de Radiocomunicações da UIT;

III - apresentação das informações técnicas simplificadas relativas ao sistema de satélite, indicando seus possíveis usos, parâmetros orbitais, faixas de frequências a serem utilizadas e área geográfica de cobertura, entre outras julgadas relevantes;

IV - apresentação de documento, expedido pelo órgão competente, que demonstre as condições de uso do segmento espacial que foram autorizadas no país de origem;

V - observância das condições legais, regulamentares e normativas para exploração de satélite, no que couber e, em especial, do disposto no Capítulo VIII;

VI - pagamento, por seu representante legal no País, pelo direito de exploração de satélite estrangeiro e uso das radiofrequências associadas, de valor fixado pela Agência, considerando o disposto no art. 14.

Parágrafo único. O representante legal referido neste artigo deverá ser empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, devendo fazer comprovação desta condição, aplicando-se, no que couber, o disposto no Capítulo II do Título IV do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequências.”

O operador estrangeiro recebe a outorga mediante a celebração de “Termo de Direito de Exploração de Satélite Estrangeiro”, cujo modelo foi aprovado pela Resolução Anatel nº 378, de 24 de setembro de 2004. O item 3.2 do modelo prevê que o operador estrangeiro “não terá direito adquirido à permanência das condições existentes na data de assinatura do presente Termo, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação, nos prazos estabelecidos”. Deste modo, quando o Termo de Direito de Exploração de Satélite Estrangeiro é celebrado, o operador tem ciência de que a lei e a regulamentação poderão mudar futuramente as condições para o exercício do direito.

De acordo com o regulamento aprovado pela Resolução Anatel nº 220/2000, a extinção do direito de exploração de satélite estrangeiro poderá se dar nas seguintes hipóteses: (i) caso não se chegue a um acordo de coordenação técnica dos parâmetros orbitais e radiofrequências associadas, conforme procedimentos do Regulamento de Radiocomunicações da UIT – União Internacional de Telecomunicações, ou em caso de descumprimento do acordo de coordenação técnica; (ii) caso o segmento espacial não entre em operação no prazo de três anos, a contar da data de publicação do termo de

autorização da Anatel no Diário Oficial da União; (iii) através da caducidade, por descumprimento dos termos da legislação, regulamentação ou do termo de outorga; ou (iv) pelo esgotamento de seu prazo de vigência, caso não tenha sido solicitada sua prorrogação ou esta não tenha sido aprovada pela Anatel.

Portanto, à parte dos casos específicos dos itens (i) e (ii) acima, a extinção do direito de exploração de satélite estrangeiro em geral vai ocorrer em hipóteses de caducidade ou término da vigência do termo de outorga. A propósito, confirmam-se os dispositivos relevantes do regulamento aprovado pela Resolução Anatel nº 220/2000:

“Art. 13. No caso em que a coordenação de que trata o inciso II do art. 12 não esteja concluída, a Agência poderá realizar consulta pública, concomitante àquela referida no art. 11, para decidir se é de interesse público o uso das radiofrequências associadas.

§ 1º A Agência poderá determinar ações e prazos a serem cumpridos, estando a manutenção do direito de exploração de satélite estrangeiro sujeita à implementação dos resultados obtidos no acordo de coordenação.

§ 2º Na hipótese de não se chegar a um acordo de coordenação, a Agência poderá extinguir o direito de exploração de satélite conferido.”

“Art. 20. O direito poderá ser extinto caso o segmento espacial não entre em operação no prazo de três anos, a contar da data de publicação do termo no Diário Oficial da União.”

“Art. 63. O direito de exploração poderá ser extinto nas hipóteses previstas em lei, em especial através da caducidade ou pelo esgotamento de seu prazo de vigência, caso não tenha sido solicitada sua prorrogação ou esta não tenha sido aprovada pela Agência.”

Os arts. 13 e 20 do Regulamento da Anatel constam do Capítulo IV, tratando especificamente do direito de exploração de satélites estrangeiros, enquanto o art. 63 aplica-se indistintamente a direitos de exploração de satélites brasileiros e estrangeiros. Como se vê acima, a redação do art. 63 explicita a aplicação do princípio constitucional da legalidade ao direito de exploração de satélite: o direito poderá ser extinto nas

hipóteses previstas em lei (ou com base na lei). As duas principais hipóteses são término da vigência do termo de outorga ou caducidade. Quanto à caducidade, destacamos ainda o caso especificado no art. 54 do regulamento da Anatel, de transferência do direito de exploração de satélite, ou alteração que possa caracterizar transferência de controle da exploradora de satélite, sem prévia anuência da Agência.

Por outras palavras, face ao microsistema jurídico da exploração de satélite, o respectivo direito pode ser extinto, mas somente com base na lei. A regra é que, uma vez outorgado ao operador que preencher os requisitos legais e regulamentares, tal direito deve ser integralmente assegurado, a menos que haja caducidade demonstrada em processo administrativo no qual seja garantida a ampla defesa e o contraditório, ou expire o prazo de vigência da outorga. Tem-se aqui uma nota distintiva do regime jurídico da exploração de satélite no Brasil. A outorga do direito exploração de satélite estrangeiro não pode ser desfeita a qualquer tempo, de forma unilateral pelo Estado, sem ressarcimento ao particular prejudicado.

Não é possível aplicar ao direito de exploração de satélite raciocínio baseado em concepção tradicional do direito administrativo para a qual se teria mera autorização, que, como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, poderia ser revogado por razões de conveniência e oportunidade pela Administração, a qualquer tempo, e sem a necessidade de ressarcimento ao titular da autorização. Aliás, mesmo na doutrina clássica, pelo menos na hipótese de autorização por tempo determinado – chamada de “autorização qualificada” –, também caberia indenização se houvesse revogação discricionária dentro do prazo de validade da autorização, porque “protegida pela palavra da administração”. Neste sentido, as lições de José Cretella Júnior e Maria Sylvia Di Pietro:

“Estabelecido o conceito do instituto da autorização, bem como fixada de modo inequívoco, a respectiva natureza jurídica desse particular tipo de anuência do poder público, em relação à atividade do particular, é possível delinear o regime jurídico dessa figura iuris dentro do direito brasileiro, salientando os seguintes pontos principais: (a) autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a administração, por provocação do particular, faculta ao interessado o desempenho de atividade ou a utilização de parte do domínio público, removendo, para tanto, o obstáculo legal impeditivo; (b) a autorização classifica-se em simples, quando outorgada por tempo indeterminado, qualificada, quando outorgada por tempo determinado, sendo, no primeiro caso, precária, sendo, no segundo caso, protegida pela palavra da administração; (c) o sujeito beneficiado pela autorização não tinha

direito algum preexistente, pois não há direito contra texto expresso de lei proibitivo; (d) a autorização de modo algum se confunde com outros institutos, tais como a permissão, a aprovação, a admissão, a licença e a concessão, todos com diferenças específicas inequívocas, que impedem a identificação (a concessão é contrato; a admissão é ato vinculado; a licença gera direitos); (e) a terminologia pátria está longe de ser uniforme, quer na doutrina, quer no direito positivo, quer, mesmo, na jurisprudência, onde os termos ‘autorização’, ‘permissão’, ‘licença’ e ‘concessão’ são empregados sem o menor rigor técnico e, o que é mais grave, baralhando-se nas definições, o objeto a definir-se com o definido (‘autorização’ é a ‘permissão’; ‘autorização’ é a ‘concessão’; ‘autorização’ é a ‘licença’), quando o rigor científico impõe que se defina de maneira genérica (‘autorização’ é a ‘outorga’; ‘permissão’ é a ‘outorga’; ‘concessão’ é a ‘outorga’; ‘licença’ é a ‘outorga’), empregando-se, no definido, vocábulo não técnico, pois o contrário levaria à identificação entre institutos diversos, além de infringir cânone expresso da lógica conceitual.”¹⁴

“A fixação de prazo tira à autorização o caráter de precariedade, conferindo ao uso privativo certo grau de estabilidade; vincula a Administração à obediência do prazo e cria, para o particular, direito público subjetivo ao exercício da utilização até o termo final previamente fixado; em consequência, se razões de interesse público obrigarem à revogação extemporânea, ficará o poder público na contingência de ter que pagar indenização ao particular, para compensar o sacrifício de seu direito. Manifesta é a inconveniência de estipular o prazo nas autorizações.”¹⁵

A propósito da especialidade do regime jurídico do direito de exploração de satélite, pedimos licença para transcrever longo mas didático excerto de artigo publicado na Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, por Renata Figueiredo Santoyo, especialista em regulação da área jurídica da Anatel e secretária-executiva da Comissão de Governança e Regimes Internacionais (Comissão Brasileira de Comunicação – CBC 1), e a engenheira Camila Dário Correia Lima:

“Inicialmente, cabe explicarmos o que seria a figura do ‘direito de

¹⁴ CRETILLA JÚNIOR., José. *Definição da autorização administrativa*. Revista de Direito Administrativo nº 149, jul./set. 1982, p. 17.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 695.

exploração de satélite’ e suas características jurídicas. O operador de satélite obtém da Administração brasileira um ‘Direito de Exploração de Satélite’. Essa figura é nova e possui a mesma hierarquia da concessão, permissão e autorização. Na Lei Geral de Telecomunicações (LGT), seu procedimento é análogo à autorização, daí o porquê de suas aplicações se equipararem àquelas da autorização e às disposições presentes no Capítulo II, Título III, para fins de procedimento e licenciamento. Essa figura foi criada porque nenhuma das figuras existentes – nem a concessão, permissão ou autorização –, serviria para definir a figura pertinente aos satélites, que possui suas peculiaridades. Por isso utiliza-se o termo conferir direito de exploração de satélite.

(...)

O direito de exploração de satélite difere da concessão, permissão ou autorização previstas na LGT por não se remeter a um serviço de telecomunicações. Os satélites são, assim como a fibra ótica, por exemplo, um meio para a prestação de um serviço. Para que um operador de satélite possa comercializar sua capacidade espacial em território nacional, é preciso que lhe seja conferido um direito de exploração de satélite. De posse desse direito, os operadores de satélite podem prestar serviços de telecomunicações por meio de satélites brasileiros e estrangeiros. Para compreendermos melhor o porquê de o Direito de Exploração de Satélite não poder ser equiparado à autorização, comparamos ambos os conceitos.

(...)

Comparando os dois conceitos, podemos observar que a autorização trata de um serviço de telecomunicação, enquanto o direito de exploração de satélite assegura a ocupação de uma posição orbital e do espectro de frequência a ela associado para a prestação de serviços de telecomunicações por meio de satélite. O detentor do direito de exploração de satélite comercializa a capacidade espacial de seu satélite para que os prestadores de serviços de telecomunicações possam viabilizar seus serviços, como por exemplo, telefonia, televisão e banda larga.”¹⁶

Portanto, são distintos os regimes jurídicos aplicáveis aos serviços de telecomunicações, explorados mediante concessão, permissão ou autorização, e ao direito de exploração de satélite. Aliás, a própria escolha do instrumento de outorga (“termo de

¹⁶ SANTOYO, Renata Figueiredo; LIMA, Camila Dario Correia. *O processo de coordenação e o direito de exploração de satélite*. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, v. 3, nº 1, 2011, pp. 302-303.

direito”) foi emblemática para selar tal distinção no caso, afastando qualquer discussão sobre a natureza jurídica do instituto, seu sentido e alcance. Não se perquire de concessão, permissão, autorização, licença ou, na linguagem da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), de qualquer outro ato público de liberação nominado¹⁷. Há direito a exploração de satélite, regulado nos termos da LGT e da regulamentação expedida pela Anatel.

Como anotam Renata Figueiredo Santoyo e Camila Dário Correia Lima, diante das questões concretas que se apresentam, muitas vezes “a Anatel tem tratado do direito de exploração de satélite de forma análoga à autorização”¹⁸. Entretanto, se isso implicar atribuir a natureza de ato unilateral, discricionário e precário, podendo ser revogado a qualquer tempo e sem ressarcimento à operadora, então o que verdadeiramente se sucede é uma desnaturação do direito, uma negativa de direito – o que não se pode admitir, por violação à legalidade e à autovinculação da Agência Reguladora às próprias normas que emite¹⁹. Ainda, haverá ofensa à segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança legítima²⁰.

Embora a segurança jurídica constitua um princípio fundamental em qualquer

¹⁷ Lei nº 13.874/2019, art. 1º, § 6º: “Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.”

¹⁸ *Op. cit.*, p. 304.

¹⁹ Como se viu no tópico encerrado, o direito de exploração de satélites deve ser tratado à luz de seu regime jurídico próprio, isto é, das normas da LGT e da regulamentação expedida pela Anatel. Não é possível atribuir ao direito de exploração de satélites natureza jurídica de autorização e pretender impor consequências jurídicas extraídas por doutrina ultrapassada, produzida diante de realidade completamente diferente. Na doutrina atual, confira-se a crítica de Carlos Ari Sunfeld: “O perigo maior quando se enfrenta problemas jurídicos concretos relativos a essas atividades é o de ignorar as normas. Isso convém alertar, vem ocorrendo com frequência: recorre-se acriticamente às lições doutrinárias tentando encaixá-las à força na realidade, sem o menor respeito ao direito positivo vigente” (SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas nos serviços de telecomunicações. In: *Direito Administrativo Econômico*, coordenador SUNDFELD, Carlos Ari. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 318).

²⁰ Na doutrina, cf. COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular os seus Próprios Atos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n 9.784/99)*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 2, abr./mai./jun. 2005. Na jurisprudência, cf. STF, MS 24.268/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 17/09/2004.

Estado que se autoproclame um Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 5º, caput²¹), tendo importância geral em sua dimensão objetiva, em determinados setores da economia regulados pelo Estado (petróleo e gás, energia, mineração, telecomunicações), a segurança jurídica assume papel normativo ainda mais incisivo, protegendo direitos públicos subjetivos²².

Mudanças repentinas das regras vigentes podem acarretar riscos à credibilidade político-econômica do País, afugentando os investimentos internacionais do Brasil em prejuízo da competitividade e do desenvolvimento. Mas estes riscos também podem (e devem) ser mitigados com a garantia da estabilidade do marco regulatório em concreto, salvaguardando-se situações jurídicas individuais de decisões irrazoáveis²³. Preservar direitos de operadoras estrangeiras que atualmente possuem outorgas da Anatel e operam no Brasil também significa resguardar fluxos de investimento em capacidade de satélite no País.

Essa proteção à segurança jurídica e seus subprincípios (boa-fé, proteção da confiança legítima, proibição de comportamento contraditório) foi recentemente reforçada no ordenamento jurídico brasileiro com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/18 (Lei da Segurança Jurídica) na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei nº 4.657/42), e representam a positivação de um longo acúmulo de reflexões da doutrina sobre as novas conformidades da hermenêutica em geral e do direito público em especial²⁴.

²¹ CF/88, art. 5º, *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" 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."

²² Cf. GONZÁLEZ, Jorge Agudo. *Evolución y negación del derecho subjetivo*. Revista Digital de Derecho Administrativo nº 05, jan./jun. 2011, p. 23: "Derechos públicos-subjetivos serán aquellas pretensiones garantizadas al individuo para la satisfacción de sus intereses por normas de Derecho objetivo público. O como afirmaría más tarde Santi Romano, existe derecho público-subjetivo cuando aparece el Estado u otra entidad de carácter público como sujeto de la relación jurídica con un particular, en su calidad de poder público."

²³ MORAIS, Leonardo Euler de. *Risco regulatório sob a ótica da nova economia institucional: uma abordagem para o setor de telecomunicações brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Programa de Pós-Graduação do Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5291/1/3-lugar-tema-2-profissionais.pdf>. Acesso em 26 out. 2020.

²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica*. Revista de Direito Administrativo. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 95.

Nada obstante, vale lembrar: não se nega a prerrogativa de poder que possui a Administração para, à luz de interesse público superveniente, conferir outra destinação a faixas de radiofrequência atualmente em uso por titulares de direito de exploração de satélite. Apenas é preciso que esse direito seja levado a sério e, portanto, haja o devido ressarcimento para a sua supressão parcial, qualquer que seja o titular, independentemente se operador de satélite brasileiro ou estrangeiro.

III. DISCRIMINAÇÃO DAS OPERADORAS DE SATÉLITES ESTRANGEIROS

Discriminações irrazoáveis são vedadas pelo princípio da isonomia jurídica, que é consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição e em diversas normas do sistema jurídico brasileiro. Na LGT, o art. 38 prevê que a atividade da Anatel será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, *razoabilidade*, proporcionalidade, impessoalidade, *igualdade*, devido processo legal, publicidade e moralidade. Tem-se por irrazoável ou desarrazoado o tratamento desigual sem fundamento na Constituição, desprovido de relação lógica (objetiva, racional) com a diferenciação estabelecida.

Como se extrai da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “O princípio de isonomia cogita tão só da igualdade jurídica. Por isso, não veda tratamento desigual aos desiguais e na medida em que se desigualam”²⁵. “O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual”²⁶. “A isonomia sob o ângulo da desigualação reclama correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida que justifique os interesses protegidos na Constituição (adequada correlação valorativa)”²⁷. Na doutrina, tornou-se referência obrigatória o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

“Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.”

²⁵ STF, RE 40980, Rel. Min. Henrique d’Ávila, j. 12/11/1959, DJ 21/01/1960.

²⁶ STF, RE 658312, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/11/2014, DJ 10/02/2015.

²⁷ STF, RE 640905, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15/12/2016, DJ 01/02/2018.

Finalmente, impende analisar se a correlação e o fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.”²⁸

Portanto, agentes econômicos em situação distinta podem receber tratamento jurídico diferenciado de uma agência reguladora, desde que haja um fim legítimo para tanto, o tratamento desigual seja justificável logicamente em razão da medida em que os agentes econômicos efetivamente se desigualem, e sejam respeitados os valores constitucionais aplicáveis. O que é proibido é a discriminação irrazoável, que não seja uma decorrência lógico-racional do critério diferenciador adotado normativamente. A vedação ao arbítrio é o aspecto negativo do princípio da isonomia (proibição de discriminar entre iguais) e, conforme a doutrina de Robert Alexy, aquele que invoca o tratamento diferenciado é que tem o ônus de justificar sua pertinência lógico-racional²⁹.

No caso, como se viu do relato da consulta, três argumentos foram levantados para discriminar as operadoras de satélites estrangeiros e lhes negar o ressarcimento pela desocupação da faixa de radiofrequências: (i) as operadoras de satélites estrangeiros destinariam ao Brasil capacidades satelitais remanescentes, atuando prioritariamente no exterior; (ii) as operadoras de satélites estrangeiros não receberiam a outorga de seus direitos de exploração mediante licitação; e (iii) as operadoras de satélites estrangeiros não teriam qualquer obrigação de cobertura.

Quer dizer, estes seriam os três critérios diferenciadores invocados na hipótese. Para o corpo técnico e a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, apenas as operadoras de satélites brasileiros seriam verdadeiramente prejudicadas com a desocupação da faixa de espectro para a implementação do 5G; e isso depois de se submeterem a regime jurídico mais rigoroso, que exige outorga mediante licitação e obrigações de cobertura satelital.

Analisemos se haveria correlação lógica entre o tratamento desigual pretendido e os critérios diferenciadores referidos acima. No caso, o tratamento distinto seria o de negar ressarcimento às operadoras de satélites estrangeiros pela desocupação da faixa de radiofrequências necessária para a exploração pelas redes móveis de 5G. O dever de ressarcir na hipótese resultará, porém, da presença dos seguintes elementos: (i)

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 21.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 407-409.

expropriação do direito de exploração de satélite – ainda que parcial; (ii) perdas e danos; e (iii) nexos de causalidade – a relação lógica de causa e efeito entre a conduta estatal e os prejuízos incorridos pelo particular.

Quanto ao primeiro elemento, não se discute o interesse público em que se fundamentarão a alteração das normas da Anatel e o edital de licitação do 5G, apenas que irão afetar negativamente a esfera jurídica do titular do direito de exploração de satélite. A propósito, o Parecer nº 00636/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU não nega (e nem poderia) o fato de que as operadoras de satélites estrangeiros serão afetadas, mas presume que serão “*pouco afetadas pela modificação da destinação e desocupação da faixa*” (item 267) porque atuariam prioritariamente fora do país e destinando ao Brasil apenas capacidades satelitais remanescentes.

No entanto, seja qual for a capacidade satelital destinada à cobertura do território brasileiro, a necessária limpeza da faixa de radiofrequências exigirá a supressão do direito de exploração de satélite, justificando o ressarcimento. As operadoras de satélites estrangeiros também devem ser ressarcidas, na proporção dos prejuízos que vierem a sofrer. Se as operadoras de satélites brasileiros de fato experimentarem maiores prejuízos, o tratamento desigual admissível será o ressarcimento em patamares superiores. Isonomia significa tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem.

Neste ponto, tem-se a verificação do segundo elemento: as perdas e danos. Igualmente, não se vislumbra razão pela qual operadoras de satélites brasileiros e de satélites estrangeiros poderiam ser discriminadas neste particular. Seguindo-se a regra do direito brasileiro, de que cabe ao Estado compensar os particulares submetidos a sacrifício ou expropriação de direitos mesmo quando resultantes de atos estatais legítimos³⁰, todas as operadoras deverão ser ressarcidas pelos prejuízos que de fato vierem a sofrer. E o ressarcimento será integral, por todas as perdas e danos efetivamente demonstradas.

No caso, como o próprio Parecer nº 00636/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU chegar a reconhecer, o prazo das outorgas da Anatel e suas possíveis prorrogações visa a garantir o retorno dos investimentos, tornando a atividade atrativa aos agentes econômicos (item 41). No momento em que planejam o lançamento dos satélites, os

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Revisão da Desapropriação no Brasil*. Revista de Direito Administrativo nº 192, abr./jun. 1993, p. 48: “Os sacrifícios retiram de um ou alguns indivíduos possibilidades de fruição garantidas à generalidade dos que se encontram na mesma situação. Tais direitos são suprimidos em benefício da sociedade. Tem-se assim prejuízo individual em proveito coletivo, que deve ser reparado pelo Poder Público. De outro modo, os ônus para atendimento dos interesses públicos seriam lançados sobre poucos, e não divididos entre todos, em clara afronta à isonomia. O princípio da igualdade, assegurado pelo art. 5, ‘caput’, do Texto Constitucional impõe, destarte, o ressarcimento.”

agentes econômicos levam em consideração verdadeiros custos afundados (*sunk costs*) dedicados à cobertura do território brasileiro pelo tempo de vida útil dos satélites³¹. Todavia, os investimentos fazem sentido precisamente porque as normas aplicáveis à outorga estabelecem o prazo de até quinze anos, prorrogáveis por mais quinze anos.

A prorrogabilidade do prazo de validade da outorga do direito de exploração de satélites advém justamente da necessidade de alinhamento do período de exercício do direito com a vida útil dos satélites, que, em média dura quinze anos, mas pode variar por razões técnicas³². Na prática, é possível inclusive que a outorga inicial seja conferida por prazo inferior a quinze anos, por solicitação da outorgada tendo em vista, por exemplo, fluxos de despesa com a outorga ou alinhamento com o prazo outorgado na administração de origem do satélite, porém os satélites são via de regra planejados, técnica e financeiramente, para operar no País por toda sua vida útil.

Outro aspecto relevante a ser considerado é o já citado princípio da reciprocidade. Não se pode admitir que uma operadora de matriz norte-americana deixe de ser ressarcida pelos prejuízos que tiver em função da implementação do 5G no Brasil, recebendo assim tratamento diferente do que foi dispensado a operadora brasileira nos Estados Unidos. Lá, o plano de limpeza da *Federal Communications Commission* (FCC) totalizou US\$ 9,7 bilhões em indenizações para as operadoras de satélite operando na faixa da Banda C que precisará ser desocupada, e a empresa Star One, da Embratel, receberá US\$ 13,6 milhões no total³³. Aliás, o Brasil já assumiu compromisso específico na Organização Mundial de Comércio (OMC) com relação à não-discriminação entre operadores de satélites brasileiros e estrangeiros³⁴.

Quanto à extensão da compensação, com o advento da Lei da Segurança Jurídica, há inclusive quem defenda o direito de compensação dos custos e externalidades negativas (outros prejuízos) do processo administrativo e – se necessário – judicial, para

³¹ NEVEN, Damien, et al. *Sunk in Space: The Economics of the European Satellite Industry and Prospects for Liberalization*. Economic Policy, vol. 8, nº 17, 1993, pp. 402-432.

³² SANTOYO, Renata Figueiredo; LIMA, Camila Dario Correia. *Op. cit.*, p. 305.

³³ Cf. *C-band spectrum will be made available for 5g services on an accelerated basis*. News from the Federal Communications Commission. Disponível em: <https://docs.fcc.gov/public/attachments/DOC-362743A1.pdf>. Acesso em 28 out. 2020.

³⁴ Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=229616,61310,39074,954,37477,10322&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em 29 out. 2020.

obter o devido ressarcimento pelo direito. Comentando o art. 27 da LINDB³⁵, o qual visa combater o descompasso muitas vezes existente nos processos estatais, entre os custos assumidos por quem decide nos processos e os custos suportados pelos afetados, Carlos Ari Sunfeld e Alice Voronoff asseveram que:

*“Autoridades públicas também erram quanto ao direito material cuja fruição dependa de liberação por ato público. Quando isso acontece, o sujeito prejudicado tem de suportar custos e externalidade para, em processo adequado, lograr a correção do erro. Se a decisão final não pudesse impor a compensação, o ônus financeiro suportado equivaleria à privação parcial do direito material, ainda quando este tiver sido reconhecido em sua substância. Se o poder público nunca tiver de suportar compensações pelos erros dos atos das autoridades públicas – ao menos quando graves, anormais ou injustos os prejuízos causados –, faltarão incentivos fortes para evitá-los.”*³⁶

Aliás, de acordo com a proposta do corpo técnico da Anatel, os custos a serem ressarcidos são aqueles associados à operacionalização do processo de realocação da faixa de radiofrequências, incluindo trocas de equipamentos, reapontamento de antenas e serviços técnicos que visem à desativação das estações terrenas cadastradas na base de dados da Anatel até 31 de dezembro de 2020. Contudo, sequer foi publicada ainda a versão final do edital de licitação do 5G, de modo que o referido prazo de cadastramento deverá ser revisto para que seu cumprimento possa ser factível – como exige o princípio da razoabilidade sob o aspecto da congruência na elaboração e aplicação das normas jurídicas³⁷.

O terceiro elemento a ser analisado é o nexo de causalidade. A circunstância de operar-se satélite estrangeiro, e não brasileiro, não afasta a relação de causa e efeito entre

³⁵ Decreto-Lei nº 4.657/1942, art. 27: “A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.” (Incluído pela Lei nº 13.655/2018).

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. *Art. 27 da LINDB: Quem paga pelos riscos dos processos?* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 176.

³⁷ Enquanto dever de congruência, “a razoabilidade exige a harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação” A fim de que uma norma – ou qualquer ato jurídico – possa ser considerado “razoável” é necessário um suporte empírico adequado para a medida adotada. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 98.

a conduta estatal e os prejuízos que serão incorridos pelo particular na hipótese. O Parecer nº 00636/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU pode dar a entender imputação de “culpa exclusiva da vítima” – causa excludente de responsabilidade, que rompe o nexo de causalidade –, ao alegar que as operadoras de satélites estrangeiros atuam prioritariamente fora do país e destinando ao Brasil apenas capacidades satelitais remanescentes. Todavia, se a prática indica que há satélites estrangeiros com percentual de cobertura no Brasil superior ao que a Anatel exige dos satélites brasileiros, o argumento não se sustenta.

A Anatel não pode fechar os olhos para a realidade econômica da atividade de exploração dos satélites estrangeiros. Além da questão já mencionada dos custos afundados (*sunk costs*), que torna essencial a segurança jurídica para o planejamento do lançamento de satélites, segundo informações da Consultante, não é verdade que são destinadas ao Brasil apenas capacidades satelitais remanescentes. As razões são múltiplas: o maior mercado da América Latina é o brasileiro; nenhum outro país da região com demanda satelital relevante possui cobertura da chamada Banda C estendida (3,625-3,7 GHz); o outro mercado que poderia ser comparável, do México, o qual possui a Banda C estendida, normalmente não compartilha feixes com o Brasil; e há feixes de cobertura exclusivos para o Brasil (e.g., do satélite Intelsat 35e). Por outro lado, nem a LGT, nem qualquer norma expedida pela Anatel exige das operadoras de satélites brasileiros que se dediquem prioritariamente à cobertura do território nacional.

Ainda, para a destinação de capacidade satelital a outras localidades, além da análise de viabilidade técnica e econômica, será também preciso verificar se a faixa de radiofrequências poderá ser utilizada pelo satélite estrangeiro e se haverá direito de exploração no outro país. Mais uma vez, portanto, o que se percebe é que o corpo técnico e a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel simplesmente presumem distinções entre operadoras de satélites brasileiros e estrangeiros para lhes impor um tratamento diferenciado, que, sem base na realidade, revela-se irrazoável.

Adicionalmente à distinção fática relativa aos prejuízos que poderão sofrer as operadoras de satélites brasileiros e estrangeiros, também é alegado, do ponto de vista jurídico, que as titulares de direito de exploração de satélites estrangeiros não participam de licitação para obtenção da outorga, e não estão sujeitas a qualquer obrigação de cobertura, podendo encerrar suas operações no país sem as condicionantes impostas às exploradoras de satélites brasileiros. Então, indaga-se: a diferença apontada é suficiente para justificar o tratamento discriminatório de negar ressarcimento às operadoras de satélites estrangeiros na hipótese?

A LGT, em seu art. 171, estabelece o direito de preferência ao emprego de satélite

brasileiro se as condições forem equivalentes às apresentadas para satélite estrangeiro. Aqui, há fim legítimo para a diferenciação, pois o desenvolvimento dos satélites brasileiros atende a notório interesse público. Mas, como se viu, a própria licitação já deixou de ser exigida pela LGT para a outorga do direito de exploração de satélite brasileiro, por força da Lei nº 13.879/2019 – a demonstrar que não se tratava de distinção ontológica fundamental entre operadoras de satélites brasileiros e estrangeiros.

Não bastasse, o art. 63 do regulamento aprovado pela Resolução Anatel nº 220/2000 – aplicável indistintamente a operadoras de satélites brasileiros e estrangeiros – explicita que o direito de exploração somente poderá ser extinto apenas nas hipóteses previstas em lei. Como regra, uma vez outorgado ao operador que preencher os requisitos legais e regulamentares, tal direito deve ser integralmente assegurado, a menos que haja caducidade demonstrada em processo administrativo no qual seja garantida a ampla defesa e o contraditório, ou expire o prazo de vigência da outorga.

De modo que, havendo supressão do direito de exploração de satélite, total ou parcial, caberá o ressarcimento na medida das perdas e danos sofridos, independentemente se por operadoras de satélites brasileiros ou estrangeiros. Aplica-se a antiga máxima hermenêutica: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, ou seja, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete (ou à Administração) fazê-lo. E, como se está diante de lesão ou ameaça a direito, é inafastável o controle do Poder Judiciário na hipótese.

IV. CONTROLE OU SINDICABILIDADE JURISDICIONAL

O princípio da inafastabilidade do controle ou sindicabilidade jurisdicional (do direito de ação, ou do livre e pleno acesso à Justiça) está previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Encartada no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição, a garantia de jurisdição é tida como a garantia das garantias (ou garantia de fechamento)³⁸, e dispensa maiores comentários. O art. 3º do Código de Processo Civil, de 2015, prevê de forma ainda mais ampla que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Sem prejuízo, considerando a razão de ser e o arcabouço jurídico aplicável às agências reguladoras, muitos defendem que, devido ao conteúdo eminentemente técnico de suas normas e decisões, o Poder Judiciário deve manter uma postura de deferência,

³⁸ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 227 e ss.

apenas intervindo em situações de flagrante ilegalidade ou teratologia. Principalmente porque é nas agências reguladoras que se encontrariam servidores tecnicamente capacitados para lidar com as complexidades e peculiaridades dos diversos setores regulados. Sobre a discricionariedade técnica e a garantia legítima da autonomia das agências reguladoras, Marco Antônio Tura ensina que:

"Tipicamente, as agências reguladoras encarregam-se da elaboração e implementação de parâmetros técnicos, segundo os meios e os modos e para atenderem aos fins e objetivos fixados em normas, tendo em vista opções e pretensões consubstanciadas em políticas. Elas não devem fixar os fins e objetivos e não devem definir opções e pretensões. É no exercício dessa função (dever-poder) de regular, de função consistente na elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo, e não de outras funções, quaisquer que sejam, que deve haver a garantia de autonomia, seja frente aos agentes e entes regulados, seja frente aos agentes, órgãos e entes encarregados de outras funções não-técnicas."³⁹

Mesmo que os juízes possam se socorrer de experts, não é possível reproduzir no âmbito do processo judicial as condições institucionais de entidades às quais a Constituição e a lei atribuem competências setoriais e extremamente técnicas. Faz-se compreensível, portanto, que o Judiciário adote maiores cautelas na revisão de atos normativos e administrativos das agências reguladoras. O problema, que também é amplamente reconhecido, é que o parâmetro abstrato de maior deferência judicial só tem o condão de levar aos melhores resultados quando estão presentes as condições que o pressupõem, empíricas e institucionais. E, claro, se a questão envolvida for mesmo de alto grau de discricionariedade técnica. Em caso envolvendo revisão de decisão da Anatel, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 267, § 3º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). DIVERSAS ARBITRAGENS ADMINISTRATIVAS LEVADAS A CABO PELA ANATEL. DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA EM CONFLITO ENTRE PARTES DIFERENTES, MAS COM O MESMO OBJETO. MATÉRIA DE ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. EXTENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ÀS

³⁹ TURA, Marco Antônio Ribeiro. *A Autonomia das Agências Reguladoras*. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC, 2002, pp. 206-207.

HIPÓTESES QUE ENVOLVEM OUTRAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DEVER DO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA DEFERÊNCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA, DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA. EVITAÇÃO DE DISTORÇÕES CONCORRENCIAIS. REVISÃO DA EXTENSÃO DA LIMINAR DEFERIDA NO PRESENTE CASO.

1. Trata-se de recurso especial interposto por TIM Celular S/A contra acórdão em que, ao confirmar liminar deferida na primeira instância, entendeu-se pela fixação de um Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M) diferente do originalmente pactuado entre as partes em razão da implementação de um sistema de interconexão fundado exclusivamente na cobertura de custos, que não possibilita excesso de vantagens econômicas para as operadoras que permitem o uso de suas redes por terceiros.

(...)

6.4. Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo -, e, na espécie, a cautela possível é apenas promover o redimensionamento da tutela antecipada aos termos do Despacho Anatel/CAI n. 3/2007.⁴⁰ (Grifamos).

No caso acima, se fosse mantida decisão judicial em desconformidade com o valor de referência estabelecido pela Anatel para todas as outras operadoras de telefonia, haveria violação ao direito de uma delas enquanto participante de um ambiente concorrencial, eis que somente tal operadora teria que suportar o uso da rede por preço abaixo do cobrado pelas demais. Contudo, ainda que diante de questão reputada de alto grau de discricionariedade técnica, o Judiciário entendeu que tinha o dever de agir, e assim o fez decidindo com fundamento tanto nos princípios da deferência técnico-administrativa como, especialmente, no princípio da isonomia.

Na hipótese analisada no presente parecer, é curioso notar que a própria Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel reconhece explicitamente o risco de judicialização, em função do qual sugere “(i) solicitar que as empresas concretamente afetadas manifestem renúncia expressa do direito de ajuizar ação para discutir o valor do ressarcimento a ela atribuído no edital e (ii) endereçar na disciplina do Edital as situações em que a prestadora não renuncia e/ou ajuíza ação para questionar o valor de ressarcimento, (iii) cabendo à Agência avaliar, nesses casos, se opta por prosseguir ou revogar a licitação na parte afetada pela questão litigiosa” (item 389 do Parecer nº 00636/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU).

⁴⁰ STJ, REsp 1171688/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01/06/2010, DJ 23/06/2010.

No tocante à discriminação das operadoras de satélites estrangeiros, porém, vale destacar que não há questão de alto grau técnico envolvida. Como se viu, a controvérsia fica centrada nos critérios diferenciadores invocados pelo corpo técnico e a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, e no direito ao ressarcimento às operadoras de satélites estrangeiros pela desocupação da faixa de espectro para a implementação do 5G no Brasil.

E, quanto aos supostos critérios diferenciadores, além da presunção de que apenas as operadoras de satélites brasileiros seriam verdadeiramente prejudicadas com a alteração das normas da Anatel e o leilão do 5G, a argumentação defendida seria eminentemente jurídica, de que apenas as operadoras de satélites brasileiros é que devem ser ressarcidas por se submeterem a regime jurídico mais rigoroso, que exige outorga mediante licitação e obrigações de cobertura satelital. Entretanto, como se viu ao longo deste parecer, as referidas premissas jurídicas não se sustentam e, havendo a desocupação de faixa de radiofrequência, as operadoras de satélites estrangeiros não terão dificuldade em comprovar efetivos prejuízos.

Portanto, será cabível na hipótese o controle jurisdicional, como também será cabível o controle pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que deverá se manifestar sobre o edital da licitação do 5G, os questionamentos e as impugnações ao edital, nos termos da Instrução Normativa TCU nº 27/1998. Afinal, a discriminação irrazoável das operadoras de satélites estrangeiros poderá trazer consequências ainda mais negativas para o próprio Erário se não restar outra alternativa senão a judicialização⁴¹.

V. DA CONCLUSÃO

Em vista de todo o exposto, é possível concluir que as operadoras de satélites estrangeiros que receberam a respectiva outorga da Anatel são titulares de direito público subjetivo, o qual deverá ser assegurado nos termos da Lei Geral de Telecomunicações

⁴¹ Cf. FURTADO, Lucas da Rocha. *O papel das agências no Estado brasileiro: considerações sobre a discricionariedade técnica*. Revista do TCU 98, out./ dez. 2003, p. 15: “Inserir o poder das agências de regular determinado segmento do mercado no campo da discricionariedade, e não do regulamentar, não importa em outorga-lhes independência absoluta. Ao contrário, de há muito se discute a possibilidade de ser exercido, não apenas pelos Tribunais de Contas, mas também pelo próprio Poder Judiciário controle de legitimidade sobre a atuação discricionária do administrador, tendo no princípio da razoabilidade instrumento adequado para tal mister. Sob a ótica do Poder Legislativo, o poder de que dispõe o Congresso Nacional, por meio de seu braço operante, que é o TCU, de realizar auditorias operacionais permitiria a fiscalização da atuação das agências sob ótica mais ampla, incluindo além de aspectos de legalidade e de legitimidade, aspectos de economicidade – o que importaria, segundo abalizada doutrina, exame do próprio mérito da atuação administrativa.”

(LGT – Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) e do Regulamento sobre Direito de Exploração de Satélite, aprovado pela Resolução Anatel nº 220, de 5 de abril de 2000.

Havendo a supressão parcial do direito, pela destinação de faixa de radiofrequências para a implementação das redes de telecomunicações de quinta geração, caberá o ressarcimento de todas as operadoras de satélites prejudicadas, na medida das perdas e danos sofridos por cada uma, independentemente se operarem satélites brasileiros ou estrangeiros.

Se o direito em questão não for observado pela Anatel, será cabível na hipótese o controle externo pelo Tribunal de Contas da União, que deverá se manifestar sobre o edital da licitação do 5G, os questionamentos e as impugnações ao edital, nos termos da Instrução Normativa TCU nº 27/1998. Como também poderá caber ação perante o Poder Judiciário, conforme garantem o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, e o art. 3º do Código de Processo Civil de 2015.

Sendo esses os nossos comentários para o momento, colocamo-nos à inteira disposição de V.Sas. para prestar quaisquer outros esclarecimentos que se façam necessários.

BARBOSA, RAIMUNDO, GONTIJO, CÂMARA ADVOGADOS

* * * * *

Nossos comentários referem-se exclusivamente à matéria objeto do questionamento de V.Sas. Não expressamos opinião quanto a qualquer matéria ou caso diverso do apresentado neste memorando. O presente memorando é dirigido às pessoas às quais está endereçado e seus respectivos consultores legais, e, sem nosso consentimento escrito, não poderá ser divulgado para nenhuma outra pessoa, para qualquer outro propósito.

Muito embora os comentários acima tenham sido cuidadosamente pesquisados e reflitam nossa opinião profissional, não se deve tomá-los por garantia em uma área do direito na qual a ausência de uma decisão administrativa ou judicial final ainda possa gerar diferentes interpretações.

O memorando acima é baseado na jurisprudência e legislação pertinentes à matéria na data da sua elaboração. Os comentários nele apresentados não restam válidos em caso de mudanças futuras na legislação brasileira sobre o tema.