

GRUPO II – CLASSE V – Plenário

TC 021.350/2020-5 [Apenso: TC 045.707/2020-0]

Natureza: Relatório de Acompanhamento.

Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Telecomunicações;
Ministério das Comunicações.

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO. PRORROGAÇÃO DAS OUTORGAS DE RADIOFREQUÊNCIA. APLICABILIDADE DO ART. 167 DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES (LGT), COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.879/2019, ÀS BANDAS A, B, 2G, 3G E 4G. CONDICIONANTES TÉCNICAS A SEREM AVALIADAS NAS RESPECTIVAS PRORROGAÇÕES. FRAGILIDADES DAS ANÁLISES RELACIONADAS ÀS OUTORGAS DAS BANDAS A E B. RISCOS ORIUNDOS DO USO DE METODOLOGIAS DISTINTAS PARA O CÁLCULO DO VALOR DE OUTORGA A SER PAGO PELA AUTORIZATÁRIA. CIÊNCIAS. RECOMENDAÇÕES.

RELATÓRIO

Transcrevo a seguir o relatório de fiscalização lavrado por equipe da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (peça 223), que contou com a anuência do corpo dirigente daquela unidade (peças 224 e 225):

“1. Introdução

1.1. IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO DE AUDITORIA

6. *O objeto geral do presente relatório de acompanhamento consiste nos atos e decisões da Anatel e do Ministério das Comunicações (MC) no processo de gestão das outorgas de uso de radiofrequências conferidas antes das alterações de 2019 na Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Mais especificamente, pretende-se analisar os processos administrativos e as respectivas decisões da Anatel acerca da possibilidade de nova prorrogação de faixas de radiofrequências conferidas no período anterior à Lei 13.879/2019, cujas autorizações de uso possuem prazo de vigência previsto em edital e com possibilidade de uma única prorrogação, e analisar as metodologias adotadas pela agência para a definição e o cálculo dos valores devidos em caso de nova prorrogação das outorgas.*

1.2. ANTECEDENTES NO TCU

7. *Historicamente, o TCU vem acompanhando processos de desestatização de serviços públicos no âmbito da atual Instrução Normativa (IN) TCU 81/2018, que substituiu a IN TCU 27/1998. As Decisões 320/2000, 402/2000 e 776/2003, todas do Plenário do TCU e de relatoria dos Min. Bento Bugarin, Valmir Campelo e Lincoln Magalhães da Rocha, respectivamente, deixam claro que as autorizações de uso de radiofrequência outorgadas pela Anatel devem ser acompanhadas nos termos dos referidos normativos. Como exemplos desse tipo de processo realizado pelo Tribunal, citam-se o TC 023.855/2007-0, que tinha como objetivo acompanhar a licitação das faixas de frequência destinadas à prestação da telefonia móvel em tecnologia 3G, e os processos TC 007.574/2012-6 e TC 016.257/2014-6, que acompanharam os leilões das faixas usadas para 4G.*

8. Assim como os leilões que outorgam bens e serviços públicos ao setor privado, as prorrogações dessas outorgas também são objeto de acompanhamento pelo TCU em todos os setores de infraestrutura. Citam-se, como exemplo, o TC 011.764/2018-0 e o TC 003.379/2015-9, ambos do setor elétrico, e o TC 030.098/2017-3 do setor portuário, entre diversos outros. O presente processo de Racom decorre de deliberação constante em Despacho de 5/6/2020 do Min. Augusto Nardes (TC 020.157/2020-7).

9. Registre-se que, em 16/10/2020, em atendimento ao art. 10, **caput**, da IN TCU 81/2018, a Anatel encaminhou ao TCU o extrato de informações sobre a prorrogação do direito de uso de radiofrequências, na faixa de 800 MHz (Banda A), associadas à exploração do Serviço Móvel Pessoal (SMP) no estado do Rio de Janeiro pela Telefônica Brasil S.A., tendo sido autuado o processo de desestatização TC 045.707/2020-0 para analisar essa prorrogação. A Anatel planeja assinar os termos de prorrogação em 15/3/2021, porém foi expedido ato pela agência para possibilitar que a frequência continue sendo usada para prestação do serviço de telefonia móvel, de forma provisória, pelo tempo que for preciso para concluir o processo de análise do pedido de prorrogação do termo de autorização por parte da agência e do TCU.

10. Tendo em vista que a fundamentação legal trazida pela Anatel para ter analisado e anuído com a prorrogação dessas frequências consistia no art. 167 da LGT, com a redação dada pela Lei 13.879/2019, e no art. 12 do Decreto 10.402/2020, identificou-se a existência de conexão com o presente processo. Isso porque, antes de qualquer análise sobre os estudos e cálculo da prorrogação das autorizações deste processo, deveria ser avaliada a legalidade da prorrogação, em si, de tais termos e dos demais assinados antes da Lei 13.879/2019, o que é objeto deste Racom.

11. Nesse sentido, o Acórdão 38/2021-TCU-Plenário determinou o apensamento do processo de desestatização ao presente Racom:

1.6. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.6.1. alterar a relatoria do presente processo para o Ministro Augusto Nardes, por existência de conexão com o TC 021.350/2020-5;

1.6.2. apensar provisoriamente, com base no art. 18-F da Resolução TCU 175/2005, incluído pela Resolução-TCU 321, de 28/10/2020, e nos arts. 36 e 37 da Resolução TCU 259/2014, os autos até a conclusão da apreciação de mérito do processo TC 021.350/2020-5, cuja repercussão poderá impactar o objeto da presente desestatização, entre outras questões;

12. Deste modo, o referido TC 045.707/2020-0 encontra-se com sua tramitação suspensa, aguardando que o Plenário do TCU se manifeste acerca da legalidade das prorrogações de termos de autorizações de frequências assinados antes da edição da Lei 13.879/2019, no âmbito do presente Racom.

1.3. OBJETIVOS E ESCOPO DO RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO

13. O objetivo geral da presente fiscalização é o acompanhamento do processo de gestão de outorgas de uso de radiofrequências conferidas antes das alterações de 2019 na Lei Geral de Telecomunicações (LGT), incluindo eventual definição sobre a aplicação, para as atuais autorizações de uso de radiofrequência, da prorrogação sucessiva introduzida pela Lei 13.879/2019 no art. 167 da LGT para as outorgas conferidas após a sanção da lei, em 3/10/2019. Vários fatores justificam a relevância da atuação do TCU nessa fiscalização.

14. As radiofrequências são infraestrutura essencial de rede do setor de telecomunicações, sendo um bem público escasso indispensável para a prestação do serviço de telefonia móvel em todos os municípios do país. Assim, qualquer decisão a ser tomada pelo órgão regulador poderá ter impacto tanto nas condições da prestação desse serviço, quanto no setor de telecomunicações. Além disso, eventual aplicação retroativa de permissão legal para prorrogação de outorgas que não poderiam ser prorrogadas mais de uma vez, conforme a LGT antes de sua alteração, pode se transformar em um exemplo negativo no que tange à segurança jurídica dentro e fora do setor de telecomunicações, dado que os editais e os termos de autorização assinados traziam a expressa manifestação de prorrogação

por uma única vez, além de representar uma possível ilegalidade e causar um potencial dano ao erário da ordem de milhões ou até bilhões de reais.

15. Assim, como objetivo específico, pretende-se examinar se a atuação da Anatel quanto a eventual decisão sobre nova prorrogação do prazo de outorgas de uso de radiofrequências conferidas no período anterior à Lei 13.879/2019 está em conformidade com a legislação, promove a eficiência no uso dos recursos escassos e contempla a verificação do atendimento ao interesse público. Outro objetivo é analisar se a metodologia adotada pela Anatel para a definição e o cálculo dos valores de prorrogações de autorizações de radiofrequências está aderente ao ordenamento jurídico e à jurisprudência consolidada quanto à valoração econômica de outorgas, mapeando os riscos da aplicação de tal metodologia em futuras prorrogações de outorgas.

16. Como escopo, pretende-se realizar trabalho para avaliar a legalidade, a eficácia, a eficiência, a efetividade, a economicidade e a busca pelo atendimento ao interesse público do processo de gestão realizado pela Anatel, sobre as outorgas de uso de radiofrequências, incluindo eventual definição sobre a aplicação da prorrogação sucessiva, introduzida para novas outorgas pela Lei 13.879/2019 no art. 167 da LGT e regulamentada pelo Decreto 10.402/2020, para as outorgas que foram conferidas antes da publicação da referida lei de 2019.

17. Não é escopo do presente acompanhamento exercer qualquer tipo de controle ou avaliação jurídica, em abstrato, da Lei 13.879/2019 e do seu decreto regulamentador, Decreto 10.402/2020. A análise da fiscalização recai unicamente sobre a aplicação desses normativos, pela Anatel, nos casos concretos das autorizações de uso de radiofrequência outorgadas antes da publicação da lei. Consoante exposto no voto do Min. Bruno Dantas, ao relatar o Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, as 'alterações contratuais para prorrogação de prazo são plenamente sindicáveis por esta Corte de Contas, que poderá examinar a legalidade e legitimidade dos atos praticados pelo Poder Concedente', permitindo que, 'ao avaliar determinada prorrogação, o Tribunal constate que as medidas adotadas naquela situação particular em relação àquele contrato específico levaram a uma solução que ofende de forma flagrante as normas constitucionais'.

1.4. CRITÉRIOS

18. Os critérios utilizados para a caracterização dos achados foram: a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei 9.472/1997; a Lei 13.879/2019 que alterou a LGT; os editais de licitação de uso de frequência publicados pela Anatel desde 1997; os termos de autorização de outorga de uso de radiofrequência firmados entre a Anatel e as operadoras de Serviço Móvel Pessoal (SMP); Doutrina e jurisprudência do Poder Judiciário e do TCU sobre a prorrogação de contratos de concessão e de termos de autorização de radiofrequência; o Decreto 10.402/2020, que regulamentou a Lei 13.879/2019; Normativos e jurisprudência do TCU sobre o tema de valoração de prorrogação de contratos de concessão e de processos de desestatização (como IN TCU 81/2018 e decisões de processos realizados com base nela e na antiga IN 27/1998); Normativos da Anatel que regulam outorgas de radiofrequência; Doutrina e boas práticas baseadas em teorias e conceitos econômicos consolidados internacionalmente que possibilitem a avaliação de ativos e bens (como Método de Fluxo de Caixa Descontado, Valor Presente Líquido, entre outros).

1.5. MÉTODO E LIMITAÇÕES

19. Em que pese se tratar de relatório de acompanhamento, são aplicáveis, na medida em que couberem, as normas sobre auditorias operacionais, como o Manual de Auditoria Operacional do TCU, Portaria-Segecex 18/2020, devido à natureza operacional desse acompanhamento, conforme previsto no item 53 do Manual de Acompanhamento do TCU, Portaria-Segecex 27/2016.

20. A partir das informações levantadas na fase de planejamento, elaborou-se Matriz de Planejamento (peça 116, p. 14 e 22-26), contendo as seguintes questões de auditoria:

a) *Questão 1: A decisão da Anatel quanto à possibilidade de nova prorrogação das outorgas de uso de radiofrequência conferidas no período anterior à publicação da Lei 13.879/2019 está alinhada ao ordenamento jurídico?*

d) *Questão 2: Nas prorrogações das autorizações de radiofrequências, a metodologia adotada pela Anatel para o cálculo dos valores devidos é consistente e assegura a aderência à legalidade, à economicidade e ao valor econômico do ativo?*

21. *Entre os métodos de coleta de dados utilizados na fiscalização, listam-se: a) entrevistas com os agentes interessados, como as áreas técnicas da Anatel, do MC, da Presidência da República e da Advocacia-Geral da União (AGU), consultores legislativos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, entidades da sociedade civil e de defesa dos consumidores, entidade representante de grandes operadoras, entidade dos pequenos provedores, associação que representa o setor competitivo de telecomunicações e membros do Ministério Público Federal (MPF); b) requisições de informações; c) levantamentos de informações nos sistemas da Anatel e do TCU; d) pesquisas em sites de consultoria e de mídia especializada do setor) pesquisa sobre a doutrina em livros, teses, artigos e demais publicações de literatura especializada.*

22. *Entre os procedimentos de análise dos dados coletados, destacam-se: a análise qualitativa dos dados levantados e a análise comparativa da situação em evidência com demais situações de prorrogação de outorgas analisadas pelo Tribunal. Registra-se que a equipe de auditoria se deparou com limitação referente à ausência de regulamentação atualizada pela Anatel após a publicação da Lei 13.879/2019 para servir de critério de avaliação.*

1.6. ORGANIZAÇÃO DO RELATÓRIO

23. *Este relatório apresenta, no capítulo 2, uma visão geral do que são as outorgas de radiofrequência e quais são os regramentos que normatizaram a sua gestão pela Anatel no passado e no presente cenário, após as alterações da LGT pela Lei 13.879/2019. Os achados verificados no transcrito deste relatório de acompanhamento são apresentados no capítulo 3, que visa analisar a compatibilidade entre o ordenamento jurídico e a decisão da Anatel quanto à gestão das radiofrequências cujas outorgas de uso foram conferidas no período anterior à publicação da Lei 13.879/2019; no capítulo 4, que analisa aspectos vinculados à prorrogação das autorizações a serem outorgadas após à Lei 13.879/2019; e no capítulo 5, que avalia a metodologia adotada pela Anatel para calcular o ônus das prorrogações de outorgas e sua legalidade, economicidade e respeito ao valor econômico do ativo. Por fim, o capítulo 6 trata da análise dos comentários dos gestores, o capítulo 7 corresponde à conclusão e o capítulo 8 é dedicado à proposta de encaminhamento.*

2. Visão geral

2.1. CONCEITO E HISTÓRICO DA AUTORIZAÇÃO DE USO DE RADIOFREQUÊNCIA

24. *Na área das telecomunicações, há maior viabilidade na utilização da parte do espectro que corresponde à faixa de 8,3 kHz a 3.000 GHz e é chamado de radiofrequência ou simplesmente frequência. O espectro de radiofrequência é um bem naturalmente escasso, uma vez que é um recurso fisicamente finito e que, dependendo do tipo de utilização, não é possível que duas empresas utilizem a mesma parte do espectro ao mesmo tempo. Isso significa que as radiofrequências são a infraestrutura de rede do setor de telecomunicações para os serviços sem fio, sendo um insumo indispensável e insubstituível para a prestação de vários serviços, como a telefonia móvel, e configurando, do ponto de vista econômico, uma barreira de entrada de novos competidores nesse mercado.*

25. *Assim, o art. 157 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei 9.472/1997, estabelece que o espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Anatel. Internacionalmente, a gestão e a coordenação no uso das radiofrequências são lideradas pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), que é uma agência da Organização das Nações Unidas. Destaque-se que a licitação de frequências é a forma mais utilizada*

pelos países para outorgar o direito de usar as frequências para prestar serviços de telecomunicações.

26. De acordo com o relatório elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) contendo a Avaliação sobre Telecomunicações e Radiodifusão no Brasil de 2020, o 'leilão de espectro é um dos principais instrumentos usados por países para uma série de objetivos de políticas públicas, incluindo a promoção da competição nos mercados móveis'. Ademais, segundo a OCDE (peça 186, p. 44):

Nos países da OCDE, as autorizações de uso do espectro têm, tipicamente, duração de 10 a 30 anos, dependendo da banda; a maioria dura de 15 a 20 anos. Isso permite a busca de dois objetivos de forma simultânea: por um lado, os países fornecem segurança jurídica, que fortalece iniciativas para investir em redes por meio de autorizações de uso do espectro que duram cerca de 20 anos; por outro lado, os países podem realizar leilões ao final do período da licença inicial, quando outras partes estão interessadas em usar o espectro atribuído. Este último objetivo garante que um recurso escasso – o espectro de radiofrequência – seja usado da forma mais eficiente para promover a competição no mercado móvel. (sem grifos no original)

27. Impende registrar que, nos termos dos arts. 211 e 215, inciso I, da LGT, a outorga dos serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (TV) é excluída da jurisdição da Anatel, permanecendo em um regime jurídico específico dessa área das comunicações, regido pelos dispositivos da Lei 4.117/1962, e que não possui relação com o previsto pela LGT para os serviços de telecomunicações, como telefonia fixa, móvel (SMP) e banda larga. Assim, o uso de espectro pela radiodifusão segue regras próprias, que não têm relação com o discutido nos presentes autos.

28. As bandas A e B do SMP correspondem às frequências da faixa de 850 MHz e foram as primeiras bandas utilizadas para prestação do serviço de telefonia móvel no Brasil. Enquanto a banda A começou a ser usada na década de 1990, sendo outorgada para as empresas estatais do Sistema Telebrás, a banda B foi a primeira faixa licitada para telefonia móvel, em 1997 e 1998, visando concretizar a quebra do monopólio estatal da Telebras em atendimento à Emenda Constitucional (EC) 8/1995, que alterou o art. 21, inciso XI, da Constituição Federal (CF) de 1988, e à Lei 9.295/1996, a chamada Lei Mínima, posteriormente revogada pela LGT (peça 123, p. 69-70).

29. Para a prestação de qualquer serviço de telecomunicações que use frequência é necessário ter duas outorgas concedidas pela Anatel: a outorga referente à frequência, que somente é concedida por intermédio de autorização de uso, nos termos do art. 163 da LGT; e a outorga referente ao serviço, que pode obtida por concessão, permissão ou autorização, nos termos dos arts. 83, 118 e 131 da LGT.

30. Embora a LGT empregue o termo 'autorização' para se referir ao uso de frequência e à prestação de serviço de telecomunicações, tais institutos diferem substancialmente da 'autorização de serviços e de uso de bens públicos' existente no Direito Administrativo, o que é criticado por fragilizar a segurança jurídica e causar confusões desnecessárias por conta dessa impropriedade terminológica da LGT (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição digital. Seção 6.4).

31. Isso porque os arts. 131 e 163 da LGT preveem que as autorizações são atos vinculados, enquanto que o conceito tradicional de autorização é caracterizado pela precariedade e pela discricionariedade administrativa, pois cabe à Administração Pública, por meio de ato unilateral e discricionário, conferir essa autorização para que o particular explore serviço público ou para que o particular possa utilizar privativamente bem público, sempre a título precário (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 269).

32. O art. 131, § 1º, da LGT conceitua as autorizações de prestação do serviço de telecomunicações como 'ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas

necessárias' Por sua vez, o art. 163, § 1º, da LGT define as autorizações de uso de frequências como 'atos administrativos vinculados, associados à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, atribuindo à empresa o direito de uso de radiofrequência por prazo determinado'. No caso das autorizações de prestação dos serviços e das autorizações de uso de frequência que derivam de procedimento licitatório, a Anatel também assina, juntamente com cada licitante vencedora, um termo de autorização respectivo, de prestação dos serviços ou de uso de frequência, com estrutura e cláusulas típicas de um contrato administrativo (peça 187, p. 1-43), consoante previsto nos arts. 89, 90, 94 e 95 da Resolução Anatel 65/1998, Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência.

33. O TCU tem jurisprudência, iniciada com as Decisões 320/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bento Bugarin, e 402/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Valmir Campelo, no sentido de que tanto as autorizações de prestação de serviços de telecomunicações, como as autorizações de uso de frequência que sejam precedidas de licitação devem ser submetidas ao mesmo rito de análise de concessões por parte da Corte de Contas previsto na Instrução Normativa (IN) TCU 27/1998. Essa previsão também consta do art. 7º da IN TCU 81/2018, que substituiu esse normativo de 1998.

34. Deste modo, os termos de autorização de uso de frequência firmados entre as operadoras e a Anatel após devido processo licitatório são: contratos administrativos; com bilateralidade; com prazo de vigência determinado; de utilização obrigatória de bem público escasso, sob pena de perda da autorização; e sempre associados a uma concessão, permissão ou autorização para prestação do serviço público de telecomunicações, seja no regime público ou privado. Verifica-se que, consoante disposto na jurisprudência do TCU, as autorizações de uso de frequência previstas no art. 163 da LGT e derivadas de licitação constituem um instituto jurídico mais próximo do conceito de concessão de serviço público do que do conceito de autorização do uso privado de bem público, uma vez que essa última é precária, unilateral, discricionária, de uso facultativo e visa atender ao interesse privado do utente e não à utilidade pública (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 866).

35. Registre-se os termos de autorização de uso de frequência também são diferentes do contrato administrativo de concessão de uso de bem público, uma vez que o último tem ampla utilização para bens públicos imóveis, pode ser gratuito e 'o particular não assume nenhum interesse público específico e definido, até se admitindo que lhe seja facultado valer-se do bem para satisfação exclusiva e privativa de seus interesses egoísticos' (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1013).

36. Além disso, não há como comparar os termos de autorização de uso de frequência com as concessões de uso de bem público outorgadas juntamente com concessões de serviço público, porque na maioria dos casos os termos de autorização de uso de frequência não estão associados a concessões, mas sim a autorizações, como no caso da telefonia móvel, em que o serviço de telecomunicações é prestado em regime privado e em que a exigência de licitação é aplicável somente sobre o uso da frequência e não sobre a autorização para a prestação do serviço. Assim, os termos de autorização de uso de frequência possuem restrições e características próprias e autônomas em relação às concessões de serviços de telecomunicações.

37. Em sua redação original, o art. 167 da LGT previa prazo máximo de vinte anos para a vigência das autorizações de uso de radiofrequência outorgadas pela Anatel, limitando a sua prorrogação a uma única vez. Cabe destacar que o art. 164 da LGT determina que a agência deve realizar licitações para conceder essas outorgas quando houver limitação técnica ao uso de radiofrequência, haja o interesse na sua utilização por parte de mais de um interessado e não seja caso de dispensa ou inexigibilidade previstas nos arts. 91 e 92 da LGT. Assim, as frequências

utilizadas para prestação de telefonia móvel aos usuários estão abrangidas pela obrigatoriedade de realizar licitação.

38. Desde 1997, foram feitas diversas licitações de autorização de uso de radiofrequência para a concessão do Serviço Móvel Celular (SMC) e para a autorização do seu sucessor, o Serviço Móvel Pessoal (SMP), sendo as principais listadas na Tabela 1. Somando-se todos os leilões de frequência realizados desde a venda da banda B, em 1997, até a aprovação da Lei 13.879/2019, foram arrecadados cerca de R\$ 85 bilhões para a União, em valores atualizados em 2020.

Tabela 1 – Principais licitações de radiofrequência para o SMC e o SMP realizadas desde 1997

<i>Faixas de radiofrequência</i>	<i>Ano de</i>	<i>Valor Leilão nominal (R\$ bilhões)</i>
<i>Banda B</i>	<i>1997/1998</i>	<i>10,07</i>
<i>Banda D</i>	<i>2000</i>	<i>2,56</i>
<i>Banda E</i>	<i>2000</i>	<i>0,52</i>
<i>Leilão sobras</i>	<i>2002</i>	<i>0,64</i>
<i>Sobras da Banda E</i>	<i>2004</i>	<i>0,12</i>
<i>Sobras</i>	<i>2007</i>	<i>-</i>
<i>3G</i>	<i>2007</i>	<i>5,34</i>
<i>Banda H e sobras</i>	<i>2010</i>	<i>2,73</i>
<i>Sobras</i>	<i>2011</i>	<i>0,23</i>
<i>4G e 450 MHz</i>	<i>2012</i>	<i>2,93</i>
<i>700 MHz</i>	<i>2014</i>	<i>5,85</i>
<i>Lic. de Sobras 2015</i>	<i>2015</i>	<i>0,85</i>
Total	1997-2015	31,84

Fonte: Teleco, disponível em <https://www.teleco.com.br/licitacoes.asp>.

39. Quanto às frequências da banda A, essas outorgas foram objeto de licitação juntamente com outros ativos oferecidos no certame de privatização das empresas estatais do Sistema Telebrás. Por exemplo, no caso da empresa estatal que atuava no estado de São Paulo, o lote da banda A era estimado em R\$ 690 milhões e correspondia a um milhão de linhas telefônicas de celular, consoante disponível em <https://teletime.com.br/12/03/1998/banda-a-da-telesp-seis-empresas-no-pareo/>, acesso em 15/10/2020.

40. Em que pese a LGT permitir que o prazo máximo de vigência fosse fixado em vinte anos, a Anatel estabeleceu um prazo máximo de quinze anos, prorrogáveis por mais quinze anos, em todas as outorgas de radiofrequência para SMC e SMP (peça 187, p 16). De acordo com o histórico exposto em análise de impacto regulatório elaborada pela agência em abril de 2019, isso ocorreu porque, inicialmente, as concessões de SMC possuíam duração de quinze anos, conforme previsto no art. 3º da chamada Lei Mínima, Lei 9.295/1996, e a Anatel visava manter o mesmo prazo para as concessões do serviço e para as autorizações de radiofrequência (peça 104, p. 4-6).

41. Esse prazo de quinze anos acabou sendo mantido na regulamentação do SMP desde a sua criação, consoante previsto no art. 12 das Diretrizes para Implementação do SMP, aprovadas por meio da Resolução Anatel 235, de 21/9/2000 (peça 98, p. 4), e previsto em todas as versões aprovadas

pela agência do Plano Geral de Autorizações do SMP (PGA-SMP), quais sejam, as Resoluções Anatel 248/2000, 268/2001 e 321/2002 (peça 98, p. 20), sendo a última resolução o texto atualmente vigente.

42. Também cabe ressaltar que, mesmo nas autorizações de radiofrequência que foram outorgadas antes da privatização da Telebrás em 1998, o prazo de vigência era de quinze anos. Exemplo disso é a faixa de radiofrequência de 850 MHz no Rio de Janeiro, que foi concedida à Telerj em 1990, por quinze anos, e prorrogada em 2005, já pela Telefônica, por outros quinze anos, que terminam em 29/11/2020 (peças 100, p. 9; 187, p. 1-13).

43. Assim, durante 22 anos de existência da LGT, nesse regime legal de única prorrogação, foram feitas várias licitações e assinados e prorrogados diversos termos de autorização com essa previsão. Nesse regime, existem dezenas de termos de autorização de radiofrequência, sendo, ao menos, 39 termos para as bandas A e B que vencem entre 2020 e 2028.

44. Ressalte-se que, nos termos dos arts. 157 a 160 da LGT, a Anatel tem o dever de regular a utilização eficiente e adequada do espectro, sendo que os arts. 157 e 158 da LGT estabelecem que compete à Anatel a gestão do espectro, mantendo plano de destinação de radiofrequências e detalhando o seu uso associado aos serviços de telecomunicações. Em consonância com esses dispositivos, o art. 167, § 2º, da LGT prevê que a agência pode indeferir o pedido de prorrogação das autorizações 'se o interessado não estiver fazendo uso racional e adequado da radiofrequência, se houver cometido infrações reiteradas em suas atividades ou se for necessária a modificação de destinação do uso da radiofrequência'.

45. Isso porque, com a evolução da tecnologia de prestação dos serviços de telecomunicações, pode surgir a necessidade de realocar a frequência para outros serviços, como foi o caso do leilão de 700 MHz que substituiu o serviço de TV analógica pela telefonia móvel 4G na referida faixa de 700 MHz (TC 016.257/2014-6), ou de reorganizar o uso do espectro no chamado **refarming**, alterando parâmetros técnicos de utilização da faixa ou refazendo a divisão dos blocos de frequências.

46. No caso das bandas A e B, as outorgas da década de 1990 apresentam elevada fragmentação geográfica e estão divididas em blocos de frequência de 12,5 MHz, o que pode gerar um desperdício no seu uso com base nos equipamentos disponíveis atualmente no setor de telecomunicações. Por isso, a Anatel identificou a necessidade de realizar um **refarming**, que seria um reagrupamento dos blocos de frequência de modo a permitir um uso eficiente desse espectro, seja ampliando o número de operadoras outorgadas, seja melhorando a qualidade do serviço prestado aos usuários (peças 3, p. 2; 123, p. 40).

47. Deste modo, respeitadas as condições contratuais, ainda que o uso do espectro esteja outorgado ao privado, os arts. 157, 158, e 167. § 2º, da LGT estabelecem o poder-dever da Anatel de retomar as frequências ou não prorrogar a autorização de uso delas antes mesmo da mudança efetiva da alocação da faixa, para garantir o devido planejamento e porque o espectro é um bem público escasso e de interesse público. Esse entendimento está em consonância com manifestação da Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à Anatel, que também enfatiza que 'a lei não exige que a modificação já tenha ocorrido, mas que tal modificação seja necessária' (peça 97, p. 14).

48. Em relação aos valores cobrados pelas prorrogações, embora existam termos de autorização de uso de radiofrequências que não trazem nenhuma previsão sobre como calcular o valor da prorrogação, a exemplo do Termo de Autorização 233/2012/PVCPA/PVCP/SPV-Anatel (peça 101, p. 5), a maioria dos termos estabelecem que a operadora deve 'pagar, a cada biênio, durante o período de prorrogação, ônus correspondente a 2% (dois por cento) de sua receita do ano anterior ao do pagamento, do SMP, líquida de impostos e contribuições sociais incidentes', sendo que, no 15º ano, a empresa deve 'pagar 1% de sua receita do ano anterior' (peças 97, p. 16; 187, p. 17).

49. Por sua vez, o art. 7º do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (RPPDUR), Resolução Anatel 695/2018, traz outra fórmula para calcular os valores para a única prorrogação do direito de uso de radiofrequências, condicionando o uso desse

regulamento à existência de previsão expressa no respectivo edital de licitação da faixa de radiofrequência (peça 97, p. 17-18). O art. 10 do RPPDUR ainda permite que parte dos valores devidos na prorrogação seja convertida em obrigações de investimento.

2.2. A INCLUSÃO DAS PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS DAS OUTORGAS DE FREQUÊNCIA NA LGT PELA LEI 13.879/2019

50. Em 28/10/2015, por iniciativa de um Deputado Federal, foi apresentado o Projeto de Lei (PL) 3.453/2015 na Câmara dos Deputados (peça 131, p. 2), tratando exclusivamente sobre a adaptação das concessões de telefonia fixa (peça 132). Após outro Deputado ter sido designado relator da matéria, tal projeto foi analisado e aprovado pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) em 1º/6/2016, sem que houvesse qualquer emenda ou referência à inclusão de outros temas nesse projeto de lei (peça 133).

51. Em 29/6/2016 (peça 131, p. 7), foi autorizada a apreciação do PL 3.453/2015 também na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviço (CDEICS). Em 2/8/2016, nessa segunda comissão, o Deputado designado relator apresentou parecer substitutivo, incluindo diversas emendas de sua autoria no projeto, ampliando seu escopo para abranger, entre outros pontos, a possibilidade de prorrogação sucessiva de outorgas de autorização de uso de radiofrequências, alterando a redação do art. 167 da LGT.

52. Ressalte-se que esse relatório se restringiu a descrever essa alteração, não constando justificativa específica para a inclusão no projeto de lei de alteração do art. 167 da LGT (peça 134, p. 4). Contudo, em outras oportunidades ao longo da tramitação do PL 3.453/2015, foi apresentado como justificativa o incentivo à realização de investimentos por parte das operadoras nos anos finais da autorização, a exemplo de declarações de representantes do Ministério em audiências públicas no Congresso Nacional (peça 140, p. 16-17) e da cartilha elaborada e divulgada pela Anatel para os parlamentares (peça 141, p. 5).

53. Em seguida, foram apresentadas quatorze emendas de Deputados na comissão, sendo que apenas duas faziam referência à prorrogação sucessiva das autorizações de uso de frequências. A Emenda 11/Cdeics propunha que a operadora pudesse manifestar seu interesse, ou não, pela prorrogação, sendo a ausência de manifestação da Anatel resultante na prorrogação tácita das frequências, bem como sugeria a introdução de maiores detalhamentos sobre as formas de cálculo e de definição dos investimentos a serem feitos como pagamento pela prorrogação sucessiva. O relator somente acatou a parte dessa emenda referente à exigência de interesse da autorizatória para que haja a prorrogação da outorga de frequência (peça 135, p. 10-11).

54. Já a emenda 3/Cdeics propunha a supressão dessas prorrogações sucessivas de frequências, o que foi rejeitado pelo Deputado relator sob a justificativa de que 'tal supressão geraria impedimento à prorrogação, reduzindo investimento ao final do contrato' (peça 135, p. 5). Esse relatório foi aprovado pela CDEICS em 30/8/2016, porém recebeu voto em separado, pela aprovação com outras alterações, desse Deputado que propôs a referida emenda rejeitada. Esse voto em separado destacou, entre outros aspectos, que estavam sendo inseridos 'temas de elevada complexidade que não constam do projeto original' e 'dispositivos que impactam frontalmente os serviços de telefonia celular, setor cuja pujança e robustez não sofreu abalos significativos nem mesmo no cenário de grave crise econômica que vivemos hoje [2016] e que, portanto, não demanda urgência na revisão das normas que o regulam' (peça 136, p. 10 e 13).

55. Após essa aprovação na CDEICS, o PL 3.453/2015 foi encaminhado para análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, sendo aprovado sem qualquer modificação em seu texto em 29/11/2016. Enviado ao Senado Federal, o PL 3.453/2015 tornou-se o PLC (Projeto de Lei da Câmara) 79/2016, sendo aprovado sem alterações de texto na Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN), em 6/12/2016, e na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT), em 11/9/2019, e encaminhado para sanção em 16/9/2019. Registre-se que a tramitação desse projeto foi temporariamente

paralisada no Senado por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) com base em outros questionamentos.

56. *Cabe destacar que, analisando-se todos os pareceres emitidos e aprovados durante a tramitação do projeto de lei nas duas Casas Legislativas, não é possível identificar nenhum parecer que expressamente afirme que a modificação da LGT visava a aplicação das prorrogações sucessivas nas outorgas vigentes. O único parecer que faz menção a outorgas vigentes é o relatório aprovado em 8/11/2018 na CCT, no qual o Senador relator aborda o tema de forma indireta, ao apontar possíveis riscos no setor.*

57. *No documento, o Senador afirma que diversas autorizações de frequência ‘vencerão nos próximos três anos, obrigando a Agência a iniciar, imediatamente, nos termos da LGT, o referido processo licitatório’, porém, argumenta o Senador, a ‘infraestrutura de rede que sustenta o serviço móvel não é replicável’ e não estaria acabada, precisando dobrar o número de antenas em curto prazo para atender aos parâmetros de qualidade e para implementar o 5G. Nesse cenário, o Senador sustenta que, ‘se o setor ainda tiver de lidar com questionamentos sobre o direito de uso do espectro e das torres e antenas já instaladas, a insegurança jurídica que se provocará certamente não contribuirá para que o país salte, como tanto precisa, para um outro patamar de produtividade’ (peça 143, p. 31-32).*

58. *Destaque-se que as ‘torres e antenas já instaladas’ que foram referidas no parecer não são bens reversíveis nas autorizações de espectro, de modo que continuam de propriedade das respectivas empresas ao término das outorgas, independentemente de haver, ou não, prorrogação do direito de uso do espectro.*

59. *Em 3/10/2019, ocorreu a sanção da Lei 13.879/2019, que introduziu a possibilidade de prorrogações sucessivas das autorizações de radiofrequência, sem nenhum limite máximo de prazo de autorização, conforme a nova redação do art. 167 da LGT:*

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

Art. 167. No caso de serviços autorizados, o prazo de vigência será de até 20 (vinte) anos, prorrogável por iguais períodos, sendo necessário que a autorizada tenha cumprido as obrigações já assumidas e manifeste prévio e expresso interesse. (Redação dada pela Lei nº 13.879, de 2019)

60. *Observa-se que não há menção a qualquer critério de direito intertemporal nos dispositivos modificados, especialmente em relação à possibilidade da aplicação da prorrogação sucessiva das autorizações que já estavam vigentes à época da publicação da referida lei. Ademais, desde a tramitação do projeto de lei que resultou na Lei 13.879/2019, houve diversos questionamentos acerca da legalidade dessa possível aplicação dos dispositivos aos contratos vigentes.*

61. *No âmbito das Casas Legislativas, diversos parlamentares manifestaram contrariedade com a aprovação da prorrogação sucessiva das frequências e sua eventual aplicação em outorgas vigentes. Dentre as justificativas, foi alegado que essa ‘aplicação só seria juridicamente admissível para os leilões de faixa de radiofrequências realizados a partir da aprovação da proposição’ (peça 136, p. 5), sob pena de ‘afronta direta aos princípios constitucionais da licitação e da isonomia’ (peça 137, p. 2-3), já que ‘altera significativamente o objeto dos editais à época da sua publicação, que não previam esse benefício de elevado valor econômico’ (peça 139, p. 5).*

62. *Em audiência pública sobre o então projeto de lei, ocorrida no dia 25/10/2016, na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, representante do Ministério Público presente criticou diversos aspectos do projeto e apontou que as prorrogações sucessivas representariam uma ‘extinção da licitação diretamente’, ‘porque se está dando o bem para depois cobrar o investimento’, consoante notas taquigráficas dessa audiência pública (peça 140, p. 39).*

63. *Em outra audiência pública, ocorrida em 8/5/2018 na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT) do Senado Federal, o representante do TCU, devidamente autorizado dentro do TCU a se manifestar publicamente sobre o tema, assinalou alguns*

elementos de risco identificados. Especificamente sobre a prorrogação sucessiva de frequências, o representante do TCU destacou que, apesar do texto do projeto de lei não deixar claro se almejava alcançar as outorgas vigentes, ‘essas frequências foram licitadas e precificadas com base em uma regra anterior’. Ademais, ressaltou que não havia uma estimativa da ‘repercussão financeira dessa proposta’ (peça 142, p. 14).

64. Parecer emitido pela Consultoria Legislativa do Senado Federal sobre o projeto de lei que deu origem à Lei 13.879/2019, destacou que ‘os prazos de vencimento de até 15 anos (renováveis uma única vez) foram previstos há 22 anos, com a aprovação da LGT, e isso já consolidaria previsibilidade e segurança jurídica’ para os investimentos das operadoras, não havendo que se falar em aplicação dessa prorrogação sucessiva às outorgas vigentes, conforme divulgado em <https://teletime.com.br/21/08/2019/parecer-de-consultoria-legislativa-do-ccs-sugere-mudancas-no-plc-79/>, acessado em 23/10/2020.

65. Em 2016, ao analisar uma minuta de projeto de lei com a mesma a previsão de prorrogação sucessiva dos termos de autorização de radiofrequência, a Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à Anatel já havia apontado ilegalidades caso fosse adotado esse modelo de prorrogação também aos contratos já vigentes (peça 57, p. 130 e 154).

66. Por outro lado, no início de 2019, a Anatel divulgou aos Senadores uma cartilha defendendo a aprovação do então PLC 79/2016. A referida cartilha não fez menção a qualquer aplicação dessas prorrogações sucessivas nas outorgas vigentes, mas afirmou que a prorrogação sucessiva das frequências resultaria em ‘mais previsibilidade e segurança para os investimentos em rede, o que se reflete nos preços dos leilões de radiofrequência’ (peça 141, p. 5).

67. Ressalte-se, ainda, que o risco de que as sucessivas prorrogações restrinjam a entrada de novas empresas operadoras no país foi apontado no já mencionado parecer emitido pela Consultoria Legislativa do Senado Federal sobre o projeto de lei que deu origem à Lei 13.879/2019, conforme divulgado em <https://teletime.com.br/21/08/2019/parecer-de-consultoria-legislativa-do-ccs-sugere-mudancas-no-plc-79/>, acesso em 10/10/2020, bem como por representante do Ministério Público em audiência pública sobre o então projeto de lei, ocorrida no dia 25/10/2016, na CCJ da Câmara dos Deputados, consoante divulgado em <http://www.telesintese.com.br/ministerio-publico-alerta-risco-de-pl-3453-ser-inconstitucional/>, acesso em 10/10/2020.

68. Por fim, o relatório da OCDE, publicado em 26/10/2020 por ocasião de sua avaliação do setor de telecomunicações no Brasil, analisa possíveis efeitos adversos que essa alteração no art. 167 da LGT pode causar no setor, destacando que, ‘de forma geral, há um risco considerável de que o novo arranjo reduza as ferramentas à disposição da Anatel para promover a competição nos mercados móveis, bem como limite a entrada de novos atores no mercado móvel brasileiro’ (peça 186, p. 44). Na avaliação da OCDE, tais problemas dificilmente poderão ser corrigidos com a introdução do mercado secundário de frequências, pois ‘se o espectro não for alocado de forma eficiente no mercado primário, não é possível garantir um mercado secundário’ (peça 186, p. 44).

69. Ao comparar a LGT à legislação internacional, o relatório ainda ressalta que ‘a maioria dos países da OCDE, embora procure garantir a segurança regulatória que reforça os incentivos ao investimento em redes por meio de licenças com duração de cerca de 20 anos, opta por realizar leilões quando outras partes demonstram interesse em fazer uso do espectro’ (peça 186, p. 168). Nas palavras da OCDE, ‘a renovação indefinida de licenças de espectro sem um processo de leilão’ não é uma prática usual nos países membros da OCDE e, mesmo no Reino Unido, onde existe a figura das ‘licenças por tempo indeterminado’, após os vinte anos iniciais da licença a agência ‘reguladora (Ofcom) pode revogar qualquer licença por razões de gestão do espectro, com um aviso de cinco anos’ (peça 186, p. 69, 167).

2.3. ELABORAÇÃO E INTERPRETAÇÕES DO ART. 12, CAPUT, DO DECRETO 10.402/2020

70. *Em edição extra do Diário Oficial da União datada de 17/6/2020, foi publicado o decreto que regulamenta as alterações na LGT que foram promovidas pela Lei 13.879/2019. O art. 12 desse Decreto 10.402/2020 detalhou pontos a serem observados no momento da prorrogação das autorizações de uso de radiofrequência e optou por incluir nessa análise, a ser feita pela Anatel, as autorizações que já estavam vigentes na época da publicação da Lei 13.879/2019, ainda que já tenham sido prorrogadas anteriormente:*

Art. 12. No exame dos pedidos de prorrogação de outorgas regidos pelo disposto nos art. 99, art. 167 e art. 172 da Lei nº 9.472, de 1997, inclusive aquelas vigentes na data de publicação da Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019, ainda que já tenham sido objeto de prorrogação, a Anatel considerará:

- I - a expressa e prévia manifestação de interesse por parte do detentor da outorga;*
- II - o cumprimento de obrigações já assumidas;*
- III - aspectos concorrenciais;*
- IV - o uso eficiente de recursos escassos; e*
- V - o atendimento ao interesse público.*

71. *Visando colher informações sobre a fase de elaboração da proposta do ato normativo que resultou no Decreto 10.402/2020, bem como compreender quais seriam as interpretações quanto ao sentido e ao alcance do art. 12 do referido decreto, por parte dos órgãos envolvidos com a sua edição, diligenciou-se, em 18/6/2020 (peça 9) e 24/7/2020 (peças 37-39; 47-48), o Ministério das Comunicações (MC), o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), a Consultoria Jurídica (Conjur) do MCTI, o Ministério da Economia, a Casa Civil da Presidência da República e a Secretaria-Geral da Presidência da República. A seguir, são apresentadas as interpretações de cada um desses órgãos sobre o referido art. 12 do Decreto 10.402/2020, seguidas de breve análise da equipe de fiscalização, uma vez que os fundamentos estão detalhados na seção 3.1 do presente relatório.*

72. *Cabe ressaltar que o MCTIC (Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações) foi desmembrado em MC e MCTI na mesma solenidade em que o Decreto 10.402/2020 foi assinado pelo Presidente da República e por ambos os Ministros, no dia 17/6/2020. Esse 'cenário fático de transição ministerial', com impacto nos sistemas operacionais, foi a causa (peças 81, p. 2; 90, p. 3) para que o então MCTIC tivesse encaminhado à Presidência da República a minuta de decreto e a exposição de motivos interministerial no dia 16/6/2020, ou seja, um dia antes da edição do decreto, e sem as assinaturas e numeração exigidas pelo Decreto 9.191/2017 (peça 19, p. 134-136).*

73. *Por sua vez, a realização de cerimônia presencial de assinatura do Decreto 10.402/2020 teria sido responsável por ter a Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil emitido seu parecer, no sistema eletrônico, no dia 17/6/2020, enquanto o parecer da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral da Presidência da República foi assinado eletronicamente no dia 17/6/2020 e convalidado no dia 18/6/2020 (peça 90, p. 4-5).*

74. *Quanto ao conteúdo do decreto, verificou-se que, após a publicação da Lei 13.879/2019, o então MCTIC iniciou a elaboração de minuta de decreto para regulamentar essas alterações trazidas pela lei de 2019 na LGT (peça 19, p. 1-3), tendo realizado diversas reuniões com a participação da Conjur e da Secretaria-Executiva/MCTIC, da Anatel e de 'diferentes órgãos da Presidência da República responsáveis por analisar técnica e juridicamente minutas de decretos' (peça 19, p. 83).*

75. *Foram discutidas várias versões, sendo que uma delas trazia um parágrafo adicional, o § 4º do art. 12, que previa que a 'Anatel disporá sobre as condições para aplicação do disposto neste artigo às autorizações de radiofrequência vigentes, no prazo de 6 (seis) meses, contado da*

publicação' do decreto (peça 19, p. 32). Esse dispositivo foi excluído pela área técnica do MCTIC com a justificativa de que 'o texto indicado no §4º poderia ser objeto de interpretação que conflitaria com princípios que regem os termos de uso de radiofrequência' (peça 19, p. 86-87, 99-100). Não obstante, a Conjur/MCTIC opinou que não via ilegalidade nesse dispositivo excluído, uma vez que a nova redação da LGT permitiria essa prorrogação sucessiva nas outorgas vigentes, pois, nesse caso, 'os princípios da vinculação das regras editalícias e do **pacta sunt servanda** devem ser afastados em prol do interesse público maior' (peça 19, p. 131-132). Esse argumento é objeto de análise na seção 3.1 do presente relatório.

76. A versão final da minuta do MCTIC já continha o texto do atual art. 12, **caput**, do Decreto 10.402/2020, fazendo menção expressa à prorrogação das outorgas vigentes. A área técnica do então MCTIC explicou que essa redação visava 'fixar condições e critérios para que a Anatel possa avaliar, nos casos concretos, a possibilidade, conveniência e oportunidade de prorrogação de outorgas', bem como para que a Anatel também considere 'o conjunto mais amplo de princípios aplicáveis à Administração Pública, dentre os quais se incluem os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, e o princípio da economicidade, que consta do artigo 70 da Carta Magna' (peça 19, 117-118).

77. No que tange ao art. 12, **caput**, do Decreto 10.402/2020, os respectivos pareceres emitidos pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil e pela Subchefia de Assuntos Jurídicos (SAJ) da Secretaria-Geral da Presidência da República não abordaram novos argumentos em relação ao que já havia sido exposto pelas áreas técnica e jurídica do MCTIC, reforçando as conclusões das análises da Conjur/MCTIC e da área técnica do ministério.

78. Assim, a SAJ sustenta que a nova redação da LGT permitiria a prorrogação sucessiva das outorgas vigentes, porque a Súmula 170 do STF representaria o reconhecimento de que o direito real de enfiteuse foi legitimamente alterado com a edição do Código Civil de 1916 (peça 25, p. 6), bem como porque o STF teria decidido, no Recurso Extraordinário (RE) 94.020, a aplicação imediata de lei nova que modifica regime jurídico de um instituto como a propriedade (peça 25, p. 6).

79. Contudo, tais exemplos referem-se a direitos reais, nos termos do art. 1.225 do atual Código Civil (CC 2002), Lei 10.406/2002, e do art. 674 do revogado Código Civil, Lei 3.071/1916, e que são predominantemente objeto de relações jurídicas privadas, ao contrário das outorgas de frequência que possuem nítido caráter de direito público. Embora o direito privado reconheça a existência do direito real de uso, esse instituto não tem relação com as autorizações de uso das radiofrequências reguladas pela LGT, uma vez que os arts. 1.412 e 1.413 do CC 2002 estabelecem que o direito de uso seria uma espécie análoga ao usufruto, porém com a finalidade de atender às necessidades pessoais do usuário e de sua família. Isso posto, não se desconhece que a jurisprudência pátria não admite a invocação do direito adquirido em relação a situações estatutárias e a institutos jurídicos em geral. Não obstante, o caso discutido nos presentes autos não tem relação com direito adquirido, consoante é exposto nos parágrafos a seguir e na seção 3.1 do presente relatório.

80. A SAJ ainda alega que o jurista Gilmar Ferreira Mendes teria o entendimento de que 'o princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados' (peça 25, p. 6). Novamente não se vislumbra qual seria a relação desse argumento com o caso da prorrogação das outorgas de frequências, visto que não se trata de caso de direito adquirido aplicado a um direito individual de um agente privado, mas sim da violação ao ato jurídico perfeito, que é um subprincípio diverso derivado da segurança jurídica, consubstanciado em um contrato administrativo firmado após licitação e associado à prestação de serviços públicos, como é abordado na seção 3.1 do presente relatório. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (Anotações sobre o Princípio do Direito Adquirido Tendo em Vista a Aplicação do Novo Código Civil. Rev. Direito Público. Brasília, v. 1, n.1, jul-ago-set 2003. p. 25-55. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1398>. Acesso em: 26/10/2020):

É certo, outrossim, que se aplica, entre nós, por força de definição constitucional, a doutrina subjetiva ou do direito adquirido. Em relação aos contratos resta evidente que não se tolera sequer a chamada retroatividade mínima, restando regulados pela lei velha os efeitos futuros dos negócios jurídicos anteriormente celebrados.

(...)

Essa constatação sugere também a necessidade de que, em algumas hipóteses, ao invés de invocar diretamente o princípio especial do direito adquirido, se suscite a necessidade de aplicação do princípio geral da segurança jurídica (e da proteção da confiança) enquanto postulado derivado do Estado de Direito. Embora de aplicação mais genérica e, por isso, menos precisa, o princípio da segurança jurídica traduz a proteção da confiança que se deposita na subsistência de um dado modelo legal (Schutz des Vertrauens) Nesses casos, se o princípio da segurança jurídica não impede a implementação das mudanças recomendadas pelo interesse público, pode fundamentar a obrigatoriedade de edição de regras de transição, com o objetivo de reduzir o impacto da intervenção sobre as posições jurídicas em questão. (grifos diferentes do original)

81. *Outro argumento da SAJ é de que ‘todas as leis concernentes a interesses públicos de qualquer gênero se aplicam imediatamente, notadamente as dispostas por comandos constitucionais’, e os direitos e deveres dos indivíduos ‘mudam-se e modificam-se imediatamente’ (peça 25, p. 6). Entretanto, a aplicação irrestrita desse entendimento a qualquer situação levaria à conclusão de que não existe segurança jurídica, sobretudo no âmbito do Direito Administrativo, uma vez que a todo momento leis poderiam modificar inclusive situações consolidadas, violando ato jurídico perfeito, direito adquirido e a irretroatividade das leis. Tal interpretação seria especialmente problemática no que tange aos contratos administrativos, incluindo os contratos de concessão de serviços públicos.*

82. *Impende registrar que as argumentações trazidas pela SAJ e descritas nos parágrafos anteriores foram baseadas em um parecer elaborado em 2008 por um procurador federal da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) que analisou o cabimento da prorrogação de contratos de concessão em face de modificações no texto constitucional, e não apenas em razão de alteração legal, como é o caso das autorizações de frequência disciplinadas pela LGT (ALENCAR, Dilermando Gomes de. Prorrogação de concessão de centrais geradoras hidrelétricas com potência instalada até 1.000 kW. Fórum de Direito Urbano e Ambiental FDU, Belo Horizonte, ano 8, 44, mar./abr. 2009. Parecer. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57175>. Acesso em: 1º/3/2018. Peça 183).*

83. *A SAJ ainda complementou sua argumentação defendendo que o legislador teria alterado o regime jurídico da outorga de uso de frequência, que seria um instituto de direito público e teria aplicação imediata de qualquer alteração feita por lei (peça 25, p. 6). Porém, tal posicionamento não pode ser aplicado de forma absoluta, sob pena de cancelar a irrestrita modificação de contratos administrativos, sobretudo os que foram objeto de licitação, e os contratos de concessão de serviços públicos, em afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da segurança jurídica.*

84. *Também foi alegado pela SAJ que o TCU, ao vedar a prorrogação de contratos de concessão no setor portuário, no Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas, por afrontar ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da isonomia, bem como por resultar em burla ao dever de licitar, teria, ao mesmo tempo, admitido a prorrogação de contratos de concessão em alguns casos concretos (peça 25, p. 7). Esse acórdão é detalhado na seção 2.4 do presente relatório, mas, em síntese, o Plenário do TCU apenas reafirmou sua jurisprudência acerca dos requisitos exigidos para a admissão excepcional da prorrogação do contrato de concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, o que não se aplica às outorgas de frequência.*

85. *Por fim, a SAJ alega que as autorizações de bem público não se submeteriam ao ‘procedimento licitatório sob o ponto de vista constitucional, como ocorre com a prestação de serviços públicos’, o que afastaria a violação do princípio da vinculação ao edital (peça 25, p. 7). Contudo, tal entendimento afronta o art. 89, caput e inciso VII, c/c o art. 164, inciso I, da LGT, que*

preveem expressamente a aplicação desse princípio às licitações de frequência, bem como afronta o texto constitucional, a saber, arts. 37, inciso XXI, e 175, caput, da CF 1988, posto que essas autorizações são vinculadas justamente à prestação, em regime privado, do serviço público de telefonia móvel, consoante abordado na seção 2.1 do presente relatório.

86. *Questionada em diligência, a área técnica do Ministério das Comunicações justificou sua interpretação de que a prorrogação sucessiva seria aplicável às outorgas vigentes de frequência, defendendo que a própria Lei 13.879/2019 teria dado tal possibilidade e que o art. 12, caput, do Decreto 10.402/2020 ‘não fornece autorização a priori para a prorrogação de radiofrequências, mas estabelece condicionantes’ para que a Anatel possa decidir, ao analisar cada caso concreto, em atendimento à jurisprudência que o TCU teria firmado no já mencionado Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas (peça 81, p. 3-5). Tais argumentos já foram abordados acima, na presente seção, razão pela qual não se repetem as respectivas análises aqui.*

87. *A área técnica do MC ainda sustenta que a aplicação retroativa das prorrogações sucessivas teria sido a intenção do legislador ao aprovar a Lei 13.879/2019, justificando seu entendimento com trechos do já mencionado parecer de 2018 da CCT do Senado e de um voto em separado apresentado por um Senador ainda na CCT, em que o parlamentar defende a modificação do projeto de lei para a fixação do valor mínimo de prorrogação no mesmo patamar do ‘valor esperado da arrecadação’ da União com as licitações que deixarão de ser feitas, visando mitigar o ‘injustificado benefício às atuais autorizadas’ de se permitir as prorrogações sucessivas para as outorgas vigentes (peça 81, p. 5-7). Registre-se que esse voto em separado não foi aprovado pelos demais integrantes da CCT.*

88. *Cabe lembrar que o referido parecer de 2018 na CCT não foi explícito em afirmar que as prorrogações sucessivas se aplicavam às atuais outorgas, diferentemente do que foi feito com a relação à adaptação das concessões de telefonia fixa, tanto no texto da lei quanto no parecer. Soma-se a isso o fato de que esse foi o único parecer que tratou, ainda que de forma indireta, de qualquer análise sobre a aplicação da prorrogação sucessiva às atuais outorgas, uma vez que essa fundamentação não é encontrada nos demais pareceres das Comissões que apreciaram o projeto de lei, especialmente a Comissão da Câmara dos Deputados que inseriu esse tema atinente à telefonia móvel no projeto em andamento que tratava somente da telefonia fixa.*

89. *Quanto ao voto do Senador citado pelo MC, não há como um voto em separado, apresentado em oposição ao parecer do relator e rejeitado por seus pares, justificar a intenção de 513 deputados e 81 senadores ao aprovar um projeto de lei. Ademais, a preocupação principal desse voto em separado era com a questão da onerosidade da prorrogação e não com a retroatividade da prorrogação. Além disso, a intenção do legislador não é o único vetor a ser utilizado na interpretação das normas jurídicas, sobretudo em casos em que haja conflitos com outros normativos, como a Constituição Federal.*

90. *Também é alegado, pela área técnica do MC, que essa retroatividade da prorrogação sucessiva atenderia melhor o interesse público, porque a implantação de uma operação de telefonia móvel exige grandes investimentos de capital, assim como a implantação do 5G exigirá nos próximos anos. Além disso, as licitações e prorrogações de frequências envolveriam riscos expressivos, inclusive para a Anatel, de ‘prejudicar a competição, deixar faixas de frequências sem uso efetivo enquanto o novo entrante não iniciar a prestação dos serviços, desencorajar investimentos’ além do ‘risco de serem vistas como parciais e promotoras de alocações ineficientes do espectro’. Por fim, a área técnica afirma que, ‘segundo a Anatel, dos 5.570 municípios no Brasil, mais de 5 mil fazem uso atualmente da Banda A ou da Banda B, cujas autorizações começam a vencer neste ano, sendo utilizadas para serviços 3G, 4G e até 4,5G’ (peça 81, p. 7-9). Tais informações, entretanto, são refutadas na análise realizada nas seções 3.1 e 3.2 do presente relatório.*

91. *Em resposta à diligência, a Conjur/MCTIC reiterou seu entendimento e destacou que a Lei 13.879/2019 ‘não estabeleceu explícita vedação à sua aplicação’ às outorgas vigentes, nem*

haveria intenção do legislador em fazer tal vedação (peça 88, p. 5-6). Todavia, o princípio da legalidade na sua acepção aplicável à Administração Pública dispõe que somente é permitido ao administrador fazer o que a lei expressamente permite, o que fragiliza o emprego desse fundamento.

92. De todo modo, a possibilidade prevista no art. 12 do Decreto 10.402/2020, qual seja, de aplicar as prorrogações sucessivas para os contratos já vigentes, está sendo questionada no Poder Legislativo. O Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 323/2020, apresentado ao Plenário do Senado Federal no dia 8/7/2020, propõe sustar o art. 4º, § 1º, do referido decreto e a expressão ‘inclusive aquelas vigentes na data de publicação da Lei’, ‘ainda que já tenham sido objeto de prorrogação’, constante o art. 12, **caput**, do mesmo decreto, sob a justificativa de que o normativo ‘transbordou das balizas legais existentes e inovou o ordenamento jurídico’, uma vez que não há, no texto da lei de 2019, menção expressa à aplicação dessa nova sistemática às atuais autorizações, e que as licitações foram precificadas e realizadas com base na regra de única prorrogação.

93. Assim, na visão do Senador autor do PDL 323/2020, admitir sucessivas prorrogações para essas autorizações significaria ‘desrespeitar o princípio da segurança jurídica, princípio implícito que decorre do regime democrático previsto no art. 1º da CF e, também, violar o ato jurídico perfeito, direito fundamental estatuído no art. 5º, inciso XXXVI, da CF’ (acessado em 16/7/2020 e disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143307>).

94. Também há a ação civil pública 1043563-46.2020.4.01.3400, em andamento na 3ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, questionando o art. 5º, §§ 2º e 3º, art. 6º, parágrafo único, e art. 12 do Decreto 10.402/2020. Entre outros pontos, a ação judicial sustenta que o art. 12 do Decreto 10.402/2020 seria ilegal, porque viabiliza que o espectro de radiofrequência, um ‘recurso público escasso e de alto interesse público e estratégico para a ampliação do acesso aos serviços de telecomunicações e a Internet’, seja outorgado sem limite temporal, contrariando o disposto na LGT (peça 184, p. 43).

95. Registre-se que, em 9/10/2020, houve o indeferimento da tutela de urgência e, em cognição sumária, o magistrado entendeu que a ação judicial visava ‘combater a própria LGT’, sendo o posicionamento firmado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) de que, ‘em virtude da presunção relativa de constitucionalidade /legalidade que milita a favor das leis’, há ‘inviabilidade da declaração vindicada, em sede de liminar ou de antecipação de tutela’ (peça 185, p. 7). Não obstante, na mesma decisão interlocutória de indeferimento da tutela de urgência, o magistrado ponderou que as ‘alterações inseridas na LGT e refletidas no Decreto 10.402/2019 (sic), ao que parece, respeitaram as exigências do processo legislativo, de sorte que, ao menos neste instante processual, presumem-se legais’ (peça 185, p. 7). Essa decisão foi objeto de recurso ainda pendente.

2.4. A PRORROGAÇÃO SUCESSIVA DE AUTORIZAÇÕES DE USO DE FREQUÊNCIA DA LGT EM FACE DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE PRORROGAÇÕES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SIMILARES A CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

96. Os termos de autorização de uso de radiofrequência devem ter prazo determinado de vigência, conforme previsto no art. 163, § 1º, da LGT, assim como ocorre com os contratos administrativos em geral, consoante art. 57, § 3º, da Lei 8.666/1993, e com os contratos de concessão, consoante art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/1995. Isso significa que o ordenamento jurídico ‘não admite concessões eternas nem aquelas em que o concedente renuncie definitivamente ao poder de retomar o serviço’ (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões. São Paulo: Dialética, 2009, p. 56). Ademais, a existência de prorrogações nos contratos não afasta esse caráter de prazo determinado de vigência.

97. O art. 175, parágrafo único, inciso I, da CF 1988 estabelece que cabe à lei dispor sobre a prorrogação dos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos. Foram editadas diversas leis gerais e setoriais, como a Lei Geral das Concessões, Lei 8.987/1995, e a própria LGT. A doutrina e a jurisprudência dividem os tipos de prorrogações de concessões de serviços públicos em

(SANGUINÉ, Odone; GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. *Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 201-221, jul./dez. 2019*):

a) prorrogação comum ou ordinária, que é realizada ao final do prazo do contrato de concessão, conforme previsão da lei, do respectivo edital de licitação e do contrato de concessão;

b) prorrogação antecipada, que também deve possuir previsão legal, editalícia e contratual, porém é realizada vários anos antes do final da concessão, tendo previsão legal em alguns setores, a exemplo do rodoviário, do ferroviário e do aeroportuário, nos termos dos arts. 4º e 6º da Lei 13.448/2017;

c) prorrogação por emergência, que é admitida excepcionalmente e visa garantir a continuidade da prestação do serviço público concedido, quando o prazo da concessão está próximo do final, porém não há tempo hábil para concluir outra licitação nem para o Poder Concedente assumir a prestação do serviço, a exemplo do previsto no art. 32 da Lei 13.448/2017, que permite a prorrogação emergencial por no máximo 24 meses, apresentadas as devidas justificativas que motivam o ato; e

d) prorrogação para reequilíbrio econômico-financeiro, que é admitida em situações excepcionais como uma das soluções possíveis para lidar com áleas extraordinárias que causam desequilíbrios econômico-financeiros na concessão, quando for demonstrado ser inviável adotar outros mecanismos, consoante jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 774/2016-TCU-Plenário e 738/2017-TCU-Plenário, ambos de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues.

98. No caso das prorrogações sucessivas previstas na nova redação do art. 167, caput, da LGT, identifica-se que se trata de inserção de nova hipótese de prorrogações ordinárias, uma vez que não há antecipação de nenhuma prorrogação anteriormente prevista, não se está diante de hipótese emergencial e não há garantia de equilíbrio econômico-financeiro no âmbito dos termos de autorização de frequência que pudesse justificar a aplicação de prorrogação, mesmo em situações excepcionais.

99. Todavia, nas outorgas vigentes, tal possibilidade de sucessivas prorrogações, sem limitação de tempo máximo para o total do contrato, não estava prevista nos editais de licitação e nos termos de autorização firmados entre as empresas e a Anatel, já que até 2019 não existia a previsão legal desse tipo de prorrogação.

100. A doutrina reforça a necessidade de previsão legal, editalícia e contratual para a prorrogação ordinária dos contratos de concessão, a exemplo do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que essas prorrogações dependem ‘de expressa previsão legal e contratual’, sob pena de ‘burla ao princípio da licitação, já que outros, se soubessem, antecipadamente, de tal possibilidade aberta pela lei e acolhida no edital, poderiam ter ocorrido ao certame ou, os que ocorreram, poderiam ter feito oferta distinta da que fizeram’ (Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009. p. 57).

101. Também cabe ressaltar que o art. 92 da Lei 8.666/1993, aplicável às permissões e às concessões de serviço público por força do art. 124 da mesma lei, define como crime a prorrogação de contratos de concessão ‘sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais’, cominando pena de detenção de dois a quatro anos e multa.

102. Em outros setores de infraestrutura, casos de prorrogação dos prazos de contratos de concessão em vigor foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo TCU.

103. Um desses casos foi a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário, que tinham vigência usual entre dez a vinte e cinco anos, com base no Decreto 8.033/2013 e no Decreto 9.048/2017, o que foi objeto do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas. O art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 previa que todos os contratos vigentes de arrendamento portuário, mesmo que já tivessem sido prorrogados pela única vez possível, poderiam

ser adaptados, de modo a poderem ser prorrogados novamente até o total de setenta anos, nos termos da redação dada ao art. 19 do Decreto 8.033/2013 pelo próprio Decreto 9.048/2017.

104. *Tanto para os contratos prorrogados, quanto para os não prorrogados, o Plenário do TCU entendeu que a aplicação dessa nova prorrogação aos contratos vigentes era juridicamente impossível, uma vez que violava princípios constitucionais e legais como o dever de licitar, isonomia, impessoalidade e vinculação ao instrumento convocatório. Assim, nessa decisão, o TCU determinou que a agência reguladora não celebrasse termos aditivos de prorrogação com prazos de vigência superiores ao originalmente previsto, bem como não prorrogasse os contratos além da única vez permitida pela respectiva lei setorial. Observa-se que, no caso do setor portuário, o objeto do processo era a realização de prorrogações antecipadas e ordinárias, porém não havia previsão legal.*

105. *Já no caso das prorrogações antecipadas das ferrovias com base na Lei 13.448/2017, tanto o TCU quanto o STF não identificaram ilegalidade ou inconstitucionalidade na prorrogação em si, desde que fossem atendidos os requisitos exigidos pela legislação, uma vez que havia previsão legal expressa dessa prorrogação. No âmbito do TCU, diversas prorrogações de ferrovias foram analisadas, a exemplo dos Acórdãos 2.876/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Augusto Nardes, e 1.946/2020-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas.*

106. *No STF, em 20/2/2020, ao denegar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.991/DF, impetrada em face dos artigos que disciplinam a prorrogação antecipada na Lei 13.448/2017, a maioria dos Ministros apontou que não havia inconstitucionalidade, consoante jurisprudência do STF, a exemplo dos Mandados de Segurança (MS) 24.785 e 26.250, ADI 3.521/PR e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 34.203, porque: os contratos de concessão foram anteriormente licitados e estavam vigentes; havia previsão de prorrogação em tais contratos e respectivos editais; não haveria mudança do objeto dos contratos com a prorrogação; havia previsão de análise de vantajosidade por parte do Poder Concedente para embasar a decisão, que não seria automática, por prorrogar ou não esses contratos (peças 144 e 145).*

107. *Na ocasião do julgamento da Medida Cautelar (MC) na ADI 5.991/DF, a Min. Relatora Cármen Lúcia destacou que ‘O contrato administrativo, no Brasil, depende, em regra, de objeto licitado e adjudicado ao vencedor do certame’, por isso ‘não se pode alterar o objeto do contrato prorrogado, não se pode permitir alteração de volume de objeto contratado a tornar outro, livre de seleção prévia’. Isso porque ‘a prorrogação de um contrato em curso não pode ser burla à regra da licitação’ (peça 145, p. 19-20). Deste modo, ‘a prorrogação indefinida do contrato é burla às determinações legais e constitucionais quanto à licitação obrigatória para adoção do regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos’ (peça 145, p. 32).*

108. *No mesmo julgamento, o Min. Gilmar Mendes ressaltou que ‘a aptidão da lei de produzir efeitos sobre contratos em andamento suscita dúvidas sobre eventual ofensa aos princípios constitucionais da licitação e da vinculação ao instrumento convocatório’ (peça 145, p. 97). Todavia, no caso da prorrogação antecipada das ferrovias com base na Lei 13.448/2017, não havia inconstitucionalidade porque ‘o legislador cuidou de restringir a possibilidade de prorrogação antecipada aos casos em que tanto a versão original do contrato quanto o respectivo edital de licitação já autorizavam a prorrogação’ e também vedou ‘um alongamento de prazo superior ao previsto originalmente no pacto’, o que ‘equivalaria a uma precipitação de prorrogação já avançada originalmente’ (peça 145, p. 104).*

109. *Com base nesses exemplos, verifica-se que o caso da prorrogação das outorgas vigentes de frequência discutida nos presentes autos se assemelha ao caso das prorrogações com base no decreto do setor portuário, consideradas ilegais pelo TCU, pois há uma tentativa de prorrogar contratos vigentes sem que haja expressa previsão legal, editalícia e contratual, ao contrário do que ocorreu com as prorrogações do setor ferroviário, que foram baseadas na Lei 13.448/2017 e possuíam previsão contratual e editalícia, tendo sido consideradas legais e constitucionais pelo TCU e pelo STF.*

110. *Por fim, cabe ressaltar que o instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviços públicos, incluindo as telecomunicações, difere substancialmente do instituto da renovação das outorgas de radiodifusão, pois as últimas possuem assento constitucional no art. 223, § 2º, da CF 1988 e são objeto de deliberação dos Poderes Executivo e Legislativo por expressa determinação do constituinte originário.*

111. *Assim, não há como aplicar os dispositivos acerca da renovação da radiodifusão para casos de prorrogação de contrato de concessão, nem mesmo no setor de telecomunicações, uma vez que as outorgas de comunicações, como rádio e TV, são reguladas por dispositivo constitucional diverso, o art. 223, § 2º, da CF 1988, e por lei setorial própria, a Lei 4.117/1966, em vez da LGT que rege os serviços de telecomunicações (SANGUINÉ, Odone; GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 201-221, jul./dez. 2019).*

112. *A seguir, nos capítulos 3 e 4, passa-se a apresentar, respectivamente, os achados da presente fiscalização relativos à aplicação da prorrogação sucessiva às outorgas vigentes antes da edição da lei de 2019 e à precificação das prorrogações.*

113. *Repise-se que não é escopo do presente acompanhamento exercer qualquer tipo de controle ou avaliação jurídica, em abstrato, da Lei 13.879/2019 e do seu decreto regulamentador, Decreto 10.402/2020. A análise da fiscalização recai unicamente sobre a aplicação desses normativos, pela Anatel, nos casos concretos das autorizações de uso de radiofrequência outorgadas antes da publicação da lei. Consoante exposto no voto do Min. Bruno Dantas, ao relatar o Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, as ‘alterações contratuais para prorrogação de prazo são plenamente sindicáveis por esta Corte de Contas, que poderá examinar a legalidade e legitimidade dos atos praticados pelo Poder Concedente’, permitindo que, ‘ao avaliar determinada prorrogação, o Tribunal constate que as medidas adotadas naquela situação particular em relação àquele contrato específico levaram a uma solução que ofende de forma flagrante as normas constitucionais’.*

3. A DECISÃO DA ANATEL QUANTO À GESTÃO DAS RADIOFREQUÊNCIAS CUJAS OUTORGAS DE USO FORAM CONFERIDAS NO PERÍODO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DA LEI 13.879/2019 ESTÁ ALINHADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO?

Situação encontrada

114. *Em 29/9/2020, o Conselho Diretor aprovou, por intermédio do Acórdão Anatel 510/2020, a segunda prorrogação em caráter primário das autorizações de uso das frequências das bandas A e B até 2028, que foram outorgadas e licitadas com a previsão de uma única prorrogação, alegando como fundamento a alteração realizada pela Lei 13.879/2019 no art. 167, **caput**, da LGT e o art. 12, **caput**, do Decreto 10.402/2020. O Conselho também não vedou que a futura licitação possa ser substituída por um **refarming** feito pelas atuais detentoras de outorgas dessas frequências (peça 123, p. 127-129). Além de violar os respectivos contratos administrativos vigentes e todos os editais das licitações realizadas desde 1997, tal decisão afronta normas jurídicas, como o dever de licitação, a isonomia e a segurança jurídica, bem como a jurisprudência do STF e a do TCU, consoante detalhamento na seção 3.1 do presente relatório.*

Evidências

115. *Em 17/10/2017, o Comitê de Uso do Espectro e de Órbita (CEO) da Anatel realizou reunião extraordinária, tendo decidido pela necessidade de a área técnica da agência realizar estudos preliminares sobre eventuais atualizações e reagrupamentos de blocos de frequências das bandas A, B, D e E, visando a sua utilização futura na telefonia móvel 5G, em vez da atual utilização em 2G e 3G (peça 123, p. 84). No dia 12/2/2019, o CEO/Anatel aprovou o aprofundamento do referido estudo de **refarming** das bandas A e B (peça 3, p. 2), que seria um reagrupamento dos blocos de frequência*

de modo a permitir um uso eficiente desse espectro, seja ampliando o número de prestadoras, seja melhorando a qualidade do serviço prestado aos usuários (peça 123, p. 40).

116. Esse estudo foi concluído em 28/11/2019 e, tendo em vista que as outorgas de uso de espectro das radiofrequências das bandas A e B vencem entre os anos de 2020 e 2028 e já foram prorrogadas pela única vez prevista em seus termos de autorização, a área técnica da Anatel defendeu que as frequências das bandas A e B não poderiam ser prorrogadas em caráter primário, mesmo após as alterações na LGT introduzidas pela Lei 13.879/2019. A primeira justificativa foi que era necessário fazer o **refarming**, e a segunda foi a ausência de segurança jurídica em aplicar a prorrogação sucessiva aos termos de autorização firmados antes da edição da Lei 13.879/2019. Assim, a proposta foi prorrogar as outorgas em caráter secundário até 2028, para que as operadoras tivessem esse prazo para migrar seus clientes para outras faixas, enquanto a Anatel definiria o **refarming** e elaboraria o edital de licitação, a ser publicado em 2027 (peça 123, p. 19).

117. Cabe esclarecer a diferença entre as outorgas de frequência em caráter primário e as outorgas em caráter secundário. Nas licitações de frequências, são outorgadas autorizações em caráter primário, de modo a garantir tanto a proteção contra qualquer interferência prejudicial quanto a primazia do uso do espectro pelo detentor dessa outorga. Por sua vez, o uso em caráter secundário não depende de licitação e permite que diferentes operadoras utilizem a mesma frequência simultaneamente, desde que não causem interferências prejudiciais às detentoras da outorga em caráter primário. Na prática, na maioria das vezes o uso da frequência em caráter secundário não é viabilizado em regiões em que haja uma empresa outorgada em caráter primário.

118. Após a publicação do Decreto 10.402/2020, em 17/6/2020, o Conselheiro Relator determinou a revisão da proposta pela área técnica à luz do decreto, assim como determinou a manifestação da PFE junto à Anatel (peça 123, p. 30). Em 8/7/2020, a área técnica da agência alterou o seu entendimento anterior e sustentou a possibilidade de prorrogações sucessivas em caráter primário das outorgas de uso de radiofrequências conferidas antes da Lei 13.879/2019, fundamentando-se no art. 12, **caput**, do Decreto 10.402/2020. Assim, a proposta passou a ser prorrogar em caráter primário todas as outorgas das bandas A e B até 2028, com a elaboração de estudos para eventual nova licitação dessas frequências a ser concluída antes de 2029 (peça 123, p. 42).

119. Por sua vez, a Procuradoria junto à Anatel emitiu parecer opinando pela possibilidade de prorrogação dessas outorgas com base na presunção de legalidade e constitucionalidade do Decreto 10.402/2020 que, nas palavras da PFE/Anatel, interpretou 'a nova redação do art. 167 da LGT, dada pela Lei 13.879/2019' (peça 97, p. 13). Recordar-se que, em parecer de 2016, a PFE junto à Anatel havia se posicionado em sentido contrário, ao analisar um projeto de lei que visava fazer as mesmas modificações na prorrogação de frequências que a Lei 13.879/2019 fez na LGT (peça 57, p. 130 e 154).

120. Submetido o processo à apreciação do Conselho Diretor da Anatel, o Conselheiro Relator apresentou voto no sentido de que fosse feito um **refarming** ainda mais amplo, envolvendo toda a faixa de 800 MHz, a ser concluído até o final de 2022. Com relação às bandas A e B, haveria a prorrogação em caráter primário até 2028, porém com a elaboração de um novo edital de licitação para que essas frequências sejam outorgadas a partir de 2028, sendo que o certame poderia ocorrer já em 2023 ou 2024. O Conselheiro cita como exemplo o caso do leilão do 5G da Alemanha que, apesar de ter sido realizado em 2019, licitou blocos que somente estariam disponíveis em 2025, sem que tenha havido qualquer problema jurídico ou técnico (peça 123, p. 77-78).

121. Após pedido de vistas, o Conselheiro Presidente da Anatel apresentou seu voto, destacando que o '**refarming** é um imperativo para a administração eficiente, racional e responsável, deste recurso indispensável às telecomunicações', bem como é 'condição necessária para restaurar o pleno e real valor econômico do espectro radioelétrico' (peça 123, p. 84-85). Além disso, defendeu que 'somente após a regulamentação promovida pelo Decreto 10.402/2020 restou explicitada a

possibilidade de aplicação da nova regra às outorgas anteriores à alteração do arcabouço jurídico' (peça 123, p. 84).

122. Ressalte-se que, assim como a área técnica da Anatel já havia afirmado nas mencionadas manifestações feitas em 28/11/2019 e 8/7/2020, o Conselheiro Presidente demonstra seu entendimento de que a alteração realizada na LGT em 3/10/2019 não é suficiente para fundamentar a prorrogação sucessiva das outorgas vigentes, bem como a sua interpretação de que o art. 12 do referido decreto seria a norma jurídica que teria tornado possível aplicar essa prorrogação retroativamente às outorgas vigentes.

123. Assim, o Conselheiro Presidente também votou pela prorrogação em caráter primário de todas as frequências das bandas A e B até 2028 e pela realização do **refarming** até 2028, sendo que as atuais operadoras detentoras de outorgas podem realizar trocas, compartilhamento ou alienação de frequências entre si, com a supervisão da Anatel (peça 123, p. 86), o que, na prática, pode afastar a ocorrência de nova licitação para as bandas A e B para o período posterior a 2028 na forma que havia sido aventada no Voto do Conselheiro Relator da matéria (peça 123, p. 77-78).

124. Registre-se que essa proposta de **refarming** executado exclusivamente pelos agentes privados foi uma das sugestões apresentadas, na véspera do julgamento desse processo na Anatel, pelas operadoras Telefônica, Claro, Tim, Oi, Algar e Sercomtel, em carta conjunta endereçada ao Conselho Diretor (peça 123, p. 89-101). No documento, as referidas prestadoras afirmaram que apresentarão, até 2025, uma 'solução setorial a ser concluída até o ano de 2028', de modo que as bandas A e B sejam redistribuídas entre as atuais detentoras das outorgas e que o restante da faixa de 800 MHz, correspondendo a cerca de 40% da faixa, seja posteriormente licitado (peça 123, p. 92). Registre-se que esse bloco da faixa de 800 MHz que as operadoras sugerem licitar era utilizado pela operadora Nextel, que, por sua vez, foi vendida para a operadora Claro em 2019.

125. Ao final, o Conselho Diretor aprovou por unanimidade a proposta do Conselheiro Relator com os 'acréscimos de fundamentação' trazidos pelo Conselheiro Presidente, concordando com a prorrogação em caráter primário das bandas A e B até 2028, fundamentada na Lei 13.879/2019 e no art. 12, **caput**, do Decreto 10.402/2020, e não vedando que a futura licitação seja substituída por um **refarming** feito pelas atuais detentoras de outorgas dessas frequências (peça 123, p. 127-129):

Acórdão Anatel 510/2020

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Conselho Diretor da Anatel:

a) determinar que a Superintendência de Outorga e Recursos à Prestação (SOR) trate dos **pedidos de prorrogação das atuais autorizações de uso de radiofrequências nas subfaixas A e B, propondo seu deferimento, em caráter primário, até 29 de novembro de 2028, se atendidos os requisitos legais e regulamentares;**

b) determinar que a Superintendência de Outorga e Recursos à Prestação (SOR) **verifique, junto às prestadoras do Serviço Móvel Pessoal (SMP), o interesse delas em prorrogar suas outorgas do direito de uso de radiofrequência nas Bandas A e B com vencimento a partir de 2021, conferindo-lhes o prazo de 30 (trinta) dias para que se manifestem;**

c) determinar que a Superintendência de Competição (SCP), a Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR) e a Superintendência de Outorga e Recursos à Prestação (SOR) adotem **providências para operacionalizar a prorrogação e calcular o Preço Público devido, observando que:**

c.1) consideradas as manifestações de interesse, **todas as outorgas que já tiveram sua primeira prorrogação e que possuem termo final entre 2021 e 2024 serão tratadas em conjunto e reunidas em um único Termo de prorrogação, por Grupo Econômico, respeitadas as vigências originais para fins de precificação;**

c.2) **outorgas que ainda não tenham sido objeto de prorrogação, ou com vencimento em 2020 ou a partir de 2025, serão tratadas caso a caso;**

c.3) antes da expiração da outorga, ou da primeira autorização do conjunto de outorgas, o **Preço Público devido para as outorgas que já tenham sido objeto de primeira prorrogação será calculado utilizando de parâmetros de Valor Presente Líquido**, de modo que o montante a ser cobrado reflita o real valor econômico (valor de mercado) da(s) faixa(s), ou, conforme a regulamentação vigente, a partir de sua expedição, nos termos da alínea 'd' deste acórdão;

c.4) o valor nominal devido pela prorrogação deverá ser registrado no respectivo Termo, por Grupo Econômico, bem como cláusula que indique a renúncia da autorizatória quanto à discussão acerca de tal importe;

c.5) os **compromissos de investimentos aplicáveis** alternativamente ao pagamento de todo ou de parte do valor nominal devido pela prorrogação deverão ser avaliados à luz de sua conveniência e oportunidade para o interesse público, bem como os aspectos relacionados à viabilidade técnica e econômica; e,

c.6) os compromissos de investimentos aplicáveis alternativamente deverão compor, pelo menos, **90% (noventa por cento) do valor nominal devido pela prorrogação**, e:

(...)

d) determinar que a Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR), em atenção à recomendação da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, esposada no Parecer 551/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU, tome as providências necessárias para que se estabeleça em Regulamento a forma de calcular o Preço Público devido para as prorrogações de outorgas que já tenham sido objeto de prorrogação anterior; e,

e) não conhecer das petições SEI nº6017213, nº 6017951 e nº 6019159, nos termos da Súmula 21, da Anatel.

126. Em 14/10/2020, quatro operadoras apresentaram pedidos de reconsideração dessa decisão do Conselho Diretor, com pedidos de efeito suspensivo (peça 146).

Crítérios

127. Todos os editais de licitação de frequência publicados pela Anatel desde a edição da LGT, em 1997, contêm cláusula determinado que o objeto da licitação é a autorização de uso da frequência por quinze anos, prorrogáveis uma única vez (peça 190, p. 2-3):

1.1 Os objetos desta Licitação são:

a) a expedição de autorização para exploração do Serviço Móvel Pessoal - SMP, por prazo indeterminado, concomitantemente à outorga de autorização de uso de radiofrequências, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma única vez, a título oneroso, por igual período, nas Áreas de Prestação, descritas no Anexo I – A, e respectivos Lotes, descritos no Anexo I – B, disciplinados pela Resolução nº 454, de 11 de dezembro de 2006, observado o disposto no item 4.2; (sem grifos no original)

128. Em todos os termos de autorização de uso de frequência firmados entre a Anatel e as prestadoras de SMP consta cláusula sobre o prazo de vigência da autorização, já que o art. 163, § 1º, da LGT exige que as autorizações de frequência tenham prazo determinado. Nos termos assinados após a licitação, essa cláusula tem a seguinte redação (peça 187, p. 16):

Cláusula 2.1. A presente Autorização de Uso de Blocos de Radiofrequências é expedida pelo prazo de 15 (quinze) anos, a título oneroso, associada à Autorização para Prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, TERMO DE AUTORIZAÇÃO Nº 003/2003/SPV – ANATEL, de 03 de fevereiro de 2003, publicado no D.O.U. de 05 de fevereiro de 2003, prorrogável, uma única vez, por igual período, estando sua vigência condicionada à manutenção dos requisitos previstos neste Termo. (sem grifos no original)

129. Nos termos firmados por ocasião da primeira e única prorrogação das frequências, essa cláusula tem a seguinte redação (peça 187, p. 3):

Cláusula 2.1. A presente Autorização de Uso de Blocos de Radiofrequências é expedida pelo prazo de 15 (quinze) anos, a título oneroso, associada à Autorização para Prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, TERMO DE AUTORIZAÇÃO Nº 011/2003/PVCP/SPV – ANATEL, de 3 de

fevereiro de 2003, publicado no D.O.U. de 5 de fevereiro de 2003, **vencendo em 24 de julho de 2021, sem direito a prorrogação**, estando sua vigência condicionada à manutenção dos requisitos previstos neste Termo. (sem grifos no original)

130. Tais cláusulas, que se aplicam a todas as frequências licitadas e outorgadas desde 1997, são critérios utilizados para analisar a decisão da Anatel. Ressalte-se que não há nenhum processo administrativo em andamento na agência para alterar essas cláusulas nos termos de autorização de uso de frequência vigentes.

131. Diversas normas jurídicas também servem como critérios para analisar a decisão da Anatel. De 1997 a 2019, a redação original do art. 167, **caput**, da LGT previa uma única prorrogação das autorizações de frequência, o que foi alterado com a Lei 13.879/2019. Destaca-se que, ao contrário do que ocorreu com a possibilidade de adaptação das concessões de telefonia fixa para autorização, expressamente aplicável às outorgas de telefonia fixa vigentes por força do art. 144-A da LGT, inserido pela mesma Lei 13.879/2019, não há qualquer menção na lei a um regime de transição ou aplicação retroativa das sucessivas prorrogações nas outorgas vigentes de frequências.

132. No que tange aos princípios jurídicos aplicáveis como critérios, cabe ressaltar o princípio do interesse público, que é um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo e que propugna ser dever da Administração Pública atuar com a finalidade de alcançar o bem de toda coletividade, em vez de privilegiar interesses pessoais ou individuais. Não obstante a importância de tal princípio, sua aplicação nos casos concretos não pode ser absoluta nem desconsiderar as demais normas constitucionais e legais. Odete Medauar ainda destaca que, 'por vezes, de modo errôneo, se invoca o atendimento do interesse público com o sentido de atendimento de interesse fazendário ou para justificar decisões arbitrárias' (Direito Administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 128).

133. Outro princípio fundamental do Direito Administrativo é o princípio da legalidade, previsto no art. 37, **caput**, da CF 1988 e no art. 38 da LGT, o qual dispõe que a atuação da Anatel deve ser pautada e limitada ao que está disposto em lei, implicando, por exemplo, que 'a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direito de qualquer espécie' (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 96). Por sua vez, os princípios da impessoalidade e da igualdade, previstos no art. 37, **caput**, da CF 1988 e no art. 38 da LGT, determinam que é dever da Anatel tratar todos os administrados com isonomia, sem 'prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento' (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 99).

134. O princípio do dever de licitação possui assento constitucional no art. 37, inciso XXI, e no art. 175, **caput**, da CF 1998 e consiste no dever da Administração Pública de escolher a proposta que melhor atenda ao interesse público, de forma isonômica, somente podendo ser afastado nos casos previstos expressamente em lei (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 415). No caso das autorizações de frequência, o dever de licitar também possui expressa previsão legal no art. 164, inciso I, da LGT, uma vez que esse bem escasso apresenta significativo valor econômico e é essencial para a prestação de serviços de telecomunicações, como a telefonia móvel.

135. Um dos princípios que decorre desse dever de licitar é o princípio de vinculação ao instrumento convocatório, previsto expressamente no art. 89, **caput** e inciso VII, c/c o art. 164, inciso I, da LGT. Marçal Justen Filho destaca que a 'consagração do princípio da obrigatoriedade da licitação é sempre acompanhada do princípio da vinculação da contratação às condições da licitação', bem como que o 'edital tem função normativa, estabelecendo as regras que disciplinarão a licitação e que constarão do futuro contrato' (Teoria Geral das Concessões. São Paulo: Editora Dialética, 2009, p. 217 e 445).

136. *O princípio da segurança jurídica possui uma natureza subjetiva, traduzida na proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado nos mais diferentes aspectos, e uma natureza objetiva, que limita a ‘retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualificarem como atos legislativos’, por intermédio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/1999). R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 237, jul./set. 2004. p. 271-315. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376/44830>. Acesso em: 13/10/2020).*

137. *Gilmar Ferreira Mendes destaca que ‘a ideia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico’ (Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional (Série EDB). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Edição digital. Capítulo 4. Seção 4.9).*

138. *Ademais, com base na síntese de Baptista Machado, o autor assinala que ‘o desenvolvimento da doutrina sobre a aplicação da lei no tempo acaba por revelar especificidades do ‘estatuto contratual’ em face do ‘estatuto legal’’, já que o segundo ‘tem pretensão de aplicação imediata’, enquanto o primeiro ‘estaria, em princípio, submetido à lei vigente no momento de sua conclusão, a qual seria competente para regê-lo até a extinção da relação contratual’ (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional (Série EDB). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Edição digital. Capítulo 4. Seção 4.6).*

139. *Além de estar previsto no art. 5º, inciso XXXVI, da CF 1988, o princípio da segurança jurídica está expressamente previsto no art. 2º, caput e inciso XIII, da Lei 9.784/1999, a Lei do Processo Administrativo, e como decorrência dos princípios previstos no art. 38 da LGT.*

140. *Egon Bockmann Moreira destaca que a segurança jurídica assume especial importância nas concessões de serviços públicos, pois ‘a relevância social e a magnitude dos investimentos dos serviços públicos exigem segurança jurídica reforçada – tanto para os investidores quanto para o Poder Público e usuários’, uma vez que ‘a solidez institucional e a consistência na execução dos contratos são dados que atenuam os custos de transação – o que em sede de serviços públicos concedidos pode implicar melhores serviços, menores tarifas e lucros razoáveis’. Não por outro motivo, o autor aponta que ‘desestatizar os serviços públicos brasileiros através de concessões reclama legislação específica não só como baliza técnica, mas também na condição de referência institucional’ (Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 35). Nesse sentido, a LGT deve ser a legislação específica que concretiza a garantia de segurança jurídica no setor de telecomunicações.*

141. *Outro princípio relevante a ser utilizado como critério é o **pacta sunt servanda**, importado do Direito Privado, mas aplicável aos contratos administrativos. Originado do Direito Romano e também chamado de princípio da força obrigatória, ‘consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes’ e ‘deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos’ (GOMES, Orlando. Contratos. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 36).*

142. *Embora sofra mitigações no Direito Privado atualmente, sobretudo no Direito do Consumidor, nos contratos administrativos esse princípio ‘não é afastado, nem mitigado’, pois ‘o que está em jogo, além da crença que a sociedade deve ter nos contratos, é a expectativa de que a Administração Pública aja de maneira lúdima e pautada na lei’. Além disso, o ‘contrato validamente celebrado é ato jurídico perfeito, obrigando as partes a cumprir tudo o que convencionaram, no tempo, local e na forma estipulados’ (MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos, São Paulo: Verbatim, 2011. p. 31).*

143. *Quanto ao ato jurídico perfeito, derivado do princípio da segurança jurídica e previsto no art. 5º, inciso XXXVI, da CF 1988, corresponde ao ‘já consumado segundo a lei vigente ao tempo em*

que se efetuou’, nos termos da definição do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Lindb). Nos contratos administrativos, incluindo os contratos de concessão de serviço público e os termos de autorização de frequência, é reconhecido o princípio da mutabilidade, que permite que sejam feitas alterações ao longo do tempo no respectivo contrato.

144. *Contudo, tal mutabilidade não é absoluta, já que, nas palavras de Luís Roberto Barroso, ‘a possibilidade ilimitada de alterar os contratos administrativos poderia dar margem ao administrador para beneficiar ilicitamente o contratado ou prejudicar, também ilicitamente, o vencedor de um processo licitatório’. Assim, ‘a regra da licitação e os princípios da igualdade e da impessoalidade administrativa, portanto, veem com cautela e certa desconfiança o poder amplo de se alterarem os contratos administrativos, justamente por conta dos abusos que esse poder pode ensejar’. (BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, 2006).*

145. *Outros critérios usados para analisar a decisão da Anatel são a jurisprudência do STF e a do TCU. No que tange à jurisprudência do STF, consoante exposto na seção 2.4 do presente relatório, somente são admitidas prorrogações de contratos administrativos, em especial os contratos de concessão de serviço público, se, cumulativamente: os contratos foram anteriormente licitados e estavam vigentes; havia previsão de prorrogação em tais contratos e respectivos editais; não haveria mudança do objeto dos contratos com a prorrogação; havia previsão de análise de vantajosidade por parte do Poder Concedente para embasar a decisão, que não seria automática, por prorrogar ou não esses contratos. Tal entendimento foi manifestado nos votos proferidos no julgamento da Medida Cautelar na ADI 5.991/DF, que reconheceu a constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões ferroviárias com base na Lei 13.448/2017, bem como em outros julgamentos, a exemplo dos Mandados de Segurança (MS) 24.785 e 26.250, ADI 3.521/PR e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 34.203.*

146. *Sobre a jurisprudência do TCU, cabe ressaltar que, desde as Decisões 320/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bento Bugarin, e 402/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Valmir Campelo, tanto as autorizações de prestação de serviços de telecomunicações, como as autorizações de uso de frequência que sejam precedidas de licitação devem ser submetidas ao mesmo rito de análise de concessões por parte da Corte de Contas previsto na Instrução Normativa (IN) TCU 27/1998. Essa previsão também consta do art. 7º da IN TCU 81/2018, que substituiu esse normativo de 1998. Deste modo, há duas décadas o Tribunal entende que os termos de autorização de radiofrequência possuem natureza jurídica semelhante a contratos de concessão.*

147. *Além disso, em diversas outras decisões sobre prorrogações de contratos em outros setores de infraestrutura, o Plenário do TCU manifestou-se no sentido de não admitir prorrogações que não estavam previstas nos próprios contratos, nos editais de licitação e em lei, bem como entendeu que a aplicação de nova hipótese de prorrogação aos contratos vigentes é juridicamente impossível, uma vez que viola princípios constitucionais e legais como o dever de licitar, isonomia, impessoalidade e vinculação ao instrumento convocatório. Um desses casos foi a tentativa de prorrogação dos contratos de arrendamento portuário com base no Decreto 8.033/2013 e no Decreto 9.048/2017, o que foi considerado irregular, por falta de previsão em lei, pelo Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, consoante exposto na seção 2.4 do presente relatório.*

148. *Outro caso foi a prorrogação do contrato de concessão do trecho Juiz de Fora/MG-Petrópolis/RJ da BR-040 por intermédio da execução da obra denominada Nova Subida da Serra (NSS) e da assinatura do 12º Termo Aditivo ao contrato. Tal prorrogação foi considerada ilegal pelo Acórdão 738/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Walton de Alencar, porque não estava prevista nem no contrato, nem no edital. Na ocasião, o Min. Relator ainda destacou em seu Voto:*

Por ser medida de exceção, o prolongamento da vigência do contrato administrativo para além do prazo ajustado inicialmente, em detrimento de nova licitação, somente é possível em

circunstâncias específicas, previstas na legislação, destacando-se, para os fins destes autos, expressa autorização no instrumento convocatório e no contrato (arts. 3º, 41, 55, XI, e 57, I, da Lei 8.666/1993; e 14 da Lei 8.987/1995), bem assim demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público (arts. 57, I, da Lei 8.666/1993; 20, II, 'b', da Lei 10.233/2001; 2º, II, 'b', do Decreto 4.130/2002; 2º e 50 da Lei 9.784/1999; e 10 § 1º, da Resolução ANTT 3.651/2011).

(...)

Há outros fatores absolutamente impeditivos da continuidade do contrato além de seus termos. Não está prevista no contrato, nem no edital, a possibilidade de prorrogação do Contrato de Concessão PG-138/95-00. Sem a expressa previsão dessa possibilidade, haveria ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, insculpido nos artigos 3º, caput, 41 e 55, XI, do Estatuto Federal de Licitações e Contratos, e do artigo 14 da Lei Geral de Concessões, abaixo transcritos, a exigir que as regras estipuladas no Edital de Licitação sejam cumpridas em seus exatos termos pela Administração e pelos administrados, não somente no decurso do procedimento licitatório, mas também durante toda a execução dos contratos.

(...)

Considero absolutamente imprescindível demonstrar que a possibilidade de prorrogação do contrato já estava prevista originalmente no instrumento do contrato. Veja que ela deve estar no instrumento original do contrato, alijado dos aditivos, bem como no edital da licitação. Caso a prorrogação tenha sido inserida no contrato mediante termo aditivo, considero-a burla ao processo licitatório, passível de ser considerada nula a qualquer tempo. (sem grifos no original)

149. Cabe destacar, ainda, a consulta feita em 2015 pelo então titular da Secretaria de Portos da Presidência da República sobre limitações para a utilização da extensão do prazo de vigência de contratos de arrendamento portuário para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, entre outros pontos. Em resposta, foi proferido o Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues, que assinalou não ser 'possível que o contrato unificado se estenda por tempo maior que o limite de cinquenta anos previsto no art. 19 do Decreto 8.033/2013, contados a partir da celebração do contrato original mais antigo, sendo imperiosa a realização de nova licitação'. Em seu voto, o Min. Relator ainda ressaltou:

É importante combater eventuais prorrogações transversas de prazo, bem como a utilização do instrumento da unificação ou consolidação de contratos, como roupage para revestir de legalidade ato cujo verdadeiro objetivo seja estender contratos de arrendamento portuário que não seriam passíveis de prorrogação.

Análise das evidências

150. Com base nesse cenário, passa-se a analisar a possibilidade de prorrogação dos termos de autorização de frequência com base na nova redação da LGT e no art. 12, caput, do Decreto 10.402/2020. De início, observa-se que a nova redação da LGT, dada pela Lei 13.879/2019, não tratou em nenhum momento de qualquer regra da transição para as outorgas vigentes, mesmo com toda a discussão jurídica sobre o tema que aconteceu durante a tramitação do projeto de lei pelas duas Casas Legislativas, consoante exposto na seção 2.2 do presente relatório.

151. Essa omissão relevante já seria suficiente para caracterizar a falta de substrato legal para que tais prorrogações sucessivas sejam estendidas às atuais outorgas, sob pena de violar o princípio constitucional da legalidade, ao permitir que a Anatel crie situações jurídicas não amparadas na lei, e de afrontar ao princípio da impessoalidade, ao configurar um tratamento mais benéfico às prestadoras que detém outorgas vigentes, em detrimento das demais prestadoras de serviços de telecomunicações e dos demais agentes privados que poderiam adquirir tais frequências em uma nova licitação.

152. Soma-se a isso o fato de que, conforme demonstrado anteriormente, no Direito Brasileiro e, sobretudo, no Direito Administrativo, a retroatividade das leis é exceção, justamente para garantir a segurança jurídica dos próprios administrados, que não podem ficar ao sabor de qualquer mudança

de legislação ou de interpretação administrativa que interfira em situações jurídicas consolidadas, como no caso de outorgas vigentes há décadas.

153. Por exemplo, se, por hipótese, fosse editada lei proibindo a prorrogação de termos de autorização de frequência, não haveria dúvidas de que tal restrição não poderia ser aplicada às outorgas vigentes que nunca foram prorrogadas, porque tais outorgas possuem essa previsão em seus termos de autorização consoante a regra vigente e disposta na LGT e no respectivo edital de licitação ao tempo da assinatura desses termos de autorização. Registre-se que as hipóteses de retomada da frequência outorgada e de indeferimento de pedido de prorrogação estão previstas expressamente no art. 167, § 2º, da LGT, abrangendo a ausência de uso racional e adequado da radiofrequência, o cometimento de infrações reiteradas em suas atividades ou a necessidade de modificação de destinação do uso da radiofrequência.

154. Ao contrário do que fora alegado pela Conjur/MCTIC e pela SAJ, no caso em tela, não se trata de alteração constitucional, que inaugura um novo regramento para o instituto ou mesmo para o setor como um todo, como ocorreu em 1995 com o fim do monopólio estatal sobre a prestação dos serviços de telecomunicações. Aliás, ao determinar esse monopólio, em 1988, a Constituição Federal preocupou-se em disciplinar a situação jurídica das empresas privadas que prestavam serviços de telecomunicações na época, com base na constituição e na legislação vigente antes de 1988, razão da regra expressa de transição do art. 66 do ADCT da CF 1988, concretizada pela Lei 8.367/1991, que previu oito anos para o encerramento das atividades dessas empresas. Ou seja, mesmo quando poderia aplicar imediatamente a nova disciplina constitucional no setor de telecomunicações, a CF 1988 escolheu prestigiar o princípio da segurança jurídica e disciplinou uma regra de transição.

155. Já nos presentes autos, discute-se alteração legal de uma das características principais das outorgas de frequência, qual seja, sua duração, e que é uma cláusula essencial do termo de autorização, uma vez que impacta diretamente diversos aspectos da outorga, como a sua valoração econômica pelos agentes privados, além de influenciar a competição no mercado de telefonia móvel e ampliar a barreira de entrada a novas empresas. Recorda-se que a frequência é insumo essencial para a prestação de serviços públicos de telecomunicações, ainda que em regime privado, como acontece com a telefonia móvel.

156. Não há como admitir que um dos pontos fulcrais das outorgas de frequência seja modificado de forma retroativa e sem previsão legal expressa. Consoante jurisprudência do TCU, a exemplo do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas, e do Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues, um dos limites da mutabilidade dos contratos administrativos de longo prazo é a extensão dos contratos, que não pode ser alterada ou prorrogada sem previsão legal, sob pena de se institucionalizar a insegurança jurídica nas outorgas, e, por consequência, nos termos de autorização, que são contratos administrativos similares a um contrato de concessão. Esse cenário de imprevisibilidade de longo prazo ainda representaria a anulação de qualquer aplicação do **pacta sunt servanda** e de limitação à mutabilidade dos termos de autorização, abrindo margem para outras alterações substanciais das outorgas de frequências a qualquer tempo, tanto em detrimento do interesse público, quanto em prejuízo das autorizatárias e dos usuários desse serviço de telecomunicações.

157. Repise-se que, por ser um setor regulado, os termos de autorização estão sujeitos a modificações na regulamentação da Anatel, incluindo a possibilidade de denegar pedidos de prorrogações e retomar frequências 'se o interessado não estiver fazendo uso racional e adequado da radiofrequência, se houver cometido infrações reiteradas em suas atividades ou se for necessária a modificação de destinação do uso da radiofrequência', conforme art. 167, § 2º, da LGT, no cumprimento do poder-dever da Anatel de regular a utilização eficiente e adequada do espectro.

158. Como exemplos dessa atuação pode-se citar: a faixa de 700 MHz, realocada para telefonia móvel em 4G em 2014; a banda S, realocada de telefonia fixa para telefonia móvel e que teve pedidos de prorrogação indeferidos em 2020 devido à modificação da destinação da faixa para outros

serviços, mesmo com o uso daquela faixa sendo ‘representativo’ e ela sendo usada por ‘número expressivo de usuários’ (peça 169, p. 6); e a faixa de 450 MHz, licitada em 2012, mas desde 2019 em processo de retomada por parte da agência devido à baixa utilização das frequências pelas operadoras (peça 188, p. 2, 6-9), configurando uma situação classificada pela OCDE como ‘mais complicada do que o esperado’ para a retomada de espectro ocioso (peça 186, p. 167).

159. *Todavia, a aplicação retroativa de prorrogação de termos de autorização, que são contratos administrativos e possuem natureza jurídica semelhante a contratos de concessão de serviço público, não é matéria sobre a alçada da regulamentação da Anatel, posto que é disciplinada por lei e deve obediência aos limites constitucionais e legais.*

160. *Ressalte-se que não há como se falar na possibilidade de um decreto ampliar o texto de uma lei ao ponto de constituir novas situações jurídicas retroativas que não foram previstas expressamente em lei, consoante abordado na seção 2.3 do presente relatório. É exigida a legalidade estrita para que haja retroatividade, em especial, em contratos administrativos como os termos de autorização de frequência, que são similares a um contrato de concessão. Entender o contrário significaria permitir que alterações significativas em contratos de concessões e instrumentos análogos, como as autorizações de frequência, fossem realizadas por meio de decretos, sem a participação do Legislativo.*

161. *Não por outro motivo o Decreto 10.402/2020 em nenhum momento determina que as outorgas vigentes de frequência sejam obrigatoriamente prorrogadas sucessivamente nos termos da nova redação da LGT. Pelo contrário, o art. 12, **caput**, do referido decreto estabelece que cabe à Anatel, enquanto agência reguladora e Poder Concedente, analisar se tal modificação da LGT pode retroagir e atingir as outorgas em vigor quando da edição da lei, em 3/10/2019. Dito de outro modo, o decreto prevê a possibilidade do exame dos pedidos de prorrogação, contudo não afasta a necessidade de obediência aos comandos constitucionais e legais aplicáveis, nem dispensa a avaliação do interesse público e dos requisitos legais e regulamentares para deferimento da prorrogação. Aliás, não poderia ser diferente, uma vez que um decreto não poderia conter autorização para que a Anatel descumprisse a LGT e Constituição Federal.*

162. *Impende destacar que, em que pese as eventuais opiniões e interpretações divergentes manifestadas ao longo da tramitação da minuta de decreto e mesmo após a sua publicação, não se vislumbra na norma do art. 12, **caput**, do Decreto 10.402/2020 qualquer comando imperativo no sentido de prorrogar todas as outorgas vigentes, ao contrário do que o Plenário do TCU apontou que teria ocorrido com o Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017, que expressamente prorrogava diversas outorgas no setor portuário, consoante Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas, conforme abordado na seção 2.4 do presente relatório.*

163. *Assim, não há como fundamentar, na norma do art. 12, **caput**, do Decreto 10.402/2020, a aplicação retroativa de nova disposição legal às outorgas vigentes de frequência, sob pena de se consentir com as interpretações que alegam que um decreto poderia transbordar os limites da lei ao regulamentar a matéria, dando caráter retroativo a um regramento introduzido por uma nova lei em contratos firmados há quase trinta anos.*

164. *Além de todo o exposto, a aplicação da prorrogação sucessiva às outorgas vigentes ainda viola outros princípios legais e constitucionais, uma vez que esses termos de autorização foram firmados após disputa em certame licitatório. Ressalte-se que, conforme arts. 37, inciso XXI, e 175, **caput**, da CF 1988, a licitação é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, seja para a Administração Pública firmar concessões e permissões de serviços públicos, seja para dispor de bens públicos que valem bilhões de reais como as frequências, que não podem ser utilizadas por diversas empresas ao mesmo tempo e que são essenciais para a prestação do serviço público de telecomunicações.*

165. *Ao tempo de cada licitação de frequência, os agentes privados avaliaram e precificaram essa prorrogação única dos termos de autorização, que era a regra vigente desde a década de 1990 até 2019, para decidir se participariam da licitação e para definir quais valores estariam dispostos a pagar por essas outorgas. Do mesmo modo, ao longo da vigência dos respectivos termos, as operadoras também agiram e se planejaram com base nessa premissa de que não haveria uma segunda prorrogação.*

166. *Exemplo disso pode ser visto nas demonstrações contábeis anuais da Telefônica no Brasil, que há décadas apresenta, nas notas explicativas às suas demonstrações financeiras, de quais frequências a empresa detém a outorga e qual é o prazo de vigência de cada outorga (peça 99, p. 4). Do mesmo modo, as demonstrações contábeis da Telefônica consolidadas globalmente, que consolidam os resultados das empresas do grupo em todos os países, trazem um anexo específico (peça 189), contendo diversas informações e tabelas sobre o prazo de duração das outorgas de frequências detidas pelas empresas do grupo em cada país em que atua, na Europa e na América Latina (peça 189, p. 14-16).*

167. *Recorda-se que, consoante relatório da OCDE publicado em 26/10/2020, na maioria dos países membros as licenças de frequência duram cerca de 20 anos e ‘muitos países da OCDE optam por leiloar diretamente o espectro em vez de renovar as licenças, especialmente quando outros atores no mercado têm interesse na banda’ (peça 186, p. 166). Mesmo no Reino Unido, onde existe a figura das ‘licenças por tempo indeterminado’, após os vinte anos iniciais da licença a agência ‘reguladora (Ofcom) pode revogar qualquer licença por razões de gestão do espectro, com um aviso de cinco anos’ (peça 186, p. 69, 167). Constata-se, pois, que a prática usual no mercado internacional de telecomunicações, sobretudo no europeu, é que as frequências sejam relicitadas após o término da duração original das respectivas outorgas, especialmente se houver outras empresas interessadas.*

168. *Nesse cenário, no setor de telecomunicações no Brasil, não havia dúvidas de que as frequências licitadas desde 1997 seriam submetidas a novas licitações após trinta anos, já que essa era a regra prevista na lei geral do setor, nos editais de licitação (peça 190, p. 2-3) e em cada um das centenas de termos de autorização firmados entre as operadoras e a Anatel nesse período (peça 187, 3 e 16), conforme exposto na seção 2.1 do presente relatório e transcrito na seção de critérios do presente achado.*

169. *Cabe ressaltar que, ao contrário do que ocorre em concessões de serviços públicos, não há bens reversíveis a serem devolvidos ao final do prazo de vigência dos termos de autorização de frequência. Assim, todos os investimentos feitos pelas operadoras em telefonia móvel continuam em seu patrimônio mesmo após a devolução das frequências. Além disso, os equipamentos atuais utilizados nas redes de telecomunicações permitem o emprego de diversas frequências ao mesmo tempo, justamente para garantir maior eficiência no uso desses recursos.*

170. *Assim, ao contrário da alegação de que a aplicação retroativa das prorrogações sucessivas se faz necessária para destravar investimentos, como abordado ao longo das seções 2.2 e 2.3 do presente relatório, verifica-se que não há evidências de que os investimentos em telefonia móvel estejam diminuindo pela proximidade do término das autorizações de frequência. Aliás, sobre este ponto, cabe lembrar posicionamento externado no voto do Min. Bruno Dantas, ao relatar o Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, que tratava sobre a prorrogação, por até setenta anos, dos contratos de arrendamento portuário que já tinham sido prorrogados anteriormente, com base em um decreto:*

163. Por isso, há que se afastar o frequente argumento de que uma aplicação mais rígida do Decreto poderia ‘travar’ investimentos.

164. Em primeiro lugar, o que favorece investimentos não é a perpetuação de contratos já existentes, em condições por vezes insatisfatórias, mas a construção de um ambiente de negócios sadio, com regras que propiciem isonomia, eficiência, competitividade, mérito e desempenho. Investidores sérios se prontificam a disputar um certame se identificam que as regras serão

minimamente estáveis ao longo do contrato e serão cumpridas não só por eles e pelo governo, mas também pelos seus concorrentes. Ao direcionar seus recursos, buscam previsibilidade na atuação governamental, estabilidade das regras, integridade nas relações e observância dos contratos: em suma o cumprimento das regras, sobretudo aquelas que já eram conhecidas de todos ao tempo da celebração das avenças.

*165. Ademais, nossas constatações têm demonstrado que a **continuidade dos concessionários atuais nem sempre é a melhor medida para viabilizar investimentos**. O dado da realidade mostra que, **em diversos setores regulados e de maneira generalizada, a regra é a inexecução dos investimentos pactuados**. (sem grifos no original)*

171. Destaca-se que, no setor de telefonia móvel, também há evidências de descumprimento de investimentos pactuados em editais de licitação e de baixo uso das frequências, como é abordado na seção 3.2 do presente relatório.

172. Ademais, a evolução da tecnologia de telefonia móvel é um dos motivos para que a valoração econômica das faixas varie ao longo do tempo. Por exemplo, no caso das outorgas das bandas A e B, que vencem entre 2020 e 2028, o valor pago originalmente na outorga não considerava essa possibilidade de prorrogação e os benefícios econômicos que podem advir disso, já que essas frequências podem ser usadas atualmente para a prestação de serviço de telefonia móvel 4G e 5G, o que as tornam ainda mais valiosas do ponto de vista econômico do que quando foram inicialmente outorgadas na década de 1990. Deste modo, a realização de uma licitação poderia elevar, em centenas de milhões de reais, o valor desse bem público devido ao interesse e à disputa de lances dos agentes privados, bem como evitaria a violação da isonomia da competição das licitações passadas, com relação aos benefícios da prorrogação que não foram precificados nem oferecidos aos demais licitantes (peça 102, p. 1).

173. Nesse contexto, aplicar retroativamente a possibilidade de prorrogações sucessivas das outorgas representa uma quebra dessas expectativas e dos contratos vigentes há décadas, bem como beneficia somente os atuais detentores de outorgas nas áreas geográficas em que atuam, afrontando o princípio da obrigatoriedade de licitação e da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que cada edital de licitação previa somente uma prorrogação dessas outorgas e a previsão de prorrogações sucessivas foi inserida na LGT mais de uma década depois das respectivas licitações, em 2019, sem menção expressa de aplicação para os contratos já firmados.

174. Repise-se que, em que pese o já mencionado reconhecimento da existência de mutabilidade nos contratos de concessão de serviços públicos, há limites para as alterações que uma nova lei pode introduzir em um termo de autorização de frequência firmado após licitação. Permitir uma nova prorrogação ordinária nas outorgas anteriores à 2019, na ausência de autorização legal expressa, significaria garantir aos atuais detentores dessas outorgas algo que não foi precificado na licitação, bem como representaria uma desconfiguração do que foi efetivamente licitado.

175. Novamente, não se ignora que, por meio de lei, pode haver a alteração de regime jurídico de institutos ou mesmo a adaptação de uma outorga vigente, como, por exemplo, a adaptação das concessões de telefonia fixa disposta no art. 144-A da LGT, inserida pela mesma Lei 13.879/2019. Contudo, tais casos dependem de expressa previsão legal, não podendo ser decididos com base em meras interpretações da lei, e devem observar os devidos limites constitucionais. Recorda-se que, ao contrário do que foi alegado pelo MC, durante a tramitação do projeto de lei que originou a Lei 13.879/2019, diversos Senadores e Deputados Federais, representantes da Consultoria Legislativa, da Procuradoria da República e do TCU, entre outros, apontaram os riscos e as possíveis implicações jurídicas de eventual aplicação das prorrogações sucessivas às outorgas vigentes, consoante exposto na seção 2.2 do presente relatório.

*176. Mesmo em face das violações legais ora apresentadas, ainda há o argumento trazido por diversos atores de que existiria interesse público nessa prorrogação sucessiva das outorgas vigentes, sendo que a Conjur/MCTIC sustenta que ‘os princípios da vinculação das regras editalícias e do **pacta sunt servanda** devem ser afastados em prol do interesse público maior’ (peça 19, p. 131-132).*

177. Entretanto, as evidências apontam em sentido contrário a essa tese, sinalizando que, mesmo que existisse interesse público na eventual prorrogação sucessiva das outorgas vigentes, não há como se afastar a flagrante ilegalidade dessa prorrogação, que viola não apenas os princípios sopesados pela Conjur/MCTIC, mas também todos os demais princípios legais e constitucionais abordados ao longo da presente seção do relatório. Tais aspectos afetos ao interesse público são analisados detalhadamente na seção de análise de efeitos e riscos, na presente seção, e na seção 3.2 do presente relatório.

178. Não obstante, a necessidade apontada pela Anatel de realização de **refarming** nas bandas A e B é evidência da existência de interesse público na não prorrogação dessas outorgas, para possibilitar essa reorganização. Além disso, caso as respectivas outorgas sejam prorrogadas e o **refarming** seja feito entre as próprias detentoras de outorga, como sugerido pelas operadoras e não rechaçado na decisão da Anatel, essa reorganização de blocos de frequência que o **refarming** exigirá poderá resultar na alteração do objeto dos termos de autorização, violando o dever de licitação previsto no art. 164 da LGT, bem como a vinculação ao instrumento convocatório e a isonomia dos respectivos certames originais, uma vez que essa utilização de mercado secundário não estava prevista nos editais e nos termos de autorização.

179. Portanto, em face do exposto na presente seção e do contexto jurídico delineado na seção 2 do presente relatório, conclui-se que a decisão da Anatel em aplicar para todas as outorgas vigentes a prorrogação sucessiva inserida no art. 167, caput, da LGT pela Lei 13.879/2019 viola não somente os termos contratuais vigentes e os princípios constitucionais e legais já mencionados, mas também contraria a jurisprudência do TCU e do STF ao repetir os mesmos vícios de ilegalidade de prorrogações semelhantes ocorridas em outros setores.

180. Recorda-se que, em seu voto proferido na apreciação do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, o Min. Relator Bruno Dantas destacou:

52. Digno de nota que o consultor faz alusão ao **Parecer 45/2010/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União, que fixou entendimento sobre a impossibilidade de adaptação de contratos anteriores à Lei 8.630/1993.** Portanto, observa-se que a possibilidade de estender o prazo de vigência de contratos firmados sob a égide de legislação pretérita é retomada com certa frequência. (...)

53. Importante mencionar que, naquele caso, a **adaptação estava prevista em lei formal, no caso o art. 53 da Lei 8.630/1993, e mesmo assim recebeu parecer contrário da Consultoria-Geral da União.**

54. Para além disso tudo, no meu entender, a **pretensão de adaptar os contratos atuais às novas regras do regulamento opera duas gravíssimas irregularidades.** Em primeiro lugar, permitiria suprimir, por via regulamentar, o dever constitucional de licitar, pois nada impediria que subsequentes decretos sejam sendo editados de forma a estender ainda mais os prazos de vigência dos atuais contratos.

(...)

56. Aceitar essa situação equivaleria a beneficiar o seletivo grupo de arrendatários que já dispõem de contratos junto ao poder público, em detrimento da potencial entrada de novos agentes, ao arripio do princípio da impessoalidade.

57. A segunda irregularidade gravíssima é que tal medida também possibilitaria **fulminar a obrigação de celebrar contratos de concessão por prazo determinado, consoante o art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/1995, c/c o art. 23, inciso I, da referida lei. Nada impediria que, de tempos em tempos, a via regulamentar fosse utilizada para modificar a vigência dos ajustes.** (grifos diferentes do original)

181. Repise-se que tais entendimentos jurisprudenciais são aplicáveis aos termos de autorização de frequência, porque que são contratos administrativos, são originados de procedimento licitatório e são instrumentos análogos aos contratos de concessão de serviço público, por permitirem a utilização de um bem público escasso e essencial na prestação do serviço público de telefonia

móvel, que é de interesse coletivo, ainda que prestado no chamado regime privado nos termos do art. 21, inciso XI da CF 1988 e dos arts. 62, 63 e 127 da LGT.

182. Além disso, no que tange ao interesse público, como dito anteriormente, as evidências apontam no sentido da existência de interesse público na não prorrogação dessas outorgas, devido a necessidade de realização de **refarming**, consoante exposto detalhadamente na seção de análise de efeitos e riscos, na presente seção, e na seção 3.2 do presente relatório. De todo modo, mesmo que existisse interesse público na eventual prorrogação sucessiva das outorgas vigentes, não há como se afastar a flagrante ilegalidade dessa prorrogação.

Causas

183. Dentre as possíveis causas para que a Anatel tenha adotado a decisão de anuir com a aplicação, nas outorgas vigentes, das prorrogações sucessivas inseridas pela Lei 13.879/2019 no art. 167 da LGT, pode-se apontar a celeuma jurídica consubstanciada nas conflitantes interpretações e opiniões acerca do conteúdo da norma contida na nova redação do art. 167 da LGT e dos limites da retroatividade dessa lei. Lembra-se que os pareceres e manifestações de órgãos como Conjur/MCTIC e SAJ foram a favor da prorrogação sucessiva de forma retroativa, enquanto a PFE/Anatel, que era contrária a essa prorrogação, mudou seu entendimento após a edição do Decreto 10.402/2020. Do mesmo modo, durante a tramitação do projeto de lei, parlamentares se posicionaram a favor e contra essa prorrogação, conforme exposto na seção 2.2 do presente relatório.

Análise dos efeitos e riscos decorrentes da manutenção da decisão da Anatel a favor da prorrogação das outorgas anteriores à Lei 13.879/2019

184. Um possível efeito direto da admissão dessas prorrogações sucessivas nas outorgas vigentes de frequência será a perda de arrecadação da União, na ordem de bilhões de reais, visto que não haveria novas licitações e que os respectivos certames anteriores dessas frequências arrecadaram em torno de 85 bilhões de reais, em valores atualizados em 2020, conforme detalhado na seção 2.1 do presente relatório. Recorda-se que, por causa da evolução tecnológica, várias frequências tiveram um aumento no seu valor de mercado, já que podem ser utilizadas para prestar serviços como 4G e 5G. Além disso, em que pese essa queda de arrecadação poder ser amenizada com a cobrança de valores para prorrogação semelhantes ao que poderiam ser obtidos nessas novas licitações, há diversas fragilidades na metodologia atualmente em uso na Anatel para precificar prorrogações de frequências, consoante exposto na seção 4 do presente relatório.

185. Outro efeito dessas prorrogações sucessivas aplicadas retroativamente é que essa possibilidade não existia na época da licitação, de modo que tanto a precificação das faixas de frequências quanto a participação dos agentes de mercado foram balizadas pela previsão de duração máxima de trinta anos de contrato, já contando com a única prorrogação possível. Assim, aplicar retroativamente essa possibilidade de prorrogação torna-se uma vantagem competitiva direcionada apenas às atuais detentoras de autorizações de uso de frequência, em detrimento da isonomia e da competitividade das licitações de frequência realizadas ao longo dos últimos 22 anos.

186. Anuir com essa prorrogação sucessiva nas outorgas vigentes também pode gerar outros efeitos no âmbito da competição no mercado de telefonia móvel, ao dificultar a imediata entrada de novos competidores, que ficariam impossibilitados de adquirir essas frequências ao participar de uma licitação pública, conduzida com condições transparentes e isonômicas de disputa, e teriam como única alternativa negociar individualmente com alguma empresa dentre as atuais detentoras de outorgas de frequência, no chamado mercado secundário.

187. Há, ainda, um risco de um efeito transversal, no sentido de que essa aplicação retroativa da possibilidade de prorrogação de termos de autorização que foram licitados torne-se um precedente de violação da segurança jurídica a ser empregado em outras situações, tanto no setor de telecomunicações, como em qualquer outro setor em que haja concessões de serviços públicos, em âmbito federal, estadual, distrital ou municipal, em detrimento do interesse público.

188. *Exemplo desse impacto que decisões setoriais em telecomunicações causam em outros setores encontra-se na argumentação trazida pela Casa Civil, no âmbito do TC 030.098/2017-3, processo que analisava a prorrogação de contratos de arrendamento portuário por meio de decreto e foi apreciado no já mencionado Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas. Na ocasião, visando defender a legalidade da prorrogação pretendida, a Casa Civil citou dispositivos de outras cinco legislações setoriais, incluindo os arts. 99 e 214, inciso V, da LGT com a redação original, que foram aplicados na adaptação das concessões de telecomunicações anteriores à edição da LGT (TC 030.098/2017-3, peça 31, p. 27).*

Análise dos efeitos e riscos decorrentes da conclusão pela impossibilidade de prorrogação das outorgas anteriores à Lei 13.879/2019, consoante previsão da Lindb

189. *O art. 21, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), Decreto-Lei 4.657/1942, dispõe que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Ademais, o art. 21, parágrafo único, da Lindb estabelece que a decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Assim, passa-se a analisar as consequências de eventual decisão do TCU sobre a ilegalidade da prorrogação das outorgas vigentes.*

190. *Identificada acima a inaplicabilidade de prorrogações sucessivas em termos anteriores à Lei 13.879/2019, é importante compreender os impactos de não se prorrogarem tais outorgas. Como as autorizações das bandas A e B serão as primeiras a vencer após o advento da lei, vencimento gradual até 2028, a avaliação dos impactos da não prorrogação serão concentrados sobre o referido caso. A Anatel aponta que manter as outorgas atuais não faz sentido tecnicamente por serem 'autorizações dispersas geograficamente e temporalmente (...) baseadas em canalizações que devem ser atualizadas' (peça 55, p. 2), de modo que é evidente a necessidade de reorganização do espectro. Tal fato evidencia que a simples prorrogação dos atuais termos não seria compatível com o interesse público a longo prazo. No entanto, a agência decidiu prorrogar até 2028, dado que tal reorganização só será possível tecnicamente quando vencer o último termo, liberando o espectro integralmente para sua realocação. Assim, resta claro que a necessidade de se esperar a liberação das faixas das bandas A e B que vencem em 2028 é a base da decisão da agência pela prorrogação e a única razão pela qual as faixas não são imediatamente reorganizadas.*

191. *Ocorre que, independentemente do caso concreto em discussão, entendeu-se ser ilegal a prorrogação de outorgas vigentes antes da Lei 13.879/2019, de modo que a opção da agência não se mostra viável por ferir princípios e dispositivos do ordenamento jurídico, conforme argumentado na subseção anterior. No entanto, a impossibilidade jurídica de prorrogação das referidas outorgas aqui apontada não gera um cenário inviável e de impactos irremediáveis à sociedade. O cenário posto não é inovador e se trata de opção proposta inclusive pela própria área técnica da Anatel em 2019, antes da publicação do Decreto 10.402/2020. No Informe Anatel 91/2019/PRRE/SPR, agência vislumbrou alternativas de atuação sobre as bandas A e B e concluiu que a prorrogação com base apenas na Lei 13.879/2019 geraria insegurança jurídica e que a melhor alternativa seria não prorrogar as outorgas e conceder nova autorização em caráter secundário, até 2028 (peça 176). A área técnica explicou:*

Embora não seja solução tão comum para serviços de interesse coletivo, como o SMP, há casos em que se verificou ser a melhor alternativa regulatória. No presente caso, observa-se que a conferência de autorizações de uso das radiofrequências nas subfaixas A e B, em caráter secundário, até o final de 2028, seria uma opção pouco custosa para a Agência e para o setor, o qual teria um prazo razoável, de aproximadamente 8 (oito) anos, para descontinuar as atuais operações nesse segmento do espectro, migrando-se os usuários existentes de forma paulatina para outras faixas, a fim de que eventuais impactos possam ser mitigados. Nesse cenário, a partir de 2029 a faixa estaria completamente limpa, permitindo-se a implementação de sistemas que irão

*operar com base em canalizações e demais condições de uso mais modernas. Por outro lado, é preciso se ter em mente que as atuais operações de SMP são muito dependentes das subfaixas A e B para aquelas operadoras que detêm esta outorga (...). Assim, **poder-se-ia questionar tal alternativa sob a alegação de que se estaria impondo riscos a tais operações principalmente no que tange à interferências prejudiciais ao serviço por se estar operando em caráter secundário. Entretanto, à respeito disso, cumpre salientar que o RUE já prevê mecanismos para tratar situações que porventura surjam.** Ainda, é fato que a Agência precisará tratar com muita cautela, neste cenário, outros pedidos de autorização em caráter secundário nesta faixa caso surjam. (grifos nossos)*

192. Resta claro que, em certo momento, a própria Anatel achou viável a opção de não se prorrogarem as outorgas, sendo essa inclusive a solução proposta pelo seu corpo técnico, que apresentou a alternativa de se autorizar o uso das faixas em caráter secundário para evitar a descontinuidade dos serviços até 2028, de modo que não haveria desconexão de usuários nem interrupção do serviço. Defendeu, ainda, que seria uma solução de baixo custo público e enfatizou que as possíveis interferências prejudiciais ao serviço, que poderiam advir de autorizações em caráter secundário, poderiam ser mitigadas por mecanismos já existentes em sua regulamentação e por meio de tratamento adequado pela agência de outros pedidos de uso da faixa em caráter secundário. Assim, a decisão de não prorrogação, em caráter primário, das outorgas das bandas A e B (passando a ser prorrogada em caráter secundário, segundo a Anatel) estaria em conformidade com o ordenamento jurídico, conforme apontado na subseção anterior, e não geraria impactos incontornáveis e nem situação de inviabilidade técnica da prestação do serviço, conforme demonstrado pela própria agência. Destaca-se que a Anatel já decidiu fazer o **refarming** da faixa, o que naturalmente desaceleraria investimentos pelas atuais detentoras da outorga até que ocorresse esse processo, independentemente de ela estar prestando o serviço em caráter primário ou secundário.

193. Na ocasião da elaboração do informe transcrito acima, a agência afastou a opção de prorrogação por entender que a redação da Lei 13.879/2019 era controversa e poderia gerar insegurança jurídica. No entanto, em junho de 2020, a área técnica revisou sua decisão por achar que, posteriormente, o Decreto 10.402/2020 retirou controvérsias e a insegurança jurídica (peça 55, p. 4). Nesse cenário, concluiu que tal alternativa seria melhor e que a autorização em caráter secundário não seria 'solução ideal'. Alegou que a precariedade da autorização em caráter secundário poderia desincentivar investimentos (argumento este que não se sustenta, conforme explicado no parágrafo anterior) e que preço público baixo não permitiria estabelecer compromissos de investimento. Vê-se que a agência se deparou com situação regulatória em que não havia soluções em condições perfeitas e ideais, sendo que as alternativas cogitadas possuíam vantagens e desvantagens a serem sopesadas.

194. No entanto, a Anatel reconhece que tecnicamente há formas de se dar continuidade aos serviços e atender ao interesse público mesmo com a decisão pela não prorrogação dos termos que vencem até 2028. Ainda que não seja solução ideal (algo que não existe no presente caso), demandando maior cautela da agência na gestão do espectro, trata-se de solução compatível com o ordenamento jurídico e não gera riscos de insegurança jurídica aos contratos do setor de telecomunicações e aos demais setores de infraestrutura. Inclusive, para assegurar efetividade da solução, a Anatel vislumbrou cronograma em que o caráter secundário estaria atrelado à conclusão da revisão das condições de uso da faixa, elaboração de edital e realização de licitação, antes mesmo do vencimento dos termos (peça 123, p. 19). Recentemente, o conselheiro da agência enfatizou a importância de se planejar antecipadamente a licitação 'mesmo estando as faixas ainda ocupadas' e que 'até o fim de 2022 deverão estar concluídos os estudos para um possível **refarming**' (peça 177).

195. Além de haver formas de mitigar impactos oriundos da não prorrogação das autorizações das bandas A e B até que seja feito o **refarming** em 2028, constatou-se que o indeferimento de pedidos de prorrogação devido à necessidade de realocação de frequência para outro propósito não seria uma inovação e nem fato sem precedentes na Anatel.

196. *Em decisão recente, sobre termo cuja redação prevê apenas uma única prorrogação, a Anatel negou pedido de prorrogação por vinte anos devido à modificação da destinação da faixa para outros serviços, mesmo o uso daquela faixa sendo 'representativo' e ela sendo usada por 'número expressivo de usuários' (peça 169, p. 6). Assim como o **refarming** das bandas A e B, trata-se de faixa na banda S usada para telefonia fixa e que passará a ser usada para outros serviços, não sendo possível deixá-la com a operadora atual. Para não haver descontinuidade repentina dos serviços, a agência prorrogou por cinco anos a autorização apenas para que os usuários fossem migrados para outras soluções de conectividade.*

197. *Constata-se precedente em que, mesmo havendo número significativo de usuários sendo atendidos pela frequência, o interesse público oriundo da modificação do uso da faixa justificou o indeferimento da prorrogação da outorga. Assim, não há que se falar que a Anatel deve necessariamente prorrogar as autorizações das operadoras para não prejudicar a prestação dos serviços existentes, visto que: evidentemente há formas de mitigar os impactos da retomada das faixas pelo poder público, algo feito recentemente pela agência; há previsão legal de que a modificação da destinação da faixa justifica o indeferimento de prorrogação de outorgas; e os termos contratuais e legais não colocam a prorrogação como um direito da operadora, estando ela ciente de que a prorrogação estava condicionada ao interesse público.*

198. *Chama atenção o fato de que o caso citado da banda S trata de indeferimento da primeira prorrogação do termo, ou seja, fato previsto ainda pelo regime anterior à Lei 13.879/2019, em que havia desde a licitação a possibilidade (e não direito) de prorrogação da outorga. No caso, como sempre houve a possibilidade de tal prorrogação e que isso não ocorreu por razões de interesse público, é de se esperar que a operadora necessite de prazo para fazer ajustes e não prejudicar seus clientes. Entretanto, claramente se trata de situação diferente dos pedidos de prorrogação de bandas que já foram prorrogadas a primeira vez e requerem nova prorrogação no âmbito da Lei 13.879/2019.*

199. *Desde a licitação as operadoras tinham ciência de que legalmente não seria possível prorrogar mais de uma vez a outorga e que necessariamente deveriam migrar seus clientes para outras soluções ao final desse prazo. Assim, independentemente das alterações da lei, não é cabível alegar que é imprescindível o deferimento de tais pedidos para evitar descontinuidade dos serviços, visto que nos últimos trinta anos a operadora já tinha ciência de tal fato e deveria estar preparada para absorver esses usuários em outras faixas ou por outras tecnologias.*

200. *Também não é cabível alegar que a não prorrogação incorre em insegurança jurídica, muito pelo contrário, dado que a devolução da faixa ao poder público esteve prevista desde a licitação, ou seja, há décadas, estando expressa em cláusula do termo de autorização e sendo condição aceita pela operadora quando optou por participar do certame. A real insegurança jurídica ocorreria com a prorrogação sucessiva da outorga, dado que se modifica o regime jurídico previsto no edital de licitação e no termo contratual, condições impostas a todas as licitantes à época e que, se alteradas, podem prejudicar a isonomia e impessoalidade do processo, conforme apontado na subseção anterior.*

201. *Na mesma linha, também não é sustentável alegação de que a não prorrogação dos termos e nova licitação das faixas incorreriam em dispêndios de volume de recursos não previstos pelas operadoras e que isso reduziria investimentos. Desde o início de vigência dos termos (há mais de 15 anos), sabia-se que haveria nova licitação daquelas frequências e as operadoras já tinham ciência da expectativa de gastos diante de nova concorrência pública. Também não se sustenta argumentação de que a licitação retira investimentos do setor, visto que foi justamente a troca de valores do preço público a ser arrecadado em certames por compromissos de abrangência que historicamente permitiram a expansão das redes de telecomunicações no país em localidades carentes de infraestrutura. Em consonância com o disposto em voto do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, a concorrência trazida por nova licitação pode potencializar os investimentos. Ainda mais quando há*

baixo uso da faixa pela atual detentora dela, como é o caso das bandas A e B (peça 164, p. 19), algo a ser visto mais adiante. Além disso, em média, espera-se prazo de vinte anos para retorno razoável de investimentos nas redes que usam essas frequências (peça 162, 76-78). Como os termos anteriores à Lei 13.879/2019 preveem o prazo de 15 anos renovável uma única vez, se está falando em licitar novamente a faixa após 30 anos, de modo que, no momento da licitação, já terão sido amortizados os custos e investimentos passados.

202. *Com as alterações do art. 167 da LGT, o Poder Legislativo entendeu ser necessária a mudança na gestão de outorgas, de modo que não se discutem os benefícios das prorrogações sucessivas para autorizações concedidas após a publicação da lei. No entanto, partindo-se da conclusão evidenciada de que questões jurídicas impedem a prorrogação sucessiva de outorgas anteriores à Lei 13.879/2019, tema esse que não foi tratado nas mudanças da LGT, registra-se que a possível existência dos mesmos benefícios no caso de prorrogação das outorgas anteriores à lei se faz irrelevante, posto que o ato de prorrogação estaria, desde a origem, eivado de vício com sérios impactos e repercussão jurídica negativa. Além disso, observa-se que os impactos da não prorrogação são contornáveis e não prejudicam o interesse público e nem a continuidade dos serviços prestados.*

203. *Ressalta-se que mesmo as alegações da Anatel sobre os benefícios advindos da prorrogação sucessiva ainda são questionáveis, conforme apontado amplamente pela OCDE em seu relatório sobre o setor brasileiro. Explica-se. Ao defender o projeto de lei que resultou na Lei 13.879/2019 no Congresso Nacional, a Anatel alegou que a ‘possibilidade de renovações sucessivas’ traz ‘mais previsibilidade e segurança para os investimentos em redes’ (peça 141, p. 5). No entanto, a OCDE trouxe as seguintes ponderações sobre essa suposta necessidade de se ter prorrogação sucessiva para se garantir a previsibilidade de investimentos no país (peça 186, p. 45 e 166-167):*

Com a aprovação da Lei n.º 13 879, de 3 de outubro de 2019, autorizações de uso de espectro no Brasil podem ser renovadas sucessivamente, sem limite, depois do primeiro período de 20 anos. (...) O leilão de espectro é um dos principais instrumentos usados por países para uma série de objetivos de políticas públicas, incluindo a promoção da competição nos mercados móveis. Como resultado, a Anatel deve observar e analisar cuidadosamente os efeitos desse novo arranjo na possibilidade de entrada de novas operadoras móveis no mercado. De forma geral, há um risco considerável de que o novo arranjo reduza as ferramentas à disposição da Anatel para promover a competição nos mercados móveis, bem como limite a entrada de novos atores no mercado móvel brasileiro.

(...)

Todos os regimes de concessão de licenças exigem segurança jurídica para promover o investimento de longo prazo. (...) Em geral, as licenças de espectro devem ser concedidas por períodos superiores a dez anos e, no mínimo, proporcionar aos atores móveis certeza suficiente de que suas licenças serão renovadas. As condições de renovação devem ser transparentes e conhecidas com muita antecedência.

Muitos países da OCDE optam por leiloar diretamente o espectro em vez de renovar as licenças, especialmente quando outros atores no mercado têm interesse na banda. De fato, vários países da OCDE só renovam a licença se não houver outra parte interessada no espectro (Tabela 5.B.1).

A maioria dos países membros da OCDE tem uma duração de licença de espectro que varia de 10 a 30 anos, dependendo da banda de espectro; sendo que a grande parte conta com duração de 15 a 20 anos (Tabela 5.B.1). Para os países da OCDE na União Europeia, o Código Europeu das Comunicações Eletrônicas (CECE), de dezembro de 2018, é claro. O artigo 49 especifica que os Estados-Membros devem proporcionar segurança regulatória durante pelo menos 20 anos. Além disso, as licenças de espectro devem durar pelo menos 15 anos, com a possibilidade de prorrogação ‘adequada’ de cinco anos (Comissão Europeia, 2018[13]).

Quanto às renovações de licença, o artigo 50 do CECE permite que as reguladoras decidam pela não renovação de licenças do espectro em prol da organização de novas atribuições de espectro. E isso é particularmente relevante se houver provas de demanda no mercado vindas de outras partes que não dos atuais titulares de licenças (Comissão Europeia, 2018[13]).¹² A reforma de

2019 permite que as licenças de espectro sejam renovadas indefinidamente no Brasil sem a necessidade de leilão. (...) Alguns mecanismos introduzidos na reforma de 2019 (por exemplo, negociação de espectro, bem como modelos de compartilhamento de infraestruturas baseados nos custos) podem ajudar a mitigar os efeitos colaterais anticoncorrenciais indesejáveis. No entanto esta alteração para uma renovação sucessiva de licenças reduz os instrumentos disponíveis para promover a concorrência. Ela pode, também, prejudicar a possibilidade de novas operadoras entrarem no mercado móvel por meio de leilões de espectro. E, ainda, a atribuição eficiente do espectro no mercado primário (ou seja, a atribuição ao ator que o utilizará mais eficientemente) também tem implicações para o mercado secundário. A atribuição ineficiente no mercado do espectro primário significa que a eficiência no mercado secundário não pode ser garantida (...).

204. Assim, a partir da experiência de países com alto desenvolvimento, a OCDE aponta que a segurança e previsibilidade de investimentos nas redes de telecomunicações pode ser obtida garantindo o uso do espectro às operadoras autorizadas por um prazo superior a dez anos. Nesse contexto, traz dados que dizem que a maioria dos membros da OCDE possuem licenças com prazo de até 30 anos e que a diretiva da União Europeia (UE) é de quinze anos, no mínimo, sendo prorrogável por mais cinco anos. No Brasil, desde antes da Lei 13.879/2019, o prazo permitido por lei para as referidas outorgas é de vinte anos, sendo prorrogável por mais vinte, o que significa que, desde 1997, as outorgas brasileiras podem permanecer até quarenta anos com a mesma operadora. Assim, mesmo antes da possibilidade de prorrogações sucessivas, o prazo de vigência das outorgas brasileiras sempre foi bastante superior ao prazo mínimo adequado para dar segurança de investimentos segundo a OCDE, sendo superior ao dos países membros da organização e ao estabelecido pelas diretrizes da UE. São dados que mostram que o setor de telecomunicações brasileiro sempre esteve submetido a condições e prazos que garantiam segurança e previsibilidade de investimentos às operadoras.

205. O estudo da OCDE traz uma tabela com **benchmarking** sobre a forma de gestão de espectro e outorgas de frequência de diversos países (peça 186, p. 200). Observa-se que dos 27 países analisados, dez países (todos com alto nível de desenvolvimento - Áustria, Bélgica, Chile, Dinamarca, França, Alemanha, Irlanda, Países Baixos, Suécia e Suíça) não permitem possibilidade alguma de prorrogação, o que evidencia que não há que se falar que é imprescindível a prorrogação das outorgas e que, sem a referida prorrogação, a prestação do serviço se torna inviável com o final da vigência da autorização. Soma-se a isso o fato de que, mesmo nos demais países em que é possível a prorrogação, diversos deles preveem que, antes de prorrogar, deve ser feito tipo de processo concorrencial que assegure que não há outros interessados na faixa, como 'seleção comparativa', 'novo leilão' e 'ausência de pedidos de licenças iniciais mutuamente exclusivas', etapa essa que não fez parte da decisão da Anatel no Acórdão Anatel 510/2020, que prorrogou as outorgas das bandas A e B diretamente às atuais operadoras, sem consultar o mercado sobre potenciais interessados.

206. Registre-se que a Anatel, em sua manifestação na fase de comentários dos gestores e resposta à oitiva, afirmou que 'a formação de um benchmark seletivo poderia ser parcial dada a variação do tratamento do tema pelo mundo', sendo que, por exemplo, 'há países, como os Estados Unidos, em que o sistema de prorrogações sucessivas é histórico e onde o uso do espectro tem claras conotações de direito de propriedade', e 'a Nova Zelândia já realizou atribuições de uso de determinadas radiofrequências em completo caráter de direito de propriedade renegociável' (peça 211, p. 14).

207. Quanto a este aspecto, cabe esclarecer que a seleção de países foi feita pela equipe que elaborou o referido estudo da entidade internacional, visando subsidiar a avaliação da OCDE sobre a gestão de espectro no Brasil e os impactos da Lei 13.879/2019 (peça 186, p. 200).

208. Em sua análise, a OCDE reforça que seus membros costumam leiloar diretamente o espectro em vez de renovar as licenças, especialmente quando outros atores no mercado têm interesse na banda e que há vários países da organização que só renovam a licença se não houver outra parte interessada no espectro (peça 186, p. 166-167). Além de enfatizar que o leilão de espectro é um dos

principais instrumentos usados por países para uma série de objetivos de políticas públicas, incluindo a promoção da competição nos mercados móveis (instrumento esse que é prejudicado pelas prorrogações sucessivas), a entidade ainda aponta que, com a Lei 13.879/2019, a ‘renovação sucessiva de licenças reduz os instrumentos disponíveis para promover a concorrência’ e ‘pode, também, prejudicar a possibilidade de novas operadoras entrarem no mercado móvel por meio de leilões de espectro’.

209. *A análise apresentada acima vem a contribuir com os argumentos apresentados na presente subseção e que resultam no entendimento de que os efeitos e riscos decorrentes da conclusão pela impossibilidade de prorrogação adicional, não prevista contratualmente, das outorgas anteriores à Lei 13.879/2019 são contornáveis e não prejudicam o interesse público e nem a continuidade dos serviços prestados, não havendo que se falar na imposição de ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.*

Análise da resposta à oitiva

210. *O art. 14 da Resolução TCU 315/2020 estabelece que a ‘unidade técnica instrutiva deve oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários sobre as propostas de determinação e/ou recomendação, solicitando, em prazo compatível, informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas’ e que a referida manifestação ‘deve ser viabilizada mediante o envio do relatório preliminar da fiscalização ou da instrução’. Já o art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU estabelece que, ao apreciar processo relativo à fiscalização, seja feita a oitiva da entidade fiscalizada para, no prazo de quinze dias, manifestar-se ‘sobre fatos que possam resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor’.*

211. *Diante do exposto, foi realizada oitiva à Anatel, em 2/12/2020 (peça 195), para que se manifestasse sobre a irregularidade existente no item ‘a’ do Acórdão Anatel 510/2020, que prevê a segunda prorrogação, em caráter primário, dos termos de autorização de uso das bandas A e B, dado que tal decisão fere a cláusula 2.1 dos termos de autorizações vigentes, que são contratos administrativos, e as cláusulas que definiram o objeto das licitações de frequência realizadas de 1997 a 2019, bem como as normas do ordenamento jurídico (em especial os princípios da legalidade, do dever de licitação, de vinculação ao instrumento convocatório, do **pacta sunt servanda**, da impessoalidade, da isonomia e, em especial, da segurança jurídica, previstos nos arts. 5º, inciso XXXVI, 37, **caput** e inciso XXI, e 175, **caput**, da Constituição Federal de 1998, nos arts. 38, 89, **caput** e inciso VII, e 164, inciso I, da Lei Geral das Telecomunicações (LGT), Lei 9.472/1997, e no art. 2º, **caput** e inciso XIII, da Lei do Processo Administrativo, Lei 9.784/1999), a jurisprudência do STF, a exemplo de ADI 5.991/DF, e a jurisprudência do TCU, a exemplo da Decisão 402/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.*

212. *Considerando a possibilidade de o Tribunal determinar que a Anatel anule o item ‘a’ do Acórdão Anatel 510/2020, caso não fosse apresentada manifestação ou esta não fosse acolhida, solicitou-se que a agência se manifestasse também sobre as consequências práticas da concretização da referida possível medida, que impede a aplicação da prorrogação sucessiva definida na Lei 13.879/2019 às outorgas anteriores à publicação da referida lei, e sobre eventuais alternativas a ela, em respeito ao previsto no art. 14 da Resolução-TCU 315/2020 e no Manual de Auditoria Operacional do TCU.*

213. *Em sua resposta, a Anatel reforçou seu entendimento de que não haveria nenhuma ilegalidade na referida prorrogação, uma vez que o art. 12 do Decreto 10.402/2020 teria sido ‘expresso ao fixar o entendimento sobre a legalidade da prorrogação de autorizações expedidas antes da edição da Lei’ que alterou a LGT em 2019 (peça 211, p. 11). A agência também defende que ‘ainda que houvesse margem de interpretação quando considerado apenas o texto da LGT, essa margem*

cessa com o artigo 12 do Decreto, restando clara no ordenamento jurídico a legalidade de mais de uma prorrogação para autorizações conferidas anteriormente à alteração legal' (peça 211, p. 12-13).

214. *Todavia, consoante exposto ao longo dos capítulos 2 e 3 do presente relatório, a interpretação dada pela Anatel ao texto do art. 12 do referido decreto e do art. 167 da LGT não é compatível com o ordenamento jurídico, uma vez que a possibilidade de prorrogar termos de autorizações vigentes não está prevista expressamente nem no texto da LGT nem no texto do decreto, além de tal prorrogação ser contrária a normas legais e constitucionais e à jurisprudência do TCU e do STF.*

215. *Quanto ao 'apontamento da SeinfraCOM de que a área técnica da Anatel teria defendido que as frequências das bandas A e B não poderiam ser prorrogadas em caráter primário, mesmo após as alterações na LGT introduzidas pela Lei 13.879/2019', a Anatel afirma que 'não foi esse o posicionamento, mas sim que, sem uma definição sobre a aplicabilidade do novo texto da LGT a essas outorgas, haveria insegurança jurídica para promover tal prorrogação' (peça 211, p. 11).*

216. *Tal argumento não pode prosperar, porque, ao contrário do alegado pela agência em sua resposta, a ausência de segurança jurídica reconhecida pela área técnica reside exatamente na ausência de base legal para anuir com as prorrogações. Cabe recordar que, conforme exposto ao longo do capítulo 3 do presente relatório, em especial na seção de evidências, a área técnica da Anatel afirmou que a alteração realizada na LGT pela Lei 13.879/2019 não era suficiente para fundamentar legalmente, por si só, a prorrogação sucessiva das outorgas vigentes, conforme as manifestações feitas em 28/11/2019 (peça 123, p. 19) e 8/7/2020 (peça 123, p. 42).*

217. *O mesmo entendimento foi externado pelo Conselheiro Presidente da agência ao relatar o processo administrativo (peça 123, p. 84), tendo fundamentado sua decisão na interpretação dada pela Anatel ao texto do decreto que regulamentou a Lei 13.879/2019. Ademais, em parecer de 2016, a PFE junto à Anatel havia se posicionado no mesmo sentido da impossibilidade de prorrogação ao analisar um projeto de lei que visava fazer as mesmas modificações na prorrogação de frequências que a Lei 13.879/2019 fez na LGT (peça 57, p. 130 e 154).*

218. *A agência ainda alega, na resposta à oitiva, que a decisão pela prorrogação decorreu 'de análise de vantajosidade por parte do Poder Concedente', 'diante da constatação de que as alternativas de autorização subsequente em caráter secundário possuíam inconvenientes e de que, por outro lado, a opção de realização de licitação não poderia ocorrer neste momento, deixando o espectro desocupado e, aí sim, comprometendo-se a eficiência de seu uso' (peça 211, p. 12).*

219. *Conforme exposto ao longo do capítulo 3 do presente relatório, em especial na seção de 'Análise dos efeitos e riscos decorrentes da conclusão pela impossibilidade de prorrogação das outorgas anteriores à Lei 13.879/2019, consoante previsão da Lindb', há uma impossibilidade jurídica de prorrogação das referidas outorgas em caráter primário, porém a prorrogação em caráter secundário não gera o cenário inviável e de impactos irremediáveis à sociedade que a agência alega na resposta à oitiva.*

220. *Pelo contrário, a autorização subsequente em caráter secundário foi a opção proposta pela própria área técnica da Anatel em 2019, antes da publicação do Decreto 10.402/2020. No Informe Anatel 91/2019/PRRE/SPR, a agência vislumbrou alternativas de atuação sobre as bandas A e B e concluiu que a prorrogação com base apenas na Lei 13.879/2019 geraria insegurança jurídica e que a melhor alternativa seria não prorrogar as outorgas e conceder nova autorização em caráter secundário, até 2028 (peça 176).*

221. *Isto significa que a Anatel reconhece que tecnicamente há formas de se dar continuidade aos serviços e atender ao interesse público mesmo se decidisse não efetuar a prorrogação dos termos que vencem até 2028. Ainda que não seja solução ideal (algo que não existe no presente caso), demandando maior cautela da agência na gestão do espectro, trata-se de solução compatível com o ordenamento jurídico e não gera riscos de insegurança jurídica aos contratos do setor de telecomunicações e aos demais setores de infraestrutura.*

222. *Deste modo, observa-se que as justificativas trazidas pela Anatel na resposta à oitiva não foram suficientes para elidir a ilegalidade identificada.*

Conclusão

223. *Nas subseções anteriores foram apresentados achados e análises que indicam irregularidades na aplicação de prorrogações sucessivas em termos de autorização vigentes antes da Lei 13.879/2019. Os fatos e argumentos jurídicos evidenciaram, em decisão da Anatel pela prorrogação de outorgas de uso de radiofrequência anteriores à referida lei (item 'a' do Acórdão Anatel 510/2020), a violação de cláusulas contratuais e editalícias, além de terem sido violados normativos legais e constitucionais, bem como da jurisprudência do TCU e do STF.*

224. *No caso concreto das bandas A e B, constatou-se que a decisão da agência contida no item 'a' do Acórdão Anatel 510/2020 é contrária ao ordenamento jurídico e constitui uma irregularidade, conforme expresso no presente relatório, de modo que motiva atuação do Tribunal em seu papel constitucional de órgão de controle externo. Não se constatou a mesma ilegalidade nos demais itens do acórdão da agência, visto que tratam de diretrizes e premissas importantes sobre outros aspectos a serem avaliados pela área técnica e que, em princípio, não estão eivados de irregularidades, não havendo razão para deixar de serem válidos.*

225. *Embora haja ilegalidade na decisão regulatória, observou-se evidente boa-fé na motivação da agência, que buscou basear seus atos em fatos técnicos, como a necessidade de realocação do espectro de frequência, por exemplo. No entanto, não foram superados os empecilhos jurídicos que impedem a prorrogação sucessiva dos termos de autorização e, soma-se a isso, o fato de que as questões técnicas que fundamentaram a decisão da Anatel podem ser parcialmente solucionadas por alternativa regulatória apresentada pela própria agência em seu Informe Anatel 91/2019/PRRE/SPR.*

226. *Assim, considerando a ilegalidade constatada e a existência de alternativas regulatórias desenhadas pela própria agência e compatíveis com as leis e normativos vigentes, entende-se imperioso que a Anatel adote as medidas necessárias com vistas à anulação do item 'a' do Acórdão Anatel 510/2020, por violação de disposições dos contratos vigentes de autorização de uso de radiofrequência e de normativos legais e constitucionais, bem como da jurisprudência do TCU e do STF, com vistas a interromper irregularidade em curso e remover seus efeitos, conforme previsto no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020. Em consonância com o disposto no art. 21, parágrafo único, da Lindb, conforme argumentos expostos em subseção específica anteriormente, viu-se que, além dos evidentes benefícios apontados, como correção de ilegalidades e busca pela segurança jurídica das outorgas, o encaminhamento proposto não gera impactos incontornáveis e nem situação de inviabilidade técnica da prestação do serviço, conforme demonstrado pela própria Anatel.*

227. *Acerca do **refarming** das bandas A e B, no voto que embasou o Acórdão Anatel 510/2020, o Conselheiro cita a possibilidade de que o processo de modificação do uso do espectro de radiofrequências possa ser feito por meio de acordos de troca de faixas de frequência entre operadoras e compartilhamento de faixas entre elas (peça 161). No mesmo sentido, identificou-se carta das operadoras à Anatel dizendo que 'não se opõem à realização de reorganização entre os envolvidos seja para a faixa de 850 MHz, seja para outras faixas que possam ter seu uso otimizado por meio do melhor aproveitamento do espectro – o que, contudo, não necessariamente precisa ser operacionalizado pela Anatel' (peça 178). Alegam que elas mesmas podem reorganizar o espectro diante da possibilidade de transferência da autorização prevista na Lei 13.879/2019. Com as manifestações citadas, é necessário se distinguir o processo de gestão de espectro, de competência da Anatel, e a autonomia das prestadoras em transferir autorizações de uso de frequência entre elas.*

228. *A previsão de transferência de autorizações consta do art. 163, § 4º, da LGT e passou a ser conhecida como a possibilidade de se haver um mercado secundário de espectro. Trata-se de previsão legal de que a operadora pode revender ou repassar à outra prestadora o direito de uso de*

frequência que detenha junto à Anatel. Resta claro que se muda apenas a detentora do direito de uso daquele espectro, não sendo alteradas as condições existentes na autorização e, de forma alguma, os aspectos do uso da faixa, destinação, especificações e serviços atrelados àquela faixa. Tais aspectos se referem à gestão do espectro e são de competência exclusiva da Anatel, que é responsável por realizar o **refarming** e demais modificações das frequências (art. 158 da LGT).

229. A Anatel, por sua vez, está sujeita aos princípios da Administração Pública e às regras legais específicas do setor, incluindo o art. 164 da LGT, que estabelece que as autorizações de frequência dependerão de licitação quando houver limitação técnica e mais que um interessado em sua utilização.

230. É evidente que, se há modificação em qualquer condição do termo de autorização (que não a pessoa que possui direito de uso da frequência, algo permitido pelo art. 163, § 4º), consequentemente há mudança de objeto da autorização e passa a ser mandatória, nos termos da lei, a licitação para outorgar tal ativo. Para modificação que altera aspectos como quantidade de banda, blocos de subfaixas de radiofrequência, tipo de canalização, bandas de guarda, tipo de serviço autorizado, ou outros aspectos, como ocorre em um **refarming**, é obrigatório que tal processo passe por procedimento licitatório, garantindo a isonomia e condições iguais de concorrência. Não são possíveis ajustes diretos por parte da Anatel e, menos ainda, pelas operadoras.

231. O mercado secundário autorizado pela nova lei objetiva otimizar o uso do espectro e permitir que frequências que não estejam sendo utilizadas pelas detentoras de suas autorizações de uso sejam revendidas a prestadoras que tenham interesse em usufruir daquele ativo. A função do art. 163, § 4º, da LGT não pode ser distorcida de modo a retirar a obrigatoriedade de licitação prevista no art. 164, previsão essa que permaneceu inalterada pela Lei 13.879/2019, criando exceção que fere princípios administrativos e constitucionais atrelados ao patrimônio público, conforme amplamente evidenciado nas subseções anteriores.

232. O art. 9º da Resolução-TCU 315/2020 prevê que propostas de ciência se destinam a reorientar a atuação administrativa do jurisdicionado e evitar a materialização de irregularidade cuja consumação seja menos provável em razão do estágio inicial dos atos que a antecedem e desde que, para preveni-la, for suficiente avisar o destinatário.

233. Diante do exposto, propõe-se dar ciência à Anatel de que a alteração das condições contratuais ou técnicas estabelecidas em licitação dos termos de autorização de uso de radiofrequências, em caráter primário e atrelados a serviços de interesse coletivo, realizada por meio de processos que modifiquem o uso do espectro (incluindo mudanças na atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências, conforme vislumbrado no voto condutor do Acórdão Anatel 510/2020) sem realização de processo licitatório viola o art. 164 da Lei 9.472/1997 e viola cláusulas contratuais e editalícias, ferindo princípios como os da legalidade, do **pacta sunt servanda** e da segurança jurídica.

Propostas de encaminhamento

234. Diante do exposto, propõe-se:

a) com fundamento no art. 45 da Lei Orgânica do TCU e no art. 251 do Regimento Interno do TCU, propõe-se determinar à Anatel que, no prazo de quinze dias, adote as providências para anular, por vício de ilegalidade e irregularidade, o item 'a' do Acórdão Anatel 510/2020, que prevê a segunda prorrogação, em caráter primário, dos termos de autorização de uso das bandas A e B, dado que tal decisão fere a cláusula 2.1 dos termos de autorizações vigentes, que são contratos administrativos, e as cláusulas que definiram o objeto das licitações de frequência realizadas de 1997 a 2019, bem como viola as normas do ordenamento jurídico (em especial os princípios da legalidade, do dever de licitação, de vinculação ao instrumento convocatório, do **pacta sunt servanda**, da impessoalidade, da isonomia e, em especial, da segurança jurídica, previstos nos arts. 5º, inciso XXXVI, 37, **caput** e inciso XXI, e 175, **caput**, da Constituição Federal de 1998, nos arts. 38, 89, **caput** e inciso VII, e 164, inciso I, da Lei Geral das Telecomunicações (LGT), Lei 9.472/1997, e no art. 2º,

caput e inciso XIII, da Lei do Processo Administrativo, Lei 9.784/1999), a jurisprudência do STF, a exemplo de ADI 5.991/DF, e a jurisprudência do TCU, a exemplo da Decisão 402/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas;

*b) dar ciência à Anatel de que a alteração das condições contratuais ou técnicas estabelecidas em licitação dos termos de autorização de uso de radiofrequências, em caráter primário e atrelados a serviços de interesse coletivo, realizada por meio de processos que modifiquem o uso do espectro (incluindo mudanças na atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências, conforme vislumbrado no voto condutor do Acórdão Anatel 510/2020) sem realização de processo licitatório viola o art. 164 da Lei 9.472/1997 e viola cláusulas contratuais e editalícias, ferindo princípios como os da legalidade, do **pacta sunt servanda** e da segurança jurídica.*

Benefícios esperados

235. *Espera-se que as análises e medidas propostas impeçam a ocorrência de situações jurídicas não amparadas na lei, garantindo a segurança jurídica dos próprios administrados, que não podem ficar suscetíveis a impactos negativos oriundos de qualquer mudança de legislação ou de interpretação administrativa que interfira em situações jurídicas consolidadas, seja no setor de telecomunicação ou nos demais setores, como aqueles de infraestrutura.*

236. *Busca-se que sejam assegurados os princípios da legalidade, do dever de licitação, de vinculação ao instrumento convocatório e da segurança jurídica (incluindo aqueles derivados dele, como **pacta sunt servanda** e ato jurídico perfeito) e espera-se mitigar afronta ao princípio da impessoalidade, que ocorre ao configurar um tratamento mais benéfico às prestadoras que detém outorgas vigentes, em detrimento das demais prestadoras de serviços de telecomunicações e dos demais agentes privados que poderiam adquirir tais frequências em uma nova licitação.*

4. OUTROS ASPECTOS VINCULADOS À POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DAS AUTORIZAÇÕES A SEREM FUTURAMENTE OUTORGADAS NOS TERMOS DA LEI 13.879/2019

237. *O capítulo anterior evidenciou que, para os termos vigentes antes da publicação da Lei 13.879/2019, há ilegalidade na decisão da agência, dado que a decisão contida no item 'a' do Acórdão Anatel 510/2020, que prevê a segunda prorrogação, em caráter primário, dos termos de autorização de uso das bandas A e B, vai de encontro a cláusulas contratuais editalícias, ferindo a cláusula 2.1 dos termos de autorizações vigentes, que são contratos administrativos, e as cláusulas que definiram o objeto das licitações de frequência realizadas de 1997 a 2019, bem como normas do ordenamento jurídico (em especial os princípios da legalidade, do dever de licitação, de vinculação ao instrumento convocatório, do **pacta sunt servanda**, da impessoalidade, da isonomia e, em especial, da segurança jurídica, previstos na Constituição Federal de 1998, na Lei Geral das Telecomunicações (LGT), Lei 9.472/1997, e na Lei do Processo Administrativo, Lei 9.784/1999), a jurisprudência do STF e a jurisprudência do TCU.*

238. *Apesar de constatada ilegalidade na aplicação de prorrogação sucessiva para autorizações anteriores às mudanças da LGT de 2019 (que não possuíam tal previsão originalmente nas cláusulas de seus termos), o mesmo não ocorre com as futuras autorizações a serem outorgadas pela Anatel a partir da Lei 13.879/2019. Isso porque a referida lei permitiu explicitamente a possibilidade de se prorrogar sucessivamente futuras outorgas, cabendo à agência estabelecer nos contratos e editais as condições que permitam tais prorrogações.*

239. *Nesse contexto, para as novas outorgas, o art. 167 da LGT e, principalmente, o art. 12 Decreto 10.402/2020 preveem condições a serem respeitadas e analisadas pela Anatel. Dessa forma, o exame da aderência das decisões da Anatel ao ordenamento jurídico envolve análise de outros aspectos que ultrapassam a questão vista na seção anterior sobre a legalidade da prorrogação sucessiva de outorgas existentes quando da publicação da lei, devendo ser analisada também a atuação da agência sobre as futuras outorgas a serem concedidas já nos termos da Lei 13.879/2019.*

240. *Ao prever possibilidade de prorrogação sucessivas dessas novas outorgas em suas futuras licitações, como é o caso do leilão do 5G, previsto para ocorrer em 2021, por exemplo, a Anatel deve assegurar o atendimento dos demais critérios normativos que regulamentam as prorrogações sucessivas. Trata-se de critérios como análise de competição, uso eficiente do espectro, entre outros, que afetam diretamente o interesse público da decisão de prorrogar uma autorização de uso de radiofrequência.*

241. *No entanto, constatou-se que o atual arcabouço normativo da agência não engloba todos os aspectos previstos nos dispositivos da LGT, com a redação dada pela Lei 13.879/2019, e do Decreto 10.402/2020 atrelados às prorrogações sucessivas das futuras outorgas. Foi identificado que os regulamentos da agência carecem de aprimoramento, ainda que tal constatação tenha partido das análises feitas pela Anatel no caso concreto das bandas A e B eivado pelos indícios de irregularidade apresentado no capítulo anterior. Diante da situação encontrada, observou-se que o novo contexto de prorrogações sucessivas de outorgas trazido pela Lei 13.879/2019 demanda ações da agência com vistas a estabelecer, em seus normativos, critérios objetivos e claros a serem aplicados a futuras outorgas e que visem atender o disposto no art. 12 do Decreto 10.402/2020 e na LGT, de modo a adequar o processo de trabalho da Anatel ao novo cenário legal e aos seus impactos regulatórios, mitigando possíveis riscos.*

Critério

242. *Identifica-se que os pré-requisitos a serem respeitados pela Anatel se encontram:*

a) *na LGT, art. 167, caput e §§ 2º e 3º:*

Art. 167. No caso de serviços autorizados, o prazo de vigência será de até 20 (vinte) anos, prorrogável por iguais períodos, sendo necessário que a autorizada tenha cumprido as obrigações já assumidas e manifeste prévio e expresso interesse.

(...)

§ 2º O indeferimento somente ocorrerá se o interessado não estiver fazendo uso racional e adequado da radiofrequência, se houver cometido infrações reiteradas em suas atividades ou se for necessária a modificação de destinação do uso da radiofrequência.

§ 3º Na prorrogação prevista no caput, deverão ser estabelecidos compromissos de investimento (...).

b) *e, principalmente, no Decreto 10.402/2020, art. 12 e seus incisos:*

Art. 12. No exame dos pedidos de prorrogação de outorgas regidos pelo disposto nos art. 99, art. 167 e art. 172 da Lei nº 9.472, de 1997, inclusive aquelas vigentes na data de publicação da Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019, ainda que já tenham sido objeto de prorrogação, a Anatel considerará:

I - a expressa e prévia manifestação de interesse por parte do detentor da outorga;

II - o cumprimento de obrigações já assumidas;

III - aspectos concorrenciais;

IV - o uso eficiente de recursos escassos; e

V - o atendimento ao interesse público. (grifos nossos)

243. *Além disso, identificam-se como critérios os seguintes princípios, já explicados no capítulo 3 do presente relatório:*

a) *os princípios da impessoalidade e da igualdade, previstos no art. 37, caput, da CF 1988 e no art. 38 da LGT, que determinam que é dever da Anatel tratar todos os administrados com isonomia, sem ‘prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento’;*

b) *o princípio da segurança jurídica, que possui uma natureza subjetiva, traduzida na proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado nos mais diferentes aspectos.*

Análise das evidências

4.1. MODIFICAÇÃO DE DESTINAÇÃO DO USO DA FREQUÊNCIA (ART. 167, § 2º, DA LGT)

244. O art. 167, § 2º, da LGT prevê o indeferimento do pedido de prorrogação das autorizações se 'for necessária a modificação de destinação do uso da radiofrequência' e os arts. 157 e 158 da LGT dizem que compete à Anatel a gestão do espectro, mantendo plano de destinação de radiofrequências e detalhando o seu uso associado aos serviços de telecomunicações. É um processo que requer constante atualização diante do dinamismo do setor e evolução das tecnologias, principalmente na telefonia móvel. Com isso, são frequentes as reorganizações do uso do espectro (**refarming**) e realocações de frequência para outros serviços, como foi o caso do leilão de 700 MHz que substituiu o serviço de TV analógica pela telefonia móvel (TC 016.257/2014-6).

245. Respeitadas as condições contratuais, ainda que o uso do espectro seja outorgado ao privado, os dispositivos constitucionais e legais estabelecem o poder-dever da Anatel de retomar as frequências ou não prorrogar a autorização de uso delas antes mesmo da mudança efetiva da alocação da faixa, para garantir o devido planejamento e por ser bem público escasso e de interesse público. Esse entendimento está em consonância com manifestação da PFE (peça 97, p. 14), que também enfatizou que 'a lei não exige que a modificação já tenha ocorrido, mas que tal modificação seja necessária'. Com base nos princípios da transparência e impessoalidade, é evidente que as motivações e razões técnicas da agência devem estar claras para garantir isonomia nas decisões de indeferimento de prorrogação de outorgas.

246. Sem entrar na questão da legalidade da prorrogação em si (já discutida anteriormente), na primeira decisão da Anatel desde a Lei 13.879/2019, optou-se por limitar o tempo de vigência da outorga prorrogada por conta do **refarming** das bandas A e B. A decisão foi embasada em estudo técnico e com base em parâmetros internacionais (peça 161, p. 3-6), mostrando atuação da agência em sintonia com os normativos, sendo dispensáveis propostas de encaminhamento sobre o caso concreto.

247. Como a modificação da destinação da faixa é fundamento para indeferimento de pedido de prorrogação, para assegurar a transparência do processo decisório da Anatel e mitigar possíveis questionamentos quanto a decisões da agência que optem pelo indeferimento de prorrogação com nesse fundamento, é importante que esteja claro, no arcabouço normativo da Anatel, quais etapas, atos ou processos administrativos são necessários para caracterizar tal modificação de destinação da faixa.

248. Sobre o tema, a Anatel informou que as condições de uso e os requisitos técnicos das faixas são formalizados, em parte, por atos do Conselho Diretor, sendo a outra parte por ato de Superintendente da área técnica (peça 130). No entanto, diante do novo contexto que a Lei 13.879/2019 trouxe com a possibilidade de sucessivas prorrogações, a clareza das etapas e decisões administrativas que definem a modificação da destinação das faixas se torna mais relevante de modo a evitar questionamentos sobre a real modificação de uso da faixa e sobre a ausência de isonomia de tratamento pela Anatel.

249. Tendo em vista que, no caso concreto, a agência apresentou o devido embasamento técnico sobre a modificação da destinação das bandas A e B, que o regulamento de uso do espectro está em processo de revisão pela agência (Consulta Pública 51/2020) e que, ao longo do presente relatório, apontam-se propostas relacionadas à necessidade de a Anatel aperfeiçoar os regulamentos diante do novo modelo de gestão de espectro, entende-se não serem necessárias propostas de encaminhamento sobre o tema no presente momento. No entanto, registra-se a preocupação com a necessidade de que a Anatel assegure, em seus normativos, a clareza das etapas e decisões administrativas que definem a modificação da destinação das faixas

250. Vislumbra-se que a referida preocupação visa evitar questionamentos como o da Consulta Pública (CP) 51/2020, em que a operadora fala em 'direito adquirido à prorrogação da outorga, uma vez cumpridos os requisitos objetivos previsto' (peça 162, p. 175), conceito esse incompatível com as

previsões constitucionais e legais, algo que já havia sido apontado pela PFE ao falar que ‘não há direito subjetivo à prorrogação, mas apenas expectativa de direito, o qual depende das condições previstas em lei’ (peça 97, p. 14).

4.2. USO RACIONAL E ADEQUADO DA FREQUÊNCIA E EFICIÊNCIA DO USO DESSE RECURSO ESCASSO (ART. 167, § 2º, DA LGT E DECRETO 10.402/2020, ART. 12, INCISO IV)

251. O art. 167, § 2º, da LGT prevê o deferimento de prorrogação de outorga somente se houver o ‘uso racional e adequado da radiofrequência’. O Decreto 10.402/2020 enfatizou que deverá se considerar o ‘uso eficiente de recursos escassos’ nessas análises. Assim, é essencial estar claro o conceito de uso eficiente e racional do espectro para que seja avaliada objetivamente a possibilidade de prorrogação de autorizações.

252. A Anatel possui um Regulamento para Avaliação da Eficiência de Uso do Espectro (Resolução 548/2010), porém o normativo se limita a regulamentar a eficiência técnica das redes a partir do proveito da capacidade da frequência com relação à quantidade de informação transferida (art. 6º, inciso IV). Constatou-se que mesmo essa análise técnica possui fragilidades como: dependência de dados declarados pelas operadoras e limitações operacionais de controle pela Anatel do real tráfego de dados nas faixas outorgadas, conforme análise da agência, que cita ser ‘complexa’ a ‘solução sistêmica que busca classificar os registros de uso de serviços segundo a faixa de radiofrequências utilizada’ (peça 149, p. 16), o que foi ratificado pela área técnica em entrevista do dia 5/10/2020. Os mecanismos utilizados pela Anatel atualmente em suas fiscalizações não permitem visão detalhada e regionalizada sobre o uso efetivo e o tráfego real da faixa, sendo realizado controle voltado para a quantidade de estações licenciadas naquela frequência (sem saber o real uso dela) e para a capacidade de transmissão de dados da banda.

253. Na análise técnica de caso concreto da prorrogação das bandas A e B de uma operadora, chamam atenção os dados da Anatel sobre a eficiência de uso do espectro pela autorizada na faixa de 800 MHz e de 1.800 MHz. Nas regiões e faixas analisadas, a agência identificou: 34% dos municípios com tendência de aumento da eficiência de uso do espectro; 24% em queda; 41% não se sabia, pois os dados não haviam sido informados ao órgão; o restante não sofreu variação (peça 164, p. 6).

254. Vê-se uma assimetria de informações, dado o desconhecimento da situação de quase metade dos municípios analisados, e que muitos estão com a eficiência em queda, sendo 971 municípios na faixa de 800 MHz e 404 em 1.800 MHz. Além disso, mesmo constatando que havia ‘baixo uso comparativo das faixas’, por verificar que havia ‘registro de tráfego nessas faixas em diversos dos municípios’ (peça 164, p. 19), posteriormente a agência decidiu prorrogar as autorizações de uso das referidas faixas (800 e 1.800 MHz), por meio do Acórdão Anatel 510/2020. O desconhecimento do uso em tantos municípios indica fragilidades na medição técnica do uso eficiente do espectro e a quantidade de municípios com eficiência em queda levanta questionamentos sobre a eficiência da operadora e real vantajosidade de prorrogarem-se as outorgas naquelas localidades.

255. Entende-se que há limitações operacionais técnicas de rede, como apontado por uma operadora, ao afirmar que ‘não existe a identificação das frequências utilizadas nas chamadas’, que ‘essas informações (...) somente são apresentadas em contadores específicos de cada fornecedor na rede de acesso’ e que os dados ‘são apresentados de uma forma genérica, não vinculado ao curso de uma chamada específica, nem tão pouco vinculado a um serviço específico’ (peça 165). No entanto, há indícios de que é possível aprimorar o controle do uso efetivo das frequências, dado que outra operadora gerou relatório analítico de engenharia que mostra a representatividade de uso das frequências prorrogadas em comparação ao tráfego total da região avaliada (peça 166). No documento, vê-se que é quase inexistente o tráfego nas faixas de 900 MHz e 1900 MHz, o que poderia ser indicativo de baixa eficiência e de ausência de interesse público na prorrogação dessas outorgas, caso solicitado.

256. Diante do exposto no início da presente subseção, para a devida análise de pertinência da prorrogação de outorgas no contexto da Lei 13.879/2019 e do Decreto 10.402/2020, identifica-se a necessidade de que a Anatel promova aprimoramento dos processos de trabalho que avaliam a eficiência técnica do uso do espectro, dado que foram encontradas fragilidades na forma com que esses processos são executados. Como tal atuação já está prevista no planejamento da agência (peça 127, p. 5), são dispensáveis propostas de encaminhamento sobre esse ponto.

257. Sobre o regulamento de eficiência, a agência destaca que ‘os parâmetros estabelecidos não consideram fatores referentes à eficiência econômica e social do espectro’ (peça 163, p. 10). Na CP 51/2020 sobre o processo de revisão do regulamento de uso do espectro (processo ainda em andamento na agência), a Anatel propõe a seguinte alternativa, entre as opções regulatórias que visam tratar a questão das prorrogações (acessado em 28/10/2020 e disponível em <https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C2357&Tipo=1&Opcao=finalizadas>):

Alternativa B – Admitir número ilimitado de prorrogações, mediante cumprimento de condições e requisitos

A alternativa B consiste no estabelecimento de regramentos que não limitam de início o número de prorrogações para as autorizações de uso de radiofrequências. O pedido de prorrogação, porém, não será deferido de pronto, mas sim submetido a uma análise da Agência para verificar o atendimento a condições objetivas e requisitos legais e regulamentares, tais como:

A autorizada deve ter cumprido as obrigações já assumidas;

A autorizada deve manifestar prévio e expresso interesse;

O requerimento deve ser protocolado até três anos antes do vencimento do prazo original;

*A autorizada deve estar fazendo uso racional e adequado das radiofrequências, observando que a racionalidade e adequação ensejam **análise técnica, econômica, competitiva e social**;*

(...) (grifos nossos)

258. Assim, além da questão técnica, a proposta traz os aspectos econômicos, sociais e de competição. Na referida consulta, há contribuição na mesma linha feita por operadora, ao dizer que ‘a alocação de uma faixa de espectro de radiofrequência leva em consideração não só os requisitos de capacidade, mas também o julgamento de valor em relação aos serviços concorrentes e seu valor futuro para a sociedade’ (peça 162, p. 49-50).

259. Assim, constata-se que a eficiência técnica do uso do espectro é muito importante, porém pode não ser o único critério relevante a ser considerado na análise de prorrogações. Nesse contexto e diante das prorrogações sucessivas, em que há uma tendência de se manter o status quo de distribuição de faixas frequências entre as operadoras já atuantes no mercado, a decisão da prorrogação contínua da faixa para a mesma operadora perpassa não apenas a análise de como a autorizada está utilizando a faixa tecnicamente, mas também uma análise sobre outros aspectos de vantajosidade de manutenção da situação de outorga daquela faixa, como eficiência econômica, social e competitiva, como levantado pela própria Anatel e por prestadora do setor.

260. Constata-se, então, possível fragilidade na regulamentação da agência, já que atualmente ela só aborda aspectos técnicos e com limitações, conforme relatado pela agência. Essa conclusão está em consonância com apontamentos feitos por diversos atores do setor na CP 51/2020, que citam: ser ‘imprescindível que, na atualização da regulamentação a essa nova realidade, sejam estabelecidas condições claras e mensuráveis aderentes ao disposto no artigo 12 do Decreto 10.402/2020, observando-se, especialmente, (...) o uso eficiente de um recurso escasso’ (peça 162, p. 5); ser ‘importante que haja clareza quanto aos critérios de avaliação de eficiência de uso do espectro’ e que a avaliação ‘não deveria ter espaço num ambiente indevidamente discricionário e o uso racional e adequado do espectro deveria ser avaliado com base em critérios objetivos aplicados indistintamente em todos os casos, envolvendo qualquer agente regulado interessado na prorrogação’ (peça 162, p. 176); entre outros (peça 162, p. 195 e 205).

261. Do exposto, entende-se ser necessário que, sobre o uso efetivo do espectro, a agência busque abarcar questões como: a comparação entre os benefícios trazidos pela operadora ao prestar o serviço na faixa outorgada e o que poderia advir de benefícios se o uso daquele espectro fosse modificado; e o cumprimento da função social do ativo, ou seja, se o seu uso atual está compatível com as políticas públicas de telecomunicações, como a expansão de acesso a serviços e inclusão digital da população.

262. A relevância de se considerar aspectos que vão além da questão técnica também foi apontada pela OCDE, em seu relatório sobre o setor de telecomunicações brasileiro, em que falou que ‘a gestão eficiente de espectro também envolve a correção de falhas de mercado, como a carência de competição’ (peça 186, p. 45). A entidade aponta ainda que ‘a Anatel já publicou decisões para revogar outorgas por motivos de gestão de espectro’, ‘contudo a não renovação das licenças do espectro, mesmo em caso de uso ineficiente, pode revelar-se mais complicada do que o esperado se as operadoras recorrerem judicialmente contra as decisões do regulador’.

263. Diante do exposto, resta clara a necessidade de avaliação, pela Anatel, de outros aspectos do uso eficiente do espectro, não se atendo à análise técnica. Assim, considerando que o art. 12, inciso IV, do Decreto 10.402/2020 estabeleceu a necessidade de se avaliar, nos pedidos de prorrogação de outorgas, o uso eficiente do espectro de forma ampla, sem restringir quais aspectos devem ser observados, e considerando as boas práticas trazidas pela OCDE em seu relatório sobre o setor de telecomunicações brasileiro e as manifestações de atores do setor na Consulta Pública Anatel 51/2020, se propõe recomendar à Anatel que avalie a conveniência e oportunidade de incluir critérios objetivos que englobem os aspectos referentes à eficiência econômica, social e competitiva no arcabouço normativo que regulamenta o uso eficiente do espectro, em especial nos dispositivos que tratam das análises a serem feitas sobre pedidos de prorrogação de outorgas.

264. No caso concreto das bandas A e B (peça 163, p. 10), a Anatel olhou somente os aspectos técnicos do uso da faixa e concluiu que o requisito de uso adequado da faixa pela operadora foi atendido, mesmo identificando um baixo uso do espectro. Destaca-se que a agência já afirmou, em mídia especializada, que há mais de 1.000 municípios brasileiros em que tais bandas estão ociosas (peça 180), o que dificulta a compreensão quanto à existência do interesse público em prorrogar tais outorgas em favor das atuais operadoras. Embora o estudo tenha sido compatível com a regulamentação vigente, concluindo pela prorrogação, é evidente que não foram avaliados os demais aspectos apontados acima, dado que o normativo foi elaborado em contexto distinto do trazido pela Lei 13.879/2019. No entanto, os casos concretos de prorrogação dos termos dessas bandas, se houver, serão avaliados no âmbito dos processos específicos no âmbito do TCU, conforme definido pela IN TCU 81/2018.

4.3. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES, NÃO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES REITERADAS E COMPROMISSOS DE INVESTIMENTOS (ART. 167, CAPUT E §§ 2º E 3º, DA LGT E DECRETO 10.402/2020, ART. 12, INCISO II)

265. O art. 167, **caput** e § 2º, da LGT e o art. 12, inciso II, do Decreto 10.402/2020 preveem o deferimento de prorrogações de outorga somente se estiverem cumpridas as obrigações já assumidas pela operadora e ela não ‘houver cometido infrações reiteradas’. É evidente que, para se prorrogar por mais vinte anos a outorga, não deve haver pendências quanto ao cumprimento de compromissos assumidos no passado pela operadora e nem quanto a sanções. Além de refletir o comprometimento da empresa, a garantia de cumprimento de obrigações de editais anteriores é relevante por ser instrumento vital para a execução das políticas públicas do setor de telecomunicações. Essa garantia se torna mais relevante com as prorrogações sucessivas, dado que o ativo deixa de ir ao mercado e fica com a operadora, de modo que deve estar comprovada sua capacidade de execução de compromissos.

266. Sabe-se que a agência regula diversos aspectos do mercado de telecomunicações, de modo que há um universo grande e diversificado de compromissos impostos por ela às operadoras, sejam

oriundos de editais de licitação ou de outras situações, como condições de autorização de fusão de empresas, termos de ajustamento de conduta (TAC), etc. Da mesma forma, há um leque grande de temas aos quais as sanções podem estar atreladas, como qualidade do serviço e bens reversíveis de concessão. Assim, diante do amplo universo de compromissos e obrigações, entende-se que devem estar claros e objetivos os critérios a serem utilizados pela Anatel para avaliar se as empresas cumpriram ou não suas obrigações e se as sanções foram devidamente tratadas por elas.

267. *Tal clareza e objetividade dos critérios visa não apenas o atendimento do art. 167, **caput** e § 2º, da LGT e do art. 12, inciso II, do Decreto 10.402/2020, mas também o atendimento dos princípios da impessoalidade e da igualdade, previstos no art. 37, **caput**, da CF 1988 e no art. 38 da LGT, que determinam que é dever da Anatel tratar todos os administrados com isonomia, sem ‘prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento’.*

268. *Em consonância com esse entendimento, uma operadora afirmou que ‘devem ser avaliadas condições menos discricionárias para valoração das infrações e definição dos objetos e tipologias de sanções de processos que guardem relação com o objeto da autorização cuja prorrogação foi requerida, propiciando um ambiente de máxima segurança jurídica’ (peça 162, p. 176).*

269. *Na revisão do regulamento de uso do espectro em andamento no órgão, a Anatel listou proposta que detalha melhor o tema, dizendo que ‘a autorizada não pode ter cometido infrações reiteradas em suas atividades, observando-se que o reconhecimento de tal fato pela Agência mediante procedimento administrativo do qual não caiba mais recurso enseja a não prorrogação, ainda que a prestadora não tenha arcado com as sanções estabelecidas’ (CP 51/2020). A proposta limita o universo considerado na análise das sanções, mas não detalha quais infrações serão consideradas.*

270. *No caso concreto em tramitação na agência, viu-se que a área técnica realizou apenas um levantamento de quantos registros de sanção e processos disciplinares transitados em julgado a operadora tinha, sem listar os que não se encontravam nessa situação, e fez uma breve conclusão de que ela não encontrou ‘o cometimento relevante de infrações reiteradas que justifiquem óbice ao prosseguimento do presente pedido de prorrogação’ (peça 163, p. 10-11). Portanto, não foram identificadas, no processo, análises ou fundamentações para tal conclusão, o que representa fragilidade que pode ser resultante da falta de estabelecimento de critérios pela Anatel.*

271. *O problema da ausência de motivação foi também apontado pela PFE, que defendeu que, ‘valendo-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade’, a área técnica deve esclarecer ‘em que medida essas informações afastam o enquadramento da segunda hipótese de indeferimento, devendo os fundamentos da conclusão da área técnica restarem consignados nos autos, de modo a instruí-los de forma completa’ (peça 168, p. 6-9).*

272. *Sobre o cumprimento de obrigações, no caso concreto de um termo específico analisado pela Conselho Diretor da agência, identificou-se que não houve dificuldades em decidir sobre o assunto visto que foi constatada, pela Anatel, ‘a existência de um único processo que apurou os compromissos de abrangência para a faixa de radiofrequências’ e ‘que esse processo encontra-se arquivado, e que descaracterizou-se a ocorrência de infração’ (peça 191, p. 15).*

273. *No entanto, na mesma análise, a área técnica fez um levantamento dos processos disciplinares de compromissos oriundos de editais que apontou que, para as demais faixas de frequência, há dezenove processos que resultam em valores milionários (peças 191 e 167) e que ainda estão pendentes de conclusão, sendo que alguns indicam que foi aplicada sanção por infração da operadora.*

274. *Diferentemente do caso concreto decidido, em que foi evidente a descaracterização de ocorrência de infração (peça 191), para as demais faixas há diversos processos em andamento e com status de tramitação bem distintos. Assim, com vistas a resguardar os princípios da isonomia e impessoalidade, ao analisar pedidos de prorrogação de outorga, é importante que a Anatel faça uso*

de critérios objetivos para verificar se a operadora cumpriu com seus compromissos estabelecidos anteriormente. No entanto, nos processos e regulamentos da agência, não foram observados normativos ou decisões que indiquem a existência de tais requisitos objetivos que considerem o novo contexto trazido pela Lei 13.879/2019.

275. Os casos concretos dos pedidos de prorrogação de cada um dos termos a ser discutido na Anatel serão analisados oportunamente pelo TCU, em processos específicos a ser autuado conforme rito estabelecido pela IN-TCU 81/2018. Porém, diante do exposto na presente subseção, recomenda-se que a agência deixe claro, em seu arcabouço normativo, critérios objetivos para avaliar, na prorrogação de outorgas, o efetivo cumprimento de obrigações e o não cometimento de infrações reiteradas pela operadora solicitante. Registra-se que a agência ratificou que tais critérios não estão atualmente regulamentados (peça 127).

276. Além das obrigações passadas, a Lei 13.879/2019 prevê exigência de que sejam estabelecidos compromissos de investimento a partir do valor do ônus da prorrogação. Também se trata de matéria cuja análise da agência deverá ser feita sempre no caso concreto, de modo que as decisões do órgão poderão ser avaliadas pelo TCU no âmbito de fiscalizações regidas pela IN 81/2018. No entanto, deve-se ressaltar a importância que tais compromissos representam.

277. O art. 9º do Decreto 9.612/2018 prevê que a execução das políticas públicas do setor de telecomunicações no país será realizada por meio de compromissos de expansão dos serviços fixados pela Anatel em função de, entre outros mecanismos regulatórios, outorga onerosa de autorização de uso de radiofrequência. Assim, é evidente que, ao converter o valor da outorga em compromissos de investimento pelas operadoras solicitantes da prorrogação de autorização, a Anatel deve exigir obrigações que estejam em consonância com a política pública do setor e compatível com os interesses da sociedade. Também cabe à agência assegurar que a operadora, além de ter cumprido suas obrigações passadas, possua condições de cumprir com seus compromissos futuros. Esse tema já foi objeto de amplo trabalho feito pelo TCU sobre os Termos de Ajustamento de Conduta (ex: TC 022.280/2016-2), em que foi destacada a relevância do tema e apontadas oportunidades de melhoria no processo da agência.

278. No caso das bandas A e B, no Acórdão Anatel 510/2020, observou-se evolução na atuação da agência sobre as diretrizes a serem seguidas. O órgão associou de forma clara os compromissos oriundos de prorrogações das outorgas às políticas públicas e deixou evidente a ordem de prioridade dos tipos de investimentos a serem escolhidos, além de estabelecer o compartilhamento das infraestruturas advindas desses compromissos. Novamente, a efetiva escolha de compromissos e seus valores poderão ser avaliadas no âmbito de fiscalizações regidas pela IN TCU 81/2018, em casos concretos.

4.4. QUESTÕES CONCORRENCIAIS (DECRETO 10.402/2020, ART. 12, INCISO III)

279. O Decreto 10.402/2020 estabeleceu que a Anatel considerará, na análise de prorrogação, os 'aspectos concorrenciais'. Novamente, essa avaliação deverá ser feita sempre no caso concreto, de modo que as decisões do órgão poderão ser acompanhadas pelo TCU no âmbito de fiscalizações regidas pela IN-TCU 81/2018. Entretanto, é importante tecer algumas considerações obtidas a partir de processo de pedido de prorrogação em tramitação na agência, já nos termos da Lei 13.879/2019.

280. Ao avaliar os aspectos concorrenciais da prorrogação, a área técnica realiza suscinta análise em que conclui que 'não vislumbra a possibilidade de alterações no ambiente competitivo no mercado (...) uma vez que a [operadora] já detém autorização para explorar o SMP nos municípios (...)'; 'os pedidos de prorrogação (...) não implicam em qualquer tipo de concentração de mercado (...) porque não há qualquer alteração no **market share** da [empresa]' e 'por não resultar na entrada de um novo competidor'; e 'não acarreta alterações no quantitativo de espectro detido' pela autorizada (peça 170).

281. Resta claro que a avaliação partiu do princípio de que, como não estão ocorrendo mudanças nos mercados atendidos pela outorga (já que se trata de prorrogação e que a empresa atual

já atende aquelas localidades), não há impactos concorrenciais. Entende-se que se trata de análise não aderente ao conteúdo do art. 12 do Decreto 10.402/2020, principalmente se considerado o contexto de prorrogações sucessivas trazido pela Lei 13.879/2019.

282. Por se tratar de prorrogações de outorga que já estão sendo utilizadas pelas autorizadas, sempre será mantido o **status quo** em vigor se a Anatel observar apenas as questões concorrenciais de participação no mercado, ou seja, o resultado da análise de competição da agência sempre será o mesmo e igual ao exposto acima. É evidente que, se o resultado sempre será o mesmo, permitindo sucessivas prorrogações por não alterar o atual mercado atendido por aquela operadora, não haveria sentido a preocupação exposta pelo poder público ao editar o art. 12 do Decreto 10.402/2020, que exige a análise de aspectos concorrenciais.

283. Entende-se que, embora os impactos no mercado local sejam relevantes e devam ser considerados, o novo contexto legal de prorrogações sucessivas passa a demandar da agência reguladora uma análise concorrencial mais abrangente, de modo a avaliar se a opção em manter aquela frequência com a operadora traz mais benefícios do que levar novamente ao mercado a possibilidade de aquisição daquela faixa ou do que a redistribuir a um mercado específico e com objetivo estratégico definido.

284. Assim, em sendo as prorrogações sucessivas favoráveis às operadoras já existentes no mercado, passa a ser necessário que a Anatel avalie o cenário macro da concorrência e o que se planeja para o espectro de frequência no futuro, verificando se a prorrogação daquela autorização não resulta em uma desequilibrada concentração de mercado para as operadoras já existentes, favorecendo indevidamente uma situação de concorrência imperfeita, em que uma ou poucas empresas passam a ter influência dominante sobre os preços e condições do mercado.

285. A mesma preocupação com o tema foi exposta à Anatel pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), ao avaliar o regulamento de espectro da agência (peça 172, p. 9):

I - Concentração de espectros de radiofrequência – as atuais operadoras do SMP são as maiores detentoras de faixas de espectro de radiofrequência. Estruturas oligopolísticas no mercado de espectros são comuns devido à limitação da oferta desse bem e aos elevados investimentos necessários para sua exploração. Elevados níveis de concentração de espectro podem ensejar condutas colusivas entre as empresas incumbentes no sentido de conjuntamente criar dificuldades para a entrada ou para a atuação de outras empresas em mercados que dependem do uso de espectro de radiofrequências, mediante a elevação de custos, alegações de limitações técnicas ou recusa de negociar o acesso ao bem essencial. (...). Mesmo que haja um razoável nível de rivalidade entre os membros do oligopólio, é possível que a concentração de espectros de radiofrequência possibilite alguma ação anticompetitiva de uma das líderes contra rivais, como, por exemplo, adquirir espectro para bloquear a expansão de rivais. (grifos nossos)

286. Soma-se a isso o apontamento do Cade de que os altos investimentos no leilão do 5G, a ser realizado em breve, devem levar as atuais operadoras a buscarem maior colaboração entre elas, compartilhando infraestruturas e espectro entre si — algo que já está ocorrendo (peça 171) —, podendo gerar ‘preços discriminatórios ou que incitem barreiras à entrada a concorrentes no mercado à jusante’ (peça 172, p. 7). No entanto, o órgão aponta que a limitação de espectro por operadora pela Anatel (**spectrum cap**), em geral e por leilão, o compartilhamento de infraestrutura e a destinação de faixas exclusivas a pequenos provedores em licitações podem mitigar os problemas concorrenciais. Ocorre que tais mecanismos são efetivos apenas se aplicados corretamente, a saber (peça 172, p. 9).

287. Para assegurar a efetividade do estabelecimento de um **spectrum cap** geral por operadora, é necessário que o limite de espectro definido por este mecanismo não seja suscetível a recorrentes alterações. No entanto, em outras ocasiões a Anatel já citou a tendência de esses limites serem ‘menos rígidos’ e que a ‘adoção de tetos diferenciados para determinadas faixas do espectro é a melhor opção, pois aumenta a flexibilidade para as operadoras’ (peça 173, p. 19).

288. *Sobre o mecanismo de **spectrum cap** em leilões, este só é efetivo se o certame for desenhado corretamente pela agência, algo que pode não ocorrer se a divisão e área geográfica dos blocos de frequência a serem licitados favorecerem apenas as grandes operadoras, de modo que não haja espaço para novos ou menores prestadores e não haja nem disputa entre as grandes, fragilidade identificada no leilão de 700 MHz ocorrido em 2014 (TC 016.257/2014-6).*

289. *Segundo o Cade, a faixa exclusiva a pequenos provedores é um dos mecanismos que poderia mitigar preocupação relacionada aos efeitos concorrenciais negativos oriundos prorrogação sucessiva das outorgas (peça 173, p. 9). No entanto, ressalta-se que a efetividade da medida requer que a banda e frequência disponibilizadas no leilão sejam compatíveis com a demanda desses atores para prestação devida do serviço. O mecanismo demanda atenção da Anatel, visto que gera interesses contrapostos no setor e resistência das grandes operadoras, como se observa na discussão em andamento sobre o leilão de 5G (peça 174).*

290. *Por fim, o mecanismo de compartilhamento de infraestrutura só apresenta resultados positivos à concorrência se a Anatel assegurar que os preços a serem cobrados no mercado de atacado pelas operadoras forem compatíveis com o valor de mercado e com a demanda existente. Trata-se de atividade regulatória de alta complexidade e que, embora já praticada pela agência, necessita de melhorias, como aponta atores do setor como, por exemplo, a Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (Telcomp) (peça 175).*

291. *Sobre a prorrogação sucessiva de frequências, o Cade conclui (peça 172, p. 11):*

*As licenças de uso de radiofrequências já são altamente concentradas nas grandes empresas que operam o SMP e o advento da tecnologia 5G deve aumentar a demanda por esse bem escasso e essencial. (...) considerando que o mercado é altamente concentrado (...), entende-se que **não se pode dispensar a atuação mais ativa da autoridade reguladora**. Portanto, é recomendável que a prorrogação das autorizações de uso de radiofrequências seja objeto da avaliação da agência reguladora **em relação à atuação da empresa autorizada e condicionada à formulação de novas metas de expansão de serviços e oferta de novas tecnologias, conforme a evolução do mercado.***
(grifos nossos)

292. *Observa-se que, em consonância com o entendimento exposto nesta subseção, o Cade destaca que, nas prorrogações de outorgas de frequência, a análise de competição pela Anatel deve ir além da atuação da empresa, contemplando uma análise do setor e mercado como um todo. A autarquia especial conclui que, para 'evitar a possibilidade de danos concorrenciais derivados da mudança na legislação', a 'prorrogação da autorização de uso de radiofrequências deve se dar mediante o cumprimento de condições e requisitos' (peça 172, p. 13). A necessidade de critérios objetivos de competição na análise de prorrogações de outorgas foi apontada também por operadoras do setor (peça 162, p. 5).*

293. *O tema também foi amplamente analisado pela OCDE recentemente, que afirmou (peça 186, p. 44-45):*

Com a aprovação da Lei n.º 13 879, de 3 de outubro de 2019, autorizações de uso de espectro no Brasil podem ser renovadas sucessivamente, sem limite, depois do primeiro período de 20 anos.

(...)

*Como resultado, a Anatel deve observar e analisar cuidadosamente **os efeitos desse novo arranjo na possibilidade de entrada de novas operadoras móveis no mercado**. De forma geral, há um risco considerável de que o novo arranjo reduza as ferramentas à disposição da Anatel para promover a competição nos mercados móveis, bem como limite a entrada de novos atores no mercado móvel brasileiro.*

*Algumas mudanças introduzidas na lei, como a comercialização de espectro no mercado secundário e o compartilhamento de infraestrutura, podem reduzir alguns dos efeitos indesejados sobre as dinâmicas competitivas do mercado. **Entretanto, se o espectro não for alocado de forma eficiente no mercado primário, não é possível garantir um mercado secundário.***

(...)

O Brasil deve tornar ainda mais claras as condições para a não renovação de uma licença depois do primeiro período de 20 anos, pois a gestão eficiente de espectro também envolve a correção de falhas de mercado, como a carência de competição. Na forma atual (Artigo 167 da Lei n.º 9.472, de 1997, modificado pelo Artigo 2º da Lei n.º 13.879, de 2019), não fica claro se a Anatel pode revogar a licença para corrigir falhas no mercado (como ausência ou carência de competição) mediante novo leilão.

(...)

Finalmente, ao avaliar as renovações de licenças, a Anatel deve considerar a realização de um edital de chamamento público como procedimento para manifestação de interesse, antes da renovação das outorgas de espectro, para verificar se há demanda no mercado pelo espectro atribuído. (grifos nossos)

294. *Vê-se que a OCDE deixa claro que a possibilidade de prorrogações sucessivas traz riscos às dinâmicas competitivas do mercado, o que exige maior cautela por parte da agência reguladora ao avaliar os pedidos de prorrogação, devendo ser considerados aspectos como se a decisão limita a entrada de novos atores, se estão sendo corrigidas falhas de mercado e se a decisão não gera carência de competição. Ressalta-se que a própria OCDE destaca mecanismo que pode ser adotado pela Anatel para mitigar tais riscos. A entidade sugere a realização de edital de chamamento público para manifestação de interesse de uso daquela faixa de frequência pelas possíveis prestadoras interessadas antes de promover a prorrogação. Trata-se de mecanismo que traz maior transparência e isonomia ao processo de avaliação de pedidos de prorrogação e que sequer foi discutido pela Anatel no caso concreto da decisão das bandas A e B, tampouco foi abordado nos demais processos administrativos analisados nos autos.*

295. *A OCDE aponta ainda a importância de estar clara nos normativos a competência da agência reguladora de indeferir outorgas e seus prorrogações com base em riscos à competição do mercado (peça 186, p. 167):*

*Regimes de licenciamento mais longos e processos de renovação transparentes não significam que os reguladores não possam revogar as licenças. O Reino Unido, por exemplo, removeu os termos de licença predefinidos para aumentar a certeza quanto às licenças de espectro. No entanto a reguladora (Ofcom) pode revogar qualquer licença por razões de gestão do espectro, com um aviso de cinco anos. Isto é, 'licenças por tempo indeterminado' indica apenas que a Ofcom tem direitos limitados de revogação em um período inicial de 20 anos e, depois, pode revogar a licença mediante aviso prévio adequado. **A Ofcom manteve o direito de revogar licenças devido ao risco de falhas específicas de mercado, incluindo a falta de concorrência. A entidade reguladora tem de manter todos os instrumentos possíveis para promover a concorrência nos mercados móveis. Além disso, o regulador deve sempre salvaguardar o uso eficiente do espectro.***

Não está claro se a Anatel poderia revogar uma licença de espectro em resposta a falhas de mercado baseadas em mudanças nas condições de renovação de licenças de espectro com base na Lei n.º 13.879 (art. 167 da Lei n.º 9.472, de 1997, modificado pelo artigo 2º da Lei n.º 13.879, de 2019). A lei é vaga sobre se a Anatel poderia revogar uma licença para corrigir falhas de mercado, como a falta de concorrência, por meio de um novo processo de leilão. Apenas coloca, explicitamente, que as licenças podem ser revogadas em caso de infração à regulamentação, ou se a banda de espectro for alocada para outra utilização.

296. *Os apontamentos da OCDE citados anteriormente sobre a clareza das competências da agência reguladora ao revogar licenças devido a falhas de mercado e aspectos de natureza concorrenciais podem ser identificados como uma boa prática a ser considerada como critério ao se avaliar o processo da Anatel de análise de pedidos de prorrogação de outorgas quanto aos aspectos concorrenciais.*

297. *Nesse sentido, identifica-se que, embora haja alta relevância na possibilidade de indeferimento de outorgas e suas prorrogações com base em riscos à competição do mercado, conforme apontado pela OCDE, se trata de competência regulatória que, ainda que seja citada pelo art. 12, inciso III, do Decreto 10.402/2020, ainda não está prevista nos normativos da agência.*

298. *A clareza e objetividade dos normativos da agência quanto a esses critérios visa não apenas o atendimento do art. 12, inciso III, do Decreto 10.402/2020, mas também o atendimento dos princípios da impessoalidade e da igualdade, previstos no art. 37, caput, da CF 1988 e no art. 38 da LGT, de modo que a Anatel deve assegurar um ambiente concorrencial isonômico e justo às potenciais prestadoras dos serviços de telecomunicações.*

299. *Os casos concretos de pedidos de prorrogação serão analisados pelo Tribunal em processos específicos a serem autuados conforme preconiza a IN-TCU 81/2018, sendo dispensáveis encaminhamentos. Porém, constata-se a importância de a agência deixar claro, em seu arcabouço normativo, critérios objetivos para avaliar, na prorrogação de outorgas, os aspectos concorrenciais relacionados não apenas ao contexto da autorizada e ao impacto da prorrogação sobre seu mercado, mas também ao cenário macro da concorrência no setor e ao que se vislumbra de estratégia de disponibilização do espectro de frequência a agentes privados, deixando evidente o seu direito de indeferir a prorrogação devido ao risco de falhas de mercado.*

4.5. ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO (DECRETO 10.402/2020, ART. 12, INCISO V)

300. *O Decreto 10.402/2020, que regulamentou a Lei 13.879/2019, estabeleceu que a Anatel também considerará na análise do pedido de prorrogação o 'atendimento ao interesse público'. Trata-se de conceito amplo e, por isso, a sua delimitação depende do contexto em que as prorrogações de outorgas se inserem e dos normativos e leis vigentes. O atendimento ao interesse público na decisão de se prorrogar uma autorização de uso de frequência depende de uma motivação clara e técnica pela Anatel e inclui o atendimento de todos os aspectos citados nas subseções anteriores. Assim, conforme exposto, entre outros aspectos que possam surgir a partir de normativos e fatos relevantes, entende-se ser necessário que, na busca pelo interesse público, a agência abarque aspectos como os expostos nas seções 3.2.1 a 3.2.5 do presente relatório, quais sejam:*

- a) a legalidade e compatibilidade da decisão de prorrogação com o ordenamento jurídico;*
- b) motivação da decisão com base em critérios objetivos, técnicos e transparentes;*
- c) se os benefícios trazidos pelo serviço que está sendo prestado na faixa outorgada a ser prorrogada superam aqueles que poderiam surgir se o uso daquele espectro fosse modificado;*
- d) se a prorrogação das autorizações assegura que a gestão do espectro está garantindo o seu uso eficiente e o acesso justo e o atendimento à demanda dos demais atores do setor;*
- e) se as localidades em que a autorizada possui a faixa a ser prorrogada estão sendo devidamente atendidas pelo espectro objeto do pedido de prorrogação;*
- f) se a prorrogação da outorga não trará prejuízos à concorrência relacionados a barreiras de mercado a entrantes e nem concentração e domínio desequilibrado de poder de mercado por somente algumas empresas;*
- g) se o valor do ônus a ser cobrado pela prorrogação da autorização é justo e compatível com o valor do ativo no mercado (a ser mais bem visto na próxima seção);*
- h) se a solicitante cumpriu corretamente as obrigações que havia se comprometido a entregar antes de ser autorizada a continuar fazendo uso daquela faixa e se ela possui condições de cumprir compromissos de investimento oriundos da prorrogação;*
- i) se o uso que vem sendo feito com a faixa outorgada está compatível com as políticas públicas de expansão de acesso a serviços de telecomunicações e inclusão digital da população, cumprindo sua função social; e*
- j) se a análise da Anatel está consonância com os critérios e prazos estabelecidos em normativos infralegais, sejam os da própria agência, ou de outros órgãos.*

301. *Ressalta-se que o aspecto sobre os critérios de valor do ônus da prorrogação e seu cálculo será devidamente abordado na outra seção deste relatório.*

Causas

302. *Identifica-se que os problemas descritos podem ter sido essencialmente causados pelo fato de que os atuais regulamentos existentes na Anatel foram elaborados em um contexto regulatório distinto, em que não eram permitidas sucessivas prorrogações, de modo que são incompatíveis com o atual contexto da Lei 13.879/2019 e não permitem o atendimento de todos os aspectos estabelecidos no art. 12 do Decreto 10.402/2020.*

303. *Além disso, o achado também pode ser resultante da necessidade de aprimoramento dos mecanismos existentes de aplicação dos normativos, sendo indispensáveis critérios objetivos claros que delimitem e uniformizem as análises de pedidos de prorrogação. Soma-se a isso o fato de que, no caso concreto de alguns termos de autorização das bandas A e B, o prazo de vencimento em breve daquelas outorgas (a partir de 29/11/2020) fez com que a área técnica analisasse os pedidos de maneira incompleta, conforme apontado pelo próprio corpo técnico (peça 163, p. 12), e com base nos regulamentos elaborados anteriormente à Lei 13.879/2019.*

Efeitos e riscos decorrentes da manutenção da situação encontrada

304. *O principal risco resultante dos problemas identificados anteriormente é que a Anatel autorize, a uma operadora específica, a prorrogação de outorga por um longo período de uso de um bem valioso e escasso do país sem que haja real vantagem em tal operação, o que pode levar a: impactos irreparáveis na concorrência do setor (como incentivo a uma desequilibrada concentração de mercado entre as operadoras já existentes e barreiras de entrada); prejuízo às políticas públicas de inclusão digital (prorrogação da outorga sem que a operadora tenha cumprido com suas obrigações passadas de investimento na rede e prestação de serviço a regiões carentes e sem que detenha capacidade de executar compromissos futuros); uso ineficiente do espectro sob óptica que vai além da capacidade técnica da transmissão de dados, como possível prejuízo à eficiência econômica, trazendo menos recursos e investimentos ao país, e à eficiência social (mais pessoas poderiam ter acesso aos serviços se o espectro fosse utilizado de maneira distinta); dano ao erário em montantes significativos (bilhões de reais), caso não seja cobrado o valor econômico justo e de mercado da faixa de frequência da autorização a ser prorrogada; prejuízos aos princípios de isonomia e impessoalidade por parte do poder público, devido à falta de critérios claros, objetivos e técnicos de avaliação dos pedidos de prorrogação, o que pode levar ao favorecimento de uma operadora em detrimento das demais prestadoras do mercado; entre outros efeitos.*

Boas práticas

305. *Conforme citado em subseção anterior, observou-se evolução na atuação da agência ao definir diretrizes à área técnica sobre a ordem de prioridade dos tipos de investimentos a serem estabelecidos nos compromissos e ao estabelecer o compartilhamento de infraestruturas.*

Conclusão

306. *Ao longo das subseções anteriores foram apontadas conclusões específicas de cada aspecto exigido como pré-requisito de prorrogação de outorgas pelos normativos vigentes, como o art. 12 do Decreto 10.402/2020 e arts. 164 a 167 da LGT. Além dos aspectos analisados anteriormente, cabe destacar que outros normativos devem ser considerados pela Anatel ao prorrogar sucessivamente outorgas de radiofrequência em caráter primário nos termos da Lei 13.879/2019, a saber.*

307. *A referida lei somente autorizou a possibilidade de se prorrogarem sucessivamente os termos, não sendo uma obrigação e sim algo a ser decidido pela Anatel. Ocorre que tal possibilidade não está prevista nos normativos atuais da agência, pelo contrário, dado que preveem expressamente que só se pode prorrogar as outorgas somente uma única vez, conforme art. 98 da Resolução 65/1998 e art. 47, §1º, da Resolução 671/2016.*

308. *Ao ser questionada sobre o assunto, a agência apresentou o entendimento de que a lei derogou tais dispositivos (peça 97, p. 13). No entanto, entende-se que a lei apenas autorizou a*

agência a decidir sobre o tema, de modo que, se a Anatel entende ser possível a prorrogação sucessiva de outorgas, ela deve promover ajustes em seus regulamentos para que eles reflitam o efetivo posicionamento do órgão sobre o tema.

309. Conforme já citado anteriormente, o princípio da segurança jurídica possui uma natureza subjetiva, traduzida na proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado nos mais diferentes aspectos. Assim, uma possível decisão administrativa da Anatel que prorrogue sucessivamente outorgas mesmo diante da existência de dispositivos em normativos vigentes da agência que proibam tais prorrogações gera uma insegurança jurídica àquele ato.

310. Diante do exposto, com vistas a atender o princípio da segurança jurídica, propõe-se recomendar à Anatel que, caso conclua pela possibilidade de se prorrogar mais de uma vez futuras outorgas de radiofrequência com base na Lei 13.879/2019, promova ajustes em seu arcabouço normativo de modo a refletir tal entendimento, atualizando a Resolução Anatel 65/1998 e a Resolução Anatel 671/2016, além de demais normativos que, porventura, também tratem do tema.

311. Em uma visão geral, na presente subseção observou-se que, ao avaliar pedidos de prorrogação de autorizações, a Anatel deve se atentar a diversas questões relevantes e atreladas a diferentes temas regulatórios, como competição, uso eficiente do espectro, garantia de cumprimento de obrigações passadas pelas operadoras, entre outros, que afetam diretamente o interesse público da decisão. Foi constatado que o novo contexto de prorrogações sucessivas das outorgas trazido pela Lei 13.879/2019 demanda ações da agência com vistas a estabelecer, em seus normativos, critérios objetivos e claros para os aspectos citados, de modo a adequar o processo de trabalho da Anatel ao novo cenário legal e aos seus impactos regulatórios, mitigando possíveis riscos.

Propostas de encaminhamento

312. Foi constatada ilegalidade na aplicação de prorrogação sucessiva para autorizações anteriores às mudanças da LGT de 2019, que não possuíam tal previsão originalmente nas cláusulas de seus termos. No entanto, não ocorre o mesmo problema para futuras autorizações a serem outorgadas pela Anatel, dado que a Lei 13.879/2019 permitiu explicitamente a possibilidade de elas serem prorrogadas sucessivamente. Nesse contexto, para as novas outorgas, o art. 167 da LGT e, principalmente, o art. 12 Decreto 10.402/2020 preveem condições a serem respeitadas e analisadas pela Anatel, atuação essa em que se observou a necessidade de aprimoramento por parte da agência.

313. Diante do exposto nas subseções anteriores, com vistas a atender os princípios da, impessoalidade, da igualdade e da segurança jurídica, previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal e no art. 38 da Lei 9.472/1997, e as boas práticas trazidas pela OCDE em seu relatório sobre o setor de telecomunicações brasileiro, com relação ao processo de análise de pedidos de prorrogação de autorizações de uso de radiofrequência a serem outorgadas nos termos da Lei 13.879/2019 c/c o art. 12 do Decreto 10.402/2020, propõe-se recomendar à Anatel, com fundamento no art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que estabeleça em seu arcabouço normativo:

a) critérios objetivos para avaliar o efetivo cumprimento de obrigações e não cometimento de infrações reiteradas pela operadora solicitante, conforme estabelecido no art. 167, caput e § 2º, da LGT e no art. 12, inciso II, do Decreto 10.402/2020;

b) em consonância com o disposto no art. 12, inciso III, do Decreto 10.402/2020, critérios objetivos para avaliar os aspectos concorrenciais relacionados não apenas ao contexto da autorizada e ao impacto da prorrogação sobre seu mercado, mas também ao cenário macro da concorrência no setor e ao que se vislumbra de estratégia de disponibilização do espectro de frequência a agentes privados, deixando evidente o seu direito de indeferir a prorrogação devido ao risco de falhas de mercado;

c) caso conclua pela possibilidade de se prorrogar mais de uma vez futuras outorgas de radiofrequência com base na Lei 13.879/2019, alterações de modo a refletir tal entendimento,

atualizando a Resolução Anatel 65/1998 e a Resolução Anatel 671/2016, além de demais normativos que porventura também tratem do tema.

314. Considerando que o art. 12, inciso IV, do Decreto 10.402/2020 estabeleceu a necessidade de se avaliar, nos pedidos de prorrogação de outorgas, o uso eficiente do espectro de forma ampla, sem restringir quais aspectos devem ser observados, e considerando as boas práticas trazidas pela OCDE em seu relatório sobre o setor de telecomunicações brasileiro e as manifestações de atores do setor na Consulta Pública Anatel 51/2020, também se propõe recomendar à Anatel que avalie a conveniência e oportunidade de incluir critérios objetivos que englobem os aspectos referentes à eficiência econômica, social e competitiva no arcabouço normativo que regulamenta o uso eficiente do espectro, em especial, nos dispositivos que tratam das análises a serem feitas sobre pedidos de prorrogação de outorgas.

Benefícios esperados

315. *Espera-se que seja assegurado o atendimento ao interesse público por meio do estabelecimento de condições que: garantam compromissos de investimentos compatíveis com as políticas públicas de telecomunicações; não prejudiquem a concorrência do setor; resultem no uso efetivo do espectro sobre todos os aspectos (incluindo a sua função social); garantam fidedignidade entre o valor cobrado pela outorga e o seu valor de mercado; permitam a prorrogação sucessiva de autorização de uso do espectro apenas às operadoras que cumpriram suas obrigações com a Anatel. Espera-se também que os critérios de análise dos pedidos de prorrogação de futuras outorgas sejam objetivos e claros, de modo a serem tomadas decisões com base em requisitos menos discricionários e mais isonômicos.*

5. NAS PRORROGAÇÕES DAS AUTORIZAÇÕES DE RADIOFREQUÊNCIAS, A METODOLOGIA ADOTADA PELA ANATEL PARA O CÁLCULO DOS VALORES DEVIDOS DAS OUTORGAS É CONSISTENTE E ASSEGURA A ADERÊNCIA À LEGALIDADE, À ECONOMICIDADE E AO VALOR ECONÔMICO DO ATIVO?

316. *A LGT prevê, em seu art. 167, § 1º, que a prorrogação de autorizações de uso de radiofrequência seja feita em caráter oneroso, previsão essa compatível com os demais dispositivos da lei, que estabelecem que o espectro de frequências é um recurso limitado e seu uso depende de licitação quando há mais de um interessado. Historicamente, a Anatel já conduziu diversas prorrogações de outorgas, utilizando as regras previstas nos editais de licitação e nos normativos da agência que regulam preços públicos desses ativos.*

317. *Analizando as prorrogações no novo contexto da Lei 13.879/2019, constatou-se que, no caso concreto ocorrido após a publicação da referida lei, Acórdão Anatel 510/2020, a Anatel estabeleceu como diretriz a adoção de metodologia de cálculo de valor de outorga em consonância com a jurisprudência do TCU e a doutrina e princípios que regem a avaliação do valor econômico de ativos públicos outorgados ao setor privado, o que reflete uma boa e positiva prática do órgão. Tal decisão do Conselho Diretor do órgão considera metodologia de cálculo (baseada em fluxo de caixa e VPL) distinta daquela utilizada historicamente pela agência em prorrogações passadas (baseada no ônus de 2% da receita da operadora) e distinta da metodologia proposta pela área técnica da Anatel (baseada no regulamento de preço público de outorga da Anatel - RPPDUR).*

318. *Embora a referida decisão tenha sido aderente ao ordenamento jurídico e represente uma boa prática da Anatel, observou-se que ela se refere a apenas um caso concreto específico, sendo que a agência já sinalizou, em seus comentários sobre a versão preliminar do relatório (peça 200), que defende ser possível se desconsiderar o valor econômico da outorga, o que implicaria mudanças na referida metodologia. Diante desse contexto, do fato de que a decisão não estabeleceu diretriz para todos os futuros casos (atuando somente no caso concreto das bandas A e B) e de que está sendo defendido pelas operadoras o pleito de se adotar, nos atuais pedidos de prorrogação, a metodologia do RPPDUR ou a metodologia de ônus de 2% da receita, utilizada em termos anteriores às mudanças da LGT (conforme recurso ao Acórdão Anatel 510/2020), tornou-se relevante registrar as diversas*

fragilidades encontradas nessas demais metodologias, mapeando os problemas e riscos atrelados à possível aplicação delas no novo contexto da Lei 13.879/2019.

319. *Antes de adentrar na análise dos critérios, da situação encontrada e dos riscos identificados, deve-se registrar qual a relevância da valoração econômica justa das outorgas de uso de radiofrequência, a saber.*

320. *É evidente a importância de se ter um cálculo preciso e correto do valor de outorgas de bens e serviços públicos para garantir a conformidade do processo de acordo com os próprios princípios da Administração Pública (como os de processos licitatórios, interesse público, livre concorrência etc.) e com a vasta jurisprudência brasileira quanto a tais outorgas, principalmente, nos setores de infraestrutura. No setor de telecomunicações, a busca pelo valor justo ou economicamente compatível com o valor de mercado do ativo público se tornou ainda mais relevante quando considerado o atual contexto de mudanças no marco legal que rege o setor.*

321. *Com a possibilidade de prorrogações sucessivas de outorgas de uso de radiofrequência, exige-se mais assertividade e controle por parte do órgão regulatório quanto à valoração desse ativo, para garantir o atendimento aos princípios do interesse público, legalidade, economicidade e eficiência no uso do espectro. Trata-se da gestão de ativos públicos que, somando-se os leilões realizados desde 1997 até a Lei 13.879/2019, representam montante de cerca de R\$ 85 bilhões para a União, em valores atualizados (peça 116, p. 5), e que viabilizam investimentos em escala ainda maior para o país.*

322. *Após a Lei 13.879/2019, o art. 167, § 3º, da LGT passou a prever que fossem ‘estabelecidos compromissos de investimento, conforme diretrizes do Poder Executivo, alternativamente ao pagamento de todo ou de parte do valor do preço público devido pela prorrogação’. A alteração legal traz ainda mais à tona a importância da precificação correta e justa do ônus de prorrogação das outorgas. Conforme o art. 9º do Decreto 9.612/2018, que estabelece as políticas públicas de telecomunicações, a execução dessas políticas no país será realizada por meio de compromissos de expansão dos serviços ‘fixados pela Anatel em função (...) de outorga onerosa de autorização de uso de radiofrequência’. Assim, a digitalização do Brasil e a inclusão digital da população em áreas carentes depende diretamente do valor das outorgas, entre outros mecanismos.*

323. *Outra questão trazida pelas alterações na LGT (art. 163, § 4º) foi a possibilidade de transferência de autorizações de uso de frequências entre as operadoras em um mercado secundário. Uma vez outorgada a faixa a uma operadora, seja por licitação nova ou por prorrogação de autorização, a empresa poderá revender esse espectro e buscar rentabilidade nesse processo. Com isso, uma vez outorgada a frequência, o poder público deixa de ser o protagonista da sua gestão e de seus benefícios econômicos, que passarão àquela empresa privada detentora da faixa. Assim, é fundamental que a Anatel calcule o valor econômico correto da faixa.*

324. *O acompanhamento, por parte do TCU, das ações regulatórias sobre o uso de espectro no novo contexto da LGT é imprescindível visto que, em breve (até o final de 2021), a Anatel realizará o leilão do 5G, maior da história do Brasil em volume de recursos a serem arrecadados (dezenas de bilhões de reais) e quantidade de banda outorgada (aproximadamente 5 GHz) e maior do mundo para essa tecnologia (peça 160).*

Critérios

325. *Os arts. 48, § 1º, 164 e 167, § 1º, da Lei 9.472/1997 estabelecem a onerosidade de outorgas concedidas pela Anatel, bem como de suas prorrogações. É vasta a jurisprudência do TCU sobre a necessidade de se calcular o valor econômico das outorgas de bens e serviços públicos, tanto no setor de telecomunicações (Decisões 319/2000 e 320/2000 – Min. Bento José Bugarin, 230/2001 e 849/2002 – Min. Valmir Campelo e 736/2003 – Min. Lincoln Magalhães da Rocha, Acórdão 1.770/2007 – Min. Ubiratan Aguiar, todos do Plenário, entre outros), como nos demais setores (ex.: Acórdãos 2.876/2019 – Min. Augusto Nardes, 2.006/2020 – Min. Aroldo Cedraz, 1.946/2019 – Min. Raimundo Carreiro, 736/2020 – Min. Bruno Dantas, 3.234/2011 – Min. Aroldo Cedraz, todos do*

Plenário). *A doutrina sobre precificação de outorgas e estudos de viabilidade econômica de ativos mostra, em diversos estudos, que os métodos de cálculo de maior aceitação ou mais difundidos são os baseados no fluxo de caixa descontado (Martins, 2009).*

Análise das evidências

326. *A Lei 13.879/2019 modificou o art. 167 da LGT de modo a permitir prorrogações sucessivas das autorizações de uso de radiofrequência. No entanto, ainda que parcialmente regulamentada pelo Decreto 10.402/2020, o ordenamento jurídico não trouxe diretrizes sobre como calcular a onerosidade de tais prorrogações. Historicamente, a agência já realizou diversas prorrogações de autorizações de uso de radiofrequência, porém, em um contexto legal em que se podia prorrogar os termos somente uma única vez e com base em utilizada metodologia elaborada nesse contexto e estabelecida em cláusulas contratuais e editalícias.*

327. *Diante da importância de se calcular um valor justo e do novo contexto trazido pela Lei 13.879/2019, deve-se avaliar se a tratativa dada pela Anatel sobre o assunto e se a sua escolha de metodologia de cálculo dos valores devidos das outorgas é consistente e assegura a aderência à legalidade, à economicidade e ao valor econômico do ativo.*

5.1. Análise da situação encontrada e da atual decisão vigente na Anatel sobre a escolha de metodologia para o cálculo dos valores devidos das outorgas

328. *No histórico de prorrogação de termos passados, existiram três tipos de situação na Anatel: a) termos que não possuíam cláusula sobre cálculo do ônus da prorrogação da autorização; b) termos com previsão contratual de serem prorrogados com base em um ônus de 2% da receita da operadora no ano anterior; e c) termos que poderiam usar a forma de cálculo prevista no Regulamento do Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (RPPDUR) da Anatel.*

329. *A primeira delas se refere aos termos de 1996 vinculados ao edital da faixa de frequência da banda B. Embora não houvesse previsão editalícia sobre o valor do ônus de prorrogação de tais termos, constatou-se que, no processo de adaptação das concessões de telefonia móvel para autorizações, tais outorgas passaram a ser regidas por termos que continham a cláusula de ônus de 2% da receita da prestadora no ano anterior (peça 149, p. 11). Assim, a situação 'a' descrita acima acabou convergindo para a situação 'b'.*

330. *A situação 'b', em uma visão geral, trata dos termos anteriores à Lei 13.879/2019 e eles preveem metodologia definida por cláusulas editalícias para estabelecer o valor da prorrogação das autorizações vigentes desde 2000 até os dias atuais. Ela consiste em forma de cálculo em que a operadora deve **'pagar, a cada biênio, durante o período de prorrogação, ônus correspondente a 2% (dois por cento) de sua receita do ano anterior ao do pagamento, do SMP, líquida de impostos e contribuições sociais incidentes'**, sendo que, **no 15º ano, a empresa deve 'pagar 1% de sua receita do ano anterior'** (peça 97, p. 16). Denomina-se tal metodologia como 'ônus de 2%', para simplificar a leitura do presente relatório.*

331. *Sobre a situação 'c', desde 1998 a Anatel possui o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (RPPDUR) com o objetivo de disciplinar o pagamento pelo direito de uso de radiofrequência, sendo atualizado em 2004 e 2018, pela Resolução Anatel 695/2018. No art. 3º, parágrafo único, consta que o regulamento **'será preferencialmente aplicado para a determinação do valor do preço mínimo de referência pelo direito de uso de radiofrequências, quando este ocorrer em conformidade com o disposto nos incisos II, III e IV do § 1º do art. 48 da Lei 9.472, de 1997'**. Os referidos incisos da LGT, por sua vez, definem que o valor a ser pago pela autorização será, alternativamente: determinado no edital de licitação; fixado em função da proposta vencedora, quando constituir fator de julgamento; ou fixado no contrato de concessão ou no ato de permissão, nos casos de inexigibilidade de licitação.*

332. *Denominada como 'RPPDUR' para facilitar a compreensão desta instrução, a referida metodologia trata de cálculo de outorga de uso de radiofrequência em que o valor da prorrogação*

seria resultado da **multiplicação da receita da empresa com um fator de proporcionalidade que visa ponderar a representatividade da faixa prorrogada com relação às demais faixas que a operadora detém.**

333. Registra-se que, segundo a Anatel, ainda não foi utilizada a fórmula de cálculo do art. 7º do RPPDUR para prorrogação de autorizações de radiofrequências em caráter primário voltadas para serviços de interesse coletivo (peça 112, p. 3). Além disso, a agência afirma que, mesmo a fórmula do preço público prevista no art. 4º regulamento (que não se refere à prorrogação e sim ao preço da outorga, em si), só foi aplicado para frequências outorgadas para serviços coletivos em caráter secundário (peça 112, p. 3), ou seja, que não garantem exclusividade à operadora e que usualmente são de uso interno para interconectar redes, não sendo comparáveis com as autorizações utilizadas para a prestação de serviços como a telefonia móvel.

334. Diante do exposto, resta claro que, historicamente, a Anatel calculou o valor das prorrogações passadas por meio de metodologia do ônus de 2% da receita das operadoras. Ao ser comparada com a do RPPDUR, observa-se que ambas as metodologias seguem a mesma lógica de cálculo, dado que se baseiam em um percentual da receita da operadora, de modo que se esperam resultados em ordem de grandeza semelhante entre as fórmulas. Uma análise mais detalhada das referidas metodologias será feita mais adiante, mas é importante a contextualização da atuação passada da Anatel para melhor compreender a situação atual da agência após as mudanças da LGT de 2019.

335. Em 8/7/2020, a área técnica da Anatel sugeriu que fosse considerada a metodologia do RPPDUR para os pedidos de prorrogação de autorização de uso de frequência a serem analisados no âmbito da nova lei, inclusive dos termos das bandas A e B, que começam a vencer a partir de novembro de 2020 e que já foram prorrogados anteriormente uma única vez, conforme previsão contratual, e utilizando a metodologia do ônus de 2% da receita (peça 158, p. 9).

336. São termos que foram assinados nas condições anteriores à Lei 13.879/2019, não havendo possibilidade de mais de uma prorrogação em suas cláusulas contratuais e editais e, conseqüentemente, só havendo previsão da forma de cálculo para esta única prorrogação já ocorrida. Registra-se que tal opção também foi defendida, alternativamente, pelas operadoras em carta à agência, caso não fosse acatado o critério do ônus de 2%, demandando por elas em primeiro lugar (peça 178).

337. A proposta de uso do RPPDUR e também do ônus de 2% foi objeto de críticas pela PFE que, além de enfatizar novamente a importância do VPL, apontou a necessidade de a Anatel regulamentar a forma de cálculo a ser considerada nas futuras prorrogações sucessivas oriundas da Lei 13.879/2019, visto que sua análise jurídica é de que o critério do ônus de 2% da receita dos termos antigos (mas ainda vigentes) não pode ser utilizado novamente e que o RPPDUR é omissivo quanto ao caso de prorrogações sucessivas, já que foi elaborado em um cenário que só previa prorrogação única (peça 97, p. 18).

338. O entendimento da PFE está em consonância com o da OCDE que, em seu relatório sobre o setor de telecomunicações brasileiro, afirmou que os resultados dos leilões de frequência podem ser negativamente afetados por regulamentos como o RPPDUR, por alterarem o cálculo dos preços mínimos e as condições para seu pagamento, e que, por sua vez, tais regulamentos sobre precificação de frequência da Anatel são impactados pela introdução da prorrogação sucessiva de frequências promovida pela Lei 13.879/2019, que 'permite que as licenças de espectro sejam perpetuamente renovadas' (peça 186, p. 163).

339. Por meio do Acórdão Anatel 510/2020, de 30/9/2020, o Conselho Diretor da agência decidiu:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Conselho Diretor da Anatel:

(...)

c) determinar que a Superintendência de Competição (SCP), a Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR) e a Superintendência de Outorga e Recursos à Prestação (SOR) adotem providências para operacionalizar a prorrogação e calcular o Preço Público devido, observando que:

(...)

c.3) antes da expiração da outorga, ou da primeira autorização do conjunto de outorgas, **o Preço Público devido para as outorgas que já tenham sido objeto de primeira prorrogação será calculado utilizando de parâmetros de Valor Presente Líquido, de modo que o montante a ser cobrado reflita o real valor econômico (valor de mercado) da(s) faixa(s), ou, conforme a regulamentação vigente, a partir de sua expedição, nos termos da alínea 'd' deste acórdão;**

c.4) o valor nominal devido pela prorrogação deverá ser registrado no respectivo Termo, por Grupo Econômico, bem como cláusula que indique a renúncia da autorizatória quanto à discussão acerca de tal importe;

(...)

d) determinar que a Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR), em atenção à recomendação da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, esposada no Parecer nº 00551/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU, **tome as providências necessárias para que se estabeleça em Regulamento a forma de calcular o Preço Público devido para as prorrogações de outorgas que já tenham sido objeto de prorrogação anterior;** (grifos nossos)

340. Assim, o conselho diretor deixou de acatar a proposta de uso do RPPDUR proposto pela área técnica da Anatel e o pleito das operadoras pelo uso do ônus de 2% nas prorrogações das bandas A e B, prevendo explicitamente a necessidade de se adotar o VPL para se obter o real valor econômico das faixas.

341. O recente Acórdão está em consonância com decisões passadas do próprio conselho diretor da Anatel que, em 2014, em caso concreto, determinou que a prorrogação fosse calculada pelo fluxo de caixa e valor presente e destacou que a 'utilização do VPL e não do PPDUR sempre esteve presente' e que o RPPDUR está sujeito a críticas por não contemplar o valor econômico (peça 159, p. 8). Embora a decisão se referisse a uma versão anterior do regulamento, observa-se que a crítica à ausência do valor econômico na fórmula permanece válida, já que o atual normativo continuou não contemplando tal parâmetro, conforme Anatel (peça 157, p. 3).

342. A necessidade do uso de fluxos de caixa (VPL) e a inadequação do uso do PPDUR em valoração de outorgas relevantes também já foi enfatizado diversas vezes pela Procuradoria junto à Anatel (PFE) em, pelo menos, nove pareceres emitidos entre 2009 e 2020 (Pareceres 232/2009, 1.002/2009, 00691/2016, 01130/2017, 359/2010, 1.085/2010, 490/2011, 10/2014 e 551/2020 PFS/PGF/PFE-ANATEL). Na consulta pública (CP 7/2017) da Anatel sobre o novo RPPDUR, há contribuições no mesmo sentido por integrante da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados.

343. Sobre a doutrina existente sobre precificação de outorgas e estudos de viabilidade econômica de ativos, Martins (2009) mostra que os métodos de cálculo de maior aceitação ou mais difundidos são os baseados no fluxo de caixa descontado, citando autores renomados na área, como Brigham, Copeland, Damodaran, entre outros. É vasta a jurisprudência do TCU sobre a necessidade de se calcular o valor econômico real das outorgas de bens e serviços públicos, tanto no setor de telecomunicações (Decisões 319/2000, 320/2000, 230/2001, 849/2002 e 736/2003, entre outros), como em todos os setores de infraestrutura (ex.: Acórdãos 2.876/2019, 2.006/2020, 1.946/2019, 736/2020, 3.234/2011, todos do Plenário). Ressalta-se que o TCU já se manifestou especificamente sobre a escolha, pela Anatel, do PPDUR em detrimento de uma análise de fluxo de caixa (Acórdão 1.770/2007-TCU-Plenário – Min. Ubiratan Aguiar):

78. Assim, **malgrado a regulamentação deixar claro que o PPDUR não deverá ser cobrado em situações em que o preço mínimo esteja definido em edital de licitação, a Anatel optou por utilizar a metodologia de cálculo estabelecida pela Resolução n.º 387/2004 como fundamento para fixar o preço mínimo da outorga para autorização de uso de radiofrequências (...).**

(...)

80. Sobressai o fato de que este Tribunal já deixou assente entendimento sobre a forma com que devem se dar os estudos de viabilidade econômica mencionados pelo art. 7º da IN n.º 27/98, por meio de determinações à Anatel exaradas pelas Decisões n.º 319/2000, 320/2000, 230/2001, 849/2002 e 736/2003 (item 0), todas do Plenário do TCU. Ademais, quanto à aplicação, pela Anatel, do Regulamento do PPDUR para obtenção de preço mínimo de outorga, importa mencionar excerto do Voto do Exmo. Ministro Ubiratan Aguiar, atinente à Decisão n.º 2.212/2006-Plenário (...): ‘...o estudo alternativo em comento não trouxe informações adicionais sobre o mercado, não conseguindo, em razão disso, obter como resultado estudo compatível com o que preconiza o entendimento deste Tribunal, consubstanciado nas deliberações acima indicadas’. (grifos nossos)

344. Além da vasta jurisprudência nesse sentido, a IN-TCU 81/2018 (que revogou a IN-TCU 27/1998) normatiza processos de desestatização de ativos públicos e prevê a realização de estudos de viabilidade econômica de tais outorgas, processo esse que já vem sendo usualmente conduzido em harmonia junto à Anatel, o que tornaria a mudança de metodologia mais difícil de se justificar.

345. A importância do valor econômico ou de mercado da outorga a ser prorrogada também é observada no levantamento feito pela OCDE sobre a precificação de outorgas e suas prorrogações em diversos países. Os dados apontam que, na maioria dos casos, os preços são definidos por processos que levam em consideração aspectos concorrenciais ou de mercado, como novos leilões, seleção comparativa, análises com relações a preços de leilões passados ou de outros países, entre outros (peça 186, p. 200-201). Ressalta-se que, mesmo nos países em o preço público é calculado sem processos concorrenciais, foi possível identificar que alguns calculam o preço por meio de entidade independente, sem ser pela agência reguladora, como ocorre no Canadá e República Tcheca, e consideram o valor de mercado (não apenas os custos administrativos da gestão do espectro).

346. A preocupação com a adequada escolha da metodologia de cálculo de valores de outorgas pela Anatel, diante da possibilidade de prorrogações sucessivas, foi expressa também no processo de decisão parlamentar que resultou na Lei 13.879/2019. Em 3/10/2019, houve posição divergente à proposta do projeto de lei na Comissão que analisou o mérito do projeto, ainda que tal posição não tenha prevalecido. Na ocasião, foi apresentado voto em separado de Senador, que afirmou ser necessário que o preço estabelecido leve em consideração o potencial valor da faixa se houvesse disputa concorrencial por ela e que ‘não se pode justificar que a União abra mão de uma arrecadação tão expressiva como essa em benefício exclusivo das atuais prestadoras’ (peça 79, p. 5). Também foi apresentada, por outro Senador, a emenda 9 ao projeto de lei, com proposta semelhante.

347. Diante do exposto, observa-se que, no caso concreto da prorrogação das bandas A e B, além de estar compatível com a posição jurídica da PFE, a decisão da Anatel está em harmonia com a jurisprudência do TCU e a doutrina e princípios que regem a avaliação do valor econômico de ativos públicos outorgados ao setor privado, não sendo necessárias propostas de encaminhamentos sobre esse ponto e estando evidente que a atuação da agência foi positiva e indica uma boa prática do órgão.

348. Embora a referida decisão tenha sido aderente ao ordenamento jurídico e represente uma boa prática da Anatel, observou-se que ela se refere a apenas um caso concreto específico, sendo que a agência já sinalizou, em seus comentários sobre a versão preliminar do relatório (peça 200), que defende ser possível se desconsiderar o valor econômico da outorga, o que implicaria em mudanças na referida metodologia.

349. Tendo em vista que essa decisão adequada da agência não estabeleceu diretriz para todos os futuros casos (atuando somente no caso concreto das bandas A e B), e que está sendo defendido pelas operadoras o pleito de se adotar a metodologia do RPPDUR ou a metodologia de ônus de 2% da receita, utilizada em termos anteriores às mudanças da LGT, nos atuais pedidos de prorrogação (conforme recurso ao Acórdão Anatel 510/2020 feito por operadora), é relevante registrar as diversas fragilidades encontradas nessas duas metodologias, mapeando os problemas e riscos atrelados à possível aplicação delas no novo contexto da Lei 13.879/2019, conforme subseções a seguir.

5.2. Fragilidades constatadas na metodologia utilizada historicamente pela Anatel com base em ônus de 2% da receita da operadora

350. *A metodologia do ônus de 2% trata de forma de cálculo em que a operadora deve ‘pagar, a cada biênio, durante o período de prorrogação, ônus correspondente a 2% (dois por cento) de sua receita do ano anterior ao do pagamento, do SMP, líquida de impostos e contribuições sociais incidentes’, sendo que, no 15º ano, a empresa deve ‘pagar 1% de sua receita do ano anterior’ (peça 97, p. 16).*

351. *No entanto, a aplicação dessa regra de ônus bianual de 2% da receita é objeto de diversas discussões entre a Anatel e as prestadoras, seja na esfera administrativa, como nos processos 53500.005852/2013-41, 535000.044117/2019-49, 53500.007914/2015-11, 53500.007927/2015-91, por exemplo, ou na esfera judicial, como as ações judiciais 70107-35.2013.4.01.3400, 33016-42.2012.4.01.3400. Em essência, as referidas discussões envolvem divergências de interpretação entre a agência e as prestadoras sobre a abrangência e o tipo de dados que deveriam ser considerados na composição da receita a ser utilizada no cálculo do ônus e, como consequência, observa-se que a redação e a forma de aplicação dessas cláusulas foram sendo alteradas ao longo dos anos pela Anatel.*

352. *Conforme área técnica da Anatel (peça 147), as licitações entre 2000 e 2007 previam cláusulas com uma redação que poderia gerar dívidas. Era possível interpretação de que, no cálculo do ônus, deveria ser considerada a receita total da operadora com aquele serviço, incluindo as receitas geradas por todas as faixas de frequência da prestadora, e também seria possível o entendimento de que deveria ser considerada apenas a receita gerada pela faixa objeto da prorrogação (peça 147, p. 5).*

353. *Em 2014, a dívida jurídica foi objeto de consulta à Procuradoria (PFE), que se manifestou no sentido de que ‘a redação do dispositivo contratual é clara em assinalar a incidência do ônus sobre a receita do SMP e não sobre parte da receita’ e que ‘o texto não restringiu a abrangência espacial dessa receita a uma determinada subfaixa de radiofrequência’ (peça 148, p. 3). Esse entendimento jurídico da PFE foi compatível com a metodologia já utilizada historicamente pela Anatel, conforme relatórios de fiscalização dos processos 53500.005852/2013-41, 53500.007914/2015-11 e 53500.007927/2015-91 (peça 112, mídias anexas). Entretanto, houve mudanças posteriores da Anatel sobre esse entendimento, conforme explicado mais adiante nessa seção do relatório.*

354. *Já para as licitações posteriores a 2007, a área técnica expôs que a redação das cláusulas referentes à aplicação do ônus contratual foi alterada, de modo que o edital deixou claro que a correta forma de cobrança seria considerar as receitas totais do serviço, incluindo aquelas oriundas de outras faixas de frequências que não a objeto da prorrogação. A agência justificou a decisão dizendo que, ‘no aspecto operacional, não era viável a discriminação das receitas líquidas originadas do uso das radiofrequências outorgadas, não dispendo as Autorizadas de meios seguros para separação das receitas advindas de cada radiofrequência a elas outorgadas’ (peça 147, p. 7). O corpo técnico afirmou também que não havia que se discutir a legalidade de tal decisão, já que a sua motivação se baseava em limitações técnicas operacionais e também que a metodologia já havia sido explicada às operadoras diversas vezes e antes mesmo delas optarem por participar dos certames, como registrado em respostas a impugnação de editais, e em outras oportunidades (peça 147, p. 7 e 156, p. 13).*

355. *Ocorre que, em 2016, provocada por operadoras que apresentaram metodologias próprias, a área técnica da Anatel repensou a possibilidade de se efetuar a cobrança do ônus de forma segregada por radiofrequência, diante da evolução dos mecanismos de acompanhamento técnico e financeiro pela agência desde 2013 (peça 149, 14-19). Propôs nova metodologia que ‘consiste em alocar a receita segundo a razão entre a quantidade de espectro (MHz) correspondente*

às faixas de radiofrequências renovadas e total de espectro de radiofrequências à disposição da operadora’ (peça 147, p. 12-16).

356. *A título de exemplo, em um processo que estava prorrogando 7,95% das frequências de uma prestadora, o ônus, que era de aproximadamente R\$ 251,7 milhões na metodologia anterior, passou a ser de R\$ 74,3 milhões com a nova forma de cálculo (peça 149, p. 20). Em processo distinto, em que outra operadora visava prorrogar 17,21% do seu total de frequência, o valor inicial de R\$ 121 milhões passou a ser de R\$ 60,6 milhões (peça 150, p. 7). Portanto, houve uma variação muito significativa dos valores cobrados ao longo do tempo.*

357. *Ressalta-se que, diferentemente do que a Anatel adotou, em diversos pareceres, a PFE se posicionou firmemente contra a revisão da metodologia. Pontuou que, independentemente da viabilidade operacional da segregação de receitas, sua análise jurídica é de que a redação da cláusula dos termos é clara, não permitindo outra interpretação. Argumentou que o termo possui natureza contratual aceita pelas prestadoras no momento da licitação (peça 148, p. 4 e peça 151, p. 2).*

358. *Apesar da mudança de metodologia para pedidos de prorrogação ainda não finalizados, todas as análises da Anatel enfatizaram que não há que se falar de impacto da decisão nos ônus referentes a períodos anteriores a ela, uma vez que a aplicação da metodologia nova só foi possível a partir de avanço recente e que, conforme fixado no art. 2º da Lei 9.784/1999, resta vedada a aplicação retroativa de norma administrativa (peça 149, p. 21), posicionamento esse que está em consonância com a análise jurídica da PFE sobre o tema (peça 152, p. 2-5) e com a decisões judiciais atreladas ao setor de telecomunicações sobre tema semelhante (peça 152, p. 4-7).*

359. *Além da questão da segregação da receita por faixa de frequência, há diversos outros pontos que geraram discussões e que ainda estão pendentes de resolução em esfera administrativa e judicial (peça 130). As operadoras alegam que a telefonia móvel possui receitas adicionais, como de interconexão, de **cobilling**, de tráfego de dados, entre outras, que não estariam previstas na cláusula dos termos que estabelece a receita a ser considerada no cálculo do ônus de 2% da prorrogação das autorizações. As recorrentes divergências sobre o tema levaram a Anatel a editar a Súmula 13/2012, que inclui na base de cálculo ‘as receitas de interconexão, de facilidades ou comodidades adicionais, e as receitas operacionais inerentes à prestação do SMP’ (peça 150, p. 4).*

360. *No entanto, tal entendimento foi questionado judicialmente pelas operadoras, como, por exemplo, nas ações 70107-35.2013.4.01.3400 e 33016-42.2012.4.01.3400, que resultaram em deferimento de pedido de tutela antecipada até que fosse julgado o mérito daqueles autos, situação essa que permanece pendente de conclusão e que impede que seja cobrado integralmente o montante do ônus calculado pela Anatel atrelado à prorrogação de autorizações. Para se ter noção da dimensão da incerteza e dificuldade de cobrança dos valores, os ônus de prorrogações em caráter primário já pagos pelas operadoras até hoje totalizam R\$ 1,1 bilhão aproximadamente, sendo que, pelo valor calculado pela agência, está pendente o pagamento de mais R\$ 1,9 bilhão, montante este que está sendo questionado na esfera administrativa e parte dele (R\$ 1,1 bilhão) também na esfera judicial, conforme dados da Anatel (peça 181).*

361. *Diante dos fatos apresentados acima, resta claro que a metodologia utilizada para o cálculo do ônus de 2% da receita do SMP previsto nos termos de autorização vigentes gerou diversas discussões, ainda em andamento, sendo que algumas resultaram em mudanças na forma de cálculo e nos valores cobrados das operadoras. Os questionamentos e empecilhos enfrentados pela Anatel ao longo do tempo indicam fragilidades na metodologia causadas por diversos fatores, como: i) limitações técnicas operacionais da agência para extrair dados reais de receita segregados por faixas de radiofrequências, resultante da própria assimetria regulatória; ii) termos de autorização com redação que geraram uma interpretação discordante entre a Anatel e as operadoras dos parâmetros a serem considerados; iii) necessidade de maior clareza ou detalhamento dos critérios de base do cálculo; iv) divergências de entendimentos e conflitos de interesses entre as partes. Os fatores citados,*

que resultam em problemas ainda não integralmente sanados entre as partes, indicam relevante fragilidade e necessidade de aprimoramento da metodologia do ônus bianual de 2% da receita de SMP da operadora.

362. Além das questões citadas, referentes à falta de clareza de critérios, constatou-se que há falhas no próprio conceito da fórmula e nos parâmetros que são levados em consideração, dado que não há a valoração econômica efetiva do ativo, conforme afirma a própria Anatel (peça 157, p. 3). Segundo a agência, o ônus de 2% possui racional similar à metodologia do Regulamento do Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência (PPDUR) (peça 149, p. 22), de modo que o detalhamento sobre as falhas de conceito e parâmetros das fórmulas de ambas as metodologias será descrito conjuntamente na próxima subseção.

363. Independentemente de se tratar de outorgas novas ou daquelas já vigentes antes da lei (desconsiderando-se a questão da legalidade de suas prorrogações abordada em capítulo anterior), entende-se que o novo contexto trazido pela Lei 13.879/2019 tornaria inadequada a aplicação da fórmula do ônus de 2% em um cenário em que é possível a realização de sucessivas prorrogações sem limite temporal e sem previsão de processo licitatório que promova competição e que ajuste naturalmente o valor cobrado pela autorização ao valor de mercado. A elaboração da referida metodologia ocorreu em um contexto legal (possibilidade de prorrogação apenas por uma única vez) e histórico muito diferente do atual. Ainda que tenha sido parcialmente aprimorada com o passar do tempo, o fato de a fórmula não ter sido efetivamente atualizada conforme o avanço tecnológico ao longo das décadas e de não levar em consideração parâmetros relevantes para assegurar a fidedignidade do valor mercadológico do uso da faixa (o que por si só já torna seu uso questionável) representa um risco ainda maior no cenário da Lei 13.879/2019. Explica-se.

364. A exclusão da atratividade econômica na conta pode impactar de forma negativa o setor e sua concorrência, pois outorgar e prorrogar sucessivamente em caráter exclusivo a uma operadora uma outorga com valor subestimado pode resultar em barreiras de entrada para outros prestadores e em uma situação de concorrência imperfeita, em que uma ou poucas empresas passam a ter influência dominante sobre os preços e condições do mercado. Tal situação pode ser ainda agravada se considerado que a Lei 13.879/2019 permitiu a revenda do espectro por essas operadoras no mercado secundário, de modo que as atuais operadoras passam a ter diretamente controle sobre o preço e a banda a ser ofertada para os demais atores do mercado. Assim, ao deixar de relicitar a faixa e optar por prorrogar a outorga, é essencial que a Anatel assegure um preço justo e de mercado a ser cobrado da operadora.

365. Registra-se que, para as outorgas anteriores à Lei 13.879/2019, além do prejuízo trazido pela limitação atrelada ao aspecto econômico da metodologia citado acima, a PFE opinou por haver também uma limitação jurídica, alegando que a cláusula do ônus e também o dispositivo que prevê a prorrogação por uma única vez pertencem a um mesmo regime jurídico estabelecido entre as partes pelo próprio termo de autorização e edital de licitação, não podendo ser modificado em respeito ao princípio da segurança jurídica. A procuradoria entende que, uma vez que, em cenário hipotético, estivesse sendo desconsiderada a cláusula que impede mais de uma prorrogação, estar-se-ia a criar um novo regime jurídico diferente daquele vinculado ao termo original e não seriam mais aplicáveis nenhuma das regras nele existentes e que foram elaboradas em condições e contexto distintos, incluindo a regra que estabelecia a forma de cálculo do ônus da prorrogação (peça 97).

5.3. FRAGILIDADES CONSTADAS NA METODOLOGIA PREVISTA NO REGULAMENTO DE PREÇO PÚBLICO PELO DIREITO DE USO DE RADIOFREQUÊNCIAS (PPDUR)

366. Desde 1998, a Anatel possui o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (RPPDUR) com o objetivo de disciplinar o pagamento pelo direito de uso de radiofrequência, sendo atualizado em 2004 e 2018, pela Resolução Anatel 695/2018. O art. 4º regulamento prevê metodologia de cálculo para o preço público da outorga, em si. Já o art. 7º prevê o valor da prorrogação da outorga, que seria resultado da multiplicação da receita da empresa com um

fator de proporcionalidade que visa ponderar a representatividade da faixa prorrogada com relação às demais faixas que a operadora detém.

367. A partir da fórmula de prorrogação do RPPDUR, constata-se a sua similaridade com a metodologia apresentada na subseção passada sobre o ônus bianual de 2% da receita da operadora cobrado pela prorrogação dos termos, dado que, em uma visão sumária, ambas estabelecem o pagamento de parte da Receita Operacional Líquida (ROL) da prestadora ponderada pelo percentual que a banda prorrogada representa no total de banda da prestadora. A principal diferença entre elas consiste no momento da medição e cobrança do valor da outorga prorrogada, já que o RPPDUR prevê a realização de um cálculo único a ser realizado no momento da prorrogação e estabelecido a partir da ROL auferida no ano anterior, e a metodologia dos termos vigentes prevê o pagamento bianual de 2% da ROL ao longo de quinze anos de vigência da autorização.

368. Nota-se que ambas as metodologias de cálculo de prorrogação (e a forma de cálculo do preço público pelo RPPDUR) desconsideram parâmetros que permitam estimar o valor de mercado da outorga, ou seja, a atratividade daquele investimento pelas operadoras que potencialmente tenham interesse em disputá-la. Tal opção pode ser mais bem compreendida quando se avalia o processo de elaboração do RPPDUR, sua contextualização e sua aplicação pela Anatel na prática.

369. Segundo a área técnica da Anatel ao revisar o RPPDUR em 2016, a metodologia do referido regulamento busca 'modular de maneira mais simples' o cálculo do preço cobrado pelo direito de uso de radiofrequências, de forma que os 'valores resultantes estão delimitados pelos custos administrativos' incorridos pela agência na gestão do espectro (peça 157, p. 3). O órgão regulador afirmou ainda que a metodologia expressa a 'atratividade técnica do uso da faixa' e ressalta que 'a fórmula proposta não visa calcular o valor econômico da faixa de radiofrequência ao ser outorgada'.

370. Registra-se, no entanto, que ao analisar a própria atuação da agência historicamente, nunca foi utilizada a fórmula de cálculo do art. 7º do RPPDUR para prorrogação de autorizações de radiofrequências em caráter primário voltadas para serviços de interesse coletivo (peça 112, p. 3).

371. Conforme exposto acima, o contexto histórico de atuação da Anatel mostra que o uso adequado da metodologia prevista no RPPDUR está relacionado ao tipo de frequência que se está outorgando ou prorrogando, sendo relevante o tipo de serviço (não sendo utilizado até hoje para serviços de interesse coletivo) e a exclusividade do uso (sendo utilizado historicamente apenas para as autorizações em caráter secundário). Assim, para faixas de frequência destinadas à prestação da telefonia móvel, um serviço de interesse coletivo que demanda faixas de alto valor no mercado e cessão em caráter primário, como é caso das bandas A e B, historicamente a agência adotou outras metodologias de cálculo do preço da outorga e de sua prorrogação, optando por não utilizar o RPPDUR, regulamento esse cuja metodologia não considera o nível de atratividade econômica que a faixa possui, conforme afirmado pela Anatel.

372. A atuação histórica da Anatel é condizente com o entendimento de que há riscos a serem considerados quando se opta pelo uso de metodologia de preço público que desconsidere o valor econômico de faixas valiosas e disputadas pelo mercado, ainda que tal preço seja posteriormente levado a um processo concorrencial como sendo o preço mínimo do certame.

373. O mesmo raciocínio se aplicaria à metodologia do ônus de 2%, dado que possui lógica semelhante ao do RPPDUR. Ainda que seja um cálculo questionável por desconsiderar parâmetros essenciais para se avaliar o valor econômico daquela outorga, uma precificação de prorrogação com base na receita da operadora já detentora da faixa poderia ser aceitável somente tendo em vista que se tratava de uma previsão editalícia condizente com o contexto à época, em que a recém criada agência regulatória ainda estava em processo de estruturação e construção de seus processos de trabalho. Nessas condições, entende-se que os impactos de possíveis distorções entre o valor estabelecido e o valor real de mercado daquela outorga seriam reduzidos pelo fato de que se tinha a certeza de que aquela frequência outorgada retornaria ao poder público em prazo certo e que seria

novamente licitada, garantindo novo processo concorrencial por ela e a possibilidade de novos entrantes no mercado.

374. Porém, o mesmo não ocorre no cenário atual. A mudança legal de possibilitar, para futuras outorgas, prorrogações sucessivas da autorização de uso de uma faixa (sem previsão de disponibilização daquela faixa novamente para o mercado) passa a demandar maior cautela e precisão no processo de valoração da outorga. Assim é imprescindível que a Anatel passe a calcular o ônus da prorrogação da outorga pelo seu real valor econômico, não apenas pelo valor da 'atratividade técnica' refletida no PPDUR (peça 157, p. 3), conforme exposto na subseção 5.1 anteriormente.

375. A preocupação com a adequada escolha da metodologia de cálculo de valores de outorgas pela Anatel se eleva quando observado que a própria agência reconhece que o uso do RPPDUR resulta em valores menores do que quando calculado o VPL do ativo, que indica o valor econômico da faixa (peça 157, p. 12). Destaca-se que a adoção, pela Anatel, de metodologia que reduz o valor das outorgas prorrogadas no âmbito da Lei 13.879/2019 é incompatível com a argumentação que a própria agência reguladora apresentou ao Congresso Nacional ao defender a aprovação do respectivo projeto de lei. Em cartilha ao Parlamento, a Anatel afirmou que 'a possibilidade de prorrogações sucessivas do direito de uso da radiofrequência e, também, de sua comercialização entre as operadoras (...) aumenta o valor das radiofrequências' e que 'essas inovações trazem mais previsibilidade e segurança para os investimentos em redes, o que se reflete nos preços dos leilões de radiofrequência' (peça 141, p. 5). Não seria coerente defender uma mudança legislativa sob a argumentação de que ela aumentará o valor das outorgas e, posteriormente, ao aplicar as mudanças da lei, tomar decisão regulatória a partir da nova lei, reduzindo significativamente o valor das radiofrequências.

376. Ressalta-se que, em uma simulação feita pela presente equipe de fiscalização considerando uma operadora existente e sua faixa de 700 MHz licitada em 2014, observou-se que o RPPDUR resulta em valores de preço público e de prorrogação com ordem de grandeza de dezenas de milhões de reais, sendo que o preço mínimo da licitação calculado pela Anatel à época utilizando o VPL teve ordem de grandeza de aproximadamente R\$ 2 bilhões. O preço final pago pela prestadora acabou sendo o mesmo preço mínimo bilionário estabelecido pela Anatel, já que havia lotes disponíveis para todas as operadoras que participaram do leilão. Os dados do ensaio apresentado indicam uma diferença significativa entre as metodologias de cálculo e mostra os riscos de subestimativa do valor do ativo atrelados ao RPPDUR.

377. Ao reconhecer que o regulamento reduz os preços, a agência alega que isso seria um ponto positivo, pois o preço mínimo de editais fica menor e atrai mais licitantes. Ocorre que ela deixa de levar em consideração que, mais do que a quantidade de participantes no certame, a busca pelo interesse público envolve uma concessão de ativos públicos ao setor privado pelo preço justo e compatível com o valor econômico de mercado. O objetivo deve ser aprimorar os dados e insumos exigidos pela metodologia para adequar os preços mínimos dos editais à realidade, e não descartar uma metodologia consolidada e robusta por ser mais complexa.

378. A preocupação com a escolha de metodologia justa e que considere o valor econômico da faixa se eleva ao ver-se que, mesmo diante da escolha do VPL pelo Conselho Diretor do órgão (Acórdão Anatel 510/2020), a área técnica afirma que 'considerando-se a própria experiência com o PPDUR, é de se registrar que a agência leve em consideração a perspectiva de alcançar uma fórmula objetiva, de rápida aplicação, que contribua para previsibilidade e estabilidade regulatória' (peça 127, p. 2). Ratifica-se que a busca pelo valor justo da outorga não pode ser prejudicada por razões de simplificação de processos de trabalho e economia processual.

379. Passa-se a pontuar, de forma sumária, as fragilidades identificadas nas fórmulas e cálculos contidos na metodologia do RPPDUR (e também na do ônus de 2%), se aplicada para

precificação de outorgas relevantes, como as autorizações de radiofrequências em caráter primário voltadas para serviços de interesse coletivo.

380. Primeiramente, observou-se que permanece a ausência de clareza na redação do RPPDUR quanto aos tipos de dados a serem considerados nos parâmetros que compõem as fórmulas de valoração das outorgas, conforme inúmeras contribuições de operadoras à CP 7/2017. Tal situação pode gerar insegurança jurídica na aplicação do regulamento e sucessivos questionamentos administrativos e judiciais pelas prestadoras, assim como ocorreu inúmeras vezes com as cláusulas dos termos de autorização que previam um ônus de 2% da receita das empresas.

381. Também foram constatadas fragilidades resultantes da própria metodologia, se aplicada à precificação de frequências usadas para serviços de interesse coletivo e com valor de mercado. Como já mencionado, a mais relevante delas é que ambas as fórmulas do RPPDUR (e também a metodologia do ônus de 2% dos termos passados) deixam de considerar aspectos essenciais para se obter o valor justo e de mercado da faixa, como investimentos, demandas, receitas e custos operacionais, entre outros parâmetros que avaliam a atratividade econômica. Nessa linha, ao contrário do que alega a Anatel (peça 127, p. 2), o uso apenas dos critérios de largura de banda e receita da operadora no ano anterior deixa de considerar o potencial valor econômico do uso daquela faixa com tecnologias inovadoras e rentáveis, já previstas em um futuro próximo, algo que seria considerado em um fluxo de caixa (VPL). Se uma faixa atualmente utilizada para tecnologia em 2G é prorrogada com base nessa receita, com a chegada em breve do 5G, aquela faixa poderá gerar mais receita para a prestadora sem que isso esteja compatível com o valor da outorga de prorrogação.

382. Especificamente sobre a fórmula de prorrogação, tanto nas regras do ônus de 2%, quanto no RPPDUR observou-se que, por se basear apenas na receita da empresa, há o risco de se incentivarem empresas com baixo uso da faixa, como aquelas que tenham pequena receita ou que até não possuem receita alguma, com seria o caso de entidades que adquirem a faixa, mas, em algumas regiões, não a utilizam por decisões empresariais e estratégias de proteção de mercado contra concorrentes. Não há lógica em se cobrar menos de uma prestadora que obteve menos receitas do que de outra que obteve mais, dado que a faixa ficou disponível exclusivamente a ambas e que cabem às prestadoras assumir os riscos de negócios, sendo exigido tratamento isonômico por parte do poder público. A precificação deve considerar o potencial comercial da faixa, e não a forma de seu uso pela atual operadora autorizada a utilizá-la.

383. Soma-se a isso o fato de que as fórmulas de prorrogação (do ônus de 2% e do PPDUR) se baseiam em uma lógica frágil de que a distorção do valor de prorrogação de uma faixa da operadora será compensada no valor da prorrogação das demais faixas, de modo que o valor correto global será atingido plenamente quando a operadora tiver prorrogado todas as suas frequências (peça 149, p. 18). Isso significa que, caso a operadora opte por não renovar uma faixa específica, pode haver desequilíbrio entre o valor pago pelas faixas prorrogadas e o valor que deveria ter sido cobrado.

384. Além das fragilidades apresentadas, verificou-se que as metodologias em análise ponderam o valor da outorga apenas pela quantidade de banda que a operadora possui e não levam em conta que, tecnicamente e economicamente, as faixas possuem valores distintos, de modo que uma mesma quantidade de banda em uma frequência pode valer milhares de vezes mais do que a mesma banda em outra frequência. Assim, pelo PPDUR, pode-se cobrar indevidamente muito mais por uma outorga cuja frequência não tem tanto valor de mercado, apenas devido à grande quantidade de banda cedida, do que por uma pequena banda em uma frequência muito mais valiosa no mercado. A título de exemplo, no leilão do 5G a ser conduzido em breve pela Anatel, o edital colocado em consulta pública prevê a outorga de 2 GHz de banda na frequência entre 24 a 26 GHz, ou seja, uma enorme quantidade de banda, mas em uma faixa com pouco uso e incerto retorno financeiro, e prevê a outorga de 400 MHz de banda (quantidade cinco vezes menor) na faixa de frequência de 3,5GHz, considerada extremamente valiosa e disputada devido às suas especificações técnicas e eficiência econômica para as operadoras. Se aplicadas as metodologias analisadas, as fórmulas não

conseguiriam captar as discrepâncias entre as faixas descritas do leilão do 5G, distorcendo-se o valor das outorgas a serem cobradas.

385. *Em uma visão geral do disposto anteriormente nas subseções 5.2 e 5.3, observa-se que foram apontadas diversas fragilidades em uma possível adoção de metodologias como o ônus de 2% e o RPPDUR, se considerado o contexto de prorrogações sucessivas trazido pela Lei 13.879/2019. Em suma, tais fragilidades poderiam implicar em riscos como: a) dano bilionário ao Erário, visto que o uso de tais metodologias resulta em valores de outorga significativamente menores do que quando calculado o VPL do ativo (valor econômico da faixa); b) prejuízo às políticas públicas de inclusão digital (valores subestimados de outorga resultam em menores obrigações de investimento na rede e de prestação de serviço a regiões carentes); c) impactos negativos no setor e sua concorrência, podendo resultar em barreiras de entrada para outros prestadores e em uma situação de concorrência imperfeita, em que uma ou poucas empresas passam a ter influência dominante sobre os preços e condições do mercado; d) insegurança jurídica diante de conflitos em esfera administrativa e judicial sobre a falta de clareza ou divergências quanto aos dados a serem considerados no cálculo; e) incentivo indevido a empresas com baixo uso da faixa, como as que não a utilizam por estratégias de proteção de mercado contra concorrentes, por pagarem valor menor de outorga; e f) desequilíbrio indevido do valor pago entre as diferentes faixas, desconsiderando-se que tecnicamente e economicamente elas possuem valores distintos, entre outros.*

Causas

386. *No caso concreto, viu-se que a decisão da Anatel está em harmonia com a jurisprudência do TCU e a doutrina e princípios que regem a avaliação do valor econômico de ativos públicos outorgados ao setor privado, não tendo sido constatado achado negativo e, naturalmente, nem fator ou evento que o tenha causado.*

Efeitos e riscos decorrentes da manutenção da situação encontrada

387. *Constatou-se que o Acórdão 510/2020 da Anatel, no que tange à forma de cálculo das prorrogações de outorgas após a Lei 13.879/2019, consiste em uma boa prática e que, por isso, seria benéfico que fosse replicada nos demais casos. Os riscos que foram identificados estão atrelados justamente a possíveis mudanças na diretriz de cálculo adotada no Acórdão Anatel 510/2020, que resultou na boa prática constatada no presente relatório.*

Conclusão

388. *Viu-se a importância de se calcular corretamente o valor de prorrogação das outorgas de uso de radiofrequência, visto que se trata da gestão de ativos públicos que, somando-se os leilões realizados desde 1997 até 2019, representam montante de cerca de R\$ 85 bilhões para a União, em valores atualizados (peça 116, p. 5), e que viabilizam investimentos em escala ainda maior para o país. Diante disso e do novo contexto trazido pela Lei 13.879/2019, avaliou-se a tratativa dada pela Anatel sobre o assunto e se a sua escolha de metodologia de cálculo dos valores devidos das outorgas é consistente e assegura a aderência à legalidade, à economicidade e ao valor econômico do ativo.*

389. *No caso concreto da prorrogação das bandas A e B, além de estar compatível com a posição jurídica da PFE, a decisão da Anatel no Acórdão Anatel 510/2020 está em harmonia com a jurisprudência do TCU e a doutrina e princípios que regem a avaliação do valor econômico de ativos públicos outorgados ao setor privado, não sendo necessárias propostas de encaminhamentos sobre esse ponto e estando evidente que a atuação da agência foi positiva e indica uma boa prática do órgão.*

390. *Esperam-se, como benefícios da presente análise, a transparência das ações e normativos da Anatel, mapeando-se riscos de se haver possíveis distorções entre o valor estabelecido e o valor real de mercado da outorga e assegurando um preço público justo e de mercado a ser cobrado da operadora, conforme princípios da isonomia, impessoalidade, segurança jurídica, economicidade e*

conforme jurisprudência do TCU e doutrina e princípios que regem a avaliação do valor econômico de ativos públicos outorgados ao setor privado.

6. ANÁLISE DOS COMENTÁRIOS DOS GESTORES

391. Nos termos do item 145 das Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União (NAT), aprovadas pela Portaria-TCU 280/2010, e do item 520 do Manual de Auditoria Operacional, aprovado pela Portaria Segecex 18/2020, a versão preliminar deste relatório (peça 192) foi enviada à Anatel (peças 196 e 198), com a finalidade de obter os comentários dos gestores acerca do teor das constatações efetuadas no presente trabalho. Registre-se que também foi feita oitiva ao órgão (peça 195 e 197) para que se manifestasse sobre a ilegalidade discutida no capítulo 3, sendo que as alegações trazidas pela Anatel já foram incluídas no respectivo capítulo. Assim, os demais pontos abordados pela Anatel na sua resposta de comentários dos gestores (peças 199 a 220) serão apresentados e avaliados a seguir.

392. O primeiro ponto abordado pela Anatel em seus comentários trata da possível anulação do item 'a' do Acórdão Anatel 510/2020, que estabelece a aplicação da prorrogação sucessiva definida na Lei 13.879/2019 às outorgas anteriores à publicação da referida lei. A referida possibilidade de anulação está relacionada com a ilegalidade discutida no capítulo 3 do relatório. Conforme apontado no parágrafo anterior, um maior detalhamento sobre os argumentos da Anatel e sobre a posição da unidade técnica do TCU sobre a irregularidade pode ser encontrado naquele capítulo, no entanto, deve-se tecer algumas ponderações sobre os comentários apresentados pela agência quanto à anulação, em si, do ato da agência.

393. A Anatel analisou o tema por meio de considerações sobre as possíveis alternativas a serem adotadas com as autorizações das bandas A e B que vencerão até 2028 caso ocorra a anulação do item 'a' do Acórdão Anatel 510/2020. Observa-se que os comentários do órgão remetem aos informes técnicos da Anatel 91/2019/PRRE/SPR e 105/2020/PRRE/SPR (peças 176 e 55, respectivamente), documentos esses que já haviam sido analisados no capítulo 3, especificamente na subseção que trata dos efeitos e riscos decorrentes da conclusão pela impossibilidade de prorrogação das outorgas anteriores à Lei 13.879/2019, deste relatório e de sua versão preliminar (enviada anteriormente para comentários dos gestores).

394. Em sua argumentação, a Anatel reiterou que a prorrogação dos termos em caráter primário seria a melhor alternativa e reafirmou que 'as autorizações em caráter secundário não conferem ao detentor da outorga a mesma estabilidade para o desenvolvimento dos serviços, o que muitas vezes se reflete em menores investimentos e em restrições ao desenvolvimento das redes' e que se amplia o risco de interferências (peça 200, p. 6). Resta claro que não se identificam novos dados técnicos ou argumentos distintos dos que já haviam sido analisados no capítulo 3 deste relatório e nem novas explicações que pudessem elidir a irregularidade constatada e tornar desnecessária a anulação do ato em discussão. Rememora-se que a alternativa de se prorrogar em caráter secundário foi proposta pela própria área técnica da Anatel em momento posterior à Lei 13.879/2019, conforme citado no capítulo em discussão.

395. A Anatel citou ainda que 'outorgas em caráter secundário implicam valores de preço público que não viabilizam compromissos de investimentos, limitando-se a cobrir custos administrativos da agência' e que haveria prejuízos à possibilidade de implementação de metas da política pública setorial (peça 200, p. 6). Conforme análise amplamente trazida pelo presente relatório, ainda que possa haver impactos oriundos da proposta de que sejam adotadas providências para anular o ato da Anatel que prorrogou, em caráter primário, autorizações cujos contratos não previam tal prorrogação, tal proposta visa corrigir ilegalidade patente e busca uma atuação do poder público compatível com o ordenamento jurídico, mitigando significativos riscos de insegurança jurídica aos contratos do setor de telecomunicações e também aos demais setores de infraestrutura. Além disso, viu-se que a anulação não resultaria na inviabilidade de se dar continuidade aos serviços e de se atender ao interesse público, dados que há soluções alternativas que foram inclusive

escolhidas pela própria Anatel antes da publicação do Decreto 10.204/2020 (peça 176), conforme explanado no capítulo 3 do relatório.

396. Outra questão que foi objeto de comentários da agência se refere à proposta de recomendação quanto à necessidade de se estabelecer, no arcabouço normativo da agência, critérios objetivos que sirvam como diretriz para avaliar o efetivo cumprimento de obrigações e não cometimento de infrações reiteradas pela operadora solicitante da prorrogação. Em sua resposta, a Anatel afirmou que as avaliações do tema são feitas caso a caso, ou seja, cada pedido de prorrogação é analisado da forma como a agência achar mais oportuno, e buscou evidenciar isso citando dois casos da agência em que os tipos de análise foram distintos (peça 200, p. 7). Afirmou ainda que 'a agência está buscando constantemente aprimorar os critérios que balizam as avaliações' e que 'é importante que os parâmetros de referência objetivos não tenham o condão de engessar a aplicação da norma aos casos concretos'.

397. É possível observar os comentários da Anatel reforçam o entendimento exposto na subseção 4.3 do presente relatório de que não há diretrizes gerais e nem normativas da agência que deixem claro, de forma objetiva, como devem ser feitas as análises quanto ao cumprimento de obrigações e não cometimento de infrações reiteradas pela operadora solicitante da prorrogação. Assim, permanecem os riscos mapeados pelo relatório e que motivaram propostas de encaminhamento, não se identificando novos argumentos pela Anatel que evidenciem que tais fragilidades tenham sido mitigadas. Destaca-se que o risco de se 'engessar' a aplicação da norma, como citado pela Anatel, deve ser considerado e devidamente tratado pela agência ao definir seus processos de trabalho, mas não deve servir como motivação para não se elaborar nenhuma diretriz e nenhum critério objetivo que pudesse nortear as decisões da agência de forma isonômica.

398. Um ponto objeto de comentários da Anatel diz respeito ao apontamento do relatório preliminar sobre a necessidade de se definir critérios para avaliar os aspectos concorrenciais dos pedidos de prorrogação de outorgas. A agência afirmou que a sua lógica para o tratamento de questões concorrenciais é adotar uma regulamentação que se mostre transversal em relação a todos os assuntos sob competência do órgão e citou atuação orientada pelo Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) (peça 200, p. 9).

399. Conforme dados públicos da Anatel, a atual regulamentação citada (Resolução Anatel 600/2012, alterada pela Resolução Anatel 694/2018) e o PGMC consistem em uma 'estrutura de regulação baseada em medidas assimétricas de forma a mitigar a possibilidade de exercício de poder de mercado por parte de grupo com Poder de Mercado Significativo (PMS)' e considera 'seu grau de competição em áreas geográficas categorizadas' (acessado em 27/1/2021 e disponível em <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/competicao/mercados-de-atacado>). A estrutura considera:

a) para cada área geográfica: o grau de competição; potencial de demanda; disponibilidade de fibra óptica; e densidade do serviço;

b) a categorização de cada município segundo grau de competição, podendo ser: competitivos; potencialmente competitivos; pouco competitivos; e não competitivos;

c) o tipo de medida regulatória aplicável, sendo possíveis as seguintes medidas: transparência; transparência com controle de preços; designação de grupos com PMS segundo as dimensões produto (mercado de atacado) e geográfica (granularidade – municipal, região/área de registro).

400. Resta claro que a estrutura está voltada para análise dos impactos concorrenciais atrelados a pontos de prestação dos serviços no mercado local e na região geográfica analisada, assim como havia já sido mapeado na subseção 4.4 do presente relatório. Isso significa que, na metodologia citada pela Anatel, são analisados apenas aspectos concorrenciais referentes a mudanças no mercado atual das localidades e consideram-se apenas as características da região a ser atendida e se a operadora possui poder significativo de mercado, ou seja, se tem alta participação de mercado. Não há qualquer menção normativa nem diretriz que vise tratar dos riscos ao mercado

resultantes de possíveis desequilíbrios na distribuição do espectro de frequência entre as atuais operadoras atuantes no Brasil e resultantes de barreiras de entradas para novas operadoras, podendo prejudicar a livre concorrência.

401. *Assim, conforme discutido no capítulo 4.4, constata-se novamente que não há nenhuma previsão regulamentar que busque uma análise concorrencial mais abrangente, de modo a avaliar se a opção em manter certa faixa de frequência sob o uso em caráter primário por determinada operadora traz mais benefícios do que levar novamente ao mercado a possibilidade de aquisição daquela faixa ou do que a redistribuir a um mercado específico e com objetivo estratégico definido.*

402. *Embora a agência defenda uma atuação transversal, verifica-se que a sua resposta não trouxe dados nem informações que não tenham sido englobadas na análise contida na subseção 4.4 do relatório. Ressalta-se que também não prospera o argumento da agência de que, no momento da prorrogação, a avaliação sobre o uso do espectro e se ele está sendo racional e adequado ajudará a mitigar riscos a competição por meio de compromissos específicos. Isso porque o uso adequado, ou não, por uma operadora não tem relação com a fragilidade tratada no presente relatório, que consiste em possível desequilíbrio na distribuição do espectro e no macro cenário concorrencial existente no país. Independentemente de uma operadora estar usando de modo eficiente o seu espectro, a prorrogação de autorizações sem a correta análise concorrencial pode implicar uma concentração indevida de frequências, a criação de barreiras de entrada, bem como desequilíbrios na competição do setor.*

403. *Houve propostas preliminares de encaminhamento referentes à necessidade de atualização dos normativos da Anatel quanto ao entendimento de que é possível prorrogar sucessivamente novas autorizações e quanto à inclusão, nas normas que regulamentam o uso eficiente do espectro, de aspectos referentes à eficiência econômica, social e competitiva. Também foi proposto dar ciência à Anatel sobre o fato de que a alteração das condições contratuais ou técnicas estabelecidas em licitação dos termos de autorização de uso de radiofrequências requer processos licitatórios prévios. Sobre os três temas, observa-se que as ponderações da Anatel não trazem argumentos que visem desconstituir as propostas de encaminhamento (peça 200, p. 9 a 11), mas somente destacar pontos como a importância de atualização da regulamentação e que ela deve ser feita com cautela.*

404. *As análises do capítulo 5 deste relatório não resultaram em propostas de encaminhamento à Anatel, dado que, no caso concreto observado (Acórdão Anatel 510/2020), o órgão atuou em harmonia com a jurisprudência do TCU e a doutrina e princípios que regem a avaliação do valor econômico de ativos públicos outorgados ao setor privado. No entanto, a Anatel optou por apresentar comentários com relação às análises apresentadas pelo Tribunal no referido capítulo e, por isso, suas ponderações serão analisadas a seguir.*

405. *Em suma, os argumentos da agência se concentram na tese de que ‘o valor a ser definido como preço mínimo pelo espectro não deve ser necessariamente o seu valor econômico, pois o próprio preço é um critério de regulação’ (peça 200, p. 12 a 17). Foi citado que ‘quanto mais alto o valor despendido pelo espectro, menor é a margem de investimentos livres das prestadoras ou menor é a margem para apresentarem melhores ofertas para os usuários dos serviços’ e que ‘não há definição em lei de qual metodologia deve ser utilizada pelo regulador’.*

406. *Observa-se que não se trata de tese e nem de argumentos inovadores. Ao contrário do que defende a Anatel em seus comentários, uma possível desconsideração do valor econômico da outorga no momento de sua cessão a uma operadora é exatamente a fragilidade que é amplamente abordada e apontada como risco no capítulo 5 do presente relatório. Viu-se que uma suposta opção por se desprezar o valor econômico seria uma prática que não condiz com a atuação histórica da Anatel e, mais que isso, não seria compatível com a vasta jurisprudência do TCU sobre o tema (incluindo decisões que se referem a diversos setores de infraestrutura que envolvem desestatizações), com o ordenamento jurídico, com a doutrina e princípios que regem a avaliação do valor econômico de*

ativos públicos outorgados ao setor privado, e nem com o posicionamento expressados por atores como a Procuradoria Especializada da AGU que atua junto à Anatel (PFE), a OCDE e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados.

407. Ressalta-se novamente que, para o presente relatório de fiscalização, é indiferente se o valor a ser obtido pela outorga é alto ou baixo desde que a metodologia utilizada esteja condizente com o ordenamento jurídico e que o valor do ativo corresponda ao seu valor real e justo. Careceria de justificativa uma decisão de se adotar metodologia específica somente com base no fato de ela reduzir o ‘valor despendido pelo espectro’ para assegurar maior ‘margem de investimentos livres das prestadoras’, como citou a Anatel. Como foi exposto no capítulo 5, deve ser buscado o valor real do ativo a ser outorgado e deve-se ter em mente que, independentemente do valor do preço público, há previsão legal de que ele possa ser convertido em investimentos. Trata-se de algo destacado inclusive pela agência na análise que resultou no Acórdão Anatel 673/2020 (decisão sobre o recurso ao Acórdão Anatel 510/2020), em que foram apontados benefícios da metodologia de VPL e sua consolidação na doutrina e jurisprudência.

408. Outro ponto a ser destacado é que, no capítulo 5 do presente relatório, não está sendo sugerida a metodologia de precificação que deve ser utilizada pela Anatel, decisão essa que cabe somente à agência em seu papel regulatório. Aponta-se, sim, que a metodologia a ser escolhida deve respeitar as premissas previstas no ordenamento jurídico, como a consideração do valor econômico do ativo, por exemplo, o que pode ser obtido por diversas metodologias existentes e consagradas pela doutrina e pela bibliografia especializada.

409. Diante do exposto, observa-se que, sem apresentar fatos técnicos e nem novos dados que possam trazer luz à questão tratada no capítulo 5, a Anatel apenas retomou argumentação já analisada na referida seção deste relatório, não sendo cabível alteração nas análises já expostas.

7. CONCLUSÃO

410. As radiofrequências são a infraestrutura de rede do setor de telecomunicações para os serviços sem fio, sendo um bem público escasso, de alto valor econômico (bilhões de reais) e insumo indispensável e insubstituível para a prestação de vários serviços, como a telefonia móvel, e configurando, do ponto de vista econômico, uma barreira de entrada de novos competidores nesse mercado. O art. 157 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei 9.472/1997, estabelece que o espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Anatel.

411. Para a prestação de qualquer serviço de telecomunicações que use frequência é necessária outorga concedida pela Anatel por intermédio de autorização de uso, nos termos dos arts. 163 e 164 da LGT. Embora seja empregado o termo ‘autorização’, esse instituto jurídico difere substancialmente da ‘autorização de serviços e de uso de bens públicos’ existente no Direito Administrativo, uma vez que os arts. 131 e 163 da LGT preveem que as autorizações são atos vinculados, enquanto o conceito tradicional de autorização é caracterizado pela precariedade e pela discricionariedade administrativa. No caso das autorizações de prestação do serviço ou de uso de frequência que derivam de procedimento licitatório, a Anatel também assina, juntamente com cada licitante vencedora, um termo de autorização de prestação do serviço ou de uso de frequência, com estrutura e cláusulas típicas de um contrato administrativo.

412. Deste modo, os termos de autorização de uso de frequência firmados entre as operadoras e a Anatel após devido processo licitatório são: contratos administrativos; com bilateralidade; com prazo de vigência determinado; de utilização obrigatória de bem público escasso, sob pena de perda da autorização; e sempre associados a uma concessão, permissão ou autorização para prestação do serviço público de telecomunicações, seja no regime público ou privado. Verifica-se que, consoante disposto na jurisprudência do TCU, as autorizações de uso de frequência previstas no art. 163 da LGT e derivadas de licitação constituem um instituto jurídico mais próximo do conceito de concessão de serviço público do que do conceito de autorização do uso privado de bem público, uma vez que essa

última é precária, unilateral, discricionária, de uso facultativo e visa atender ao interesse privado do utente e não à utilidade pública (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 866).

413. Destaca-se que as licitações de frequência realizadas desde 1997 já resultaram em montante atualizado arrecadado de aproximadamente R\$ 85 bilhões. Em sua redação original, o art. 167 da LGT limitava a prorrogação das outorgas a uma única vez e essa regra constou de todos os editais de licitação e termos de autorização firmados entre 1997 e 2019. Nesse regime, existem dezenas de termos de autorização de radiofrequência assinados, sendo, ao menos, 39 termos para as bandas A e B, que vencem entre 2020 e 2028.

414. A Lei 13.879/2019 alterou o referido artigo da LGT e passou a se permitir prorrogações sucessivas das autorizações de radiofrequência. No entanto, não há menção a qualquer possibilidade da aplicação dessa prorrogação sucessiva às outorgas que já estavam vigentes à época da publicação da referida lei. Por isso, durante a tramitação do projeto de lei e mesmo após a sanção da lei, houve diversos questionamentos acerca da legalidade dessa possível aplicação retroativa da prorrogação sucessiva aos contratos vigentes. Constatam-se também questionamentos acerca dos valores que serão cobrados das autorizatárias a título de prorrogação.

415. Assim, o presente relatório teve como objetivo examinar se a atuação da Anatel quanto à decisão sobre nova prorrogação das outorgas de uso de radiofrequências conferidas no período anterior à Lei 13.879/2019 está alinhada com o ordenamento jurídico (1ª questão de auditoria) e analisar se a metodologia adotada pela Anatel para a definição e o cálculo dos valores de prorrogações é consistente e assegura a aderência à legalidade, à economicidade e ao valor econômico do ativo (2ª questão de auditoria). Foram analisados os regulamentos e processos de trabalho gerais da Anatel sobre o tema e também as decisões sobre o atual caso concreto em andamento na agência, em que o Conselho Diretor aprovou, em 30/9/2020 (Acórdão Anatel 510/2020), a segunda prorrogação em caráter primário das bandas A e B até 2028, que foram outorgadas e licitadas com a previsão de uma única prorrogação, alegando como fundamento a alteração realizada pela Lei 13.879/2019 no art. 167, **caput**, da LGT e o art. 12, **caput**, do Decreto 10.402/2020.

416. Foram apresentados achados e análises que demonstram que a aplicação de prorrogações sucessivas nos termos de autorização outorgados antes da Lei 13.879/2019 afronta a cláusula 2.1 dos termos de autorizações vigentes, que são contratos administrativos, e as cláusulas que definiram o objeto das licitações de frequência realizadas de 1997 a 2019, bem como as normas jurídicas da legalidade, do dever de licitação, de vinculação ao instrumento convocatório, do **pacta sunt servanda**, da impessoalidade, da isonomia e, em especial, da segurança jurídica, previstos nos arts. 5º, inciso XXXVI, 37, **caput** e inciso XXI, e 175, **caput**, da Constituição Federal de 1998, nos arts. 38, 89, **caput** e inciso VII, e 164, inciso I, da Lei Geral das Telecomunicações (LGT), Lei 9.472/1997, e no art. 2º, **caput** e inciso XIII, da Lei do Processo Administrativo, Lei 9.784/1999, além da jurisprudência do STF, a exemplo de ADI 5.991/DF, e da jurisprudência do TCU, a exemplo da Decisão 402/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

417. Ressalte-se que a nova redação da LGT, dada pela Lei 13.879/2019, não tratou em nenhum momento de qualquer regra da transição para as outorgas vigentes, mesmo com toda a discussão jurídica sobre o tema que aconteceu durante a tramitação do projeto de lei pelas duas Casas Legislativas. Essa omissão relevante já seria suficiente para caracterizar a falta de substrato legal para que tais prorrogações sucessivas sejam estendidas às atuais outorgas, sob pena de violar o princípio constitucional da legalidade, ao permitir que a Anatel crie situações jurídicas não amparadas na lei, e de afrontar ao princípio da impessoalidade, ao configurar um tratamento mais benéfico às prestadoras que detêm outorgas vigentes, em detrimento das demais prestadoras de

serviços de telecomunicações e dos demais agentes privados que poderiam adquirir tais frequências em uma nova licitação.

418. *Além de todo o exposto, a aplicação da prorrogação sucessiva às outorgas vigentes ainda viola outros princípios legais e constitucionais, uma vez que esses termos de autorização foram firmados após disputa em certame licitatório. Ressalte-se que, conforme arts. 37, inciso XXI, e 175, caput, da CF 1988, a licitação é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, seja para a Administração Pública firmar concessões e permissões de serviços públicos, seja para dispor de bens públicos que valem bilhões de reais como as frequências, que não podem ser utilizadas por diversas empresas ao mesmo tempo e que são essenciais para a prestação do serviço público de telecomunicações, tanto em regime privado como em regime público.*

419. *Permitir uma nova prorrogação ordinária nas outorgas anteriores à 2019, na ausência de autorização legal expressa, significaria garantir aos atuais detentores dessas outorgas algo que não foi precificado na licitação, bem como representaria uma desconfiguração do que foi efetivamente licitado, afrontando o princípio da obrigatoriedade de licitação e da vinculação ao instrumento convocatório. Ao tempo de cada licitação de frequência, os agentes privados avaliaram e precificaram essa prorrogação única dos termos de autorização, que era a regra vigente desde a década de 1990 até 2019, para decidir se participariam da licitação e para definir quais valores estariam dispostos a pagar por essas outorgas. Do mesmo modo, ao longo da vigência dos respectivos termos, as operadoras também agiram e se planejaram com base nessa premissa de que não haveria uma segunda prorrogação.*

420. *Recorda-se que, consoante relatório da OCDE publicado em 26/10/2020, na maioria dos países membros as licenças de frequência duram cerca de 20 anos e ‘muitos países da OCDE optam por leiloar diretamente o espectro em vez de renovar as licenças, especialmente quando outros atores no mercado têm interesse na banda’ (peça 186, p. 166). Mesmo no Reino Unido, onde existe a figura das ‘licenças por tempo indeterminado’, após os vinte anos iniciais da licença a agência ‘reguladora (Ofcom) pode revogar qualquer licença por razões de gestão do espectro, com um aviso de cinco anos’ (peça 186, p. 69, 167). Constata-se, pois, que a prática usual no mercado internacional de telecomunicações, sobretudo no europeu, é que as frequências sejam relicitadas após o término da duração original das respectivas outorgas, especialmente se houverem outras empresas interessadas.*

421. *Além disso, tal possibilidade de prorrogação sucessiva para as outorgas vigentes representaria institucionalizar a insegurança jurídica, abrindo margem para outras alterações substanciais das outorgas de frequências a qualquer tempo, tanto em detrimento do interesse público, quanto em prejuízo das autorizatárias e dos usuários desse serviço de telecomunicações.*

422. *Há, ainda, um risco de um efeito transversal, no sentido de que essa aplicação retroativa da possibilidade de prorrogação de termos de autorização que foram licitados torne-se um precedente de violação da segurança jurídica a ser empregado em outras situações, tanto no setor de telecomunicações, como em qualquer outro setor em que haja concessões de serviços públicos, em âmbito federal, estadual, distrital ou municipal, em detrimento do interesse público. Exemplo desse impacto que decisões setoriais em telecomunicações causam em outros setores encontra-se no âmbito do TC 030.098/2017-3, no qual artigos da LGT foram trazidos para justificar a prorrogação de arrendamentos portuários.*

423. *Ressalte-se que não há como se falar na possibilidade de um decreto ampliar o texto de uma lei ao ponto de constituir novas situações jurídicas retroativas que não foram previstas expressamente em lei, consoante abordado na seção 2.3 do presente relatório. É exigida a legalidade estrita para que haja retroatividade, em especial, em contratos administrativos como os termos de autorização de frequência, que são similares a um contrato de concessão. Entender o contrário significaria permitir que alterações significativas em contratos de concessões e instrumentos análogos, como as autorizações de frequência, fossem realizadas por meio de decretos, sem a participação do Legislativo.*

424. Cabe ressaltar que, ao contrário do que ocorre em concessões de serviços públicos, não há bens reversíveis a serem devolvidos ao final do prazo de vigência dos termos de autorização de frequência. Assim, todos os investimentos feitos pelas operadoras em telefonia móvel continuam em seu patrimônio mesmo após a devolução das frequências. Além disso, os equipamentos atuais utilizados nas redes de telecomunicações permitem o emprego de diversas frequências ao mesmo tempo, justamente para garantir maior eficiência no uso desses recursos.

425. Deste modo, ao contrário da alegação de que a aplicação retroativa das prorrogações sucessivas se faz necessária para destravar investimentos, verifica-se que não há evidências de que os investimentos em telefonia móvel estejam diminuindo pela proximidade do término das autorizações de frequência.

426. Mesmo que existisse interesse público na eventual prorrogação sucessiva das outorgas vigentes, não há como se afastar a flagrante ilegalidade dessa prorrogação. Não obstante, a necessidade apontada pela Anatel de realização de **refarming** nas bandas A e B é evidência da existência de interesse público na não prorrogação dessas outorgas, para possibilitar essa reorganização de blocos de frequência. Além disso, caso as respectivas outorgas sejam prorrogadas e o **refarming** seja feito entre as próprias detentoras de outorga, como sugerido pelas operadoras e não rechaçado na decisão da Anatel, essa reorganização de blocos de frequência que o **refarming** exigirá poderá resultar na alteração do objeto dos termos de autorização, violando o dever de licitação previsto no art. 164 da LGT.

427. No que tange à jurisprudência do STF, somente são admitidas prorrogações de contratos administrativos, em especial os contratos de concessão de serviço público, se: os contratos foram anteriormente licitados e estavam vigentes; havia previsão de prorrogação em tais contratos e respectivos editais; não haveria mudança do objeto dos contratos com a prorrogação; havia previsão de análise de vantajosidade por parte do Poder Concedente para embasar a decisão, que não seria automática, por prorrogar ou não esses contratos. Entretanto, as prorrogações sucessivas inseridas na LGT não estavam previstas nos respectivos editais e termos de autorização das outorgas de frequência vigentes, representando, à luz da jurisprudência do STF, uma ofensa aos princípios constitucionais da licitação e da vinculação ao instrumento convocatório.

428. Sobre a jurisprudência do TCU, cabe ressaltar que, desde as Decisões 320/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bento Bugarin, e 402/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Valmir Campelo, tanto as autorizações de prestação de serviços de telecomunicações, como as autorizações de uso de frequência que sejam precedidas de licitação devem ser submetidas ao mesmo rito de análise de concessões por parte da Corte de Contas previsto na Instrução Normativa (IN) TCU 27/1998. Essa previsão também consta do art. 7º da IN-TCU 81/2018, que substituiu esse normativo de 1998. Deste modo, há duas décadas o Tribunal entende que os termos de autorização de radiofrequência possuem natureza jurídica semelhante a contratos de concessão.

429. Além disso, em diversas outras decisões sobre prorrogações de contratos em outros setores de infraestrutura, o Plenário do TCU manifestou-se no sentido de não admitir prorrogações que não estavam previstas nos próprios contratos, nos editais de licitação e em lei, bem como entendeu que a aplicação de nova hipótese de prorrogação aos contratos vigentes é juridicamente impossível, uma vez que viola cláusulas contratuais e editalícias, além de princípios constitucionais e legais como o dever de licitar, isonomia, impessoalidade e vinculação ao instrumento convocatório.

430. Assim, verifica-se que o caso da prorrogação das outorgas vigentes de frequência discutida nos presentes autos se assemelha ao caso das prorrogações com base no decreto do setor portuário, consideradas ilegais pelo Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, pois há uma tentativa de prorrogar contratos vigentes sem que haja expressa previsão legal, editalícia e contratual, ao contrário do que ocorreu com as prorrogações antecipadas do setor ferroviário, que foram baseadas na Lei 13.448/2017 e possuíam previsão contratual e editalícia, tendo sido consideradas legais e constitucionais pelo STF e pelo TCU em diversos acórdãos, a exemplo dos

Acórdãos 2.876/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Augusto Nardes, e 1.946/2020-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas.

431. *Portanto, conclui-se que a decisão da Anatel em aplicar para todas as outorgas vigentes a prorrogação sucessiva adicional, sem previsão contratual, em caráter primário, inserida no art. 167, caput, da LGT pela Lei 13.879/2019 fere a cláusula 2.1 dos termos de autorizações vigentes, que são contratos administrativos, e as cláusulas que definiram o objeto das licitações de frequência realizadas de 1997 a 2019, bem como as normas do ordenamento jurídico (em especial os princípios da legalidade, do dever de licitação, de vinculação ao instrumento convocatório, do **pacta sunt servanda**, da impessoalidade, da isonomia e, em especial, da segurança jurídica, previstos nos arts. 5º, inciso XXXVI, 37, **caput** e inciso XXI, e 175, **caput**, da Constituição Federal de 1998, nos arts. 38, 89, **caput** e inciso VII, e 164, inciso I, da Lei Geral das Telecomunicações (LGT), Lei 9.472/1997, e no art. 2º, **caput** e inciso XIII, da Lei do Processo Administrativo, Lei 9.784/1999), a jurisprudência do STF, a exemplo de ADI 5.991/DF, e a jurisprudência do TCU, a exemplo da Decisão 402/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.*

432. *A irregularidade motiva atuação do Tribunal, em seu papel constitucional de órgão de controle externo, por meio de encaminhamentos. No entanto, identificou-se boa-fé na motivação da agência, que buscou basear seus atos em fatos técnicos.*

433. *O art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU estabelece que, ao apreciar processo relativo à fiscalização, seja feita a oitiva da entidade fiscalizada para manifestar-se ‘sobre fatos que possam resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor’. Diante do exposto, foi realizada oitiva à Anatel para que se manifestasse sobre a ilegalidade apontada no capítulo 3 do presente relatório sobre o item ‘a’ do Acórdão Anatel 510/2020, que determinou a aplicação da prorrogação sucessiva definida na Lei 13.879/2019 às outorgas das bandas A e B.*

434. *Considerando a possibilidade de o Tribunal vir a determinar que a Anatel anulasse o item ‘a’ do Acórdão Anatel 510/2020, caso não fosse apresentada manifestação ou esta não fosse acolhida, visando assegurar a transparência dos autos e com base no art. 14 da Resolução-TCU 315/2020 e no disposto no Manual de Auditoria Operacional do TCU, também foi oportunizado à Anatel que se manifestasse sobre as consequências práticas da possível medida de anulação da decisão da agência e suas eventuais alternativas.*

435. *As justificativas trazidas pela Anatel na resposta à oitiva (peça 211) não foram suficientes para elidir a ilegalidade identificada, uma vez que não trouxeram novos elementos e limitaram-se a repetir argumentos e interpretações já apresentados anteriormente e analisados ao longo da presente fiscalização.*

436. *Considerando a ilegalidade e a existência de alternativas regulatórias desenhadas pela própria agência e compatíveis com as leis e normativos vigentes, entende-se imperioso que a Anatel adote as medidas necessárias com vistas à anulação do item ‘a’ do Acórdão Anatel 510/2020, por violação de disposições dos contratos vigentes de autorização de uso de radiofrequência, de cláusulas editalícias e de normativos legais e constitucionais, bem como da jurisprudência do TCU e do STF, com vistas a interromper irregularidade em curso e remover seus efeitos, conforme previsto no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020.*

437. *Em consonância com o disposto no art. 21, parágrafo único, da Lindb, viu-se que, além dos evidentes benefícios apontados, como correção de ilegalidades e busca pela segurança jurídica das outorgas, o encaminhamento proposto não gera impactos incontornáveis e nem situação de inviabilidade técnica da prestação do serviço, o que foi demonstrado pela própria Anatel.*

438. *Foi necessário distinguir o processo de gestão de espectro, de competência da Anatel, e a autonomia das prestadoras em transferir autorizações de uso de frequência entre elas, conforme consta do art. 163, § 4º, da LGT, mudança feita pela Lei 13.879/2019, que passou a ser conhecida*

como a possibilidade de se haver um mercado secundário de espectro. Observou-se que a função do art. 163, § 4º, da LGT não pode ser distorcida de modo a retirar a obrigatoriedade de licitação prevista no art. 164, previsão essa que permaneceu inalterada pela Lei 13.879/2019, criando exceção que fere princípios administrativos e constitucionais atrelados ao patrimônio público, conforme amplamente evidenciado nas subseções anteriores. Assim, entendeu-se ser necessário dar ciência à Anatel de que a alteração das condições contratuais ou técnicas estabelecidas em licitação dos termos de autorização de uso de radiofrequências, em caráter primário e atrelados a serviços de interesse coletivo, realizada por meio de processos que modifiquem o uso do espectro (incluindo mudanças na atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências, conforme vislumbrado no voto condutor do Acórdão Anatel 510/2020) sem realização de processo licitatório viola o art. 164 da Lei 9.472/1997 e viola cláusulas contratuais e editalícias, ferindo princípios como os da legalidade, do **pacta sunt servanda** e da segurança jurídica.

439. Apesar de constatada ilegalidade na aplicação de prorrogação sucessiva para autorizações anteriores às mudanças da LGT de 2019 (que não possuíam tal previsão originalmente nas cláusulas de seus termos), o mesmo não ocorre com as futuras autorizações a serem outorgadas pela Anatel a partir da Lei 13.879/2019. Isso porque a referida lei permitiu explicitamente a possibilidade de se prorrogar sucessivamente futuras outorgas, cabendo à agência estabelecer nos contratos e editais as condições que permitam tais prorrogações. Nesse contexto, o capítulo 4 demonstrou que, para as prorrogações das futuras outorgas, o art. 167 da LGT e, principalmente, o art. 12 Decreto 10.402/2020 preveem condições a serem respeitadas e analisadas pela Anatel relacionadas a diferentes aspectos, a saber.

440. O primeiro deles se refere à caracterização da modificação de destinação do uso da frequência que possivelmente poderá embasar indeferimento de pedidos de prorrogação de autorização de uso de faixa de frequências em caráter primário e atreladas a serviços de interesse coletivo feitos com base no art. 167, § 2º, da LGT.

441. Outro aspecto está vinculado ao uso racional e adequado da frequência e eficiência do uso desse recurso escasso (art. 167, § 2º, da LGT e Decreto 10.402/2020, art. 12, inciso IV). Observou-se que o atual normativo da agência sobre o tema se limita a regulamentar a eficiência técnica e que mesmo essa análise técnica possui fragilidades. Assim, para as futuras outorgas elaboradas nos termos da Lei 13.879/2019, constatou-se a necessidade de que a Anatel promova aprimoramento dos processos de trabalho que avaliam a eficiência técnica do uso do espectro e a necessidade de a agência avaliar a conveniência e oportunidade de incluir critérios objetivos que englobem os aspectos referentes à eficiência econômica, social e competitiva no arcabouço normativo que regulamenta o uso eficiente do espectro, em especial nos dispositivos que tratam das análises a serem feitas sobre pedidos de prorrogação de outorgas.

442. Foi analisado o aspecto vinculado a cumprimento de obrigações, não cometimento de infrações reiteradas e compromissos de investimentos (art. 167, **caput** e § 3º, da LGT e Decreto 10.402/2020, art. 12, inciso II). Na análise do caso das bandas A e B, não foram identificadas fundamentações para a decisão da agência quanto ao referido aspecto, o que representa indício de fragilidades. Assim, constatou-se a importância de a agência deixar claro, em seu arcabouço normativo, critérios objetivos para avaliar, na prorrogação de outorgas, o efetivo cumprimento de obrigações e não cometimento de infrações reiteradas pela operadora solicitante.

443. Também foi objeto de análise o aspecto vinculado a questões concorrenciais (Decreto 10.402/2020, art. 12, inciso III), em que se constatou ser necessário que a Anatel aperfeiçoe seus atuais processos de trabalho de modo a avaliar o cenário macro da concorrência e o que se planeja para o espectro de frequência no futuro, verificando se a prorrogação daquela autorização não resulta em uma desequilibrada concentração de mercado para as operadoras já existentes, favorecendo indevidamente uma situação de concorrência imperfeita, em que poucas empresas passam a ter influência dominante sobre os preços e condições do mercado.

444. *Constatou-se que o atendimento ao interesse público na decisão de se prorrogar as novas autorizações de uso de frequência depende de uma motivação clara e técnica pela Anatel e permeia o atendimento de todos os aspectos citados acima, de modo que foram propostas recomendações à agência no sentido de aprimorar seu arcabouço normativo, dado que foram encontradas fragilidades nas atuais normas diante do novo contexto trazido pela Lei 13.879/2019.*

445. *O principal risco resultante das fragilidades identificados é que, para as novas outorgas, a Anatel autorize, a uma operadora específica, a prorrogação de uso de um bem valioso e escasso do país, por um longo período, sem que haja real vantagem em tal operação, o que pode levar a: impactos irreparáveis na concorrência do setor; prejuízo às políticas públicas de inclusão digital; uso ineficiente do espectro sob óptica que vai além da capacidade técnica da transmissão de dados, como possível prejuízo à eficiência econômica, trazendo menos recursos e investimentos ao país, e à eficiência social; dano ao erário em montantes significativos (bilhões de reais); prejuízos aos princípios de isonomia e impessoalidade por parte do poder público, diante de possível favorecimento de uma operadora em detrimento das demais prestadoras do mercado; entre outros efeitos.*

446. *No capítulo 5, foi identificada a importância de se calcular corretamente o valor de prorrogação das outorgas de uso de radiofrequência, visto que se trata da gestão de ativos públicos que, somando-se os leilões realizados desde 1997 até a Lei 13.879/2019, representam montante de cerca de R\$ 85 bilhões para a União, em valores atualizados (peça 116, p. 5), e que viabilizam investimentos em escala ainda maior para o país. Diante disso e do novo contexto trazido pela Lei 13.879/2019, avaliou-se a tratativa dada pela Anatel sobre o assunto e se a sua escolha de metodologia de cálculo dos valores devidos das outorgas é consistente e assegura a aderência à legalidade, à economicidade e ao valor econômico do ativo.*

447. *No caso concreto da prorrogação das bandas A e B, além de estar compatível com a posição jurídica da PFE, a decisão da Anatel no Acórdão Anatel 510/2020 está em harmonia com a jurisprudência do TCU e a doutrina e princípios que regem a avaliação do valor econômico de ativos públicos outorgados ao setor privado, não sendo necessárias propostas de encaminhamentos sobre esse ponto e estando evidente que a atuação da agência foi positiva e indica uma boa prática do órgão. Ressalta-se que tal conclusão se refere apenas à escolha da metodologia de cálculo, não sendo avaliada a conformidade da execução dos cálculos, em si, e das premissas a serem adotadas, matéria essa que poderá ser objeto de análise do TCU no caso concreto, conforme a IN-TCU 81/2018.*

448. *Embora a referida decisão tenha sido aderente ao ordenamento jurídico e represente uma boa prática da Anatel, observou-se que ela se refere a apenas um caso concreto específico, sendo que a agência já sinalizou, em seus comentários sobre a versão preliminar do relatório (peça 200), que defende ser possível se desconsiderar o valor econômico da outorga, o que implicaria em mudanças na referida metodologia. Diante desse contexto, do fato de que a decisão não estabeleceu diretriz para todos os futuros casos (atuando somente no caso concreto das bandas A e B) e de que está sendo defendido pelas operadoras o pleito de se adotar, nos atuais pedidos de prorrogação, a metodologia do RPPDUR ou a metodologia de ônus de 2% da receita, utilizada em termos anteriores às mudanças da LGT (conforme recurso ao Acórdão Anatel 510/2020), tornou-se relevante registrar as diversas fragilidades encontradas nessas demais metodologias, mapeando os problemas e riscos atrelados à possível aplicação delas no novo contexto da Lei 13.879/2019 (subseções 5.2 e 5.3). Como exemplo, haveria potencial risco de dano bilionário ao Erário, visto que tais metodologias resultariam em valores de outorga significativamente menores do que o valor econômico da faixa, e possíveis prejuízos às políticas públicas de inclusão digital (valores subestimados resultariam em menores obrigações de investimento na rede e de prestação de serviço a regiões carentes).*

449. *Impende registrar que a íntegra da versão preliminar do presente relatório, incluindo as conclusões e as propostas de encaminhamento, foi enviada para a Anatel, de forma a dar cumprimento ao preconizado pelos normativos de auditoria operacional do TCU. No referido relatório preliminar, foi apresentada proposta de oitiva à Anatel, com vistas a permitir manifestação*

da agência quanto à irregularidade apontada no capítulo 3 (peça 195). Em 2/12/2020 (peça 196), também foram apresentadas outras propostas de encaminhamento relacionadas aos demais apontamentos da fiscalização, que foram encaminhadas para que os gestores da Anatel pudessem fazer comentários sobre elas, nos termos do art. 14 da Resolução-TCU 315/2020 e do art. 8º da Portaria-Segecex 9/2020.

450. Ressalta-se que, com exceção da oitiva, sobre as demais propostas é conveniente esclarecer que a obtenção de comentários dos gestores não representa abertura do contraditório e, portanto, não significa exercício de direito de defesa, o qual, se necessário, poderá ser exercido nas etapas processuais posteriores.

451. Todos os apontamentos trazidos pelos gestores foram analisados e encontram-se refletidos nas considerações feitas ao longo do relatório, com destaque para o capítulo 7, específico para análise dos comentários dos gestores.

452. Por fim, recorda-se que foi apensado ao presente processo, nos termos do Acórdão 38/2021-TCU-Plenário, o processo de desestatização TC 045.707/2020-0, que trata da prorrogação do prazo de vigência de um termo de autorização de uso de radiofrequência na faixa de 800 MHz (banda A) outorgado à Telefônica Brasil S.A. na área de prestação referente ao Estado do Rio de Janeiro, com base nas alterações da Lei 13.879/2019.

453. Tal apensamento foi motivado pela conexão existente entre os processos, pela existência de conveniência da tramitação conjunta dos processos, pelo risco de decisões conflitantes e pela economia processual, bem como considerando que o presente Racom aborda questão essencial do referido processo de desestatização de forma mais detalhada e ampla, qual seja, a legalidade da prorrogação, em si, dos termos de autorização assinados antes da Lei 13.879/2019.

454. Nesse cenário, tendo em vista que a apreciação do presente relatório pelo Plenário do TCU configurará a conclusão da apreciação de mérito deste Racom, restará decidida a questão essencial que motivou o apensamento e consequente suspensão da tramitação do processo de desestatização TC 045.707/2020-0. Assim, propõe-se desapensar o processo de desestatização TC 045.707/2020-0 para que seja retomada a sua instrução com base na decisão firmada no âmbito do presente processo.

8. PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO

455. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) com fundamento no art. 45 da Lei Orgânica do TCU e no art. 251 do Regimento Interno do TCU, propõe-se determinar à Anatel que, no prazo de quinze dias, adote as providências para anular, por vício de ilegalidade e irregularidade, o item 'a' do Acórdão Anatel 510/2020, que prevê a segunda prorrogação, em caráter primário, dos termos de autorização de uso das bandas A e B, dado que tal decisão fere a cláusula 2.1 dos termos de autorizações vigentes, que são contratos administrativos, e as cláusulas que definiram o objeto das licitações de frequência realizadas de 1997 a 2019, bem como viola as normas do ordenamento jurídico (em especial os princípios da legalidade, do dever de licitação, de vinculação ao instrumento convocatório, do **pacta sunt servanda**, da impessoalidade, da isonomia e, em especial, da segurança jurídica, previstos nos arts. 5º, inciso XXXVI, 37, **caput** e inciso XXI, e 175, **caput**, da Constituição Federal de 1998, nos arts. 38, 89, **caput** e inciso VII, e 164, inciso I, da Lei Geral das Telecomunicações (LGT), Lei 9.472/1997, e no art. 2º, **caput** e inciso XIII, da Lei do Processo Administrativo, Lei 9.784/1999), a jurisprudência do STF, a exemplo de ADI 5.991/DF, e a jurisprudência do TCU, a exemplo da Decisão 402/2000-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas;

b) recomendar à Agência Nacional de Telecomunicações, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do RITCU e o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que:

b.1) com vistas a atender os princípios da impessoalidade, da igualdade e da segurança jurídica, previstos no art. 37, **caput**, da Constituição Federal e no art. 38 da Lei 9.472/1997, e as boas práticas trazidas pela OCDE em seu relatório sobre o setor de telecomunicações brasileiro, com relação ao processo de análise de pedidos de prorrogação de autorizações de uso de radiofrequência nos termos da Lei 13.879/2019 c/c o art. 12 do Decreto 10.402/2020, estabeleça em seu arcabouço normativo:

b.1.1) critérios objetivos para avaliar o efetivo cumprimento de obrigações e não cometimento de infrações reiteradas pela operadora solicitante, conforme estabelecido no art. 167, **caput** e § 2º, da LGT e no art. 12, inciso II, do Decreto 10.402/2020;

b.1.2) em consonância com o disposto no art. 12, inciso III, do Decreto 10.402/2020, critérios objetivos para avaliar os aspectos concorrenciais relacionados não apenas ao contexto da autorizada e ao impacto da prorrogação sobre seu mercado, mas também ao cenário macro da concorrência no setor e ao que se vislumbra de estratégia de disponibilização do espectro de frequência a agentes privados, deixando evidente o seu direito de indeferir a prorrogação devido ao risco de falhas de mercado;

b.1.3) caso conclua pela possibilidade de se prorrogar mais de uma vez futuras outorgas de radiofrequência com base na Lei 13.879/2019, alterações de modo a refletir tal entendimento, atualizando a Resolução Anatel 65/1998 e a Resolução Anatel 671/2016, além de demais normativos que porventura também tratem do tema;

b.2) considerando que o art. 12, inciso IV, do Decreto 10.402/2020 estabeleceu a necessidade de se avaliar, nos pedidos de prorrogação de outorgas, o uso eficiente do espectro de forma ampla, sem restringir quais aspectos devem ser observados, e considerando as boas práticas trazidas pela OCDE em seu relatório sobre o setor de telecomunicações brasileiro e as manifestações de atores do setor na Consulta Pública Anatel 51/2020, avalie a conveniência e oportunidade de incluir critérios objetivos que englobem os aspectos referentes à eficiência econômica, social e competitiva no arcabouço normativo que regulamenta o uso eficiente do espectro, em especial, nos dispositivos que tratam das análises a serem feitas sobre pedidos de prorrogação de outorgas;

c) dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso II, da Resolução TCU 315/2020, de que a alteração das condições contratuais ou técnicas estabelecidas em licitação dos termos de autorização de uso de radiofrequências, em caráter primário e atrelados a serviços de interesse coletivo, realizada por meio de processos que modifiquem o uso do espectro (incluindo mudanças na atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências, conforme vislumbrado no voto condutor do Acórdão Anatel 510/2020) sem realização de processo licitatório viola o art. 164 da Lei 9.472/1997 e viola cláusulas contratuais e editalícias, ferindo princípios como o do **pacta sunt servanda** e da segurança jurídica;

d) nos termos do art. 38 da Resolução TCU 259/2014 e em atendimento ao item 1.6.2 do Acórdão 38/2021-TCU-Plenário, desapensar destes autos o processo de desestatização TC 045.707/2020-0, tendo em vista a conclusão da apreciação de mérito do presente processo, cuja repercussão impacta o objeto do referido processo de desestatização;

e) encerrar o presente processo, com fulcro no art. 169, incisos II e V, do Regimento Interno do TCU.”

É o relatório.

VOTO

Em exame o relatório de acompanhamento dos atos e decisões da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e do Ministério das Comunicações (MC) no processo de gestão das outorgas de uso de radiofrequências conferidas antes das alterações de 2019 na Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

2. Em apertada síntese, foram analisados nestes autos os processos administrativos e as respectivas decisões da Anatel acerca da possibilidade de nova prorrogação de faixas de radiofrequências conferidas no período anterior à Lei 13.879/2019, sob o aspecto da legalidade, eficiência e interesse público, bem como as metodologias adotadas pela agência para a definição e o cálculo dos valores devidos em caso de nova prorrogação das outorgas.

3. Os presentes autos possuem, portanto, relevância ímpar para deliberação desta Corte de Contas, porquanto poderá produzir impactos em todas as autorizações de outorga de radiofrequência conferidas até hoje, exceto as decorrentes do leilão do 5G.

4. Em decorrência das análises realizadas, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCom) concluiu ser ilegal e irregular a segunda prorrogação das concessões cujos contratos foram celebrados anteriormente à vigência da Lei 13.879/2019 e propõe determinar a anulação dos novos termos de autorização de uso firmados das bandas A e B, além de recomendações direcionadas à Anatel contendo, no essencial, oportunidades de melhoria a serem implementadas nos procedimentos de avaliação de prorrogações de concessões sob sua gestão.

5. Tendo em vista a complexidade da matéria aqui tratada, realizei, em 4/4/2022 (peça 238), Painel Técnico com representantes de diversas áreas da Anatel e do Ministério das Comunicações, do qual também participaram o titular e demais integrantes do corpo técnico da SeinfraCom.

6. Foi uma oportunidade singular que ampliou o diálogo institucional, aprofundou as discussões acerca dos impactos desta auditoria e, assim, contribuiu para o aprimoramento da presente decisão.

7. Após esse encontro, também recebi em meu Gabinete algumas entidades e especialistas na temática. Todo esse conjunto de subsídios colhidos serviu para melhor formar meu juízo de valor sobre tão relevante assunto.

8. Sem me alongar demais, passo, doravante, a avaliar cada um dos apontamentos trazidos pela unidade instrutora, registrando, desde já, minha divergência às conclusões e encaminhamentos por ela apresentados em relação a alguns principais pontos, razão pela qual incorporo seus fundamentos às minhas razões de decidir tão somente naquilo que não contrariarem este meu voto.

9. Para melhor entendimento da matéria, estructurei este voto nas seguintes seções, além desta:

- II. Das autorizações de espectros de radiofrequência;
- III. Dos prazos e possibilidades de prorrogações das autorizações concedidas;
- IV. Das prorrogações de autorizações concedidas antes da Lei 13.879/2019;
- V. Dos critérios técnicos avaliados pela Anatel para prorrogação das autorizações;
- VI. Da metodologia adotada pela Anatel para o cálculo dos valores devidos das outorgas nas prorrogações;
- VII. Considerações finais.

II. DAS AUTORIZAÇÕES DE ESPECTROS DE RADIOFREQUÊNCIA

10. Na área das telecomunicações, há maior viabilidade na utilização da parte do espectro que corresponde à faixa de 8,3 kHz a 3.000 GHz. Dentro desse espectro, cada faixa é chamada de radiofrequência ou simplesmente frequência.

11. Assim, as radiofrequências são a infraestrutura de rede do setor de telecomunicações para os serviços sem fio, sendo um insumo indispensável e insubstituível para a prestação de vários serviços, em especial a telefonia móvel. Do ponto de vista econômico, configura uma barreira de entrada de novos competidores nesse mercado, pois, por ser um recurso fisicamente finito, dependendo do tipo de utilização, não é possível que duas empresas utilizem a mesma parte do espectro ao mesmo tempo.

12. De acordo com o art. 157 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), o espectro de radiofrequências constitui-se em um bem público, administrado pela Anatel, cuja outorga a particulares é realizada mediante licitação de frequências.

13. Impende registrar que, nos termos dos arts. 211 e 215, inciso I, da mencionada lei, a outorga dos serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (TV) é excluída da jurisdição da Anatel, permanecendo em um regime jurídico específico dessa área das comunicações, regido pelos dispositivos da Lei 4.117/1962, e que não possui relação com o previsto pela LGT para os serviços de telecomunicações, como telefonia fixa, móvel (SMP) e banda larga. Assim, o uso de espectro pela radiodifusão (TV e rádio) segue regras próprias, que não têm relação com o tratado nos presentes autos.

14. Continuando, para a prestação de qualquer serviço de telecomunicações que use frequência é necessário ter duas outorgas concedidas pela Anatel: a outorga referente à frequência, que somente é concedida por intermédio de autorização de uso, nos termos do art. 163 da LGT; e a outorga referente ao serviço, que pode ser obtida por concessão, permissão ou autorização, nos termos dos arts. 83, 118 e 131 da LGT.

15. Embora a LGT empregue o termo “autorização” para se referir ao uso de frequência e à prestação de serviço de telecomunicações, tal instituto possui algumas particularidades em relação à “autorização de serviços e de uso de bens públicos” existente no Direito Administrativo.

16. Isso porque os arts. 131 e 163 da LGT preveem que as autorizações são atos vinculados, que atribuem o direito de uso de radiofrequência à empresa por prazo determinado, enquanto que o conceito tradicional de autorização é caracterizado pela precariedade e pela discricionariedade administrativa, pois cabe à Administração Pública, por meio de ato unilateral e discricionário, conferir essa autorização para que o particular explore serviço público ou para que o particular possa utilizar privativamente bem público, sempre a título precário (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 269).

17. Desse modo, os termos de autorização de uso de frequência firmados entre as operadoras e a Anatel após devido processo licitatório possuem bilateralidade; prazo de vigência determinado (máximo 20 anos); são de utilização obrigatória de bem público escasso, sob pena de perda da autorização; e são sempre associados a uma concessão, permissão ou autorização para prestação do serviço público de telecomunicações.

18. Desde 1997, foram feitas diversas licitações de autorização de uso de radiofrequência para a concessão do Serviço Móvel Celular (SMC) e para a autorização do seu sucessor, o Serviço Móvel Pessoal (SMP), sendo as principais listadas na Tabela a seguir. Somando-se todos os leilões de frequência realizados desde a venda da banda B, em 1997, até a aprovação da Lei 13.879/2019 (que introduziu alterações na Lei Geral de Telecomunicações), foram arrecadados R\$ 31,84 bilhões para a União, a valores nominais, que correspondem a cerca de R\$ 85 bilhões, em valores atualizados para 2020.

Tabela – Principais licitações de radiofrequência para o SMC e o SMP realizadas desde 1997

Faixas de radiofrequência	Ano de	Valor Leilão nominal (R\$ bilhões)
Banda B	1997/1998	10,07
Banda D	2000	2,56
Banda E	2000	0,52
Leilão sobras	2002	0,64
Sobras da Banda E	2004	0,12
Sobras	2007	-
3G	2007	5,34
Banda H e sobras	2010	2,73
Sobras	2011	0,23
4G e 450 MHz	2012	2,93
700 MHz	2014	5,85
Lic. de Sobras 2015	2015	0,85
Total	1997-2015	31,84

Fonte: Tabela 1 do relatório da auditoria.

19. Quanto às frequências da banda A, essas outorgas foram objeto de licitação juntamente com outros ativos oferecidos no certame de privatização das empresas estatais do Sistema Telebrás. Por exemplo, no caso da empresa estatal que atuava no estado de São Paulo, o lote da banda A era estimado em R\$ 690 milhões e correspondia a um milhão de linhas telefônicas de celular, consoante disponível em <https://teletime.com.br/12/03/1998/banda-a-da-tesp-seis-empresas-no-pareo/>, acesso em 15/10/2020.

20. Feita essa breve explanação sobre as concessões de espectros de radiofrequência, passo a contextualizar, na próxima seção deste voto, os prazos e possibilidades de prorrogação das autorizações concedidas.

III. DOS PRAZOS E POSSIBILIDADES DE PRORROGAÇÕES DAS AUTORIZAÇÕES CONCEDIDAS

21. Em que pese a LGT permitir que o prazo máximo de vigência fosse fixado em vinte anos, a Anatel estabeleceu um prazo máximo de quinze anos, prorrogáveis por mais quinze anos, em todas as outorgas de radiofrequência para Serviço Móvel Celular (SMC) e para seu sucessor, o Serviço Móvel Pessoal (SMP) (peça 187, p 16). De acordo com o histórico exposto na análise de impacto regulatório elaborada pela agência em abril de 2019, isso ocorreu porque, inicialmente, as concessões de SMC possuíam duração de quinze anos, conforme previsto no art. 3º da chamada Lei Mínima, Lei 9.295/1996, e a Anatel visava manter o prazo para as concessões do serviço e para as autorizações de radiofrequência (peça 104, p. 4-6).

22. Esse prazo de quinze anos acabou sendo mantido na regulamentação do SMP desde a sua criação, consoante previsto no art. 12 das Diretrizes para Implementação do SMP, aprovadas por meio da Resolução Anatel 235, de 21/9/2000 (peça 98, p. 4), e previsto em todas as versões aprovadas pela agência do Plano Geral de Autorizações do SMP (PGA-SMP), quais sejam, as Resoluções Anatel 248/2000, 268/2001 e 321/2002 (peça 98, p. 20), sendo a última resolução o texto atualmente vigente.
23. Assim, ao longo dos 22 anos de vigência da LGT, foram feitas várias licitações e assinados diversos termos de autorização, todos com esses prazos (15+15 anos).
24. Apesar de a LGT ter previsto inicialmente a possibilidade de uma única prorrogação para as autorizações de frequência concedidas, em 3/10/2019, ocorreu a sanção da Lei 13.879, que alterou dispositivos da referida lei e introduziu a possibilidade de prorrogações sucessivas das autorizações de radiofrequência, senão vejamos:
- ~~Art. 167. No caso de serviços autorizados, o prazo de vigência será de até vinte anos, prorrogável uma única vez por igual período. (redação original)~~
- Art. 167. No caso de serviços autorizados, o prazo de vigência será de até 20 (vinte) anos, prorrogável por iguais períodos, sendo necessário que a autorizada tenha cumprido as obrigações já assumidas e manifeste prévio e expresso interesse. (Redação dada pela Lei nº 13.879, de 2019)
25. A despeito dessa nova regra, o legislador não explicitou a possibilidade da aplicação da prorrogação sucessiva para as autorizações que já estavam vigentes à época da publicação da referida lei. Tal aspecto, portanto, representou o cerne da presente fiscalização: se as prorrogações sucessivas poderiam ser aplicáveis às autorizações até então concedidas ou se seriam aplicáveis apenas às autorizações decorrentes de futuros procedimentos licitatórios.
26. A definição quanto à aplicabilidade desse dispositivo (prorrogações sucessivas) é extremamente relevante, pois impactará todas as demais autorizações já concedidas pela Anatel até então, à exceção do 5G. Mais imediatamente, impactará as autorizações das bandas A e B, pois, para estas, já houve a prorrogação prevista nos respectivos editais (por mais quinze anos), sendo que, destes, ao menos 39 termos prorrogados possuem vencimento no período entre 2020 e 2028.
27. Ainda em relação às bandas A e B, faz-se mister salientar que as outorgas da década de 1990 apresentavam elevada fragmentação geográfica e foram divididas em blocos de frequência de 12,5 MHz, o que tem gerado um desperdício no seu uso com base nos equipamentos disponíveis atualmente no setor de telecomunicações. Por isso, a Anatel indicou a necessidade de realizar um **refarming**, que seria um reagrupamento dos blocos de frequência de modo a permitir o uso eficiente desse espectro, seja ampliando o número de operadoras outorgadas, seja melhorando a qualidade do serviço prestado aos usuários (peças 3, p. 2; 123, p. 40).
28. Nesse sentido, constatou-se que a Anatel já tem prorrogado até 2028 todas as autorizações das bandas A e B. O objetivo é que todas as autorizações concedidas para essas bandas possam ter sua vigência encerrada na mesma data, para que se possa proceder ao citado **refarming** e subsequente destinação dessas faixas de modo a torná-las capazes de transmitir tecnologias 4G e 5G com mais eficiência.
29. Em relação aos valores cobrados pelas prorrogações previstas, embora existam termos de autorização de uso de radiofrequências que não trazem qualquer previsão sobre como calcular o valor da prorrogação, a exemplo do Termo de Autorização 233/2012/PVCPA/PVCP/SPV-Anatel (peça 101, p. 5), a maioria dos termos estabelecem que a operadora deve “pagar, a cada biênio, durante o período de prorrogação, ônus correspondente a 2% (dois por cento) de sua receita do ano anterior ao do pagamento, do SMP, líquida de impostos e contribuições sociais incidentes”, sendo que, no 15º ano, a empresa deve “pagar 1% de sua receita do ano anterior” (peças 97, p. 16; 187, p. 17).
30. Por sua vez, o art. 7º do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (RPPDUR), Resolução Anatel 695/2018, traz outra fórmula para calcular os valores para a única prorrogação do direito de uso de radiofrequências, condicionando o uso desse regulamento à existência de previsão expressa no respectivo edital de licitação da faixa de

radiofrequência (peça 97, p. 17-18). O art. 10 do mencionado regulamento ainda permite que parte dos valores devidos na prorrogação seja convertida em obrigações de investimento.

IV. DAS PRORROGAÇÕES DE AUTORIZAÇÕES CONCEDIDAS ANTES DA LEI 13.879/2019

31. A equipe de fiscalização da SeinfraCom constatou que, em 29/9/2020, o Conselho Diretor aprovou, por intermédio do Acórdão Anatel 510/2020, a segunda prorrogação em caráter primário das autorizações de uso das frequências das bandas A e B até 2028, que foram outorgadas e licitadas com a previsão de uma única prorrogação, alegando como fundamento a alteração realizada pela Lei 13.879/2019 no art. 167, *caput*, da LGT e o art. 12, *caput*, do Decreto 10.402/2020.

32. O Conselho também não vedou que a futura licitação possa ser substituída por um *refarming* feito pelas atuais detentoras de outorgas dessas frequências (peça 123, p. 127-129).

33. No entender da equipe de fiscalização, o referido Acórdão Anatel 510/2020 viola os respectivos contratos administrativos vigentes e todos os editais das licitações realizadas desde 1997, afronta princípios jurídicos, como o dever de licitação, a isonomia e a segurança jurídica, bem como a jurisprudência do STF e a do TCU.

34. Sintetizo, na sequência, a linha argumentativa utilizada pela SeinfraCom para fundamentar suas conclusões:

35. Primeiramente, a unidade técnica apresentou em seu relatório um extenso arrazoado contendo opiniões de entidades a esse respeito, dentre as quais destaco as seguintes:

35.1. Parecer emitido pela **Consultoria Legislativa do Senado Federal** sobre o projeto de lei que deu origem à Lei 13.879/2019, que destacou que “os prazos de vencimento de até 15 anos (renováveis uma única vez) foram previstos há 22 anos, com a aprovação da LGT, e isso já consolidaria previsibilidade e segurança jurídica”, não havendo que se falar em aplicação dessa prorrogação sucessiva às outorgas vigentes (<https://teletime.com.br/21/08/2019/parecer-de-consultoria-legislativa-do-ccs-sugere-mudancas-no-plc-79/>, acessado em 23/10/2020).

35.2. Parecer da **Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à Anatel**, que, em 2016, ao analisar uma minuta de projeto de lei com a mesma previsão de prorrogação sucessiva dos termos de autorização de radiofrequência, havia apontado ilegalidades caso fosse adotado esse modelo de prorrogação também aos contratos já vigentes (peça 57, p. 130 e 154).

35.3. Cartilha que a **Anatel** divulgou aos Senadores, no início de 2019, defendendo a aprovação do então PLC 79/2016, do qual decorreu a Lei 13.879/2019, na qual não fez menção a qualquer aplicação dessas prorrogações sucessivas nas outorgas vigentes, mas afirmou que a prorrogação sucessiva das frequências resultaria em “mais previsibilidade e segurança para os investimentos em rede, o que se reflete nos preços dos leilões de radiofrequência” (peça 141, p. 5).

35.4. **Relatório da OCDE**, publicado em 26/10/2020 por ocasião de sua avaliação do setor de telecomunicações no Brasil, que analisou possíveis efeitos adversos que essa alteração no art. 167 da LGT pode causar no setor, destacando que, “de forma geral, há um risco considerável de que o novo arranjo reduza as ferramentas à disposição da Anatel para promover a competição nos mercados móveis, bem como limite a entrada de novos atores no mercado móvel brasileiro” (peça 186, p. 44). Ao comparar a LGT à legislação internacional, o relatório ainda ressalta que “a maioria dos países da OCDE, embora procure garantir a segurança regulatória que reforça os incentivos ao investimento em redes por meio de licenças com duração de cerca de 20 anos, opta por realizar leilões quando outras partes demonstram interesse em fazer uso do espectro” (peça 186, p. 168). Nas palavras da OCDE, “a renovação indefinida de licenças de espectro sem um processo de leilão” não é uma prática usual em seus países membros e, mesmo no Reino Unido, onde existe a figura das “licenças por tempo

indeterminado”, após os vinte anos iniciais da licença a agência reguladora (Ofcom) “pode revogar qualquer licença por razões de gestão do espectro, com um aviso de cinco anos” (peça 186, p. 69, 167).

36. Na sequência, a unidade técnica do TCU mencionou o **Decreto 10.402/2020**, que regulamentou as alterações na LGT promovidas pela Lei 13.879/2019, notadamente seu art. 12, a seguir transcrito:

Art. 12. No exame dos pedidos de prorrogação de outorgas regidos pelo disposto nos art. 99, art. 167 e art. 172 da Lei nº 9.472, de 1997, inclusive aquelas vigentes na data de publicação da Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019, ainda que já tenham sido objeto de prorrogação, a Anatel considerará:

I - a expressa e prévia manifestação de interesse por parte do detentor da outorga;

II - o cumprimento de obrigações já assumidas;

III - aspectos concorrenciais;

IV - o uso eficiente de recursos escassos; e

V - o atendimento ao interesse público.

37. O dispositivo acima foi utilizado pela Anatel como fundamento para a segunda prorrogação das vigências das autorizações das bandas A e B, até 2028, e foi aprovado pela **Subchefia de Assuntos Jurídicos (SAJ)** da Secretaria-Geral da Presidência da República, mediante parecer constante à peça 25 dos autos.

38. Na visão da unidade técnica especializada do TCU, esse parecer da SAJ seria inadequado. Por conseguinte, a SeinfraCom questiona a legalidade do retro citado art. 12 do Decreto 10.402/2020, pelas seguintes razões:

“... não há como se falar na possibilidade de um decreto ampliar o texto de uma lei ao ponto de constituir novas situações jurídicas retroativas que não foram previstas expressamente em lei. É exigida a legalidade estrita para que haja retroatividade, em especial, em contratos administrativos como os termos de autorização de frequência, que são similares a um contrato de concessão. Entender o contrário significaria permitir que alterações significativas em contratos de concessões e instrumentos análogos, como as autorizações de frequência, fossem realizadas por meio de decretos, sem a participação do Legislativo.”

39. A equipe de fiscalização da SeinfraCom ainda diligenciou o **Ministério das Comunicações** com vistas a colher a opinião do órgão responsável pelo setor sobre a questão das prorrogações sucessivas.

40. Consoante a resposta da Pasta Ministerial, essa prorrogação sucessiva atenderia melhor ao interesse público, porque a implantação de uma operação de telefonia móvel exige grandes investimentos de capital, assim como a implantação do 5G exigirá nos próximos anos. Além disso, as licitações e prorrogações de frequências envolveriam riscos expressivos, inclusive para a Anatel, de “prejudicar a competição, deixar faixas de frequências sem uso efetivo enquanto o novo entrante não iniciar a prestação dos serviços, desencorajar investimentos” além do “risco de serem vistas como parciais e promotoras de alocações ineficientes do espectro”. Por fim, a área técnica afirma que, “segundo a Anatel, dos 5.570 municípios no Brasil, mais de 5 mil fazem uso atualmente da Banda A ou da Banda B, cujas autorizações começam a vencer neste ano [em 2020], sendo utilizadas para serviços 3G, 4G e até 4,5G” (peça 81, p. 7-9).

41. A unidade técnica do TCU discordou das alegações do Ministério das Comunicações, pois, em seu entendimento, não estaria devidamente caracterizado o interesse público.

42. Ao contrário disso, a SeinfraCom entendeu que a necessidade apontada pela Anatel de realização de **refarming** nas bandas A e B é evidência da existência de interesse público na não prorrogação dessas outorgas, para possibilitar essa reorganização.

43. Afirmou que não há evidências de que os investimentos em telefonia móvel estejam diminuindo pela proximidade do término das autorizações de frequência, o que poderia eventualmente justificar tal interesse público em sua prorrogação.

44. Ademais, rememorou que o valor pago originalmente na outorga não considerava essa possibilidade de prorrogação e os benefícios econômicos que podem advir disso, já que essas frequências podem ser usadas atualmente para a prestação de serviço de telefonia móvel 4G e 5G, o que as tornam ainda mais valiosas do ponto de vista econômico do que quando foram inicialmente outorgadas na década de 1990.

45. A área técnica do TCU ressaltou, ainda, a necessidade de previsão editalícia e contratual para viabilizar sua segunda prorrogação, conquanto os editais das licitações já ocorridas e seus respectivos termos de autorização firmados entre as empresas operadoras e a Anatel preveem apenas a possibilidade de uma única prorrogação, por igual período (15 anos).

46. Nesse sentido, trouxe a lume exemplos de dois outros setores da infraestrutura que tiveram suas prorrogações analisadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo TCU, com conclusões distintas quanto à possibilidade de prorrogação, a saber:

46.1. No setor portuário, o Decreto 9.048/2017 previa que todos os **contratos de arrendamento portuário** vigentes, mesmo que já tivessem sido prorrogados pela única vez possível, poderiam ser adaptados, de modo a poderem ser prorrogados novamente até o total de setenta anos. Contudo, o Plenário do TCU entendeu que a aplicação dessa nova prorrogação aos contratos vigentes não seria juridicamente possível. Sendo assim, o TCU determinou que a agência reguladora não celebrasse termos aditivos de prorrogação com prazos de vigência superiores ao originalmente previsto, bem como não prorrogasse os contratos além da única vez permitida pela respectiva lei setorial (Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas).

46.2. No caso das **prorrogações antecipadas das ferrovias** com base na Lei 13.448/2017, tanto o TCU quanto o STF não identificaram ilegalidade ou inconstitucionalidade na prorrogação em si, desde que fossem atendidos os requisitos exigidos pela legislação, uma vez que havia previsão legal expressa dessa prorrogação (Acórdãos 2.876/2019-TCU-Plenário, de minha relatoria, e 1.946/2020-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas).

47. A equipe técnica do TCU considerou que o presente caso se assemelha às prorrogações do setor portuário, acima indicado, pois a LGT não traz expressamente a possibilidade de aplicar a prorrogação sucessiva aos termos de autorização já concedidos.

48. Na visão da área técnica, um possível efeito direto da admissão dessas prorrogações sucessivas nas outorgas vigentes de frequência será a perda de arrecadação da União, na ordem de bilhões de reais, visto que não haveria novas licitações.

49. Além disso, pode gerar outros efeitos no âmbito da competição no mercado de telefonia móvel, ao dificultar a imediata entrada de novos competidores por meio de licitação pública.

50. Ao mesmo tempo, a SeinfraCom entende que os impactos da impossibilidade de prorrogação são contornáveis e não prejudicam o interesse público e nem a continuidade dos serviços prestados. Diante disso, propõe determinar a anulação dos termos de autorização de uso das bandas A e B que tiveram sua segunda prorrogação concedida e dar ciência à Anatel de que a formalização de tais alterações (segunda prorrogação das autorizações) nos termos de autorização já concedidos viola o art. 164 da Lei 9.472/1997 e viola cláusulas contratuais e editalícias, ferindo princípios como os da legalidade, do *pacta sunt servanda* e da segurança jurídica.

51. Com base no art. 14 da Resolução TCU 315/2020, a SeinfraCom encaminhou seu relatório e conclusões preliminares para comentários dos gestores. Em resposta, a Anatel reiterou seu entendimento quanto à legalidade das segundas prorrogações realizadas e da vantajosidade destas. Contudo, tais argumentos não foram capazes de alterar o posicionamento da unidade técnica especializada deste Tribunal, que manteve a proposta de encaminhamento descrita no parágrafo anterior.

52. **Passo à análise da matéria.**

53. Em brevíssima síntese, toda a discussão aqui tratada versa sobre a aplicabilidade do art. 167, *caput*, da Lei Geral de Telecomunicações, com as modificações introduzidas pela Lei 13.879/2019, aos termos de autorizações de outorgas de radiofrequência até então concedidos, à exceção daqueles celebrados no âmbito do leilão do 5G.

54. A SeinfraCom entende pela inaplicabilidade do citado dispositivo (que foi alterado de modo a permitir que as autorizações possam ser prorrogadas sucessivamente) e, por conseguinte considera ilegal o art. 12 do Decreto 10.402/2020 (que regulamentou tal alteração legal). Por outro lado, os jurisdicionados consideram factível de ser aplicada tal disposição a quaisquer termos de autorizações, inclusive os já celebrados.

55. Para fundamentar minhas conclusões, pauto minha avaliação da matéria sob três prismas distintos: (i) impacto para a sociedade; (ii) similitude com outros setores da infraestrutura; e (iii) hermenêutica jurídica.

IV.1. DO IMPACTO PARA A SOCIEDADE

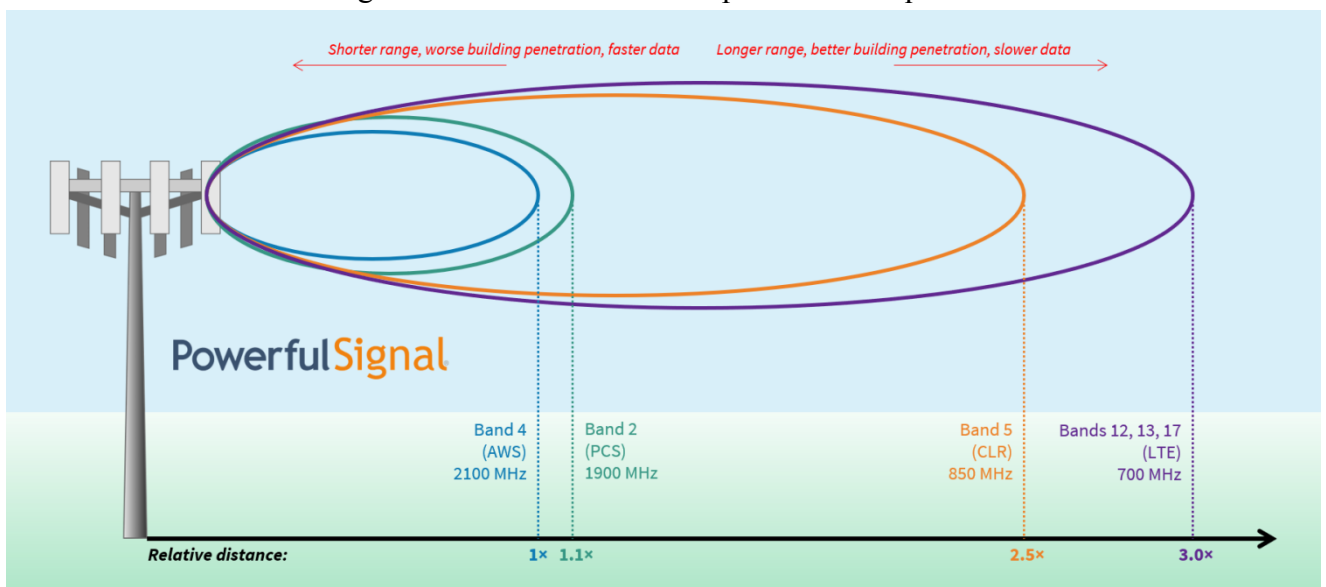
56. Conforme mencionei no início deste voto, todas as autorizações relativas às bandas A e B se encontram com prazo de vigência até 2028. Por terem sido licitadas em momentos distintos, parte delas já foi prorrogada com base na previsão legal aqui discutida. O objetivo da Anatel foi fazer com que a vigência de todas essas autorizações encerrasse concomitantemente, para possibilitar o *refarming* e subsequente destinação das faixas de menor frequência (ainda será estudado pelo concedente se a destinação destas será por nova prorrogação ou se mediante licitação).

57. De acordo com a literatura especializada no assunto, os espectros de baixa frequência, como os das bandas A e B (em torno de 850MHz), se caracterizam por melhores índices de penetração em locais fechados, como no interior de edifícios, e por maiores alcances, apesar de menores velocidades na transmissão de dados.

58. Já os espectros de alta frequência, se caracterizam por maiores velocidades de transmissão de dados, porém maiores dificuldade de penetração em ambientes fechados e menores alcances.

59. A figura a seguir ilustra as características desses diversos espectros:

Figura – Características dos espectros de frequência



*fonte: <https://powerfulsignal.com/content/images/cellular-bands-range-1800x800.png>.

60. Conforme se depreende da imagem acima, quanto mais baixa a frequência maior o seu alcance (por exemplo, frequências de 2.100 MHz propagam menos que frequências de 700MHz). Desse modo, para abranger uma mesma área com sinal de alta frequência, seria necessário o dobro ou o triplo de antenas.

61. Por essa razão, nos locais economicamente mais vantajosos as operadoras possuem antenas instaladas com maior proximidade uma das outras, de modo a cobrir toda a área com sinal de altas frequências. Por outro lado, em locais de menor interesse econômico, não raras vezes as antenas ficam mais distantes entre si, de modo que a cobertura somente se dá em menores frequências.

62. Tanto é assim que observamos celulares operando em 3G ou até 2G nas localidades mais distantes dos centros urbanos, bem como ao longo de rodovias. Nesses casos, para aumentar a velocidade e qualidade na transmissão de dados, possibilitando o uso de tecnologias mais modernas (4G ou 5G), far-se-ia necessária a instalação de mais antenas, mais próximas umas das outras, haja vista, como dito, que o alcance das ondas de alta frequência é menor.

63. Sem adentrar no mérito sobre a quantidade de antenas instaladas, o que fugiria ao escopo desta fiscalização, mas caso o Poder Público opte por não prorrogar os contratos com as atuais concessionárias, há risco de se inviabilizar o trânsito de dados nesses locais menos favorecidos, onde atualmente só existe cobertura por ondas de baixa frequência. Isso poderia gerar exclusão digital e agravar ainda mais a distorção social do país.

64. Outro relevante impacto, no caso serem desativadas essas faixas de baixa frequência, diz respeito à inatividade de aparelhos menos desenvolvidos tecnologicamente.

65. Celulares modernos são capazes de operar nas várias faixas de frequência existentes e fazem tal mudança automaticamente, escolhendo a frequência menos congestionada no momento, sem a necessidade de qualquer comando ou intervenção humana.

66. Diferentemente, aparelhos mais simples e de baixo custo não possuem essa facilidade. Por isso, rastreadores de carro, máquinas de cartão de crédito e demais aparelhos celulares defasados tecnologicamente (utilizados muitas vezes por cidadãos de baixa renda) deixariam de funcionar imediatamente, pois somente são capazes de transmitir dados nas frequências mais baixas, já que não possuem tecnologia para fazer a alteração de frequência que exemplifiquei acima.

67. Além dos citados impactos na área de cobertura dos serviços de transmissão de dados, mais um potencial inconveniente é que, mediante a redução das menores faixas de frequência, os dados que hoje transitam por elas teriam de ser redirecionados para outras faixas de maior frequência, ocasionando aumento de tráfego nestas, gerando, por consequência, diminuição na qualidade do serviço de telefonia móvel de todo o país.

68. Cabe ressaltar que, no entendimento da SeinfraCom, os impactos oriundos da ausência de prorrogação dessas faixas de frequência poderiam ser mitigados caso o Poder Concedente autorizasse seu uso pelas próprias concessionárias em caráter secundário.

69. A título de explanação, a autorização em caráter primário possibilita a posse provisória e exploração da frequência em caráter de exclusividade pela concessionária. De outra forma, a autorização em caráter secundário significa que a posse do bem público (da faixa de frequência) fica com a União, porém é permitida sua utilização por outrem, de forma não exclusiva e precária.

70. Na visão da Anatel, do MCom, de especialistas do setor e das próprias entidades privadas, não haveria interesse em as operadoras continuarem com a utilização dessas faixas em caráter secundário. Isso porque, uma vez que elas não terão a segurança jurídica para uso do bem público, o espectro fica sujeito a constantes interferências, seja por outras concessionárias, seja por rádio amadores, sem que as autorizadas possam proceder às respectivas remoções, tal qual ocorre quando lhes é autorizada a exploração em caráter primário. Logo, haveria chance de materialização dos riscos acima expostos em virtude da desutilização dessas frequências mais baixas.

71. Passo agora à análise da similitude do caso em tela com outros setores da infraestrutura.

IV.2. DA SIMILITUDE COM OUTROS SETORES DA INFRAESTRUTURA

72. Conforme detalhei no início desta seção, para reforçar suas conclusões, a SeinfraCom fez analogia da matéria aqui tratada com outros setores da infraestrutura, notadamente com os contratos de arrendamento portuário e com os contratos de ferrovias.

73. No setor portuário, o Decreto 9.048/2017 previa que todos os **contratos de arrendamento portuário** vigentes, mesmo que já tivessem sido prorrogados pela única vez possível, poderiam ser adaptados, de modo a poderem ser prorrogados novamente até o total de setenta anos. Contudo, por meio do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, o TCU entendeu que a aplicação dessa nova prorrogação aos contratos vigentes não seria juridicamente possível.

74. No caso das **prorrogações antecipadas das ferrovias** com base na Lei 13.448/2017, tanto o TCU quanto o STF não identificaram ilegalidade ou inconstitucionalidade na prorrogação em si, desde que fossem atendidos os requisitos exigidos pela legislação, uma vez que nos contratos já havia previsão legal expressa dessa prorrogação (Acórdãos 2.876/2019-TCU-Plenário, de minha relatoria, e 1.946/2020-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas).

75. Na visão da área técnica especializado do TCU, ao presente caso deve ser dado o mesmo tratamento dado aos contratos de arrendamento portuário, ou seja, deve-se fixar entendimento de que não é possível a prorrogação sucessiva de contratos já celebrados, uma vez que suas cláusulas somente admitem uma única prorrogação, tal qual previa a Lei Geral de Telecomunicações à época da celebração desses instrumentos.

76. Ainda de acordo com a unidade técnica, haveria o risco indesejável de que, caso fossem autorizadas prorrogações sucessivas nas outorgas de radiofrequência, tal prática poderia acabar sendo refletida em outros setores, como rodovias, portos, ferrovias etc.

77. Com as devidas vênias à equipe da SeinfraCom, entendo que as outorgas de radiofrequência se diferem, em muito, da realidade dos cases aos quais foram feitas as comparações.

78. No caso do arrendamento portuário, das ferrovias e dos demais setores da infraestrutura, os contratos de concessão fixam condições para a prestação de serviços de natureza pública, remunerados por tarifa. A concorrência entre concessionárias é em boa medida limitada, já que o usuário depende da localização física e instalações do bem público concedido (por exemplo, do percurso da rodovia/ferrovia; da localização do porto, das suas instalações para fazer a carga/descarga da mercadoria e da sua interconexão com outros modais de modo a possibilitar o transporte de mercadorias até seu destino). Não há nestes setores uma quantidade de concessionários em igualdade de condições para que os usuários escolham livremente qual utilizar.

79. Em adição, na ocasião da celebração dos respectivos contratos de concessão, as partes fixam o equilíbrio econômico-financeiro que vai reger o ajuste. Qualquer alteração nas condições dos serviços deve ser consensuada e precedida de correspondente aditamento contratual para a manutenção da equação econômica inicialmente pactuada.

80. Já nas autorizações de outorgas de radiofrequência não há regime contratual, mas sim, como o próprio nome diz, autorizatório. Por meio dela, o Poder Concedente autoriza concessionárias a prestar serviços de natureza privada (no caso, telefonia celular móvel) e fomenta a concorrência entre mais de uma operadora em uma mesma localidade. Tal diferenciação consta explícita no art. 126 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), senão vejamos:

Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

81. Não é fixado, nessas autorizações, qualquer equação econômico-financeiro a ser mantida ao longo da sua vigência. Ao contrário disso, as condições para a prestação dos serviços são dinâmicas, alteradas a qualquer momento pelo órgão regulador, quantas vezes se considerar necessárias, independentemente de anuência da concessionária e sem que isso dê ensejo a qualquer modificação de valores a serem devidos pelas partes, pois, como dito, não há que se falar em manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em autorizações de outorgas de frequência.

82. Transcrevo, na sequência, o dispositivo da LGT que traz explicitamente essa previsão:
Art. 130. A prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação.
Parágrafo único. As normas concederão prazos suficientes para adaptação aos novos condicionamentos.
83. Depreende-se do dispositivo acima que a única condição necessária para o órgão regulador proceder a eventuais alterações é garantir prazos suficientes para que as concessionárias possam se adaptar às novas condições exigidas.
84. Outrossim, diferentemente dos contratos de concessão, as autorizações de outorga de radiofrequência não regulam direitos e obrigações em sentido amplo, pois a gestão do bem público (espectro de frequência) permanece sob responsabilidade da agência reguladora, podendo esta, inclusive, vir a autorizar o seu uso em determinada localidade por terceiros. Cito, nesse sentido, casos em que a frequência não for explorada pela concessionária, podendo a Anatel autorizar seu uso por outra concessionária, em caráter secundário.
85. Ademais, diferentemente de contratos de concessão dos demais setores da infraestrutura, nos termos de autorização não é disciplinada a forma de prestação dos serviços de telefonia, pois, dada a sua natureza privada, sua regulação é feita pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil.
86. Outra relevante distinção entre as autorizações de outorgas e os contratos de concessão de outros setores da infraestrutura é que, enquanto nestes são previstos gatilhos para novos investimentos em função do nível de serviço verificado, naqueles (autorização de outorgas), dadas as suas peculiaridades, não é aplicável essa forma de investimento.
87. Pelas razões que demonstrei acima, entendo que não é cabível a analogia feita pela SeinfraCom, quando alega que existiria semelhança com os contratos de arrendamento portuário e, menos ainda, com prorrogações antecipadas de ferrovias, já que nestas o que se discute, em essência, é a vantajosidade de fazer a prorrogação do contrato antes do final da vigência com vistas a antecipar a realização de investimentos no setor.
88. Pelos mesmos motivos, também não vejo possíveis reflexos da presente decisão a outras áreas da infraestrutura. Corrobora minha conclusão o fato de o presente setor possuir marco regulatório próprio – qual seja, a Lei Geral de Telecomunicações – haja vista todas as suas inúmeras especificidades.
89. Passo agora à análise da interpretação da lei em sentido estrito.

IV.3. DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

90. Consoante dito anteriormente neste voto, as modificações introduzidas no art. 167 da LGT pela Lei 13.879/2019 possibilitou a prorrogação sucessiva das autorizações de outorga de radiofrequência. No entanto, o legislador não explicitou a possibilidade ou não da sua aplicação para as autorizações que já estavam vigentes à época.
91. Para melhor compreensão, transcrevo a seguir a mencionada modificação:
~~Art. 167. No caso de serviços autorizados, o prazo de vigência será de até vinte anos, prorrogável uma única vez por igual período. (redação original)~~
Art. 167. No caso de serviços autorizados, o prazo de vigência será de até 20 (vinte) anos, prorrogável por iguais períodos, sendo necessário que a autorizada tenha cumprido as obrigações já assumidas e manifeste prévio e expresso interesse. (Redação dada pela Lei nº 13.879, de 2019)
92. Assim, restaria a seguinte dúvida: as prorrogações sucessivas poderiam ser aplicáveis às autorizações até então concedidas ou seriam aplicáveis apenas às autorizações decorrentes de futuros procedimentos licitatórios, ou seja, a partir do leilão do 5G?

93. A SeinfraCom defendeu que tal possibilidade somente poderia ser aplicável às futuras autorizações de outorga que viessem a ser concedidas, pois, caso fosse implementada aos termos de autorização vigentes, estar-se-ia retroagindo os efeitos da lei, o que não seria possível juridicamente, além de estar infringindo os princípios do dever de licitar, da isonomia, da legalidade, da segurança jurídica e do *pacta sunt servanda*.

94. Com as vênias de estilo, não me parece haver retroação de lei ao aplicar seus dispositivos a termos ainda válidos, como tem feito a Anatel nas autorizações das outorgas das bandas A e B. *In casu*, trata-se tão somente de formalizar termo aditivo para ajustar eventuais cláusulas às novas disposições legais introduzidas na LGT em 2019.

95. A meu ver, a retroação seria caracterizada se fosse aplicada para produzir efeitos a termos de autorizações já vencidos. Nesse caso, estar-se-ia ressuscitando um ato jurídico perfeito, ou seja, uma autorização já consumada segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Tal retroação, para alcançar atos já expirados, em regra, não seria admissível pelo ordenamento jurídico pátrio.

96. Também não vejo afronta aos princípios a que a administração pública está submetida. No caso do princípio da isonomia, a disputa licitatória original ocorreu à luz das regras vigentes à época, num cenário de simetria de informações entre as licitantes interessadas.

97. A nova possibilidade de prorrogação trazida pela lei não constitui qualquer garantia ou direito adquirido pela autorizatária e, assim, não tem o condão de impactar nas condições originais da época da licitação.

98. Especificamente em relação ao princípio do *pacta sunt servanda*, mencionado pela unidade técnica, entendo não haver relação com a presente matéria.

99. Tal termo advém do latim e significa que os “pactos devem ser cumpridos”. Representa, portanto, o princípio da força obrigatória dos contratos, que diz que o contrato obriga seu cumprimento. Porém, em nenhum momento nestes autos está se avaliando eventual descumprimento da execução contratual, mas tão somente se é possível ou não aplicar a nova disposição legal às autorizações de radiofrequência já concedidas.

100. Também não vislumbro afronta aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, pois a prorrogação possui previsão na lei e sua efetivação depende de interesse de ambas as partes, Poder Público e autorizatária, devendo-se atender a algumas condicionantes que serão analisadas em mais detalhes nas seções seguintes deste voto. Oras, se decorre justamente da previsão em lei e é feito em comum acordo, não vejo como sustentar que haja afronta a esses princípios.

101. Quanto ao dever de licitar, destaco que qualquer prorrogação deve ser vista como excepcionalização desse princípio e ser devidamente justificada antes de ser formalizada. Adentra-se aqui nas análises para a formalização [ou não] da prorrogação, a qual é objeto de análise nos tópicos V e VI deste voto.

102. Por último, analisando a matéria sob a ótica da intenção do legislador (*mens legis*), não me parece razoável supor que, às vésperas do vencimento de inúmeras autorizações de outorga das bandas A e B, o Congresso Nacional tenha aprovado uma legislação para ter aplicabilidade somente daqui a 30 ou 40 anos, nos idos de 2050, ocasião em que as autorizações de outorga do 5G (firmadas posteriores à Lei 13.879/2019) estarão em vias do seu segundo vencimento.

103. Concluídas as análises sob esses três prismas, apresento, na sequência, minhas conclusões sobre a matéria.

IV.4. CONCLUSÃO

104. De plano, esclareço que a análise realizada pela unidade técnica não se confunde com o controle da legalidade do art. 167 da LGT. Nesta ocasião, a SeinfraCom avaliou a possibilidade de aplicação imediata às autorizações celebradas na década de 90, relativa às bandas A e B.

105. A área técnica firmou entendimento que sua aplicação seria restrita às autorizações de outorga que forem concedidas após a Lei 13.879/2019 (5G em diante) e, dessa forma, propõe determinar a anulação dos termos de autorização de uso das bandas A e B que tiveram sua segunda prorrogação já concedida e dar ciência à Anatel de que a formalização de tais alterações (segunda prorrogação das autorizações) nos termos de autorização concedidos anteriormente a 2019 (bandas A, B, 2G, 3G e 4G) viola o art. 167 da LGT, bem como cláusulas contratuais e editalícias, ferindo princípios como os da legalidade, do *pacta sunt servanda* e da segurança jurídica.

106. Conforme detalhei anteriormente, há riscos que podem se materializar caso esse encaminhamento proposto pela SeinfraCom fosse levado adiante, gerando impactos negativos no uso do serviço móvel celular em toda a sociedade (seção IV.1).

107. Sob o aspecto técnico, diferentemente da área especializada do TCU, não considero que sua aplicação imediata às autorizações ainda vigentes represente retroatividade da lei, tampouco que infrinja princípios basilares da administração pública (seção IV.3).

108. Igualmente, não vislumbro semelhança nem reflexos da matéria aqui tratada em outros setores da infraestrutura, dadas as inúmeras particularidades existentes no setor de telecomunicações que, não por outra razão, possui seu próprio marco regulatório, a saber, a LGT (seção IV.2).

109. Friso, uma vez mais, que a inclusão de cláusula prevendo a possibilidade de prorrogações sucessivas não é garantia nem gera direito adquirido pela concessionária a perpetuar sua autorização.

110. Como cediço, a regra geral prevista na Constituição Federal de 88 é a licitação. Qualquer prorrogação contratual deve ser vista como exceção a essa regra e, por conseguinte, sua formalização depende da demonstração inequívoca do interesse público, assunto que é tratado nas próximas seções deste voto.

111. Sendo assim, deixo de acompanhar os encaminhamentos sugeridos pela unidade técnica, pois considero que é possível a aplicabilidade do art. 167 da LGT às autorizações vigentes anteriormente à Lei 13.879/2019. Porém, a prorrogação dessas autorizações somente pode ser efetivada desde que demonstrado inequivocamente o interesse público e atendidas as condicionantes previstas em regulamentação específica, as quais analiso na sequência deste voto.

V. DOS CRITÉRIOS TÉCNICOS AVALIADOS PELA ANATEL PARA PRORROGAÇÃO DAS AUTORIZAÇÕES

112. Na presente seção, abordo os critérios avaliados pela Anatel nas prorrogações já realizadas, os quais afetam diretamente o interesse público da decisão de prorrogar uma autorização de uso de radiofrequência.

113. Em decorrência das análises realizadas, a SeinfraCom constatou que o atual arcabouço normativo infralegal da agência não engloba todos os aspectos previstos nos art. 167, **caput** e §§ 2º e 3º da LGT, com a redação dada pela Lei 13.879/2019, e do art. 12 do Decreto 10.402/2020, quais sejam (negritos acrescentados):

LGT:

Art. 167. No caso de serviços autorizados, o prazo de vigência será de até 20 (vinte) anos, prorrogável por iguais períodos, **sendo necessário que a autorizada tenha cumprido as obrigações já assumidas** e manifeste prévio e expresso interesse.

(...)

§ 2º O indeferimento somente ocorrerá se o interessado não estiver **fazendo uso racional e adequado da radiofrequência**, se houver **cometido infrações reiteradas** em suas atividades ou **se for necessária a modificação de destinação do uso da radiofrequência**.

§ 3º Na prorrogação prevista no **caput**, **deverão ser estabelecidos compromissos de investimento(...)**.
Decreto 10.402/2020:

Art. 12. No exame dos pedidos de prorrogação de outorgas regidos pelo disposto nos art. 99, art. 167 e art. 172 da Lei nº 9.472, de 1997, inclusive aquelas vigentes na data de publicação da Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019, ainda que já tenham sido objeto de prorrogação, a Anatel considerará:

I - a expressa e prévia manifestação de interesse por parte do detentor da outorga;

II - **o cumprimento de obrigações já assumidas;**

III - **aspectos concorrenciais;**

IV - **o uso eficiente de recursos escassos;** e

V - **o atendimento ao interesse público.**

114. A partir do arcabouço legal acima transcrito, podemos agrupar as exigências legais a serem avaliadas para justificar a prorrogação de outorgas de radiofrequência em 5 (cinco) macro critérios. São eles:

114.1. Eventual necessidade de modificação da destinação do uso da frequência;

114.2. Uso racional e adequado da frequência, bem como eficiência do seu uso;

114.3. Cumprimento de obrigações contratuais já assumidas;

114.4. Aspectos concorrenciais; e

114.5. Atendimento ao interesse público e novos compromissos de investimento.

115. Abordo, na sequência, as análises da SeinfraCom sobre cada um desses cinco critérios acima, com minhas respectivas considerações.

V.1. DAS MODIFICAÇÕES DE DESTINAÇÃO DO USO DA FREQUÊNCIA

116. O **primeiro critério** verificado pela unidade técnica diz respeito à avaliação, da agência, quanto a eventuais **modificações de destinação do uso da frequência** (art. 167, § 2º, da LGT). Devido ao dinamismo do setor e evolução das tecnologias, principalmente na telefonia móvel, são frequentes as reorganizações do uso do espectro (**refarming**) e realocações de frequência para outros serviços, como foi o caso do leilão de 700 MHz que substitui o serviço de TV analógica pela telefonia móvel.

117. A área técnica verificou que tal aspecto é objeto de análise pela agência reguladora, porém registrou preocupação com a necessidade de que a Anatel assegure, em seus normativos, a clareza das etapas e decisões administrativas que definem a modificação da destinação das faixas. Nada obstante, deixou de propor encaminhamentos a esse respeito

118. Alinho-me às conclusões da SeinfraCom e, igualmente, reputo desnecessária qualquer medida adicional a ser adotada por este Tribunal, dadas as particularidades e ao dinamismo tecnológico do setor, uma vez que a agência reguladora já está considerando esse aspecto para fins de avaliação das prorrogações de outorgas, como é o caso do pretenso **refarming** que está planejando fazer em 2028, o qual já detalhei em seções anteriores deste voto.

V.2. DO USO RACIONAL E ADEQUADO DA FREQUÊNCIA E EFICIÊNCIA DE SEU USO

119. O **segundo critério** verificado pela SeinfraCom trata **do uso racional e adequado da frequência e eficiência do uso desse recurso escasso** (art. 167, § 2º, da LGT e Decreto 10.402/2020, art. 12, inciso IV).

120. A unidade técnica verificou que a Anatel possui um Regulamento para Avaliação da Eficiência de Uso do Espectro (Resolução 548/2010), porém o normativo se limita a regulamentar a eficiência técnica das redes a partir do proveito da capacidade da frequência com relação à quantidade de informação transferida (art. 6º, inciso IV).

121. Na análise técnica da agência reguladora para fins de prorrogação das bandas A e B de uma operadora, os dados da Anatel sobre a eficiência de uso do espectro pela autorizada nas faixas de 800 MHz e de 1.800 MHz revelam que 34% dos municípios das regiões analisadas demonstravam tendência de aumento da eficiência de uso do espectro; 24% demonstravam queda de eficiência; 41% não se sabia, pois os dados não haviam sido informados ao órgão; e o restante, 1%, não sofreu variação (peça 164, p. 6).

122. Inobstante, os mecanismos utilizados pela Anatel atualmente em suas fiscalizações não permitiam visão detalhada e regionalizada sobre o uso efetivo e o tráfego real da faixa, sendo realizado controle voltado para a quantidade de estações licenciadas naquela frequência (sem saber o real uso dela) e para a capacidade de transmissão de dados da banda.

123. Na visão da área técnica do TCU, faz-se imprescindível o conhecimento dessas informações de uso e tráfego real, para, em conjunto com os demais dados já disponibilizados, avaliar a vantajosidade em prorrogar outorgas nas respectivas localidades.

124. Entretanto, a unidade especializada deixou de propor encaminhamentos a esse respeito, pois foi verificado que o aprimoramento dos processos de trabalho que avaliam a eficiência técnica do uso do espectro já estava previsto no planejamento da agência (peça 127, p. 5).

125. Outra fragilidade identificada pela SeinfraCom em relação à avaliação da eficiência do uso do espectro foi que os quesitos avaliados restringiam-se a aspectos técnicos, conquanto seria desejável que também considerassem parâmetros econômicos, sociais e de competição, a exemplo dos seguintes, dentre outros: (i) comparação entre os benefícios trazidos pela operadora ao prestar o serviço na faixa outorgada e o que poderia advir de benefícios se o uso daquele espectro fosse modificado; (ii) cumprimento da função social do ativo, ou seja, se o seu uso atual está compatível com as políticas públicas de telecomunicações, como a expansão de acesso a serviços e inclusão digital da população.

126. Para fundamentar sua conclusão, a unidade instrutora mencionou que a relevância de se considerar aspectos que vão além da questão técnica também foi apontada pela OCDE, em seu relatório sobre o setor de telecomunicações brasileiro, em que falou que “a gestão eficiente de espectro também envolve a correção de falhas de mercado, como a carência de competição” (peça 186, p. 45).

127. Diante disso, propõe recomendar à Anatel que avalie a conveniência e oportunidade de incluir critérios objetivos que englobem os aspectos referentes à eficiência econômica, social e competitiva no arcabouço normativo que regulamenta o uso eficiente do espectro, em especial nos dispositivos que tratam das análises a serem feitas sobre pedidos de prorrogação de outorgas.

128. **Passo a analisar.**

129. Como bem verificou a área técnica do TCU, a Anatel não possui, atualmente, um arcabouço de informações suficientes quanto ao uso e tráfego efetivo das frequências concedidas, devidamente regionalizadas, de modo a avaliar o uso racional da frequência e sua eficiência.

130. A própria Anatel já constatou a necessidade dessas informações, tanto que incluiu, em seu planejamento, o aprimoramento dos processos de trabalho que avaliam a eficiência técnica do uso do espectro. Por causa disso, a equipe de fiscalização deixou de propor encaminhamentos a respeito.

131. Com as devidas vênias à unidade técnica, mas, nada obstante a inclusão, no planejamento da agência, da revisão desses processos para avaliar a eficiência do uso do espectro, na prática, não há, ainda, nada concretizado.

132. O planejamento de qualquer órgão é uma peça suscetível a permanentes revisões, para inclusão e/ou exclusão de demandas, de acordo com outras prioridades que venham a ser identificadas internamente. Daí a importância de esta Corte de Contas reforçar esse quesito, por meio de recomendação.

133. De mais a mais, a unidade instrutora também apontou que, de acordo com as boas práticas internacionais, notadamente apontadas pela OCDE, seria desejável se fossem considerados parâmetros econômicos, sociais e de competição, a exemplo dos seguintes, dentre outros: comparação entre os benefícios trazidos pela operadora ao prestar o serviço na faixa outorgada e o que poderia advir de benefícios se o uso daquele espectro fosse modificado; cumprimento da função social do ativo, ou seja, se o seu uso atual está compatível com as políticas públicas de telecomunicações, como a expansão de acesso a serviços e inclusão digital da população.

134. Sendo assim, ante a fragilidade das análises verificadas, motivadas primeiramente pela ausência de informações mínimas necessárias e suficientes, considero pertinente recomendar à Anatel que (i) institua novos processos de trabalho e/ou aprimore os atualmente existentes, de modo a permitirem uma visão detalhada e regionalizada sobre o uso efetivo e o tráfego real de cada faixa de frequência, bem como (ii) inclua, nas avaliações de eficiência do uso do espectro, aspectos referentes à eficiência econômica, social e competitiva, sempre que cabível, conforme sugere o **benchmarking** internacional acerca da matéria.

V.3. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS JÁ ASSUMIDAS

135. O **terceiro critério** verificado pela SeinfraCom versa sobre o **cumprimento de obrigações contratuais e não cometimento de infrações reiteradas** das atuais concessionárias (art. 167, *caput* e §§ 2º e 3º, da LGT e art. 12, inciso II, do Decreto 10.402/2020).

136. Em relação a esse critério, a unidade técnica especializada do TCU verificou que, nas prorrogações da Banda A e B, a Anatel realizou apenas um levantamento de quantos registros de sanção e processos disciplinares transitados em julgado a operadora tinha, sem listar os que não se encontravam nessa situação, e fez uma breve conclusão de que não teria sido encontrado “o cometimento relevante de infrações reiteradas que justifiquem óbice ao prosseguimento do presente pedido de prorrogação” (peça 163, p. 10-11).

137. Na mesma análise, fez-se um levantamento dos processos disciplinares de compromissos oriundos de editais que apontou que, para as demais faixas de frequência, há dezenove processos que resultam em valores milionários (peças 191 e 167) e que ainda estão pendentes de conclusão, sendo que alguns indicam que foi aplicada sanção por infração da operadora.

138. Assim, na opinião da equipe de fiscalização do TCU, as conclusões da agência reguladora quanto ao cumprimento de obrigações contratuais não estão devidamente fundamentadas, o que representa fragilidade que pode ser resultante da falta de estabelecimento de critérios pela Anatel.

139. Entende a equipe que, diante do amplo universo de compromissos e obrigações, deveriam estar claros e objetivos os critérios a serem utilizados pela Anatel para avaliar se as empresas cumpriram ou não suas obrigações e se as sanções foram devidamente tratadas por elas.

140. Ao ser questionada a respeito, a agência ratificou que tais critérios não estão atualmente regulamentados (peça 127).

141. Destarte, a SeinfraCom propõe recomendar que a agência deixe claro, em seu arcabouço normativo, critérios objetivos para avaliar, na prorrogação de outorgas, o efetivo cumprimento de obrigações e o não cometimento de infrações reiteradas pela operadora solicitante, sem prejuízo de os

casos concretos dos pedidos de prorrogação de cada um dos termos a ser discutido na Anatel sejam analisados oportunamente pelo TCU, em processos específicos a ser autuado conforme rito estabelecido pela IN-TCU 81/2018.

142. **Passo a analisar.**

143. Concordo com a SeinfraCom quanto à fragilidade das análises realizadas pela Anatel. Certamente, não basta apenas listar as infrações cometidas, é necessária uma avaliação crítica destas, quanto ao adequado cumprimento das obrigações contratuais e do não cometimento de infrações reiteradas.

144. Ao deixar de realizar essa avaliação, a agência não atendeu, nas análises das prorrogações das Bandas A e B, aos art. 167, *caput* e §§ 2º e 3º, da LGT e art. 12, inciso II, do Decreto 10.402/2020.

145. Outro ponto a meu ver relevante, porém não avaliado pela unidade técnica do TCU, diz respeito à liquidação, pelas operadoras, das sanções aplicadas. Em qualquer área da infraestrutura, por exemplo, o setor ferroviário, a diretriz adotada por esta Corte de Contas tem sido no sentido da necessária quitação dos valores pendentes previamente à eventual prorrogação do contrato (Acórdãos 2.876/2019-TCU-Plenário, de minha relatoria, e 1.946/2020-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas).

146. Oras, não me parece razoável que a concessionária em dívida com o Poder Concedente, ainda assim, seja beneficiada com a prorrogação de seu contrato sem a devida quitação de seus pagamentos pendentes, nele contemplados as multas e demais danos porventura existentes no âmbito da respectiva autorização.

147. Dessa forma, em relação às análises acerca do cumprimento das obrigações contratuais, além de anuir ao encaminhamento proposto pela unidade técnica, com pequenos ajustes em sua redação, reputo oportuno recomendar que a agência obtenha da concessionária, previamente à eventual prorrogação de sua autorização, a necessária quitação das multas e a correspondente reparação dos danos referentes a todos os processos administrativos sancionatórios aplicados pelo regulador em relação à referida faixa de frequência.

148. Na mesma linha, havendo valores questionados em juízo, deve a agência proceder ao devido encontro de contas, para evitar o risco de judicialização dos valores com a finalidade tão somente de postergar seus respectivos pagamentos.

149. Nesse sentido, recomendo, ainda, que a Anatel providencie, previamente à prorrogação das autorizações, o encontro de contas para as ações judiciais da respectiva concessionária em andamento contra a União e obtenha sua manifestação favorável, junto aos órgãos competentes a fim de, posteriormente, ser submetido cada processo judicial à devida homologação.

V.4. DOS ASPECTOS CONCORRENCIAIS

150. O **quarto critério** avaliado pela SeinfraCom aborda os **aspectos concorrenciais** (Decreto 10.402/2020, art. 12, inciso III), ou seja, o eventual impacto da ausência de concorrência ao se optar pela prorrogação da autorização.

151. A unidade técnica do TCU verificou que, nas prorrogações da Banda A e B, a Anatel realizou análise sucinta com as seguintes conclusões: “não vislumbra a possibilidade de alterações no ambiente competitivo no mercado (...) uma vez que a [operadora] já detém autorização para explorar o SMP nos municípios (...)”; “os pedidos de prorrogação (...) não implicam em qualquer tipo de concentração de mercado (...) porque não há qualquer alteração no *market share* da [empresa]” e “por não resultar na entrada de um novo competidor”; logo “não acarreta alterações no quantitativo de espectro detido” pela autorizada (peça 170).

152. De outro modo, a equipe de fiscalização do TCU considerou que as análises deveriam ter sido mais abrangentes. Nesse sentido, far-se-ia necessário que a Anatel avaliasse o cenário macro da concorrência e o que planeja para o espectro de frequência no futuro, verificando se a prorrogação daquela autorização não resulta em uma desequilibrada concentração de mercado para as operadoras já existentes, favorecendo indevidamente uma situação de concorrência imperfeita, em que uma ou poucas empresas passam a ter influência dominante sobre os preços e condições do mercado (oligopólio).

153. Mencionou que a mesma preocupação com o tema foi exposta à Anatel pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que, ao avaliar o regulamento de espectro da agência, destacou que, nas prorrogações de outorgas de frequência, a análise de competição pela Anatel deve ir além da atuação da empresa, contemplando uma análise do setor e mercado como um todo (peça 172, p. 9).

154. Adicionou que, da mesma forma, a OCDE também ressaltou que a possibilidade de prorrogações sucessivas traz riscos às dinâmicas competitivas do mercado, o que exige maior cautela por parte da agência reguladora ao avaliar os pedidos de prorrogação, devendo ser considerados aspectos como se a decisão limita a entrada de novos atores, se estão sendo corrigidas falhas de mercado e se a decisão não gera carência de competição.

155. Ao final, a SeinfraCom concluiu que a análise realizada não se encontra aderente ao conteúdo do art. 12 do Decreto 10.402/2020, razão pela qual propõe recomendar que a agência esclareça, em seu arcabouço normativo, critérios objetivos para avaliar, na prorrogação de outorgas, os aspectos concorrenciais relacionados não apenas ao contexto da autorizada e ao impacto da prorrogação sobre seu mercado, mas também ao cenário macro da concorrência no setor e ao que se vislumbra de estratégia de disponibilização do espectro de frequência a agentes privados, deixando evidente o seu direito de indeferir a prorrogação devido ao risco de falhas de mercado.

156. **Passo a analisar.**

157. Talvez o ponto mais sensível a ser avaliado para definir a vantajosidade de se prorrogar uma autorização ou fazer licitação sejam os aspectos concorrenciais.

158. Em síntese, a Anatel considerou que, por se tratar de prorrogação com a mesma concessionária, não haveria impactos concorrenciais. Tal análise passa longe do minimamente esperado sobre o assunto.

159. Em verdade, o que se busca é avaliar qual o possível prejuízo concorrencial em prorrogar a autorização, em detrimento de uma nova licitação, em que se poderia obter novos autorizatários, aumentando a quantidade de players do mercado, o que se reverte em benefícios à sociedade e ao Poder Concedente. Ou seja, é imprescindível uma análise mercadológica para avaliar possíveis licitantes interessados e ter a real dimensão do impacto na concorrência.

160. Conforme informou a SeinfraCom, mesmo nos demais países em que é possível a prorrogação, diversos deles preveem que, antes de prorrogar, deve ser feito processo concorrencial que assegure que não há outros interessados na faixa, como “seleção comparativa”, “novo leilão” e “ausência de pedidos de licenças iniciais mutuamente exclusivas”. Nada disso foi feito pela Anatel, para subsidiar a decisão de prorrogar as outorgas das bandas A e B diretamente às atuais operadoras (Acórdão Anatel 510/2020).

161. Ressalta-se que a própria OCDE sugere a realização de edital de chamamento público, antes de promover qualquer prorrogação, para manifestação de interesse de uso daquela faixa de frequência por outras possíveis prestadoras interessadas. Trata-se de mecanismo que traz maior transparência e isonomia ao processo de avaliação de pedidos de prorrogação, pois capta o interesse das operadoras em relação à respectiva faixa de frequência.

162. Na mesma linha, o Cade destaca que, nas prorrogações de outorgas de frequência, a análise de competição pela Anatel deve ir além da atuação da empresa, contemplando uma análise do setor e mercado como um todo (peça 162, p. 5).

163. Com isso, se for identificado grande interesse de operadoras e novas entrantes em uma dada faixa de frequência, significa que o respectivo bem público é cobiçado pelo mercado. Logo, a realização de licitação poderia trazer mais vantagens à sociedade, seja pelo maior preço de outorga (que pode se reverter em mais investimentos no setor), seja por outros benefícios, por exemplo, redução de tarifas aos usuários/consumidores. Por outro lado, caso não se identifiquem novos interessados, há ali um indicativo de menor prejuízo à competitividade.

164. Assim, acompanho, com ajustes, a proposta de encaminhamento da unidade técnica, para recomendar que a agência institua controles internos adequados e suficientes para avaliar, na prorrogação de outorgas, os aspectos concorrenciais relacionados não apenas ao contexto da autorizatória, mas também ao cenário macro da concorrência no setor e ao que se vislumbra de estratégia de disponibilização do espectro de frequência a outros agentes privados, deixando evidente o seu direito de indeferir a prorrogação devido ao risco de falhas de mercado.

165. Complementarmente, reputo oportuno recomendar que a agência institua mecanismos para avaliar, junto ao mercado, o interesse de uso da faixa de frequência por outras potenciais prestadoras de serviço, conforme preconizam as boas práticas internacionais, com vistas a ter a real dimensão dos prejuízos concorrenciais ao se optar pela prorrogação de outorgas vigentes em detrimento de nova licitação pública.

V.5. DO ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO E NOVOS COMPROMISSOS DE INVESTIMENTO

166. O quinto e último critério avaliado diz respeito às análises da agência quanto ao atendimento ao interesse público (Decreto 10.402/2020, art. 12, inciso V).

167. Nesse ponto, a SeinfraCom se restringiu a ponderar que se trata de conceito amplo e, por isso, a sua delimitação depende do contexto em que as prorrogações de outorgas se inserem e dos normativos e leis vigentes. Dessa forma, o atendimento ao interesse público na decisão de se prorrogar uma autorização de uso de frequência dependeria do atendimento de todos os aspectos citados nas subseções anteriores, além de outros, em especial o alinhamento com a política pública e se o valor do ônus a ser cobrado pela prorrogação da autorização é justo e compatível com o valor do ativo no mercado, assunto este que abordo na próxima seção deste voto.

168. Em acréscimo, consignou que a possibilidade de prorrogações sucessivas não está prevista nos normativos atuais da agência. Pelo contrário, dado que preveem expressamente que só se pode prorrogar as outorgas somente uma única vez, conforme art. 98 da Resolução 65/1998 e art. 47, §1º, da Resolução 671/2016.

169. Diante disso, propõe-se recomendar à Anatel que, caso conclua pela possibilidade de se prorrogar mais de uma vez futuras outorgas de radiofrequência com base na Lei 13.879/2019, promova ajustes em seu arcabouço normativo de modo a refletir tal entendimento, atualizando a Resolução Anatel 65/1998 e a Resolução Anatel 671/2016, além de demais normativos que, porventura, também tratem do tema.

170. Passo a analisar.

171. Acompanho o encaminhamento sugerido pela SeinfraCom, para recomendar que a Anatel adequar seus normativos para refletir a previsão do art. 167 da LGT.

172. Outrossim, concordo com as conclusões da unidade técnica de que o interesse público se trata de conceito amplo. Sem embargo, para que seja adotada a opção da prorrogação em vez do dever de

licitar uma autorização faz-se imprescindível a avaliação da sua vantajosidade sob a perspectiva da sociedade.

173. Nesse sentido, é dever da agência reguladora utilizar o momento próximo à vigência para avaliar se permanecem vantajosas as metas as quais as concessionárias se comprometeram na ocasião da licitação das respectivas autorizações.

174. A análise da prorrogação da vigência da autorização é, portanto, um momento ímpar para revisar as metas das concessionárias e incluir novas, que melhor atendam ao interesse da sociedade, por exemplo, metas para melhoria de infraestrutura de dados; metas para aumento de regiões atendidas; metas de tecnologias a serem disponibilizadas; metas tarifárias e/ou outras que se revelarem pertinentes ao caso concreto.

175. A mera extensão do prazo sem a atualização das metas da concessionária afronta o interesse público, na medida em que apenas a autorizatória auferirá benefícios (maior prazo para continuidade da exploração dos serviços móvel celular).

176. Sabe-se que, qualquer que seja o instrumento de concessão de bem ou serviço público (autorização ou contrato), a quantidade de investimentos a serem exigidos da autorizatória/contratada é diretamente proporcional ao valor do bem concedido. Daí a importância da definição do valor de outorga, assunto tratado na seção seguinte deste voto.

177. Sendo assim, reputo pertinente recomendar à Anatel que incorpore nas avaliações atinentes ao interesse público das prorrogações, a necessidade de atualização e/ou inclusão de novas metas que melhor atendam ao interesse da sociedade, seja para melhoria de infraestrutura, seja para redução do preço do serviço prestado, como condição a ser atendida pelas concessionárias caso haja a extensão do prazo da vigência da sua respectiva autorização.

VI. DA METODOLOGIA ADOTADA PELA ANATEL PARA O CÁLCULO DOS VALORES DEVIDOS DAS OUTORGAS NAS PRORROGAÇÕES

178. A LGT prevê, em seu art. 167, § 1º, que a prorrogação de autorizações de uso de radiofrequência seja feita em caráter oneroso.

179. Além disso, após a Lei 13.879/2019, o art. 167, § 3º, da LGT passou a prever que fossem “estabelecidos compromissos de investimento, conforme diretrizes do Poder Executivo, alternativamente ao pagamento de todo ou de parte do valor do preço público devido pela prorrogação”.

180. Outra questão trazida pelas alterações na LGT (art. 163, § 4º) foi a possibilidade de transferência de autorizações de uso de frequências entre as operadoras em um mercado secundário. Uma vez outorgada a faixa a uma operadora, seja por licitação nova ou por prorrogação de autorização, a empresa poderá revender esse espectro e buscar rentabilidade nesse processo. Com isso, uma vez outorgada a frequência, o poder público deixa de ser o protagonista da sua gestão e de seus benefícios econômicos, que passarão à empresa privada detentora da faixa. Assim, é fundamental que a Anatel calcule o valor econômico da faixa com maior nível de precisão possível.

181. Ao analisar as prorrogações realizadas no novo contexto da Lei 13.879/2019, a SeinfraCom constatou que, no caso concreto ocorrido após a publicação da referida lei, Acórdão Anatel 510/2020, a agência estabeleceu como diretriz a adoção de metodologia de cálculo de valor de outorga em consonância com a jurisprudência do TCU em outros setores da infraestrutura.

182. Assim, tal decisão do Conselho Diretor do órgão considerou a metodologia de cálculo baseada em fluxo de caixa e valor presente líquido (VPL), distinta, portanto, das duas historicamente empregadas pela agência, a saber:

182.1. Metodologia do ônus de 2%: utilizada em prorrogações anteriores, consiste em pagar, a cada biênio, durante o período de prorrogação, ônus correspondente a 2% da receita do SMP do ano anterior ao do pagamento, líquida de impostos e contribuições sociais incidentes, sendo que, no último ano da concessão (15º ano), a empresa deve pagar 1% de sua receita do ano anterior; ou

182.2. Metodologia do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (RPPDUR): proposta pela área técnica da Anatel, é regulamentada pela Resolução Anatel 695/2018 e trata de cálculo de outorga de uso de radiofrequência em que o valor da prorrogação seria resultado da multiplicação da receita da empresa com um fator de proporcionalidade que visa ponderar a representatividade da faixa prorrogada com relação às demais faixas que a operadora detém.

183. Embora a referida decisão tenha sido aderente ao ordenamento jurídico, a equipe de fiscalização do TCU observou uma tendência da agência reguladora em mudar tal metodologia. Verificou-se que as operadoras têm pleiteado adotar a metodologia do RPPDUR ou a metodologia de ônus de 2% da receita, em detrimento da atualmente empregada (conforme recurso ao Acórdão Anatel 510/2020).

184. Com base nesse cenário, a equipe de fiscalização mapeou problemas e riscos atrelados à cada metodologia, com vistas a prevenir a ocorrência de eventuais irregularidades.

185. A unidade técnica do TCU esclareceu que tanto a metodologia do ônus de 2%, como do RPPDUR, segue a mesma lógica de cálculo, que se baseia em um percentual da receita da operadora.

186. No caso da primeira (**metodologia do ônus de 2%**), a equipe de fiscalização apontou que tem sido objeto de inúmeros conflitos técnico-jurídicos entre Anatel e as operadoras, em razão, principalmente, dos motivos que consolido a seguir:

186.1. Recorrentes discordâncias sobre a abrangência e o tipo de dados que deveriam ser considerados na composição da receita a ser utilizada no cálculo do ônus, por exemplo, se seriam consideradas as receitas geradas por todas as faixas de frequência da prestadora, ou se deveria ser considerada apenas a receita gerada pela faixa objeto da prorrogação, ou se o ônus deveria ser segregado por radiofrequência;

186.2. Necessidade de maior clareza ou detalhamento dos critérios de base do cálculo, inclusive falhas conceituais na fórmula, que não considera a valoração econômica efetiva do ativo;

186.3. Limitações técnicas operacionais da agência para extrair dados reais de receita segregados por faixas de radiofrequências, resultante da própria assimetria regulatória.

187. Pelas razões acima, os conflitos, dúvidas e diversas possíveis interpretações acerca do cálculo do método do ônus de 2% têm ensejado embates administrativos e judiciais, que têm prejudicada e retardada a auferição das receitas devidas pelo regulador.

188. Além dos riscos acima, a área técnica do TCU consignou que, para fins das novas prorrogações das Bandas A e B, a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE) considerou inaplicável a metodologia do ônus de 2%, por já ter sido utilizada na ocasião da primeira prorrogação.

189. Em relação à segunda **metodologia (RPPDUR)**, trata-se de uma fórmula um pouco mais simples para calcular o valor do ônus. Apesar de estar regulamentada pela Resolução Anatel 695/2018, ela nunca foi efetivamente utilizada. Todavia, tendo em vista que também tem como base incidir percentualmente sobre a receita da operadora, a equipe de fiscalização do TCU ressaltou as mesmas fragilidades apontadas na metodologia do ônus 2%.

190. Tal situação pode gerar insegurança jurídica na aplicação do regulamento e sucessivos questionamentos administrativos e judiciais pelas prestadoras, assim como tem se verificado com a metodologia do ônus do 2%.

191. Ademais, a unidade técnica registrou que a inadequação do uso do PPDUR em valoração de outorgas relevantes também já foi enfatizada diversas vezes pela Procuradoria junto à Anatel (PFE), em, pelo menos, nove pareceres emitidos entre 2009 e 2020 (Pareceres 232/2009, 1.002/2009,

00691/2016, 01130/2017, 359/2010, 1.085/2010, 490/2011, 10/2014 e 551/2020 PFS/PGF/PFE-ANATEL).

192. Em que pese toda a análise realizada e os riscos identificados em cada metodologia, a SeinfraCom deixou de propor encaminhamentos a respeito.

193. **Passo a analisar.**

194. Primeiramente, ressalto que a análise realizada pela SeinfraCom em nenhum momento pretendeu substituir o papel do gestor para definir um ou outro método que deve ser empregado no cálculo das prorrogações. Não se está adentrando, assim, no campo discricionário do gestor. Porém é papel do controle externo alertar sobre os riscos identificados em cada metodologia.

195. Conforme bem verificou a unidade técnica, para as segundas prorrogações das autorizações das Bandas A e B, a Anatel utilizou o método do Fluxo de Caixa e cálculo do Valor Presente Líquido (VPL). Tal metodologia é amplamente utilizada para cálculo de outorgas nas concessões de praticamente todas as demais áreas da infraestrutura.

196. Apesar das dificuldades de previsão e incertezas do fluxo de caixa no longo prazo, especialmente do que diz respeito à estimativa das receitas, a metodologia considera o montante de investimentos previstos (Capex), o valor econômico dos bens concedidos, o risco do negócio, os custos operacionais (Opex), dentre outras variáveis. Pela sua abrangência e completude, seu emprego já está consagrado também pela jurisprudência deste Tribunal.

197. Para reduzir as incertezas quanto às receitas, o Governo tem adotado a prática de incluir uma parcela variável em função do faturamento da concessionária, além de um valor fixo de outorga. Tal modelagem tem sido empregada tanto em novas concessões como em prorrogações de contratos de concessão das áreas de ferrovias, rodovias e aeroportos.

198. Entretanto, a SeinfraCom apontou iniciativas de alteração da metodologia então empregada (fluxo de caixa e VPL), por outras metodologias anteriormente utilizadas pela Anatel (ônus de 2% ou RPPDUR).

199. A área técnica do TCU consignou que, no histórico da agência reguladora, tais metodologias se revelaram eivadas de fragilidades.

200. Primeiro por causa da ausência de consenso quanto ao que deveria ser considerado como receita. Tais conflitos têm gerado diversos questionamentos administrativos e judicialização, com notórios prejuízos à Anatel, que vê seus pagamentos pendentes enquanto não forem concluídos os respectivos processos.

201. Além disso, existe assimetria de informações, o que dificulta o órgão regulador avaliar a exatidão dos valores das receitas informadas pelas concessionárias.

202. Outra relevante fragilidade identificada diz respeito à ausência de consideração do valor econômico do bem concedido. Ambas as fórmulas, da metodologia do ônus de 2% e do RPPDUR, deixam de considerar aspectos essenciais para se obter o valor justo e de mercado da faixa, como investimentos, demandas, receitas e custos operacionais, entre outros parâmetros que avaliam a atratividade econômica. Com isso, uma concessionária pode, ao prorrogar sua autorização, continuar explorando um bem público de enorme valor econômico, sem pagar ao Poder Público a justa remuneração por isso.

203. Ademais, por basearem o valor da outorga tão somente na receita da concessionária, não há incentivos para aumentar a eficiência na utilização das faixas de frequências concedidas. Pode haver, na verdade, um efeito contrário, pois, quanto menor o uso da frequência, menos a concessionária pagará ao concedente. Em uma situação extrema, a concessionária que possuir a autorização de determinada frequência e não a utilizar será isenta de pagamento. Tal situação é totalmente contrária ao interesse público, haja vista que o Governo busca a melhor utilização do bem público, da forma mais eficiente possível.

204. Tal ponto se torna ainda mais relevante nas regiões carentes do país, que possuem baixa demanda pelo serviço de telefonia móvel. Ali, a concessionária provavelmente deixará de fazer investimentos para melhoria da rede, devido ao seu baixo retorno econômico, evitando, com isso, o pagamento de novos valores de outorga ao Poder Concedente.

205. Logo, independentemente da metodologia de precificação que vier a ser adotada, deve sempre considerar o potencial comercial da faixa, em vez meramente da forma de seu uso pela atual operadora.

206. Ainda de acordo com a unidade instrutora, as fragilidades acima podem ocasionar os seguintes efeitos indesejáveis, dentre outros:

206.1. Danos bilionários ao erário, visto que a desconsideração do valor econômico do bem público concedido resulta em valores de outorga significativamente menores;

206.2. Prejuízo às políticas públicas de inclusão digital, pois não há incentivos para a realização de investimentos na rede para melhorar a eficiência no uso do bem, o que prejudica essencialmente a prestação de serviço em regiões carentes, onde a demanda pelo serviço é menor;

206.3. Incentivo indevido a empresas com baixo uso da faixa, como as que não a utilizam por estratégias de proteção de mercado contra concorrentes, por pagarem valor menor de outorga;

206.4. Insegurança jurídica diante de conflitos em esfera administrativa e judicial sobre a falta de clareza ou divergências quanto aos dados a serem considerados no cálculo.

207. Em que pese a unidade técnica ter deixado oferecer propostas de encaminhamento a respeito, diante da relevância das fragilidades e riscos acima indicados, reputo oportuno cientificar à Anatel que, independentemente da metodologia que vier a ser empregada para o cálculo da outorga nas prorrogações das autorizações, os seguintes riscos devem ser considerados e melhor equacionados:

207.1. A desconsideração do valor econômico do bem público no cálculo do valor devido pelo concessionário resulta valores de outorga subestimados, com conseqüente prejuízo ao erário;

207.2. A utilização de metodologias que se baseiam exclusivamente nas receitas da concessionária é de difícil aferição pelo ente público ante a assimetria de informações, o que pode acarretar prejuízos ao erário;

207.3. A utilização de metodologias que se baseiam exclusivamente nas receitas da concessionária pode não incentivar a eficiência no uso do bem público, acarretando, assim, prejuízos ao interesse público;

207.4. De modo a evitar interpretações dúbias e questionamentos, todas as variáveis das fórmulas para o cálculo da outorga devem ter seus conceitos precisamente definidos.

208. Em complemento, faz-se pertinente recomendar à Anatel que considere os riscos identificados por este Tribunal ao definir a metodologia a ser empregada para fins de cálculo do valor de outorga nas prorrogações de radiofrequência.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

209. Já me encaminhando para minhas considerações finais, faz-se relevante pontuar que, a despeito de nestes autos ter avaliado critérios gerais para a avaliação das prorrogações de outorga de radiofrequência, a presente análise não substitui a avaliação pormenorizada dos estudos prévios que subsidiam as respectivas prorrogações pretendidas.

210. Nesse sentido, transcrevo o constante no art. 10 da Instrução Normativa-TCU 81/2018, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização:

Art. 10. O Poder Concedente deverá encaminhar ao Tribunal de Contas da União, com no mínimo cento e cinquenta dias da assinatura de contratos ou termos aditivos para a prorrogação ou a renovação de

concessões ou permissões, inclusive as de caráter antecipado, descrição sucinta do objeto, condicionantes econômicas, localização, cronograma da prorrogação e normativos autorizativos.

(...)

§ 2º Sempre que julgar conveniente e oportuno, a unidade responsável autuará processo de acompanhamento, nos termos do art. 241 do Regimento Interno, em que serão consolidados e analisados os documentos encaminhados

211. De acordo com o retrocitado dispositivo, é dever do concedente encaminhar a este Tribunal informações sobre cada prorrogação pretendida, de modo que seja avaliada a conveniência e oportunidade da sua respectiva fiscalização por este Tribunal.

212. Assim, como último encaminhamento, cientifico a Anatel quanto a essa necessidade.

Ante o aqui exposto, VOTO por que este Colegiado adote a minuta de acórdão que ora submeto à apreciação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de junho de 2022.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de Relatório de Acompanhamento do processo de gestão das outorgas de uso de radiofrequências de telefonia celular – bandas 2G, 3G e 4G – por parte da Anatel e do Ministério das Comunicações, no que se refere à prorrogação de contratos firmados antes das alterações promovidas na Lei Geral de Telecomunicações por força da Lei 13.879/2019.

2. Desde já, manifesto meus elogios ao competente trabalho da unidade técnica, consignado no relatório apresentado pelo Ministro Augusto Nardes, bem como à minuciosa análise promovida pela equipe do eminente Relator, consubstanciada no Voto e Acórdão submetidos por Sua Excelência ao escrutínio deste Plenário.

3. De igual modo, cumprimento o Ministério Público de Contas, na pessoa da Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, pela densa manifestação em defesa do entendimento e das conclusões da nossa área especializada, no que se refere à impossibilidade de nova prorrogação das outorgas concedidas antes de 2019.

4. Como é de amplo conhecimento, vem de longa data a minha indignação com o sofrimento imposto aos consumidores dos serviços de telefonia celular no País, ante a baixa qualidade e o custo elevado dos serviços. Nesse sentido, louvo a preocupação do Ministro Augusto Nardes quanto à mitigação de qualquer risco de prejuízos à conexão de dispositivos mais antigos, a exemplo das máquinas de pagamento e, sobretudo, de aparelhos celulares mais simples, utilizados em sua maioria pela população de menor renda.

5. Por outro lado, também não posso deixar de registrar minha preocupação com o fato de que as frequências associadas aos contratos de outorga sob análise, especialmente nas faixas de 800 a 900 MHz, são essenciais para viabilizar a entrada de novos competidores nesse mercado altamente concentrado, uma vez que são utilizadas de forma complementar à faixa de 3,5 GHz – destinada à telefonia 5G.

6. Em síntese, conforme amplamente debatido por ocasião da recente licitação das frequências do 5G, para que uma nova operadora possa iniciar sua operação de forma competitiva no mercado é necessário que ela disponha de outorgas nas faixas de 3G, 4G e 5G, dadas as características de alcance e penetração das ondas nas diferentes faixas de radiofrequência.

7. A meu ver, portanto, a solução que traria maior benefício ao consumidor, em uma visão sistêmica do mercado de telecomunicações, seria justamente aquela proposta pelo Conselho Diretor da Anatel anteriormente à edição do Decreto 10.402/2020, qual seja, a conversão das outorgas em caráter primário das frequências em autorizações de uso em caráter secundário, que permitiria a continuidade do funcionamento dos serviços existentes, sem prejuízo do início imediato das providências para a reorganização (refarming) e a nova licitação das faixas em questão.

8. Ainda assim, considerando que não tive oportunidade de me debruçar sobre o assunto com o mesmo tempo e a mesma profundidade que o eminente Relator, acompanho a proposta de Sua Excelência, reiterando os cumprimentos à equipe de seu gabinete e à unidade técnica pelo trabalho realizado.

TCU, Sala das Sessões, em 31 de agosto de 2022.

AROLDO CEDRAZ
Ministro

ACÓRDÃO Nº 2001/2022 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 021.350/2020-5.
- 1.1. Apenso: 045.707/2020-0
2. Grupo II – Classe de Assunto: V – Relatório de Acompanhamento.
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Telefônica Brasil S.A. (02.558.157/0001-62).
4. Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Telecomunicações; Ministério das Comunicações.
5. Relator: Ministro João Augusto Ribeiro Nardes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM).
8. Representação legal: Diana Carolina Biseo Henriques (387770/OAB-SP), Walfrido Jorge Warde Junior (139.503/OAB-SP) e outros, representando Telefônica Brasil S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de acompanhamento dos atos e decisões da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e do Ministério das Comunicações (MC) no processo de gestão das outorgas de uso de radiofrequências conferidas antes das alterações de 2019 na Lei Geral de Telecomunicações (LGT);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. dar ciência ao Ministério das Comunicações e à Agência Nacional de Telecomunicações, com fundamento no art. 9º, inciso II, da Resolução TCU 315/2020, que, tendo em vista que a licitação é a regra, a formalização das prorrogações das autorizações de outorgas de radiofrequência, nos termos do art. 167 da Lei 9.472/1997, com a redação dada pela Lei 13.879/2019, somente é possível, excepcionalmente, desde que sejam apropriadamente avaliados os seguintes critérios técnicos mínimos, dentre outros:

9.1.1. o cumprimento de obrigações já assumidas pela concessionária, conforme preconizam o art. 167, caput, da Lei 9.472/1997 e o art. 12, inciso II, do Decreto 10.402/2020;

9.1.2. aspectos concorrenciais relacionados não apenas ao contexto da autorizatória, mas também ao cenário macro da concorrência no setor, ponderando os prejuízos advindos da impossibilidade de novos players para explorar a faixa de frequência avaliada, conforme preconiza o art. 12, inciso III, do Decreto 10.402/2020;

9.1.3. o uso racional e adequado da radiofrequência, bem como a eficiência do seu uso, conforme preconizam o art. 167, § 2º, da Lei 9.472/1997 e o art. 12, inciso IV, do Decreto 10.402/2020;

9.1.4. o atendimento ao interesse público mediante a revisão de metas pactuadas e previsão de novos compromissos de investimento, conforme preconizam o art. 167, § 3º, da Lei 9.472/1997 e o art. 12, inciso V, do Decreto 10.402/2020;

9.2. autorizar, excepcionalmente, em vista do risco de grave prejuízo à qualidade dos serviços hoje prestados, e até mesmo de sua interrupção, com o exclusivo objetivo de garantir a sua continuidade, a prorrogação adicional dos prazos das autorizações de outorgas de radiofrequência obtidas antes da vigência da Lei n.º 13.879/2019 até 2028, oportunidade em que deverá ser avaliado o uso eficiente das faixas, em conformidade com o resultado das análises no âmbito do processo de refarming, já identificado como necessário pela Agência e a ser por ela conduzido exclusivamente, que deverão ser então licitadas nos termos e condições da referida lei e legislação incidente sobre a matéria;

9.3. determinar, com fundamento no art. 45 da Lei Orgânica do TCU e no art. 251 do Regimento Interno do TCU, à Agência Nacional de Telecomunicações que envie ao Tribunal, no prazo de noventa dias, plano de ação contendo metas, cronograma e responsáveis pelos procedimentos a serem adotados para a realização do refarming e das eventuais licitações às quais o subitem anterior faz referência;

9.4 dar ciência à Agência Nacional de Telecomunicações, com fundamento no art. 9º, inciso II, da Resolução TCU 315/2020, que:

9.4.1. foram constatadas as seguintes fragilidades nas análises já realizadas para fins de avaliação da prorrogação das autorizações de outorga de radiofrequência das Bandas A e B, com vistas à adoção de medidas cabíveis para evitar suas recorrências:

9.4.1.1. os mecanismos utilizados pela Anatel atualmente em suas fiscalizações não permitiram visão detalhada e regionalizada sobre o uso efetivo e o tráfego real das faixas de frequência, o que prejudicou as competentes avaliações sobre o seu uso racional e adequado, de que tratam o art. 167, § 2º, da Lei 9.472/1997 e o art. 12, inciso IV, do Decreto 10.402/2020 (seção V.2 do Voto);

9.4.1.2. os quesitos avaliados para eficiência do uso do espectro restringiam-se a aspectos técnicos, conquanto seria desejável que também considerassem parâmetros econômicos, sociais e de competição, para o pleno atendimento do art. 167, § 2º, da Lei 9.472/1997 e do art. 12, inciso IV, do Decreto 10.402/2020 (seção V.2 do Voto);

9.4.1.3. o mero levantamento dos registros de sanção e processos disciplinares transitados em julgado contra a operadora, sem a respectiva análise abrangente dos aspectos que levaram a tais infrações e sem avaliação acerca do eventual cometimento de infrações reiteradas, infringe ao art. 167, caput e §§ 2º e 3º, da Lei 9.472/1997 e art. 12, inciso II, do Decreto 10.402/2020 (seção V.3 do Voto);

9.4.1.4. as avaliações das Bandas A e B desconsideraram o prejuízo da prorrogação das autorizações de outorga frente a possíveis licitantes interessadas, de modo a se ter a real dimensão no prejuízo da concorrência, razão pela qual se entende que não foram apropriadamente avaliados os aspectos concorrenciais, conforme prevê o art. 12, inciso III, do Decreto 10.402/2020 (seção V.4 do Voto);

9.4.2. foram identificados os seguintes riscos que devem ser devidamente considerados e gerenciados para fins de cálculo do valor de outorga das prorrogações das autorizações de radiofrequência, independentemente da metodologia que vier a ser empregada:

9.4.2.1. desconsideração do valor econômico do bem público no cálculo do valor devido pelo concessionário, o que resulta valores de outorga subestimados, com consequente prejuízo ao erário (seção VI do Voto);

9.4.2.2. utilização de metodologias que se baseiam exclusivamente nas receitas da concessionária é de difícil aferição pelo ente público ante a assimetria de informações, o que pode acarretar prejuízos ao erário (seção VI do Voto);

9.4.2.3. utilização de metodologias que se baseiam exclusivamente nas receitas da concessionária pode não incentivar a eficiência no uso do bem público, acarretando, assim, prejuízos ao interesse público (seção VI do Voto);

9.4.2.4. todas as variáveis das fórmulas para o cálculo da outorga devem ter seus conceitos precisamente definidos, de modo a evitar interpretações dúbias, questionamentos e judicialização do pagamento pela autorizatária (seção VI do Voto);

9.4.3. é obrigatório o Poder Concedente encaminhar a este Tribunal a minuta de termos aditivos para prorrogação das outorgas de radiofrequência, com antecedência mínima de cento e cinquenta dias da sua assinatura, acompanhada de demais documentos, informações e estudos que se fizerem pertinentes, nos termos do art. 10 da Instrução Normativa-TCU 81/2018 (seção VII do Voto);

9.5. recomendar à Agência Nacional de Telecomunicações, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do RITCU e o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que:

9.5.1. institua novos processos de trabalho e/ou aprimore os atualmente existentes, de modo a permitirem uma visão detalhada e regionalizada sobre o uso efetivo e o tráfego real de cada faixa de frequência, com vistas ao aprimoramento das avaliações acerca do uso racional e adequado das frequências, consoante previsto no art. 167, § 2º, da Lei 9.472/1997 e no art. 12, inciso IV, do Decreto 10.402/2020 (seção V.2 do Voto);

9.5.2. inclua, nas avaliações de eficiência do uso do espectro, aspectos referentes à eficiência econômica, social e competitiva, sempre que cabível, conforme sugere o benchmarking internacional acerca da matéria, com vistas ao pleno atendimento do art. 167, § 2º, da Lei 9.472/1997 c/c do art. 12, inciso IV, do Decreto 10.402/2020 (seção V.2 do Voto);

9.5.3. explicita, em seu arcabouço normativo, critérios objetivos para avaliar, na prorrogação de outorgas, o efetivo cumprimento de obrigações e o não cometimento de infrações reiteradas pela operadora solicitante, em obediência ao art. 167, caput e §§ 2º e 3º, da Lei 9.472/1997 e art. 12, inciso II, do Decreto 10.402/2020 (seção V.3 do Voto);

9.5.4. obtenha da concessionária, previamente à eventual prorrogação de sua autorização, a necessária quitação das multas e a correspondente reparação dos danos referentes a todos os processos administrativos sancionatórios aplicados pelo regulador na respectiva faixa de frequência (seção V.3 do Voto);

9.5.5. providencie, previamente à prorrogação das autorizações, o encontro de contas para as ações judiciais da respectiva concessionária em andamento contra a União e obtenha sua manifestação favorável, junto aos órgãos competentes a fim de, posteriormente, ser submetido cada processo judicial à devida homologação (seção V.3 do Voto);

9.5.6. institua mecanismos para avaliar, junto ao mercado, o interesse de uso da faixa de frequência por outras potenciais prestadoras de serviço, conforme preconizam as boas práticas internacionais, com vistas a ter a real dimensão dos prejuízos concorrenciais ao se optar pela prorrogação de outorgas vigentes em detrimento de nova licitação pública, com vistas ao completo atendimento do art. 12, inciso II, do Decreto 10.402/2020 (seção V.4 do Voto);

9.5.7. institua controles internos adequados e suficientes para avaliar, na prorrogação de outorgas, os aspectos concorrenciais relacionados não apenas ao contexto da autorizatória, mas também ao cenário macro da concorrência no setor e ao que se vislumbra de estratégia de disponibilização do espectro de frequência a outros agentes privados, deixando evidente o seu direito de indeferir a prorrogação devido ao risco de falhas de mercado (seção V.4 do Voto);

9.5.8. promova ajustes em seu arcabouço normativo de modo que os normativos da agência, em especial a Resolução Anatel 65/1998 e a Resolução Anatel 671/2016, entre outros, estejam compatíveis com o art. 167 da Lei 9.472/1997, com a nova redação dada pela Lei 13.879/2019 (seção V.5 do Voto);

9.5.9. incorpore a necessidade de atualização e/ou inclusão de novas metas que melhor atendam ao interesse da sociedade, seja para melhoria de infraestrutura, seja para redução do preço do serviço prestado, como condição a ser atendida pelas autorizatórias caso haja a extensão do prazo da vigência da sua respectiva autorização, em cumprimento ao art. 167, § 3º, da Lei 9.472/1997 c/c art. 12, inciso V, do Decreto 10.402/2020 (seção V.5 do Voto);

9.5.10. considere os riscos identificados por este Tribunal, os quais estão sintetizados no subitem 9.2.2 acima, quando vier a definir a metodologia a ser empregada para fins de cálculo do valor de outorga nas prorrogações de radiofrequência (seção VI do Voto);

9.6. fazer constar na ata da presente sessão, nos termos do art. 8º da Resolução TCU 315/2020, comunicação do Relator ao Colegiado no sentido de determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCom) o monitoramento das recomendações constantes neste acórdão;

9.7. desampensar destes autos, nos termos do art. 38 da Resolução TCU 259/2014 e em atendimento ao subitem 1.6.2 do Acórdão 38/2021-TCU-Plenário, o processo de desestatização TC

045.707/2020-0, tendo em vista a conclusão da apreciação de mérito do presente processo, cuja repercussão impacta o objeto do referido processo de desestatização.

10. Ata nº 34/2022 – Plenário.

11. Data da Sessão: 31/8/2022 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2001-34/22-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (na Presidência), Augusto Nardes (Relator), Aroldo Cedraz, Jorge Oliveira e Antonio Anastasia.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO NARDES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

Proc. TC-021.350/2020-5
Relatório de Acompanhamento
Pronunciamento em Sessão

Pronunciamento

Senhor Presidente e Senhores Ministros,

Aproveitei-me do prazo adicional decorrente do pedido de vista do eminente Ministro decano Walton Alencar Rodrigues para me debruçar com maior profundidade sobre as questões debatidas no presente processo de acompanhamento, que versa sobre a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e do Ministério das Comunicações (MC) na gestão das outorgas de uso de radiofrequências em face do advento da Lei n.º 13.879/2019, a qual alterou dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

2. Destaco a relevância da matéria discutida, sua complexidade, bem como o interesse público e social envolvido no encaminhamento da matéria pelo Tribunal. Afinal, como ressaltado pela Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCom), o espectro das radiofrequências é um recurso limitado e suas faixas formam a *“infraestrutura de rede do setor de telecomunicações para os serviços sem fio, sendo um bem público escasso, de alto valor econômico (bilhões de reais) e insumo indispensável e insubstituível para a prestação de vários serviços, como a telefonia móvel, e configurando, do ponto de vista econômico, uma barreira de entrada de novos competidores nesse mercado”* (peça 223, p. 79).

3. Em apertada síntese, o nobre Ministro Relator Augusto Nardes, em Voto disponibilizado na Sessão Plenária do último dia 22 de junho, considera possível a aplicabilidade do art. 167 da LGT às autorizações vigentes anteriormente à Lei n.º 13.879/2019 e sustenta que essas outorgas podem ser prorrogadas sucessivamente desde que demonstrado o interesse público e atendidas as condicionantes previstas em regulamentação específica.

4. A importância e o impacto da definição quanto ao alcance do instituto das prorrogações sucessivas foram destacados pelo Ministro Relator no Voto então submetido ao Plenário:

“A definição quanto à aplicabilidade desse dispositivo (prorrogações sucessivas) é extremamente relevante, pois impactará todas as demais autorizações já concedidas pela Anatel até então, à exceção do 5G. Mais imediatamente, impactará as autorizações das bandas A e B, pois, para estas, já houve a prorrogação prevista nos respectivos editais (por mais quinze anos), sendo que, destes, ao menos 39 termos prorrogados possuem vencimento no período entre 2020 e 2028.”

5. Ao tempo em que louvo a percuciente análise levada a efeito pelo Ministro Relator, passo a tecer algumas ponderações que me inclinam, com as devidas escusas, a entendimento parcialmente diverso do que defende Sua Excelência.

6. De início, cabe esclarecer que a principal questão em discussão nos autos se refere aos processos administrativos e às respectivas decisões do órgão regulador que aprovaram a segunda prorrogação das autorizações de uso das faixas de radiofrequências conferidas às operadoras com outorgas firmadas antes do advento da Lei n.º 13.879/2019. Esse diploma legal, embora tenha aberto a possibilidade de sucessivas prorrogações, não explicitou a aplicação dessa regra aos instrumentos já vigentes à época de sua publicação, cujas cláusulas previam expressamente uma única renovação. A ampliação do instituto só veio a se tornar expressa com a edição do Decreto n.º 10.402/2020 (art. 12, *caput*).

7. Não obstante a intrincada discussão de ordem técnica que o objeto deste processo impõe, verifiquei que o debate envolve, antes de tudo, abordagem jurídica de relevo, em nível constitucional e legal, de modo que o desfecho processual a ser dado pelo Tribunal tem a possibilidade de abrir precedentes não apenas de amplo alcance regulatório, mas também quanto à aplicação de princípios elementares do Direito.

8. Desse modo, considereei imprescindível manifestar a posição deste *Parquet* sobre o deslinde a ser conferido ao caso concreto, que pode gerar reflexos importantes não apenas para a área de telecomunicações, mas também para os demais setores regulados de infraestrutura.

9. Ao tempo em que parablenizo o excelente trabalho empreendido pela SeinfraCom nos autos, registro a anuência deste MPTCU, em linhas gerais, à uniforme manifestação do seu corpo técnico, consolidada no detalhado e esclarecedor exame contido em seu relatório de acompanhamento, sem prejuízo de trazer contribuições adicionais, nos estritos limites do controle de segunda ordem que o Tribunal exerce em matéria regulatória, adiante explicitadas.

10. Conforme conclusões indicadas em seu relatório, a SeinfraCom considerou que a segunda prorrogação concedida em caráter primário às bandas A e B até 2028 pelo Conselho Diretor da Anatel, cujas outorgas haviam sido licitadas com a previsão de apenas uma renovação no prazo de vigência, infringiu cláusulas contratuais e editalícias, bem como o próprio ordenamento jurídico. Expressamente consignou que foram violados os princípios da legalidade, do dever de licitação, da vinculação ao instrumento convocatório, do *pacta sunt servanda*, da impessoalidade, da isonomia e, em especial, da segurança jurídica. Assim, propôs que fossem adotadas providências pela Agência para que o respectivo ato (item “a” do Acórdão n.º 510/2020) fosse anulado – medida cujos efeitos práticos para a satisfatória manutenção do serviço poderiam ser resolvidos com a adoção de solução regulatória alternativa aventada pelo próprio corpo técnico da Anatel, e que parcialmente solucionaria questões levantadas pelo Conselho Diretor para fundamentar a decisão que foi tomada.

11. Esse importante encaminhamento sugerido pela Unidade Técnica não foi encampado pelo eminente Ministro Relator Augusto Nardes no Voto disponibilizado na Sessão Plenária do último dia 22 de junho. A seu ver, caso o Poder Público optasse por não prorrogar os contratos com as atuais autorizadas, haveria risco de se inviabilizar o trânsito de dados em locais menos favorecidos – onde atualmente só existe cobertura por faixas de frequências mais baixas –, além de levar à inatividade aparelhos menos desenvolvidos tecnologicamente, com possibilidade de gerar exclusão digital e agravar ainda mais a distorção social existente. Acrescentou, também, que, com “*a redução das menores faixas de frequência, os dados que hoje transitam por elas teriam de ser redirecionados para outras faixas de maior frequência, ocasionando aumento de tráfego nestas, gerando, por consequência, diminuição na qualidade do serviço de telefonia móvel de todo o país*”.

12. Além dos aspectos de ordem técnica e social empregados, o eminente Relator desconsiderou haver relação entre as prorrogações de outorgas de uso de radiofrequências e aquelas relativas ao setor portuário e ferroviário, de modo a afastar a aplicação, ao presente caso, do entendimento já firmado pelo Tribunal nesses dois setores pela inviabilidade de prorrogação sucessiva de ajustes já celebrados, quando suas cláusulas não preveem essa possibilidade – tal qual dispunha a LGT à época da licitação e celebração dos instrumentos em tela.

13. Argumenta, para tanto, que, nos demais setores da infraestrutura, os contratos de concessão delimitam condições para a prestação de serviços de natureza pública, sendo remunerados por tarifa, e com direito a reequilíbrio econômico-financeiro, dentro de um ambiente concorrencial limitado pela localização física do bem público. Assim, qualquer alteração nas condições de prestação do serviço que se mostre necessária deve ser consensual e precedida de correspondente aditamento.

14. Ao ver do Relator, tais exigências não se aplicam às outorgas de uso de radiofrequências por elas não estarem sujeitas a regime contratual, mas meramente autorizatório, mediante o qual o Poder Concedente permite a prestação de um serviço de natureza privada e fomenta a concorrência entre mais de uma operadora numa mesma localidade. Além disso, como não há a fixação de equação econômico-financeira a ser mantida ao longo da sua vigência, seriam permitidas mudanças nas condições de prestação dos serviços “*a qualquer momento pelo órgão regulador, quantas vezes se considerar necessárias, independentemente de anuência da concessionária [autorizada] e sem que isso dê ensejo a qualquer modificação de valores a serem devidos pelas partes*”.

15. Ainda em relação aos argumentos usados para afastar a analogia empregada pela SeinfraCom com outros setores de infraestrutura, o nobre Relator aduz que a única exigência a ser observada para a Anatel proceder a eventuais alterações nas outorgas é a garantia de prazos suficientes

para a adaptação às novas condições exigidas e que, diferentemente dos contratos de concessão, as autorizações de radiofrequência não estabelecem direitos e obrigações em sentido amplo, cuja gestão permanece sob responsabilidade da Agência, com regulação orientada pelo Código de Defesa do Consumidor e Código Civil.

16. Diante desse contexto, conclui o eminente Relator que não cabe utilizar os demais domínios de infraestrutura com vistas a estabelecer paralelismos jurisprudenciais, de natureza contratual, ao setor de telecomunicações, notadamente ao que tange às autorizações de uso de radiofrequência, como intentado pela Unidade Técnica. E por esses mesmos motivos, inexistiriam, em seu entendimento, reflexos da decisão de deferir segunda prorrogação às outorgas de radiofrequência a outras áreas sob regulação, conclusão que seria corroborada pela existência de marco regulatório próprio (LGT), com suas inúmeras especificidades.

17. Com as devidas vênias, entendemos que, ao estabelecer comparação com os setores portuário e ferroviário, a Unidade Técnica não desconsiderou as particularidades jurídicas e regulatórias dos diferentes ramos da infraestrutura. Na verdade, sequer adentrou em aspectos dessa natureza. A finalidade da analogia foi oferecer parâmetro jurisprudencial à questão de ordem geral e transversal – alteração contratual sem previsão no respectivo instrumento ou sem autorização em lei específica –, associada a princípios elementares norteadores de atos e processos da Administração Pública, como os da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, bem como a regras gerais que orientam o próprio Direito Público, que subordinam a aplicação de suas normas à expressa e inequívoca determinação legal (princípio da legalidade).

18. Basicamente, a comparação feita pela SeinfraCom entre o segmento das telecomunicações e os setores de portos e ferrovias restringiu-se à prorrogação de contratos para além da previsão contida no respectivo instrumento, edital ou lei de regência. Essa possibilidade foi considerada ilegal pelo Tribunal no âmbito portuário (Acórdão n.º 1.446/2018-Plenário, Relator Min. Bruno Dantas), mas aceita no de ferrovias, uma vez que, neste último caso, as renovações tinham autorização expressa contida na Lei n.º 13.448/2017, além de possuir previsão contratual e editalícia.

19. Outrossim, não é demais reforçar os argumentos da Unidade Técnica no sentido de que, apesar da denominação empregada para as outorgas de radiofrequência ser o termo “autorização”, sua natureza e características as aproximam dos clássicos contratos de concessão que regem a prestação de serviços nos demais setores de infraestrutura.

20. Nesse diapasão, saliento que, mesmo que as autorizações outorgadas para uso das frequências não assumam as mesmas balizas contratuais de uma concessão – inexistem, para elas, por exemplo, a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial –, seus termos não são precários como das autorizações tradicionais de serviços e de uso de bens públicos existentes no Direito Administrativo. Isso porque **são atos vinculados, que atribuem o acesso de uso à empresa por prazo determinado e, além disso, possuem origem em processo licitatório**, e não em ato unilateral e discricionário. Assim, nesse contexto, não se afigura desarrazoada a analogia entre as outorgas de radiofrequência e os contratos de concessão nos setores portuário e ferroviário.

21. Ademais, desde as decisões n.º 320/2000-TCU-Plenário e n.º 402/2000-TCU-Plenário, tanto as autorizações de prestação de serviços de telecomunicações como as de uso de radiofrequência que sejam precedidas de licitação devem ser submetidas ao mesmo rito de análise de concessões por parte do Tribunal. Tal previsão já estava assente na Instrução Normativa (IN) TCU n.º 27/1998, sendo a regra mantida quando da revisão do regulamento, ocorrida em 2018 (art. 7.º da IN-TCU n.º 81/2018), o que denota que há mais de duas décadas o Tribunal considera que as outorgas em tela possuem natureza jurídica semelhante à dos contratos de concessão.

22. Identifico, ainda, que a decisão sobre o objeto dos presentes autos tem o condão de trazer reflexos importantes não apenas às futuras outorgas sob competência da Anatel, como também ao ambiente regulatório e de negócios dos demais setores de infraestrutura. Essa avaliação não decorre apenas da verificada similaridade entre as autorizações em tela e os contratos de concessão, que permite estabelecer a comparação jurisprudencial antes discutida, mas também em razão de que o debate deste

caso concreto encerra a aplicação de princípios jurídicos de amplo alcance, cuja interpretação pelo Tribunal poderá impactar também as demais áreas reguladas de infraestrutura.

23. Em primeiro lugar, entendo que a ausência de previsão legal para a segunda prorrogação das outorgas de uso das faixas de frequência viola o ato jurídico perfeito, direito fundamental estatuído no art. 5.º, inciso XXXVI, da Carta Magna. Por satisfazer todos os requisitos formais exigidos na época em que foram consumadas, as outorgas então vigentes devem ter a sua integridade mantida e seus efeitos assegurados no tempo, mesmo no caso da superveniência de modificações de ordem legal que venham a alterar o arcabouço jurídico de regência.

24. Da mesma forma que as disposições de nova lei não alcançam o direito adquirido e nem a coisa julgada, institutos associados à estabilidade nas relações jurídicas, ela também não retroage para alterar ou desconstituir situações firmadas sob a égide da legislação revogada, exceto se houver previsão em sentido contrário, expressamente incluída pelo legislador, o que não ocorreu no caso da Lei n.º 13.879/2019, que não previu possibilidade de nova prorrogação para as outorgas vigentes à época de sua sanção.

25. Aqui cabe ressaltar que a **constituição de um ato jurídico perfeito ocorre no momento de sua formação, quando se encontra aderente à lei vigente em seu tempo, e objetiva justamente proteger a situação jurídica constituída dentro dos parâmetros legais quando da superveniência de nova lei**. Dessa forma, dada a ausência do respectivo comando nos dispositivos da Lei n.º 13.879/2019, a segunda prorrogação dos termos de autorização vigentes reveste-se de ilegalidade manifesta.

26. A propósito, cumpre registrar que, na tramitação do projeto que deu origem à lei no Congresso Nacional, não houve sequer discussão sobre a possibilidade de autorizar nova renovação às outorgas então vigentes e que inexistem regras de transição aplicáveis, o que denota a falta de substrato hermenêutico para sugerir a vontade do legislador nesse sentido. O fato de o Decreto n.º 10.402/2020 comportar expressamente essa previsão não torna válido seu comando, uma vez que, na condição de corolário da hierarquia jurídica, sua disciplina normativa não se sobrepõe nem inova ao texto da lei que regulamenta.

27. Dessa forma, não se afigura razoável a interpretação de que o legislador teve a intenção de aplicar o novo instituto das prorrogações sucessivas às outorgas então vigentes e próximas do seu vencimento. Ora, o objetivo da lei foi justamente proporcionar previsibilidade e segurança jurídica aos investimentos de longo prazo. A própria LGT é um exemplo: sua redação original, inclusive os dispositivos que previram os mecanismos de outorga e de renovação das autorizações de direito de uso de radiofrequência, impuseram a aplicação de regras para 30 ou 40 anos depois, de modo que presumo que o legislador que aprovou as alterações introduzidas pela Lei n.º 13.879/2019 tenha agido com o mesmo intento. Não creio que a intenção do legislador tenha sido provocar uma abrupta e indesejada ruptura do modelo vigente, com consequências imprevisíveis para o mercado.

28. De outra parte, a segunda prorrogação aos termos de autorização vigentes, por não estar prevista também nas cláusulas de seu instrumento original, infringe princípios elementares do Direito Administrativo. E, para que não parem dúvidas sobre o acordo celebrado entre as detentoras do direito de uso das faixas e a Anatel, transcrevemos excerto do termo firmado por ocasião de sua primeira e única prorrogação (peça 187, p. 3):

Cláusula 2.1. A presente Autorização de Uso de Blocos de Radiofrequências é expedida pelo prazo de 15 (quinze) anos, a título oneroso, associada à Autorização para Prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, TERMO DE AUTORIZAÇÃO N° 011/2003/PVCP/SPV – ANATEL, de 3 de fevereiro de 2003, publicado no D.O.U. de 5 de fevereiro de 2003, vencendo em 24 de julho de 2021, **sem direito a prorrogação**, estando sua vigência condicionada à manutenção dos requisitos previstos neste Termo. (grifei)

29. Notadamente por ter origem em licitações realizadas pelo Poder Público, as autorizações de uso das bandas A e B foram submetidas a disputas concorrenciais que levaram em conta custos, projetos e retornos definidos com base no período total de outorga – que, nestes casos, foi de 15 anos, prorrogável

por mais 15. Permitir a revisão desse importante parâmetro e sua extensão para além do inicialmente ajustado viola os princípios do dever de licitar, da vinculação ao edital, da isonomia e da impessoalidade.

30. Importa mencionar que o art. 167 da LGT, que regeu a licitação das faixas de radiofrequência em discussão e sua prorrogação, permitia a outorga por **até 20 anos**. A decisão de licitá-las por 15 anos, com uma única renovação por igual período, adveio de decisão discricionária da própria Anatel. Em outros termos, se a Agência tivesse optado por aplicar o prazo máximo permitido por lei, as autorizações de uso de radiofrequências objeto do processo em tela expirariam apenas no ano de 2030.

31. O prazo de vigência do uso de bem público escasso e valioso é fator essencial na análise econômica da outorga e tem impacto direto na concorrência e na precificação das propostas pelas interessadas, de modo que a posterior mudança em importante característica associada ao objeto exige sua submissão a novo certame. A regra constitucional é da licitação (art. 37, XXI, e 175, *caput*, da CF/88), e a vinculação ao instrumento convocatório uma garantia de manutenção das condições colocadas em disputa.

32. Nesse diapasão, não há justificativa legal ou contratual para a nova prorrogação das outorgas, com excepcionalização do princípio constitucional do dever de licitar. É preciso reafirmar enfaticamente que o prazo de uma outorga é parâmetro essencial na determinação do retorno econômico do bem público e que sua definição e possibilidades de renovação devem estar registradas expressamente não apenas na lei de regência, como no respectivo instrumento convocatório.

33. Não se olvida que a mutabilidade em matéria de contratos administrativos é princípio que permite alterações futuras na avença, ainda que elas destoem dos termos do edital de origem. Cláusulas exorbitantes que concedem poder à Administração Pública de rever unilateralmente as condições iniciais pactuadas, bem como a garantia ao particular da manutenção ao equilíbrio econômico-financeiro em decorrência de fatos supervenientes e imprevisíveis são exemplos de sua aplicação na prática. Contudo, essa permissão não é absoluta e, evidentemente, não pode estar associada a aspecto fundamental dentro da concorrência definida na licitação.

34. Justamente por sua importância entre os fatores determinantes à competição do certame é que o prazo para a exploração do serviço, ao ser alterado à margem da expressa previsão em lei e fora das hipóteses admitidas em contrato, afronta, ainda, os princípios da impessoalidade e da isonomia. As interessadas que acorreram ao certame àquela época elaboraram suas propostas sem conhecimento dessa futura vantagem de elevado valor econômico.

35. Embora o nobre Relator defenda em seu Voto que a *“nova possibilidade de prorrogação trazida pela lei não constitui qualquer garantia ou direito adquirido pela autorizatória”*, e, desse modo, não teria *“o condão de impactar nas condições originais da época da licitação”*, a caracterização da ofensa à impessoalidade e à isonomia prescinde de que o benefício constituído possua estabilidade jurídica de qualquer natureza. A violação resta consubstanciada pela simples aferição da vantagem, já em andamento, amparada na autorização expressa do órgão regulador.

36. É notório o privilégio concedido às operadoras das bandas A e B em detrimento das demais licitantes que participaram da disputa à época e, até mesmo, em relação às atuais empresas que poderiam, neste momento, se interessar pela exploração da faixa, caso fosse colocada sob nova concorrência. A Anatel, ao decidir pela renovação, não consultou o mercado para identificar o seu interesse em novo certame – o que poderia ter sido realizado com um simples processo de chamamento público, como sugere a OCDE, em recente estudo que teve em seu escopo a análise dos impactos das prorrogações sucessivas autorizadas pela Lei n.º 13.879/2019, com considerações que foram assim resumidas pela SeinfraCom em seu relatório (peça 223, p. 58):

294. Vê-se que a OCDE deixa claro que a possibilidade de prorrogações sucessivas traz riscos às dinâmicas competitivas do mercado, o que exige maior cautela por parte da agência reguladora ao avaliar os pedidos de prorrogação, devendo ser considerados aspectos como se a decisão limita a entrada de novos atores, se estão sendo corrigidas falhas de mercado e se a decisão não gera carência de competição. Ressalta-se que a própria OCDE destaca mecanismo que pode ser adotado pela Anatel para mitigar tais riscos. **A entidade sugere a realização de edital de chamamento público para manifestação de interesse de uso daquela faixa de frequência pelas possíveis prestadoras**

interessadas antes de promover a prorrogação. Trata-se de mecanismo que traz maior transparência e isonomia ao processo de avaliação de pedidos de prorrogação e que sequer foi discutido pela Anatel no caso concreto da decisão das bandas A e B, tampouco foi abordado nos demais processos administrativos analisados nos autos. (grifei)

37. Ademais, considerando que a prorrogação é uma vantagem de alto e evidente valor econômico de um bem público escasso, a sua mera autorização às atuais operadoras das faixas de frequência caracteriza prejuízo ao erário, decorrente da subvalorização dos lances (preço mínimo + ágio) advindos de um processo regular de licitação. Não obstante a inviabilidade de quantificar esse dano, é evidente a possibilidade de presumir a sua existência.

38. Ainda sobre as possíveis vantagens econômicas auferidas pelas operadoras beneficiadas com a aprovação, pela Anatel, da prorrogação das bandas A e B, está a possibilidade de revenda das respectivas faixas a terceiros, não prevista à época da licitação e ora permitida graças à alteração promovida na LGT pela Lei n.º 13.879/2019.

39. Nesse contexto, em que se observa a concessão de importante privilégio aos vencedores de antigas licitações, em prejuízo aos demais interessados que participaram do certame – com a quebra da isonomia e da impessoalidade –, e o incremento não previsto inicialmente no retorno econômico da outorga, com as devidas vênias, não procede o argumento de que a segunda prorrogação das faixas de radiofrequência não impacta as condições originais da época da licitação.

40. **Diante da infringência a preceitos importantes no ordenamento jurídico, de âmbito legal e constitucional, os quais são de aplicação transversal ao Direito Administrativo, inevitável concluir que a solução dos autos reclama a declaração de nulidade do respectivo ato**, na forma proposta pela Unidade Técnica.

41. Ao anuir a tal encaminhamento, não ignoro a procedência parcial das questões de ordem técnica levantadas pelos gestores para justificar a renovação das outorgas. Contudo, esses argumentos foram devidamente abordados pela SeinfraCom em seu detalhado relatório. Aproveitando-me dos esclarecimentos oportunizados pela Unidade Técnica, passo a apresentar minhas considerações a respeito desses aspectos, que são particulares do setor de telecomunicações.

42. Primeiramente, trago à discussão o denominado *refarming*, procedimento de reorganização do uso do espectro com novo agrupamento dos blocos de frequência, que objetiva permitir o emprego mais eficiente das faixas. Trata-se de importante mecanismo técnico e regulatório de otimização da alocação de uso desse bem público, dado o dinamismo do setor e a evolução constante da tecnologia associada aos serviços de telecomunicações. A exemplo de seu emprego, mencionado tanto pela Unidade Técnica como pelo nobre Relator, cito o leilão de 700 MHz que a Anatel promoveu para licitar o espectro utilizado pelas transmissões analógicas de televisão para a prestação dos serviços de comunicação móvel de quarta geração (4G) na referida faixa.

43. Como justificativa técnica para embasar a segunda prorrogação concedida às outorgas de radiofrequência pelo Acórdão n.º 510/2020, a Agência argumentou que a alocação de blocos de 12,5 MHz promoveria a utilização ineficiente do espectro, já que, com as novas tecnologias disponíveis, as transmissões poderiam ocupar blocos de 5 MHz + 5MHz. Em outros termos, 2,5 MHz, em cada agrupamento, ficariam ociosos. Assim, e considerando as diferentes datas de vencimento das outorgas de uso de radiofrequência, que variam entre 2020 e 2028, a Anatel decidiu por renovar as autorizações vigentes das bandas A e B até que todas as demais autorizações vencessem e fosse, então, possível realizar a referida reorganização.

44. Ocorre que, desde as licitações promovidas pela Agência das faixas de frequência associadas às gerações anteriores dos serviços de comunicações móveis (3G em 2008 e 4G em 2014), a distribuição dos blocos era distinta da dos 12,5 MHz, com a organização em múltiplos de 5 MHz, o que, no mínimo, indicava a necessidade de pronta avaliação quanto ao uso eficiente das bandas já outorgadas (www.teleco.com.br/3G_freq.asp e www.teleco.com.br/4G_freq.asp).

45. Todavia, consoante informado pela Unidade Técnica (peça 223, p. 24), apenas em outubro de 2017 o Comitê de Uso do Espectro e de Órbita (CEO) da Anatel decidiu pela necessidade de sua área técnica realizar estudos preliminares sobre “*eventuais atualizações e reagrupamentos de blocos de*

frequências das bandas A, B, D e E, visando a sua utilização futura na telefonia móvel 5G, em vez da atual utilização em 2G e 3G (peça 123, p. 84)”.

46. E foi somente em 12 de fevereiro de 2019 que o CEO aprovou o aprofundamento do exame de *refarming* das bandas A e B, após ter sido alertado pela área técnica da Anatel sobre a conclusão de que “*seria pouco eficiente realizar várias licitações à medida em que as outorgas fossem vencendo*”, acompanhada da sugestão de se aguardar “*o vencimento de todas as atuais outorgas das bandas A e B*” para “*posteriormente realizar uma única licitação com novos blocos de frequências (refarming), mais adequados às novas tecnologias (4G e 5G)*”, e da proposta de que no “*período entre o final da outorga e a realização da nova licitação, as prestadoras do SMP poderiam usar as bandas A e B em caráter secundário*” (peça 3, p. 2).

47. O estudo completo, englobando as bandas D e E, só foi concluído em outubro de 2019, portanto, dois anos depois de iniciado.

48. Demasiado atraso para dar início aos trabalhos de atualização dos blocos de frequência das bandas A e B (*refarming*) parece-me injustificável, considerando que a Agência, responsável pela gestão do espectro, tinha pleno conhecimento dos termos finais de vigência das outorgas e deveria ter tomado as medidas cabíveis para preparar importante transição, com a organização tempestiva dos respectivos leilões, de forma a garantir a continuidade do serviço de relevante alcance social.

49. Apesar de esse contexto sugerir a possibilidade de apuração de responsabilidades, deixaremos de adotar qualquer proposta nesse sentido, uma vez que a Unidade Técnica, que examinou em minúcias o grande volume de documentos objeto deste processo, foi expressa ao afirmar que, no âmbito da presente ação de controle, observou-se “*evidente boa-fé na motivação da agência, que buscou basear seus atos em fatos técnicos, como a necessidade de realocação do espectro de frequência, por exemplo*” (peça 223, p. 45).

50. Não obstante a sugestão originalmente apresentada em 2019 pela área técnica, de uso temporário em caráter secundário das faixas das bandas A e B, e muito embora haja a possibilidade legal de a Anatel retomar as frequências ou não prorrogar a autorização de uso antes mesmo da mudança efetiva em sua destinação – restrita às hipóteses de utilização ineficiente ou inadequada das faixas ou do cometimento reiterado de infrações pela detentora da licença (arts. 157, 158 e 167, § 2º, da LGT) –, o Conselho Diretor da Agência aprovou o Acórdão Anatel n.º 510/2020, defendendo que a renovação das outorgas vigentes até 2028, em caráter primário, é a opção que melhor atende ao interesse público.

51. Não questiono a pertinência técnica de se reorganizar o espectro em blocos mais eficientes e concordo que essa é uma demanda que exige gestão regulatória neste momento. Contudo, em sintonia com a Unidade Técnica, entendo que a opção feita pela Agência não é a mais aderente ao interesse público. Isso porque a decisão do órgão regulador garante continuidade, até 2028, a uma alocação de blocos de frequência (12,5 MHz) já identificada como ineficiente, foi adotada à revelia das cláusulas contratuais e disposições legais – como já restou concluído nesta manifestação –, e, além disso, existem alternativas previstas pelo ordenamento jurídico para dar solução a essa necessidade (peça 223, p. 38-39):

191. Ocorre que, independentemente do caso concreto em discussão, entendeu-se ser ilegal a prorrogação de outorgas vigentes antes da Lei 13.879/2019, de modo que a opção da agência não se mostra viável por ferir princípios e dispositivos do ordenamento jurídico, conforme argumentado na subseção anterior. No entanto, a impossibilidade jurídica de prorrogação das referidas outorgas aqui apontada não gera um cenário inviável e de impactos irremediáveis à sociedade. O cenário posto não é inovador e se trata de opção proposta inclusive pela própria área técnica da Anatel em 2019, antes da publicação do Decreto 10.402/2020. No Informe Anatel 91/2019/PRRE/SPR, agência vislumbrou alternativas de atuação sobre as bandas A e B e concluiu que a prorrogação com base apenas na Lei 13.879/2019 geraria insegurança jurídica e que a melhor alternativa seria não prorrogar as outorgas e conceder nova autorização em caráter secundário, até 2028 (peça 176). A área técnica explicou:

(...)

192. Resta claro que, em certo momento, a própria Anatel achou viável a opção de não se prorrogarem as outorgas, sendo essa inclusive a solução proposta pelo seu corpo técnico, que apresentou a alternativa de se autorizar o uso das faixas em caráter secundário para evitar a

descontinuidade dos serviços até 2028, de modo que não haveria desconexão de usuários nem interrupção do serviço. Defendeu, ainda, que seria uma solução de baixo custo público e enfatizou que as possíveis interferências prejudiciais ao serviço, que poderiam advir de autorizações em caráter secundário, poderiam ser mitigadas por mecanismos já existentes em sua regulamentação e por meio de tratamento adequado pela agência de outros pedidos de uso da faixa em caráter secundário. Assim, a decisão de não prorrogação, em caráter primário, das outorgas das bandas A e B (passando a ser prorrogada em caráter secundário, segundo a Anatel) estaria em conformidade com o ordenamento jurídico, conforme apontado na subseção anterior, e não geraria impactos incontornáveis e nem situação de inviabilidade técnica da prestação do serviço, conforme demonstrado pela própria agência. Destaca-se que a Anatel já decidiu fazer o *refarming* da faixa, o que naturalmente desaceleraria investimentos pelas atuais detentoras da outorga até que ocorresse esse processo, independentemente de ela estar prestando o serviço em caráter primário ou secundário. (grifos originais)

52. De acordo com os esclarecimentos da Unidade Técnica (peça 223, p. 25), as autorizações outorgadas em caráter primário garantem ao detentor da frequência tanto a sua proteção contra qualquer interferência prejudicial como a primazia do uso do espectro. Por sua vez, as de caráter secundário, que não exigem prévia licitação, permitem a sua utilização por diferentes operadoras simultaneamente, desde que não causem interferências prejudiciais às detentoras da outorga em caráter primário.

53. Do trecho reproduzido, observa-se que a SeinfraCom propõe, como solução à declaração de nulidade das prorrogações consideradas ilegais, a autorização do uso secundário dessas faixas até 2028, alternativa de baixo custo que, como já visto, foi sugerida pelo próprio corpo técnico da Anatel em estudo concluído no dia 28 de novembro de 2019 (peça 123, p.18 e peça 223, p. 25) – ou seja, após o advento da Lei n.º 13.879/2019 –, como forma de garantir a continuidade do serviço e impedir a desconexão de usuários. Desse modo, seria possível conceder prazo às operadoras para a migração de clientes a essas outras frequências enquanto a Agência definiria o *refarming* e elaboraria o edital para nova licitação (peça 223, p. 24).

54. Com a publicação do Decreto n.º 10.402/2020, a área técnica alterou seu entendimento, e concluiu ser aplicável também às outorgas vigentes de radiofrequência a previsão legal de prorrogações sucessivas. Ocorre que, como já registrado, por força do princípio da hierarquia jurídica, a disciplina normativa não se sobrepõe nem inova ao texto da lei que regulamenta. Inexistindo tal previsão na legislação de regência, **considero não ser possível acatar a mudança de entendimento do corpo técnico da Anatel, de modo que a alternativa aventada no estudo de 2019, em sintonia com o encaminhamento ora proposto pela SeinfraCom, se mostra a mais consentânea aos preceitos de ordem constitucional e legal.**

55. Trata-se, portanto, ao ver deste MPTCU, de solução que, por ter sido alvitrada pela própria Anatel como opção tecnológica e regulatória para mitigar a operação em caráter secundário (peça 123, p. 18), mostra-se tecnicamente viável para se dar continuidade aos serviços e atender ao interesse público sem que se efetue, à margem da lei, a prorrogação dos termos que vencem até 2028. Conforme sugeri nesta mesma ocasião, eventuais problemas de interferência de uso poderiam ser mitigados por mecanismos já existentes em sua regulamentação e por meio de tratamento adequado de outros pedidos de uso da faixa em caráter secundário.

56. Não obstante esse posicionamento inicial, os gestores e as operadoras beneficiadas com a prorrogação irregular aduzem que a precariedade da autorização em caráter secundário traz insegurança jurídica e poderia desincentivar investimentos. Acrescentam também o que preço público baixo não permitiria estabelecer novos compromissos. Tais alegações foram devidamente afastadas pela SeinfraCom, nos termos abaixo reproduzidos (peça 223, p. 40-41):

200. Também não é cabível alegar que a não prorrogação incorre em insegurança jurídica, muito pelo contrário, dado que a devolução da faixa ao poder público esteve prevista desde a licitação, ou seja, há décadas, estando expressa em cláusula do termo de autorização e sendo condição aceita pela operadora quando optou por participar do certame. A real insegurança jurídica ocorreria com a prorrogação sucessiva da outorga, dado que se modifica o regime jurídico previsto no edital de licitação e no termo contratual, condições impostas a todas as licitantes à época

e que, se alteradas, podem prejudicar a isonomia e impessoalidade do processo, conforme apontado na subseção anterior.

201. Na mesma linha, também não é sustentável alegação de que a não prorrogação dos termos e nova licitação das faixas incorreriam em dispêndios de volume de recursos não previstos pelas operadoras e que isso reduziria investimentos. **Desde o início de vigência dos termos (há mais de 15 anos), sabia-se que haveria nova licitação daquelas frequências e as operadoras já tinham ciência da expectativa de gastos diante de nova concorrência pública.** Também não se sustenta argumentação de que a licitação retira investimentos do setor, visto que foi justamente a troca de valores do preço público a ser arrecadado em certames por compromissos de abrangência que historicamente permitiram a expansão das redes de telecomunicações no país em localidades carentes de infraestrutura. Em consonância com o disposto em voto do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, **a concorrência trazida por nova licitação pode potencializar os investimentos. Ainda mais quando há baixo uso da faixa pela atual detentora dela, como é o caso das bandas A e B** (peça 164, p. 19), algo a ser visto mais adiante. Além disso, em média, espera-se prazo de vinte anos para retorno razoável de investimentos nas redes que usam essas frequências (peça 162, 76-78). **Como os termos anteriores à Lei 13.879/2019 preveem o prazo de 15 anos renovável uma única vez, se está falando em licitar novamente a faixa após 30 anos, de modo que, no momento da licitação, já terão sido amortizados os custos e investimentos passados.** (grifei)

57. Além das alegações acima, considerando que o Acórdão n.º 510/2020 não deixou assente que haverá licitação em 2028 – que poderá ser substituída diretamente pelo *refarming* (peça 223, p. 24 c/c peça 123, p. 127-129) –, e que a Lei n.º 13.879/2019 prevê a possibilidade de um mercado secundário de espectro – operado diretamente pelas autorizadas, por meio de revenda ou repasse à outra prestadora o direito de uso de frequência que detenha junto à Anatel (art. 163, § 4.º, da LGT) –, as operadoras pleitearam, em carta aberta à Agência, a condução do processo de reorganização dos blocos entre os envolvidos, seja para a faixa de 850 MHz, seja para outras faixas que possam ter seu uso otimizado por meio do melhor aproveitamento do espectro (peça 178).

58. Trata-se, a meu ver, de relevante discussão, que não pode passar despercebida pelo Tribunal, uma vez que se trata de competência legal exclusiva concedida ao órgão regulador para a gestão do espectro, e que impõe, portanto, a sua atuação direta no processo decisório do *refarming* de quaisquer faixas de frequência a serem reorganizadas (art. 158 da LGT). Como bem esclareceu a Unidade Técnica, há evidente diferença entre o processo de gestão de espectro, de competência da Anatel, e a autonomia das prestadoras em transferir autorizações de uso de frequência entre elas (peça 223, p. 46).

59. No processo de revenda ou repasse do uso de frequências em mercado secundário de espectro há mudança apenas quanto à titularidade do direito. Porém, não são “*alteradas as condições existentes na autorização e, de forma alguma, os aspectos do uso da faixa, destinação, especificações e serviços atrelados àquela faixa*” (peça 223, p. 46), características que dizem respeito unicamente à gestão do espectro, cujos procedimentos a cargo da Anatel estão sujeitos “*aos princípios da Administração Pública e às regras legais específicas do setor, incluindo o art. 164 da LGT, que estabelece que as autorizações de frequência dependerão de licitação quando houver limitação técnica e mais que um interessado em sua utilização*” (peça 223, p.46):

230. É evidente que, se há modificação em qualquer condição do termo de autorização (que não a pessoa que possui direito de uso da frequência, algo permitido pelo art. 163, § 4º), conseqüentemente há mudança de objeto da autorização e passa a ser mandatária, nos termos da lei, a licitação para outorgar tal ativo. Para modificação que altera aspectos como quantidade de banda, blocos de subfaixas de radiofrequência, tipo de canalização, bandas de guarda, tipo de serviço autorizado, ou outros aspectos, como ocorre em um *refarming*, é obrigatório que tal processo passe por procedimento licitatório, garantindo a isonomia e condições iguais de concorrência. Não são possíveis ajustes diretos por parte da Anatel e, menos ainda, pelas operadoras

60. Assim, como solução à questão, a SeinfraCom propõe dar ciência à jurisdicionada de que a alteração das condições contratuais ou técnicas estabelecidas em licitação dos termos de autorização de uso de radiofrequências, em caráter primário e atrelados a serviços de interesse coletivo, realizada por meio de processos que modifiquem o uso do espectro (incluindo mudanças na atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências, conforme vislumbrado no voto condutor do Acórdão Anatel n.º

510/2020) sem realização de novo processo licitatório viola tanto o art. 164 da Lei n.º 9.472/1997 quanto cláusulas contratuais e editalícias, ferindo princípios como os da legalidade, do *pacta sunt servanda* e da segurança jurídica.

61. A despeito de ser relevante que o Tribunal deixe assente seu entendimento sobre importante questão – a qual, embora não tenha se concretizado na prática, pode vir a se firmar, já que há pleito nesse sentido submetido ao crivo do órgão regulador pelas operadoras (peça 178) –, o encaminhamento sugerido não consta da proposta de deliberação submetida pelo nobre Relator na sessão plenária do último dia 22 de junho. Tampouco o assunto foi tratado diretamente no respectivo voto, que apenas citou o dispositivo legal que autoriza a existência de mercado secundário de uso de frequências dentro da discussão a respeito da metodologia de cálculo dos valores devidos em razão da prorrogação. E a menção feita vai de encontro justamente ao que prevê a LGT:

180. Outra questão trazida pelas alterações na LGT (art. 163, § 4º) foi a possibilidade de transferência de autorizações de uso de frequências entre as operadoras em um mercado secundário. Uma vez outorgada a faixa a uma operadora, seja por licitação nova ou por prorrogação de autorização, a empresa poderá revender esse espectro e buscar rentabilidade nesse processo. Com isso, **uma vez outorgada a frequência, o poder público deixa de ser o protagonista da sua gestão e de seus benefícios econômicos, que passarão à empresa privada detentora da faixa.** Assim, é fundamental que a Anatel calcule o valor econômico da faixa com maior nível de precisão possível. (grifei)

62. Nesse diapasão, **julgo essencial reafirmar que a gestão do espectro, mesmo na operação do mercado secundário autorizado pela nova redação legal, cabe à Anatel. Isso porque, além de as transferências de direito de uso do bem dependerem de prévia e expressa aprovação pelo órgão regulador (art. 163, § 4.º), as novas disposições legais não revogaram o comando disposto no art. 19, inciso VIII, da LGT.**

63. **Assim, reitero a necessidade de o referido encaminhamento constar da deliberação que vier a ser prolatada pelo Tribunal, nos termos sugeridos pela SeinfraCom,** dada a sua importância para evitar futuros atos e entendimentos que venham a ser colocados em prática, em evidente prejuízo às disposições legais de grande relevo ao ambiente regulatório.

64. No que concerne à ausência de posição expressa da Agência no Acórdão n.º 510/2020 quanto à obrigatoriedade de licitação por ocasião da atualização dos blocos de frequência das bandas A e B em 2028, considero grave a omissão. Conforme afirma a Unidade Técnica, o “*Conselho [Diretor da Anatel] também não vedou que a futura licitação possa ser substituída por um refarming feito pelas atuais detentoras de outorgas dessas frequências*” (peça 223, p. 24).

65. Nesse sentido, **considero de absoluta relevância que o Tribunal firme entendimento pela obrigatoriedade de licitação, em tempo hábil, para novas outorgas das autorizações de uso de radiofrequências que tenham prazo de vigência a expirar até 2028, sem possibilidade de nova prorrogação para os atuais detentores, após a realização do refarming e definida a viabilidade e a conveniência de reutilização das respectivas faixas.** Tal manifestação se mostra ainda mais necessária se o Colegiado se pronunciar contrariamente à proposta de determinação para que a Agência declare o ato de prorrogação nulo – como sugere a Unidade Técnica com o endosso deste *Parquet*.

66. Embora não tenha sido alvitado pela SeinfraCom em seu trabalho, o pronunciamento que ora sugiro tem o condão de garantir que a Agência venha observar o dever constitucional de licitar um bem público escasso, de alto valor e amplo alcance social, na oportunidade que considerou como a mais adequada para a revisão da distribuição dos blocos de faixas via *refarming*. Não vislumbro fundamento e, portanto, qualquer possibilidade de se dar prosseguimento a outorgas que já tiveram sua renovação autorizada fora das hipóteses legais e contratuais.

67. Reitero minha anuência à declaração de nulidade da segunda prorrogação aprovada pelo Acórdão Anatel n.º 510/2020 e à viabilidade técnica – com base nos elementos constantes destes autos – e jurídica da operação, em caráter secundário, das outorgas até o ano de 2028. Mas mesmo que este não venha a ser o encaminhamento final acolhido pelo Plenário, **a realização de licitação nesse prazo final, executado o refarming e definida a viabilidade e a conveniência de reutilização das**

respectivas faixas, é condição *sine qua non* à sua exploração dentro da previsibilidade e segurança jurídica necessárias à estabilidade do planejamento de longo prazo dos investimentos que o setor de infraestrutura demanda como um todo.

68. Em complemento à obrigatoriedade de se realizar a licitação das autorizações de uso de radiofrequência em 2028, nos termos previstos no item 65 desta manifestação, tenho por devido que o TCU induza a Agência a iniciar o planejamento desse importante certame. Como já comentado, houve flagrante atraso da autarquia nos procedimentos preparatórios para o procedimento de nova licitação após o vencimento das outorgas.

69. Assim, com o objetivo de evitar a repetição de indesejado retardamento, **entendo que deva ser determinado à Anatel que envie ao Tribunal plano de ação contendo metas, cronograma e responsáveis pelos procedimentos a serem adotados para a realização das licitações de autorização do direito de uso de radiofrequência que tenham prazo de vigência a expirar até 2028, sem possibilidade de nova prorrogação para os atuais detentores, nas condições que melhor delimitem o uso eficiente das faixas, a serem identificadas no âmbito do processo de *refarming* já previsto como necessário pela Anatel e a ser por ela conduzido exclusivamente.**

70. Não obstante tratar-se de plano de ação, considero que a proposta não vai de encontro às disposições da Resolução TCU n.º 315/2020, uma vez que corresponde a situação excepcional, que **exige providências importantes e tempestivas por parte do jurisdicionado, com vistas a evitar a materialização de novo atraso na gestão de relevante bem público de amplo alcance social e a reiteração da ofensa ao dever constitucional de licitar, além de outros princípios elementares do Direito Administrativo, em detrimento da segurança jurídica necessária nos setores de infraestrutura.** Assim, o encaminhamento está aderente à previsão contida no art. 7.º, § 3.º, inciso I, da referida norma.

71. Permitir a continuidade, por sucessivas prorrogações, de outorgas cuja licitação não previu relevantes benefícios econômicos (aumento do prazo de exploração das faixas e possibilidade de repasse e revenda de direito em mercado secundário de espectro), em favor justamente das primeiras operadoras atuantes após a privatização dos serviços de telecomunicações, provoca indesejada ruptura do modelo regulatório vigente e imprevisíveis consequências para o mercado e para o ambiente concorrencial, as quais podem se estender para outros setores regulados. A atuação ativa e tempestiva do órgão regulador é a garantia de confiança aos administrados nos negócios firmados junto ao Estado.

72. As repercussões negativas no campo concorrencial também foram objeto de considerações pela Unidade Técnica e pelo eminente Relator. E em relação tanto a esse aspecto como a outras questões de cunho técnico, houve convergência de ambos quanto ao mérito – ainda que a proposta constante do acórdão disponibilizado pelo Ministro Relator tenha acrescentado encaminhamentos valorosos não previstos no relatório de acompanhamento da SeinfraCom.

73. Para evitar me estender além do necessário, não adentrarei em assuntos cujas propostas se encontram alinhadas ou são complementares, e em relação aos quais anuo ao encaminhamento final constante do acórdão disponibilizado pelo eminente Ministro Augusto Nardes. Em suma, eles tratam dos critérios técnicos examinados – ou que deveriam ter sido – pela Anatel nas prorrogações já realizadas, e que afetam diretamente a identificação de interesse público na decisão de renovar uma autorização de uso de radiofrequência. **Relaciono-os aqui, conforme descritos no voto do nobre Relator, para que fique registrada a adesão deste *Parquet* à respectiva proposta, com ajustes pertinentes.** São eles: i) avaliação quanto a eventuais modificações de destinação do uso da frequência; ii) uso racional e adequado da frequência e eficiência do uso desse recurso escasso; iii) cumprimento de obrigações contratuais e não cometimento de infrações reiteradas; iv) aspectos concorrenciais; e, v) atendimento ao interesse público.

74. Passo, por fim, à última questão de relevo trazida pela Unidade Técnica no relatório de acompanhamento, qual seja, a metodologia empregada pela Anatel para o cálculo dos valores devidos nas prorrogações das outorgas, já que feitas em caráter oneroso (art. 167, § 1º, da LGT).

75. Sobre isso, existem três alternativas à disposição da Agência para tal finalidade: i) a primeira, baseada em fluxo de caixa e valor presente líquido (VPL), tem plena aceitação na jurisprudência do TCU

e é comumente utilizada em outros setores de infraestrutura; ii) a segunda, adotada em prorrogações anteriores, consiste em pagar, a cada biênio, durante o período de renovação, ônus correspondente a 2% da receita da prestação dos serviços do ano anterior ao do pagamento, líquida de impostos e contribuições sociais, com redução no último ano da autorização a 1% da receita do ano anterior; e, iii) a terceira, embora sem aplicação anterior em processos de autorização de radiofrequência como os que estão sob análise, tem a definição do valor como resultado da multiplicação da receita da empresa com um fator de proporcionalidade que visa ponderar a representatividade da faixa prorrogada com relação às demais faixas que a operadora detém e está prevista no Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (RPPDUR), que foi normatizado pela Resolução Anatel n.º 695/2018.

76. A SeinfraCom identificou algumas fragilidades associadas às duas últimas alternativas (itens “ii” e “iii”), as quais, segundo esclarecido no relatório de acompanhamento, seguem a mesma lógica de cálculo, que se baseia em um percentual da receita da operadora. Em razão disso, os riscos identificados em relação à segunda opção (ônus de 2%), comumente utilizada pela Anatel nas primeiras prorrogações das autorizações, foram também, indiretamente, associados à metodologia do RPPDUR, ainda sem aplicação no caso concreto, a saber: i) existência de inúmeros conflitos técnico-jurídicos, em embates administrativos e judiciais, entre Anatel e as operadoras, decorrentes de divergências sobre a abrangência e o tipo de dados que deveriam ser considerados na composição da receita, cujas discussões referem-se a valores da grandeza de bilhão (peça 223, p. 70); ii) limitações técnicas da Agência para obter dados reais de receita segregados por faixas de radiofrequências, dada a assimetria regulatória; e, iii) inconsistência na fórmula de cálculo, por desconsiderar a valoração econômica efetiva do ativo (valor de mercado), também presente na metodologia do RPPDUR.

77. No caso desta última fragilidade, em linha com o entendimento uniforme externado pela SeinfraCom e pelo nobre Relator, a devida valoração econômica das outorgas é medida essencial para a precificação do bem. Caso não seja considerada, como nas metodologias do ônus de 2% e do RPPDUR, incorre-se em evidente prejuízo ao Erário, pois há impedimento à percepção de importante parcela da remuneração devida ao Poder Público.

78. Há ainda a seguinte preocupação externada pela Unidade Técnica, que traz efeitos bastante indesejados no campo social (inclusão digital), notadamente em áreas de pequeno retorno econômico, cuja cobertura pode vir a ser prejudicada porque há incentivos ao baixo uso da faixa em razão da precificação do valor da outorga/prorrogação ter sido definido com base nas regras do ônus de 2% ou do RPPDUR (peça 223, p.73-74):

382. Especificamente sobre a fórmula de prorrogação, **tanto nas regras do ônus de 2%, quanto no RPPDUR observou-se que, por se basear apenas na receita da empresa, há o risco de se incentivarem empresas com baixo uso da faixa, como aquelas que tenham pequena receita ou que até não possuem receita alguma, com seria o caso de entidades que adquirem a faixa, mas, em algumas regiões, não a utilizam por decisões empresariais e estratégias de proteção de mercado contra concorrentes.** Não há lógica em se cobrar menos de uma prestadora que obteve menos receitas do que de outra que obteve mais, dado que a faixa ficou disponível exclusivamente a ambas e que cabem às prestadoras assumir os riscos de negócios, sendo exigido tratamento isonômico por parte do poder público. **A precificação deve considerar o potencial comercial da faixa, e não a forma de seu uso pela atual operadora autorizada a utilizá-la.** (grifei)

79. Outrossim, como adequadamente ponderado no relatório de acompanhamento, com a *“possibilidade de prorrogações sucessivas de outorgas de uso de radiofrequência, exige-se mais assertividade e controle por parte do órgão regulatório quanto à valoração desse ativo, para garantir o atendimento aos princípios do interesse público, legalidade, economicidade e eficiência no uso do espectro”* (peça 223, p. 63). Diante da ausência de limites no número de renovações permitidas pela nova legislação às autorizações de radiofrequência outorgadas após sua sanção, a questão assume maior relevo. Desse modo, é importante que a metodologia a ser definida pela Agência no âmbito das novas outorgas, ou daquelas que ainda venham a ser prorrogadas, precifique não apenas os custos administrativos incorridos, mas também o valor de mercado associado ao bem. Como resumido pela Unidade Técnica (peça 223, p. 70-71):

364. A exclusão da atratividade econômica na conta pode impactar de forma negativa o setor e sua concorrência, pois outorgar e prorrogar sucessivamente em caráter exclusivo a uma operadora uma outorga com valor subestimado pode resultar em barreiras de entrada para outros prestadores e em uma situação de concorrência imperfeita, em que uma ou poucas empresas passam a ter influência dominante sobre os preços e condições do mercado. Tal situação pode ser ainda agravada se considerado que a Lei 13.879/2019 permitiu a revenda do espectro por essas operadoras no mercado secundário, de modo que as atuais operadoras passam a ter diretamente controle sobre o preço e a banda a ser ofertada para os demais atores do mercado. Assim, ao deixar de relicitar a faixa e optar por prorrogar a outorga, é essencial que a Anatel assegure um preço justo e de mercado a ser cobrado da operadora. (grifo original)

80. O mapeamento dos problemas associados às fórmulas do ônus de 2% e do RPPDUR só foi realizado em razão de a Agência já ter sinalizado, em seus comentários sobre a versão preliminar do relatório (peça 200), que defende ser possível se desconsiderar o valor econômico da outorga para as demais autorizações vincendas (peça 223, p. 68). Embora sejam relevantes os riscos de se adotar uma metodologia inadequada de cálculo do valor devido na prorrogação da outorga, a SeinfraCom não propôs encaminhamento sobre a questão, pois no caso concreto sob análise (segunda renovação das autorizações das bandas A e B), a Anatel adotou a alternativa amplamente aceita pelo Tribunal, cujo cálculo é baseado em fluxo de caixa e valor presente líquido (VPL).

81. Por seu turno, o eminente Relator propõe dar ciência à Anatel dos riscos identificados em relação às metodologias do ônus de 2% e do RPPDUR, de modo que sejam considerados e mais bem equacionados quando da realização das prorrogações de autorizações e licitações de novas outorgas do direito de uso de radiofrequência. Sugere também recomendar ao órgão regulador que “*considere os riscos identificados por este Tribunal ao definir a metodologia a ser empregada para fins de cálculo do valor de outorga nas prorrogações de radiofrequência*”.

82. De minha parte, dada a gravidade das consequências negativas que a adoção de alternativa de cálculo inadequada pode trazer tanto para a Administração Pública quanto para os usuários, de forma associada à recomendação sugerida pelo nobre Relator, reputo necessário **determinar à Agência que, independentemente da metodologia que ela venha a adotar para o cálculo dos valores devidos nas prorrogações ou nas licitações das autorizações de uso de radiofrequência, inclua a valoração econômica (de mercado) do bem na respectiva fórmula, de modo a refletir o valor justo de sua atratividade econômica.**

83. Destaco que a determinação que ora proponho visa dar solução a importante questão levantada pela Unidade Técnica e não ultrapassa os limites do controle de segunda ordem exercido pelo Tribunal em matéria regulatória, uma vez que não estabelece a metodologia a ser adotada, que continua sob o manto da discricionariedade concedida ao gestor, mas apenas exige que ela contemple fator essencial para a definição do valor a ser calculado nas prorrogações/licitações das autorizações de uso de radiofrequência.

84. Diante do exposto, e com as mais respeitadas vênias por divergir, parcialmente, da proposta constante do Voto e Acórdão disponibilizados pelo eminente Ministro Relator Augusto Nardes, manifesto-me pela aprovação do encaminhamento abaixo consolidado:

I) com fundamento no art. 45 da Lei Orgânica do TCU e no art. 251 do Regimento Interno do TCU, determinar à Agência Nacional de Telecomunicações que:

I.1) no prazo de quinze dias, adote as providências para anular, por vício de ilegalidade e irregularidade, o item “a” do Acórdão Anatel n.º 510/2020, que prevê a segunda prorrogação, em caráter primário, das outorgas de uso das bandas A e B, dado que tal decisão fere a cláusula 2.1 dos termos de autorizações vigentes, que são contratos administrativos, e as cláusulas que definiram o objeto das licitações de radiofrequência realizadas de 1997 a 2019, bem como viola as normas do ordenamento jurídico (em especial os princípios da legalidade, do dever de licitação, de vinculação ao instrumento convocatório, do *pacta sunt servanda*, da impessoalidade, da isonomia e da segurança jurídica, previstos nos arts. 5.º, inciso XXXVI, 37, *caput* e inciso XXI, e 175, *caput*, da Constituição Federal de 1998, nos arts. 38, 89, *caput* e inciso VII, e 164, inciso I, da Lei Geral das Telecomunicações (LGT), Lei n.º

9.472/1997, e no art. 2.º, *caput* e inciso XIII, da Lei do Processo Administrativo, Lei n.º 9.784/1999, a jurisprudência do STF, a exemplo de ADI n.º 5.991/DF, e a jurisprudência do TCU, a exemplo da Decisão n.º 402/2000-TCU Plenário, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, e do Acórdão n.º 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas;

II) dar ciência ao Ministério das Comunicações e à Agência Nacional de Telecomunicações, com fundamento no art. 9.º, inciso II, da Resolução TCU n.º 315/2020, que:

II.1) as autorizações do direito de uso de radiofrequência que tenham prazo de vigência a expirar até 2028, sem possibilidade de nova prorrogação para os atuais detentores, só poderão ser novamente outorgadas mediante licitação, oportunidade em que deverá ser avaliado o uso eficiente das faixas, em conformidade com o resultado das análises no âmbito do processo de *refarming*, já identificado como necessário pela Agência e a ser por ela conduzido exclusivamente;

II.2) a alteração das condições contratuais ou técnicas estabelecidas em licitação dos termos de autorização de uso de radiofrequências, em caráter primário e atrelados a serviços de interesse coletivo, realizada por meio de processos que modifiquem o uso do espectro (incluindo mudanças na atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências, conforme vislumbrado no voto condutor do Acórdão Anatel n.º 510/2020) sem realização de processo licitatório viola o art. 164 da Lei n.º 9.472/1997 e as cláusulas contratuais e editalícias, ferindo princípios como o do *pacta sunt servanda* e da segurança jurídica;

II.3) a formalização das prorrogações das autorizações de outorgas de radiofrequência, nos termos do art. 167 da Lei n.º 9.472/1997, com a redação dada pela Lei n.º 13.879/2019, somente é possível para os detentores do direito de uso que obtiveram sua outorga após a alteração legal e desde que sejam apropriadamente avaliados os seguintes critérios técnicos mínimos, dentre outros:

II.3.1) o cumprimento de obrigações já assumidas pela autorizada, conforme preconizam o art. 167, *caput*, da Lei n.º 9.472/1997 e o art. 12, inciso II, do Decreto n.º 10.402/2020;

II.3.2) aspectos concorrenciais relacionados não apenas ao contexto da autorizada, mas também ao cenário macro da concorrência no setor, ponderando os prejuízos advindos da impossibilidade de novos *players* para explorar a faixa de frequência avaliada, conforme preconiza o art. 12, inciso III, do Decreto n.º 10.402/2020;

II.3.3) o uso racional e adequado da radiofrequência, bem como a eficiência do seu uso, verificados a partir da análise de parâmetros econômicos, sociais e de competição, conforme preconizam o art. 167, § 2º, da Lei n.º 9.472/1997 e o art. 12, inciso IV, do Decreto n.º 10.402/2020;

II.3.4) o atendimento ao interesse público mediante a revisão de metas pactuadas e previsão de novos compromissos de investimento, conforme preconizam o art. 167, § 3º, da Lei n.º 9.472/1997 e o art. 12, inciso V, do Decreto n.º 10.402/2020;

III) com fundamento no art. 45 da Lei Orgânica do TCU e no art. 251 do Regimento Interno do TCU, determinar à Agência Nacional de Telecomunicações que:

III.1) envie ao Tribunal, no prazo de noventa dias, plano de ação contendo metas, cronograma e responsáveis pelos procedimentos a serem adotados para a realização do *refarming* e das eventuais licitações às quais o subitem II.1 faz referência;

III.2) nas futuras licitações das autorizações de uso de radiofrequência e em suas prorrogações, independentemente da metodologia de cálculo que venha a ser adotada para os valores de outorga devidos, inclua a valoração econômica (de mercado) do bem na respectiva fórmula, de modo a refletir o valor justo de sua atratividade econômica e a coibir a ocorrência dos riscos identificados pelo Tribunal, relacionados no subitem V.2 abaixo;

IV) recomendar à Agência Nacional de Telecomunicações, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei n.º 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do RITCU e o art. 11 da Resolução-TCU n.º 315/2020, que:

IV.1) institua novos processos de trabalho e/ou aprimore os atualmente existentes, de modo a permitirem uma visão detalhada e regionalizada sobre o uso efetivo e o tráfego real de cada faixa de frequência, com vistas ao aprimoramento das avaliações acerca do uso racional e adequado das frequências, consoante previsto no art. 167, § 2.º, da Lei n.º 9.472/1997 e no art. 12, inciso IV, do Decreto n.º 10.402/2020;

IV.2) inclua, nas avaliações de eficiência do uso do espectro, aspectos referentes à eficiência econômica, social e competitiva, conforme sugere o *benchmarking* internacional acerca da matéria, com vistas ao pleno atendimento do art. 167, § 2.º, da Lei n.º 9.472/1997 c/c do art. 12, inciso IV, do Decreto n.º 10.402/2020;

IV.3) explicita, em seu arcabouço normativo, critérios objetivos para avaliar, na prorrogação de outorgas, o efetivo cumprimento de obrigações e o não cometimento de infrações reiteradas pela operadora solicitante, em obediência ao art. 167, *caput* e §§ 2.º e 3.º, da Lei n.º 9.472/1997 e art. 12, inciso II, do Decreto n.º 10.402/2020;

IV.4) obtenha da autorizada, previamente à eventual prorrogação de sua outorga, a necessária quitação das multas e a correspondente reparação dos danos referentes a todos os processos administrativos sancionatórios aplicados pelo regulador na respectiva faixa de frequência;

IV.5) providencie, previamente à prorrogação das autorizações, o encontro de contas para as ações judiciais da respectiva autorizada em andamento contra a União e obtenha sua manifestação favorável junto aos órgãos competentes, a fim de, posteriormente, ser submetido cada processo judicial à devida homologação;

IV.6) institua mecanismos, a exemplo dos chamamentos públicos, para avaliar, junto ao mercado, o interesse de uso da faixa de frequência por outros potenciais competidores, conforme preconizam as boas práticas internacionais, de modo a ter a real dimensão dos prejuízos concorrenciais ao se optar pela prorrogação de outorgas vigentes em detrimento de nova licitação pública, com vistas ao completo atendimento do art. 12, inciso II, do Decreto n.º 10.402/2020;

IV.7) institua controles internos adequados e suficientes para avaliar, na prorrogação de outorgas, os aspectos concorrenciais relacionados não apenas ao contexto da autorizada, mas também ao cenário macro da concorrência no setor e ao que se vislumbra de estratégia de disponibilização do espectro de radiofrequência a outros agentes privados, deixando evidente o seu direito de indeferir a prorrogação devido ao risco de falhas de mercado;

IV.8) promova ajustes em seus regulamentos de modo que os normativos da Agência, em especial a Resolução Anatel n.º 65/1998 e a Resolução n.º Anatel 671/2016, entre outros, estejam compatíveis com o art. 167 da Lei n.º 9.472/1997, com a redação dada pela Lei n.º 13.879/2019;

IV.9) incorpore a necessidade de atualização e/ou inclusão de novas metas que melhor atendam ao interesse da sociedade, seja para modernização da infraestrutura, seja para redução do preço do serviço prestado, como condição a ser atendida pelas autorizadas caso haja a extensão do prazo da vigência da sua respectiva autorização, em cumprimento ao art. 167, § 3º, da Lei n.º 9.472/1997 c/c art. 12, inciso V, do Decreto n.º 10.402/2020;

IV.10) considere os riscos identificados pelo Tribunal, os quais estão sintetizados no subitem V.2 abaixo, quando vier a definir a metodologia a ser empregada para fins de cálculo do valor de outorga nas prorrogações de radiofrequência;

V) dar ciência à Agência Nacional de Telecomunicações, com fundamento no art. 9.º, inciso II, da Resolução TCU n.º 315/2020, que:

V.1) foram constatadas as seguintes fragilidades nas análises já realizadas para fins de avaliação da prorrogação das autorizações de outorga de radiofrequência das bandas A e B, com vistas à adoção de medidas cabíveis para impedir suas recorrências:

V.1.1) os mecanismos utilizados pela Anatel atualmente em suas fiscalizações não permitiram visão detalhada e regionalizada sobre o uso efetivo e o tráfego real das faixas de

frequência, o que prejudicou as competentes avaliações sobre o seu uso racional e adequado, de que tratam o art. 167, § 2º, da Lei n.º 9.472/1997 e o art. 12, inciso IV, do Decreto n.º 10.402/2020 (seção V.2 do Voto);

V.1.2) os quesitos avaliados para eficiência do uso do espectro restringiam-se a aspectos técnicos, sem considerar parâmetros econômicos, sociais e de competição para o pleno atendimento do art. 167, § 2.º, da Lei n.º 9.472/1997 e do art. 12, inciso IV, do Decreto n.º 10.402/2020;

V.1.3) o mero levantamento dos registros de sanção e processos disciplinares transitados em julgado contra a operadora, sem a respectiva análise abrangente dos aspectos que levaram a tais infrações e sem avaliação acerca do eventual cometimento de infrações reiteradas, infringe ao art. 167, *caput* e §§ 2.º e 3.º, da Lei n.º 9.472/1997 e art. 12, inciso II, do Decreto n.º 10.402/2020;

V.1.4) as avaliações das bandas A e B desconsideraram o prejuízo da prorrogação das autorizações de outorga frente a possíveis licitantes interessadas, de modo a se ter a real dimensão no prejuízo da concorrência, razão pela qual se entende que não foram apropriadamente avaliados os aspectos concorrenciais, conforme prevê o art. 12, inciso III, do Decreto n.º 10.402/2020;

V.2) foram identificados os seguintes riscos que devem ser devidamente considerados e gerenciados para fins de cálculo do valor de outorga das prorrogações das autorizações de radiofrequência, independentemente da metodologia que vier a ser empregada:

V.2.1) desconsideração do valor econômico do bem público no cálculo do valor devido pela autorizada, o que resulta valores de outorga subestimados, com consequente prejuízo ao erário;

V.2.2) utilização de metodologias que se baseiam exclusivamente nas receitas da autorizada é de difícil aferição pelo ente público ante a assimetria de informações, o que pode acarretar prejuízos ao erário;

V.2.3) utilização de metodologias que se baseiam exclusivamente nas receitas da autorizada não incentivam a eficiência no uso do bem público, podendo acarretar, assim, prejuízos ao interesse público;

V.2.4) todas as variáveis das fórmulas para o cálculo do valor da outorga devem ter seus conceitos precisamente definidos, de modo a evitar interpretações dúbias, questionamentos e judicialização do pagamento pela autorizada;

VI) fazer constar na ata da presente sessão, nos termos do art. 8.º da Resolução TCU n.º 315/2020, comunicação do Relator ao Colegiado no sentido de determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (Seinfracom) o monitoramento das recomendações constantes neste acórdão;

VII) dispensar destes autos, nos termos do art. 38 da Resolução TCU n.º 259/2014 e em atendimento ao subitem 1.6.2 do Acórdão n.º 38/2021-TCU-Plenário, o processo de desestatização TC 045.707/2020-0, tendo em vista a conclusão da apreciação de mérito do presente processo, cuja repercussão impacta o objeto do referido processo de desestatização.

Obrigada, Senhor Presidente e Senhores Ministros.

Plenário do Tribunal de Contas da União, em 31 de agosto de 2022.

Cristina Machado da Costa e Silva
Procuradora-Geral