

	<h1>ANÁLISE</h1>	NÚMERO E ORIGEM:
		61/2012-GCMP
		DATA:
		14/12/2012
CONSELHEIRO RELATOR		
MARCUS VINÍCIUS PAOLUCCI		

1. ASSUNTO

Prosseguimento do Chamamento Público para exploração do Serviço Móvel Especializado (SME) e radiofrequências vinculadas nas faixas de 806-821 MHz / 851-866 MHz, de 411,675-415,85 MHz / 421,675-425,85 MHz e de 415,5-419,975 MHz / 425,5-429,975 MHz, aprovado pelo Ato n.º 41.879, de 20/1/2004. Nulidade de atos associados ao Chamamento Público. Encerramento do Chamamento Público e, conseqüente, arquivamento do Processo n.º 53500.000813/2004.

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Processo n.º 53500.000813/2004;
- 2.2. Lei n.º 9.472, de 16/7/1997 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT);
- 2.3. Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência, aprovado pela Resolução n.º 65, de 29/10/1998;
- 2.4. Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências (RUE), aprovado pela Resolução n.º 259, de 19/4/2001;
- 2.5. Ato n.º 41.879, de 20/1/2004, que aprova a realização do chamamento público;
- 2.6. Regulamento do Serviço Móvel Especializado (SME), aprovado pela Resolução n.º 404, de 5/5/2005;
- 2.7. Despacho n.º 989/2007-CD, de 28/08/2007;
- 2.8. Análise n.º 528/2009-GCPA, de 29/10/2009;
- 2.9. Ato n.º 7.257, de 11/12/2009;
- 2.10. Análise n.º 544/2010-GCJR, de 6/8/2010;
- 2.11. Despacho n.º 7.165/2010-CD, de 17/8/2010;
- 2.12. Ofício n.º 6747/2011/DRCOM/DR/SFC/CGU-PR, de 15/3/2011;
- 2.13. Informe n.º 601/PVCPA/PVCP/SPV, de 20/6/2011;
- 2.14. Matéria para Apreciação do Conselho Diretor n.º 585/2011-PVCPA/PVCP/SPV, de 20/6/2011;
- 2.15. Memorando n.º 324/2011/PVCPA/PVCP/SPV, de 22/8/2011;
- 2.16. Parecer n.º 935/2012/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU, de 14/11/2012.

3. RELATÓRIO

3.1. DOS FATOS

3.1.1 O Conselho Diretor da Anatel em sua 543ª Reunião, realizada em 4/11/2009, nos termos da Análise n.º 528/2009-GCPA, de 29/10/2009, que tratou do resultado do chamamento público para a exploração do SME e expedição de outorga de autorização de uso de radiofrequências nas faixas de 411,675 a 415,850 MHz e 421,675 a 425,850 MHz, objeto do Ato n.º 41.879/2004, decidiu por:

- tornar público o resultado da análise de manifestações de interesse em autorizações para exploração do SME, na faixa de radiofrequências de 411,675 MHz a 415,850 MHz e 421,675 MHz a 425,850 MHz, objeto do Chamamento Público inaugurado pelo Ato n.º 41.879, de 20/1/2004;
- considerar inexigíveis de licitação as autorizações para exploração do SME, na faixa de radiofrequências de 411,675 MHz a 415,850 MHz e 421,675 MHz a 425,850 MHz, nos termos do art. 6º, do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e Autorização de Uso de Radiofrequências, aprovado pela Resolução n.º 65, de 29/10/1998, em razão das radiofrequências disponíveis serem suficientes para atendimento a todos os interessados;
- definir os valores para a autorização do SME (R\$ 9.000,00) e os valores devidos pelas outorgas de autorização de uso de radiofrequências (R\$ 17.504.178,66, para a Unicel, e R\$ 3.092.585,35, para a Telcom).

3.1.2 O Ato n.º 7.257, de 11/12/2009, materializou a referida decisão.

3.1.3 Em 11/11/2009, porém, antes da expedição do Ato que consubstanciou a decisão do Conselho Diretor, a Telcom – Telecomunicações do Brasil Ltda. (Telcom) apresentou Pedido de Reconsideração com o objetivo de que as autorizações fossem expedidas para a Rede Sul Telecomunicações Ltda. (Rede Sul). Tal pedido foi sorteado para o relato do Gabinete do Conselheiro João Rezende.

3.1.4 Posteriormente, a Unicel do Brasil Telecomunicações Ltda. (Unicel), devido ao início da sua operação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) e a criação, inicialmente da Unicel SME Telecomunicações Ltda., depois renomeada para Banda Larga do Brasil Ltda. (BLB), para exploração do SME, solicitou, com base no art. 24, do Regulamento do SME, aprovado pela Resolução n.º 404, de 5/5/2005, sua substituição pela BLB já na emissão dos termos de autorização para prestação do SME na faixa de 400 MHz, uma vez que as empresas manteriam a mesma estrutura e controle societários.

3.1.5 A Procuradoria Federal Especializada na Anatel (PFE) atendendo solicitação do Conselheiro João Rezende, expediu o Parecer n.º 791/2010/PGF/PFE-Anatel, de 5/7/2010, que tratou das solicitações tanto da Unicel quanto da Telcom sobre a possibilidade de emissão de termo de autorização para exploração do SME nas faixas de 411,675 MHz a 415,850 MHz e 421,675 MHz a 425,850 MHz, em nome de empresa componente de grupo econômico. Na análise a Procuradoria destaca:

5. (...) trata-se de solicitação de orientação jurídica, cujo cerne consiste na análise da possibilidade jurídica de emissão do Termo de Autorização para empresa não partícipe do

procedimento para outorga de direito de uso de radiofrequência e exploração do Serviço Móvel Especializado – SME, embora integre o mesmo grupo econômico da empresa que respondeu ao chamamento público realizado para esse fim.

(...)

20. (...) tem-se que o pleito trazido pela Unicel quanto ao reconhecimento do grupo econômico entre as duas empresas (Unicel e BLB), para fins de emissão do Termo de Autorização em nome da BLB, tem amparo jurídico.

(...)

29. (...) mesmo na hipótese de emissão do Termo de Autorização em nome da empresa Unicel, não haveria óbices jurídicos para que se operasse a transferência da autorização para a BLB, observadas as exigências constantes do art. 21 e 22 do Regulamento do Serviço Móvel Especializado (...).

3.1.6 Conclui a PFE pela inexistência de óbice jurídico à pretensão formulada pela Unicel.

3.1.7 A Análise n.º 544/2010-GCJR, de 6/8/2010, tratou do Pedido de Reconsideração e das Petições apresentadas pelas empresas Unicel e Telcom e após considerar o conjunto de documentos enviados à Anatel pelas empresas concluiu:

c) conhecer da Petição da TELCOM (...) requer que a outorga dos canais nas subfaixas de 411,675 a 415,850 MHz e 421,675 a 425,850 MHz seja feita em favor da empresa REDE SUL, para, no mérito dar-lhe provimento;

(...)

e) conhecer da Petição da UNICEL (...) expedição da Autorização para prestação do SME para a empresa BLB, para, no mérito, dar-lhe provimento; e

f) determinar à Superintendência de Serviços Privados que adote as providências pertinentes no sentido de autorizar a prestação do SME com uso das radiofrequências associadas e expedir o Termo de Autorização correspondente a que fazem jus a TELCOM e a UNICEL, ante a publicação do Ato n.º 7.257, no Diário Oficial da União de 15 de dezembro de 2009, em nome das empresas REDE SUL e da BLB, respectivamente, desde que não prejudique a competição ou coloque em risco a execução dos compromissos assumidos e uma vez que estas atendam às exigências com o serviço a ser prestado, declarem seu comprometimento em cumprir todas as cláusulas do Termo de Autorização, sub-rogando-se, igualmente, nos direitos e obrigações da primitiva autorizada e, ainda, atendam todas as demais condições e exigências previstas no Ato n.º 41.879, de 2004, e na legislação e regulamentação pertinentes.

3.1.8 O Conselho Diretor, em sua 575ª Reunião, realizada em 12/8/2010, decidiu nos mesmos termos da Análise n.º 544/2010-GCJR, de 6/8/2010, consubstanciando sua decisão no Despacho n.º 7.165/2010-CD, de 17/8/2010 (D.O.U. de 19/8/2010).

3.1.9 Por meio do Ofício Circular n.º 476/2010/PVCPA-ANATEL, de 24/8/2010, a Anatel solicitou às empresas Unicel, Telcom, BLB e Rede Sul, a apresentação de documentação prevista no art. 51 do Regulamento de Licitação, aprovado pela Resolução n.º 65, de 29/10/1998, conforme dispõe o art. 6º do Ato n.º 41.879, de 20/1/2004, a fim de se prosseguir com o processo de outorga. Para tal, estabeleceu o prazo de 60 (sessenta) dias contados do recebimento do Ofício.

3.1.10 A Rede Sul, por meio da Carta n.º 001/2010, datada de 29/9/2010 e protocolizada na Anatel em 30/9/2010, apresentou a documentação em atendimento ao Ofício Circular n.º 476/2010/PVCPA-ANATEL, de 24/8/2010.

3.1.11 Na sequência, pela Carta CT-REG-154/2010, de 19/10/2010, a Telcom apresentou parte da documentação solicitada referente à autorização para exploração do SME na faixa de 400 MHz pela empresa Rede Sul, porém destacou:

É importante mencionar que o interesse na obtenção na autorização de exploração do SME na faixa de 400 MHz recai sobre a Rede Sul, e não sobre a Telcom. À época da manifestação de interesse na outorga, as duas empresas pertenciam ao mesmo grupo societário mas, em virtude da transferência da Telcom ao grupo da Nextel Telecomunicações do Brasil Ltda. (“Nextel”), o vínculo societário não mais subsiste.

- 3.1.12 Adicionalmente, a Telcom, por meio da Carta CT-REG-182-2010, datada de 29/10/2010 e protocolizada na Anatel na mesma data, encaminhou à Anatel, cópia de sua última alteração contratual, bem como ata de reunião de sócios.
- 3.1.13 Pelo Ofício n.º 721/2010/PVCPA-ANATEL, de 26/11/2010, foi concedido prazo adicional, até 1/12/2010, à Telcom para complementação da documentação, conforme solicitação constante da Carta CT-REG-173-2010, datada de 29/10/2010 e protocolizada na Anatel na mesma data, sob a justificativa de que a obtenção da documentação junto aos órgãos pertinentes obedecia a processo moroso.
- 3.1.14 Posteriormente, por meio da Carta CT-REG-200/2010, de 30/11/2010, a Telcom apresentou o restante da documentação solicitada para a autorização para exploração do SME na faixa de 400 MHz pela empresa Rede Sul, ainda com as observações quanto a não mais existir vínculo societário entre as empresas.
- 3.1.15 A Anatel, por meio do Ofício n.º 72/2011/PVCPA-ANATEL, de 4/2/2011, reiterou a solicitação de envio da documentação relativa à regularidade jurídica, econômico-financeira e técnica da Rede Sul Telecomunicações Ltda., de acordo com os arts. 46 a 50 e 52 a 58 do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e Uso de Radiofrequências, aprovado pela Resolução n.º 65, de 29/10/1998. Ademais, informou que a documentação já enviada à Anatel atendeu somente ao art. 51 do referido Regulamento, destacando que a empresa não apresentou certidão comprobatória de regularidade perante a Fazenda Municipal. Ao final, estabeleceu o prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento do Ofício, para a entrega da documentação faltante, como condição para continuidade do processo de autorização.
- 3.1.16 A Rede Sul encaminhou à Anatel as certidões comprobatórias de regularidade fiscal perante as Fazendas Municipal e Federal, por meio da Carta n.º 01/2011, datada de 16/2/2011 e protocolizada na Anatel em 17/2/2011.
- 3.1.17 Em 20/4/2011, a Rede Sul protocolizou na Anatel a Carta 02/2011, datada de 13/4/2011, encaminhando documentação à Anatel, em atenção ao Ofício n.º 197/2011-PVCPA-Anatel.
- 3.1.18 Por meio da CT-REG-078/2011, datada de 18/04/2011 e protocolizada na Anatel na mesma data, a Telcom apresentou parte das informações solicitadas, referentes à autorização para exploração do SME na faixa em torno de 400 MHz requerida pela empresa Rede Sul. Informou, também, que restavam documentos a serem encaminhados à Anatel, em virtude de estarem sendo providenciados junto aos órgãos competentes.
- 3.1.19 A Telcom, pela CT-REG-091/2011, datada de 10/5/2011 e protocolizada na Anatel na mesma data, em atenção ao Ofício n.º 196/2011-PVCPA-Anatel, apresentou Certidão Negativa de Tributos Imobiliários.
- 3.1.20 Por sua vez, a Unicele, em relação ao Ofício Circular n.º 476/2010/PVCPA-ANATEL, de 24/8/2010, por meio da Carta CT_PR_046_2010, datada de 27/10/2010 e protocolizada

na Anatel em 29/10/2010, encaminhou documentação com vistas à obtenção da outorga de autorização para exploração de SME e radiofrequências vinculadas na faixa de 400 MHz em nome da BLB. Informou que a certidão de regularidade perante a Seguridade Social estava sendo providenciada junto ao órgão competente, solicitando prazo adicional de 60 (sessenta) dias para o seu envio.

- 3.1.21 A Anatel por meio do Ofício n.º 720/2010/PVCPA-ANATEL, de 26/11/2010, concedeu prazo adicional à UniceL para complementação de sua documentação, estabelecendo a data limite de 2/1/2011.
- 3.1.22 A UniceL encaminhou, por meio da Carta CT_PR_056_2010, datada de 28/12/2010 e protocolizada na Anatel em 31/12/2010, certidão renovada de regularidade do FGTS, bem como documentação de situação regular junto a previdência social, com suspensão de exigibilidade por parcelamento, garantido por bens a penhora (Processos 13811.006142/2010-68 e 13811.006143/2010-11).
- 3.1.23 Por meio da Carta CT_PR_001_2011, datada de 5/1/2011 e protocolizada na Anatel na mesma data, a BLB encaminhou à Anatel Certificado de Regularidade do FGTS, em complementação a documentação enviada anteriormente por meio da Carta CT_PR_001_2010, datada de 19/10/2010 e protocolizada na Anatel na mesma data. Solicitou, por fim, que diante da apresentação da documentação completa, fossem expedidos os boletos relativos à autorização do SME (PPDESS) e do direito de uso de radiofrequências (PPDUR).
- 3.1.24 Em adição à documentação enviada, a BLB apresentou Certidão de Tributos Mobiliários, pela Carta CT_PR_002_2011, datada de 12/1/2011 e protocolizada na Anatel na mesma data.
- 3.1.25 Em 10/1/2011 a UniceL protocolizou na Anatel a Carta CT_PR_003_2011, encaminhando Certidão de Tributos Mobiliários com validade atualizada, entendendo, por isso, ter atendido às exigências da Agência e possibilitando, assim, a emissão dos boletos de PPDESS e PPDUR referentes à autorização do SME e das vinculadas radiofrequências em nome de BLB.
- 3.1.26 A Anatel, por meio do Ofício n.º 65/2011/PVCPA-ANATEL, de 2/2/2011, reiterou a solicitação de envio da documentação relativa à regularidade jurídica, econômico-financeira e técnica da UniceL, de acordo com os arts. 46 a 50 e 52 a 58 do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e Uso de Radiofrequências, aprovado pela Resolução n.º 65, de 29/10/1998. Informou que a documentação já enviada à Anatel atende somente ao art. 51 do referido regulamento, destacando, ainda, que a empresa não apresentou certidão comprobatória de regularidade perante a Fazenda Municipal. Estabeleceu o prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento do Ofício, para a entrega da documentação faltante, como condição para continuidade do processo de autorização.
- 3.1.27 A UniceL, por meio da Carta CT_PR_011_2011, datada de 11/2/2011 e protocolizada na Anatel na mesma data, informou ter atendido a todas as exigências da Anatel quanto à apresentação de documentação, inclusive no que se refere aos documentos com validade determinada. Aproveitou para reenviar, com validade atualizada, o Certificado de Regularidade do FGTS.

3.1.28 Mais uma vez, por meio da Carta CT_PR004_2011, datada de 16/2/2011 e protocolizada na Anatel em 17/2/2011, a BLB informou ter encaminhado toda a documentação prevista nos arts. 46 a 58 do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e Uso de Radiofrequências, aprovado pela Resolução n.º 65, de 29/10/1998, conforme dispõe o art. 6º do Ato n.º 41.879, de 2004.

3.1.29 A Anatel, por meio dos Ofícios n.ºs 194, 195, 196 e 197/2011-PVCPA-Anatel, todos de 29/3/2011, encaminhou à Unicel, BLB, Telcom, e Rede Sul, respectivamente, solicitação para a complementação da documentação, sob pena de inviabilizar a análise do procedimento de autorização, estabelecendo prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de recebimento do Ofício, com o seguinte teor:

1. (...) encaminhamos, a título de orientação, cópia do art. 17, incisos I a IV do Regulamento do SME, aprovado pela Resolução n.º 404, de 05/05/2005, para viabilizar a análise dos documentos necessários à obtenção da autorização do SME referente ao Chamamento Público (Processo n.º 53500.000813/2004).

2. Cumpre-nos salientar, por oportuno, que as empresas com sede no município de São Paulo-SP devem apresentar a certidão negativa de tributos imobiliários ou, se for o caso, declaração de ausência de bens imóveis e certidão negativa de tributos mobiliários da prefeitura daquela cidade.

3.1.30 Em 20/4/2011, a Unicel, em atenção ao Ofício n.º 194/2011-PVCPA-Anatel, protocolizou na Anatel a Carta CT_PR_024_2011, por meio da qual encaminhou documentação com validade atualizada e alegou ter completado o envio de documentação, solicitando a geração dos boletos relativos à autorização do SME (PPDESS) e do direito de uso de radiofrequências vinculadas na faixa de 400 MHz (PPDUR) para a empresa BLB.

3.1.31 No mesmo sentido, a BLB, em atenção ao Ofício n.º 195/2011-PVCPA-Anatel, protocolizou na Anatel a Carta CT_PR_007_2011, datada de 20/4/2011, por meio da qual encaminhou documentação, solicitando a geração dos boletos relativos à autorização do SME (PPDESS) e do direito de uso de radiofrequências vinculadas na faixa de 400 MHz (PPDUR).

3.1.32 No entremeio dessa correspondência entre a Anatel e as empresas interessadas, foi recebido o Ofício n.º 6747/2011/DRCOM/DR/SFC/CGU-PR, de 15/3/2011, protocolizado na Anatel na mesma data, encaminhando ao presidente da Agência o Relatório de Demandas Especiais n.º 00190.026798/2010-18, que consignava os resultados de ação de controle desenvolvida em função de denúncia de supostas irregularidades ocorridas na concessão de outorga para exploração de telecomunicações pela empresa Unicel. A seguir são descritos pontos de destaque constantes do referido relatório:

1. INTRODUÇÃO

1.1 Este Relatório apresenta os resultados da ação de controle desenvolvida em função de denúncia apresentada pela revista “Veja”, em 15.9.2010, por meio da reportagem “O Polvo no Poder”.

1.2 Trata-se de eventual tomada de decisão no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, em discordância do entendimento da área técnica da Agência, que teria favorecido a empresa Unicel do Brasil Telecomunicações Ltda.

(...)

4 DETALHAMENTO DAS ANÁLISES DOS FATOS DENUNCIADOS.

(...)

4.17 Observa-se que o Chamamento Público, conforme regulamentação vigente, é etapa posterior à verificação da conformidade do requerimento com o respectivo regulamento de

canalização e condições específicas de uso de radiofrequências, bem assim com o Plano de Atribuição, Destinação e Distribuição de Faixas de Frequências.

4.18 Esta formatação permite a devida publicidade do ato e tratamento isonômico perante todos os interessados em atuar naquela determinada faixa, explorando o serviço a ela previamente atribuído. Em consonância com esse entendimento a PFE rejeitou a validade do Ato n.º 41.879/04 como Chamamento Público para a outorga de autorização de exploração de SME na faixa de 400 MHz, tanto analisando o ponto de vista formal, quanto ressaltando a finalidade do Ato e o atendimento ao princípio basilar da impessoalidade, por buscar tratamento isonômico aos potenciais interessados.

(...)

4.23 Desta forma a PFE reconsiderou seu posicionamento anterior e argumentou que a regulamentação da subfaixa de 411 MHz a posteriori não invalidaria o interesse manifestado pela Requerente, a eventual anulação do Despacho não atingiria terceiros e que, levando em consideração a regra contida no inciso III do art. 67 do Regimento Interno desta Agência, não haveria providências a serem tomadas quanto à instrução do Procedimento de Nulidade, desde que as demais disposições constantes no artigo fossem obedecidas. Por fim, concluiu pelo encaminhamento dos autos ao Presidente da Agência para, na forma regimental, determinar a instauração de procedimento de nulidade, e pela submissão do pedido e autorização ao Conselho Diretor.

(...)

4.27 Porém, tendo em vista que o Ato n.º 41.879 não foi editado com vistas a realizar Chamamento Público para a outorga de SME na faixa de 400 MHz, não cabe a aplicação deste argumento tendo em vista que seu condicionante está equivocado em virtude da necessária e previa definição, em regulamento específico, da canalização e delimitação das condições de uso de radiofrequências e destinação das faixas de frequência.

(...)

5. CONCLUSÃO SOBRE OS ATOS DA AGÊNCIA

(...)

5.4 Desse modo, apesar de o Chamamento Público ter sido utilizado para identificar o número de interessados, e que esse número justificaria a aplicação de licitação, o prosseguimento do processo, além do desvio da finalidade original, resultou em inexigibilidade de licitação.

5.5 O deslinde do processo deveria ter sido pela realização de certame licitatório por caracterização de número de interessados superiores ao que a subfaixa comportaria, que era 3(três) canais, e que outros interessados da subfaixa 415MHz, na ausência de destinação da radiofrequência poderiam optar pela exploração do serviço na subfaixa de 411MHz.

(...)

7. PARECER DA ASSESSORIA JURÍDICA DESTA CGU

7.1 A Assessoria Jurídica desta Controladoria-Geral da União, nos termos do Parecer no 31/2011 ASJUR/CGU-PR, de 15 de fevereiro de 2011, acompanhou o entendimento resultante das análises consignadas pela unidade técnica de auditoria, do qual destacam-se:

“(...)

A questão jurídica central é se o chamamento público realizado em 2004 poderia ser utilizado como base para reconhecer a falta de interessados na exploração de determinada faixa de radiofrequência e, em consequência, para outorgar sem licitação o Serviço Móvel Especializado (SME) à empresa UNICEL.

(...)

O Edital de Chamamento Público em que se baseou a Agência não pode ser considerado válido para fins de aferição de interesse de empresas na exploração do SME na subfaixa de 411 MHz. Não havia, afinal, prévia destinação da faixa para esse serviço, tampouco regulamentação da canalização e uso da faixa.

(...)

No caso sob exame, some-se ainda que as empresas que manifestaram interesse pela outra subfaixa de 400 MHz (a de 415 MHz, e não a de 411 MHz) poderiam em tese interessar-se pela de 411 MHz, já que a de 415 MHz não veio a ser regulamentada e destinada a um serviço. E cabe notar que foram nove as interessadas na faixa de 415 MHz (duas apresentaram o pedido intempestivamente), ao passo que a faixa de 411 MHz contou com apenas quatro interessadas à época (além de uma quinta que se manifestou fora do prazo). Ao destinar e regulamentar a

posteriori apenas uma das subfaixas, ao menos as empresas que manifestaram interesse na exploração da outra foram claramente prejudicadas.

Impõe-se ainda reconhecer que o chamamento público ocorreu em janeiro de 2004 - isto é, há mais de sete anos. Em um setor que passa por intensa modificação tecnológica, parece bastante inapropriado assumir que as condições de exploração e os interesses de mercado se mantêm os mesmos.

(...)

Além disso, convém refazer o chamamento para adequá-lo às constantes modificações regulatórias ocorridas nesse largo interregno (veja-se, por exemplo, as alterações advindas com o Plano Geral de Autorizações), às novas tecnologias disponíveis (que podem tornar mais eficiente o uso do espectro), entre outras transformações. Tudo isso impacta substancialmente no interesse de mercado, sendo descabido utilizar em 2011 o chamamento feito em 2004.

Em síntese, o chamamento carecia da obrigatória destinação e regulamentação prévias do serviço, a destinação posterior só foi feita para uma das subfaixas (prejudicando os que manifestaram interesse pela outra) e houve substancial modificação nas condições regulatórias e tecnológicas desde janeiro de 2004. Por todas essas razões, é descabido conceder a autorização para a UNICEL e deve ser avaliada a pertinência da responsabilização das autoridades, já que praticaram ato ao arrepio da legislação.”

8. RECOMENDAÇÃO

8.1 À Anatel para adoção das seguintes providências:

8.1.1 Proceder à imediata anulação dos atos realizados com vistas à outorga de autorização para exploração do serviço SME nas subfaixas 411,675 MHz a 415,850 MHz e 421,675 MHz a 425,850 MHz, tendo em vista os vícios ocorridos em decorrência do Ato n.º 53.542/2005 e do Ato n.º 7.257/09;

8.1.2 Proceder aos estudos necessários para alocação adequada dos recursos de radiofrequência disponíveis, inclusive quanto à formação do preço público devido pela exploração do serviço, em virtude do tempo transcorrido da data do Chamamento Público, Ato n.º 41.879 da Anatel, de 20.1.2004, caso subsista o interesse público de outorga para sua exploração;

8.1.3 Apresentar as razões da ausência de iniciativa da Agência em regulamentar a destinação de canais da subfaixa 415MHz;

8.1.4 Apresentar a fundamentação normativa para a concessão de outorga para exploração do Serviço de Comunicação de Massa – SCM no mesmo ato que inexistiu o SME à Unicel do Brasil Telecomunicações Ltda.;

8.2 Ao Ministério das Comunicações para as seguintes providências:

8.2.1 Apurar responsabilidades pelos seguintes atos:

a) decisão que considerou inexigível a licitação para as autorizações para exploração do Serviço Móvel Especializado – SME para as subfaixas 411,675 MHz a 415,850 MHz e 421,675 MHz a 425,850 MHz, consubstanciada no Ato n.º 53.542 de 14.10.2005, perante a ausência de prévia destinação de canal e à existência de potenciais interessados ao SME em número superior à capacidade de alocação de canais na subfaixa; e

b) decisão de prosseguimento do processo de outorga de autorização para exploração do Serviço Móvel Especializado – SME para as subfaixas 411,675 MHz a 415,850 MHz e 421,675 MHz a 425,850 MHz, diante da inequívoca caracterização da existência de outros potenciais interessados ao SME.

3.1.33 O referido Relatório foi encaminhado ao Superintendente de Serviços Privados e ao Superintendente de Radiofrequência e Fiscalização, por meio do Memorando Circular n.º 39/2011/AUD, de 17/3/2011.

3.1.34 Ato contínuo, a área técnica elaborou o Informe n.º 601/PVCPA/PVCP/SPV, de 20/6/2011, que tratou dos seguintes temas:

- Chamamento Público para exploração do SME e Despacho n.º 7.165/2010-CD, de 17/8/2010;
- Relatório de Demandas Especiais n.º 00190.026798/2010-18, da Controladoria Geral da União (CGU);

- Análise de documentos das empresas interessadas.

3.1.35 O Informe relatou que em três oportunidades, a Anatel solicitou a documentação das empresas interessadas para dar prosseguimento ao processo de outorga de autorização de serviço de telecomunicações e das radiofrequências vinculadas, sendo a primeira vez em 24/8/2010 (Ofício Circular n.º 476/2010/PVCPA-ANATEL), a segunda em 2/2/2011 (Ofício n.º 65/2011/PVCPA-ANATEL) e 4/2/2011 (Ofício n.º 72/2011/PVCPA-ANATEL), e pela terceira em 29/3/2011 (Ofícios n.º 194 a 197/2011-PVCPA-Anatel).

3.1.36 Também mencionou, o Informe, a necessidade de atendimento aos arts. 132 e 133 da LGT, que contêm as condições objetivas e subjetivas para a obtenção de autorização de serviço de telecomunicações, além da apresentação da documentação constante do art. 17 do Regulamento do SME, por caracterizar hipótese de inexigibilidade de licitação.

3.1.37 Especificamente para cada uma das empresas, o Informe descreveu a situação quanto à apresentação de documentos, concluindo que nenhuma delas cumpriu na totalidade das exigências regulamentares, além de não atenderem à regularidade fiscal (Rede Sul e Unicel).

3.1.38 Assim concluiu e sugeriu o Informe:

5.27 Considerando a orientação contida nas fls. 1541, verificou-se que, tanto as empresas que originalmente pleitearam a obtenção da outorga em comento (Telcom Telecomunicações do Brasil Ltda. e Unicel do Brasil Telecomunicações Ltda.), quanto as empresas sucessoras apontadas pelo Conselho Diretor para obtenção da autorização para exploração do serviço (Rede Sul Telecomunicações Ltda. e Banda Larga do Brasil Telecomunicações Ltda.) não cumpriram com as exigências regulamentares pertinentes para a outorga da autorização do Serviço Móvel Especializado – SME.

5.28 Dessa forma, em que pesem todas as providências tomadas pela área técnica no intuito de regularizar a comprovação do cumprimento das exigências e cumprir o disposto na alínea “F” do Despacho n.º 7.165/2010-CD, de 17.08.2010, os dois Grupos (Unicel – Banda Larga e Telcom – Rede Sul) não conseguiram demonstrar as condições subjetivas para obtenção de autorização do SME.

(...)

Em tempo, cumpre ressaltar que as recomendações da CGU descritas no Relatório de Demandas Especiais n.º 00190.026798/2010-18-A (fls. 1734/1770) estão sendo tratadas no âmbito da Auditoria desta Agência Reguladora.

(...)

6.2 Dessa forma, sugere-se (i) que se declare que as empresas Unicel do Brasil Telecomunicações Ltda., Banda Larga do Brasil Telecomunicações Ltda., Telcom Telecomunicações do Brasil Ltda. e Rede Sul Telecomunicações Ltda. não comprovaram o preenchimento das condições subjetivas para obtenção de autorização para exploração do Serviço Móvel Especializado, (ii) que se determine o encerramento do Chamamento Público em apreço, por não acudirem interessados que preenchessem as exigências da legislação aplicada ao SME, e (iii) que se determine o arquivamento do processo, nos termos do art. 41 do Regimento Interno da Anatel.

3.1.39 Por meio da Matéria para Apreciação do Conselho Diretor n.º 585/2011-PVCPA/PVCP/SPV, de 20/6/2011, os fatos, conclusões e sugestões de encaminhamento constantes do Informe n.º 601/PVCPA/PVCP/SPV, de 20/6/2011, foram submetidos à análise do Conselho Diretor.

3.1.40 Em 29/6/2011, por meio da Comunicação de Tramitação (CT) n.º 94299, os autos foram distribuídos ao Gabinete da Conselheira Emília Ribeiro (GCER) para fins de relato ao Conselho Diretor.

3.1.41 Por meio do Memorando n.º 324/2011/PVCPA/PVCP/SPV, de 22/8/2011, a SPV encaminhou ao GCER, para juntada ao Processo n.º 53500.00183/2004, Carta n.º 07/2011, datada de 10/8/2011 e protocolizada na Anatel em 16/8/2011, da Rede Sul, informando não ter mais interesse nas outorgas para exploração do SME e radiofrequências vinculadas, conforme Chamamento Público inaugurado pelo Ato n.º 41.879, de 2004.

3.1.42 Na sequência, por meio do Memorando n.º 722/2011/ER, de 1/9/2011, com fundamento no art. 34, §1º, do Regimento Interno da Anatel. Aprovado pela Resolução n.º 270, de 19/7/2001 (RI), o GCER solicitou manifestação da PFE quanto à legalidade das propostas trazidas pela Matéria para apreciação do Conselho Diretor n.º 585/2011-PVCPA/PVCP/SPV, de 20/6/2011, e pelo Informe n.º 601/PVCPA/PVCP/SPV, de 20/6/2011.

3.1.43 A PFE, pelo Parecer n.º 935/2012/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU, de 14/11/2012, tratou da consulta formulada, assim se manifestando:

a) Pela impossibilidade de obtenção de autorização para exploração do SME por parte das empresas Unicel do Brasil Telecomunicações Ltda., Banda Larga do Brasil Telecomunicações Ltda., Telcom Telecomunicações do Brasil Ltda. e Rede Sul Telecomunicações Ltda., em razão de a área técnica, por meio do Informe n.º 601/PVCPA/PVCP/SPV, ter constatado o não preenchimento das condições subjetivas necessárias para tanto;

b) Pela existência de vício formal de legalidade, apto a ensejar a nulidade do chamamento público em tela, em razão de o Ato n.º 41.879/2004 ter oportunizado apenas 20 (vinte) dias para manifestações, desrespeitando o procedimento contido no Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução n.º 259/2001, notadamente a abertura de prazo para oposição, previsto no art. 36, e o prazo de 30 dias para manifestação dos interessados, previsto no seu art. 39;

c) Pela existência de vício de legalidade no chamamento público em tela, no que se refere à subfaixa de 400 MHz, apto a ensejar sua nulidade, também em razão de ter sido prejudicada a colheita das manifestações de interesse, por terem sido apresentadas à sociedade, *a priori*, duas opções (faixas de 411,675 MHz a 415,850 MHz / 421,675 MHz a 425,500 MHz e de 415,500 a 419,975 MHz / 425,500 a 429,975 MHz) que, ao final, acabaram se restringindo a apenas uma delas (faixas de 411,675 MHz a 415,850 MHz / 421,675 MHz a 425,500 MHz). Em suma, do ponto de vista da isonomia e da concorrência, houve implicações prejudiciais ao chamamento público relacionado à faixa de faixas de 411,675 MHz a 415,850 MHz / 421,675 MHz a 425,500 MHz decorrentes da não continuidade do chamamento público relacionado à faixa de 415,500 a 419,975 MHz / 425,500 a 429,975 MHz, por esta não ter sido regulamentada.

3.1.44 Em 14/11/2012, por meio da Comunicação de Tramitação (CT) n.º 151253, os autos foram restituídos ao Gabinete do Conselheiro Marcus Paolucci (GCMP), com o Parecer n.º 935/2012/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU, de 14/11/2012, para fins de relato ao Conselho Diretor.

São os fatos.

3.2. DA ANÁLISE

3.2.1 O assunto encaminhado ao Conselho Diretor para apreciação, por meio da MACD n.º 585/2011-PVCPA/PVCP/SPV, de 20/6/2011, refere-se à análise de documentos das

empresas interessadas no Chamamento Público para exploração do SME, conforme determinado pelo Despacho n.º 7.165/2010-CD, de 17/8/2010.

- 3.2.2 A partir da determinação, a Anatel tentou, incessantemente, junto às empresas interessadas, a obtenção da documentação referente à outorga de autorização do SME e radiofrequências vinculadas em 400 MHz.
- 3.2.3 O pedido inicial para apresentação de documentação foi feito por meio do Ofício Circular n.º 476/2010/PVCPA-ANATEL, de 24/8/2010, que solicitou o envio dos documentos a fim de se prosseguir com o processo de outorga. Esse Ofício estabeleceu o prazo de 60 (sessenta) dias para o envio da documentação à Anatel.
- 3.2.4 O Ofício n.º 721/2010/PVCPA-ANATEL, de 26/11/2010, concedeu prazo adicional à Telcom até 1/12/2010, conforme solicitado pela CT-REG-173/2010, de 29/10/2010. Assim também, o Ofício n.º 720/2010/PVCPA-ANATEL, de 26/11/2010, concedeu extensão ao prazo de envio da documentação da Unicel, conforme solicitado pela CT_PR_046_2010, de 27/10/2010.
- 3.2.5 Nova tentativa de obtenção da documentação foi realizada por meio do Ofício n.º 65/2011/PVCPA-Anatel, de 2/2/2011, e do Ofício n.º 72/2011/PVCPA-Anatel, de 4/2/2011, em que é solicitada a complementação das informações relativas à Unicel e à Rede Sul, respectivamente. Estes Ofícios, inclusive esclareciam que a documentação já enviada atendia somente um dos itens do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e Uso de Radiofrequência, aprovado pela Resolução n.º 65, de 29/10/1998. Foi, então, estabelecido novo prazo de 15 dias para atendimento à solicitação da Anatel.
- 3.2.6 Em uma derradeira tentativa, a Anatel, por meio dos Ofícios n.ºs 194, 195, 196 e 197/2011-PVCPA-Anatel, todos de 29/3/2011, encaminhou orientação às empresas sobre como atender ao art. 17 (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal), do Regulamento do SME, aprovado pela Resolução n.º 404, de 5/5/2005. Mais uma vez, foi dado prazo de 15 dias para atendimento à solicitação da Anatel.
- 3.2.7 Ainda que a Anatel tenha se desdobrado para esclarecer as empresas sobre a documentação necessária à obtenção da autorização do SME e das radiofrequências vinculadas na faixa de 400 MHz, em nenhuma das etapas de solicitação de informações mencionadas anteriormente o pedido da Anatel foi completamente satisfeito, a fim de atender às exigências estabelecidas no Ato n.º 41.879, de 20/1/2004, assim como as demais exigências legais e regulamentares pertinentes.
- 3.2.8 Há que se destacar, inclusive, que consta do Informe n.º 601/PVCPA/PVCP/SPV, de 20/6/2011, em detalhada análise da área técnica, a lista de documentos que deixaram de ser apresentados, por empresa, além do que, para as empresas Rede Sul e Unicel, existem débitos pendentes com órgãos da administração pública.
- 3.2.9 Portanto, desde a expedição do Despacho n.º 7.165/2010-CD, de 17/8/2010, a Anatel aguarda resposta efetiva e posicionamento das empresas, sejam elas a Unicel e Telcom, titulares do direito originário, ou as empresas BLB e Rede Sul.
- 3.2.10 Conforme já mencionado, a Anatel tentou em três oportunidades obter a documentação das empresas interessadas para dar prosseguimento ao processo de outorga de autorização de serviço de telecomunicações e das radiofrequências vinculadas, em 24/8/2010 (Ofício

Circular n.º 476/2010/PVCPA-ANATEL), em 2/2/2011 (Ofício n.º 65/2011/PVCPA-ANATEL) e em 4/2/2011 (Ofício n.º 72/2011/PVCPA-ANATEL), e em 29/3/2011 (Ofícios n.ºs 194 a 197/2011-PVCPA-Anatel).

- 3.2.11 É de fácil constatação, portanto, que as empresas foram reiteradamente provocadas a fazer a demonstração de atendimento às exigências legais e regulamentares e que incontáveis foram as vezes que estas se manifestaram junto à Anatel reivindicando sucessíveis prazos para tanto, ou demonstrando sua incapacidade de atendimento ao exigido, na medida em que não apresentavam a documentação competente de forma completa e satisfatória.
- 3.2.12 Decorridos mais de dois anos desde a primeira comunicação da Anatel às empresas para obtenção da documentação, entendo não haver mais espaço para dilação dos prazos ou concessão de nova oportunidade para recebimento de documentos.
- 3.2.13 Assim, resta configurado o não atendimento por parte das empresas interessadas dos arts. 132 e 133 da LGT, além do constante do art. 17 do Regulamento do SME, que contêm as condições objetivas e subjetivas para a obtenção de autorização de serviço do SME e das radiofrequências vinculadas em 400 MHz. Este entendimento é corroborado pela PFE, manifestado na alínea “a” das conclusões do Parecer n.º 935/2012/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU, de 14/11/2012.
- 3.2.14 Além disso, é necessário serem analisadas as demais manifestações trazidas pela PFE naquele Parecer, as quais se referem à existência de dois vícios de legalidade no Chamamento Público em tela.
- 3.2.15 O primeiro deles, consignado na alínea “b” das conclusões daquele Parecer, consiste na não observação da abertura de prazo para oposição, previsto no art. 36, e do prazo de 30 dias para manifestação dos interessados, previsto no art. 39, ambos do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências (RUE), aprovado pela Resolução n.º 259/2001.
- 3.2.16 Relativamente a este vício apontado permito-me discordar da PFE. A uma, porque o prazo previsto no art. 36, de dez dias para oposição, corre paralelamente ao do Chamamento Público, ou seja, uma vez este publicado os interessados que se sintam prejudicados, terão dez dias para manifestar oposição tecnicamente fundamentada ao mesmo. A outra, porque, apesar de o art. 39 estabelecer prazo de trinta dias para manifestação de interesse, no presente caso não houve prejuízo para o certame, uma vez que todas as manifestações de interesse independentemente de serem ou não tempestivas foram consideradas.
- 3.2.17 Por outro lado, o segundo deles, consignado na alínea “c” daquelas conclusões, consiste no prejuízo da “...colheita das manifestações de interesse, por terem sido apresentadas à sociedade, a priori, duas opções (faixas de 411,675 MHz a 415,850 MHz / 421,675 MHz a 425,500 MHz e de 415,500 a 419,975 MHz / 425,500 a 429,975 MHz) que, ao final, acabaram se restringindo a apenas uma delas (faixas de 411,675 MHz a 415,850 MHz / 421,675 MHz a 425,500 MHz). Em suma, do ponto de vista da isonomia e da concorrência, houve implicações prejudiciais ao chamamento público relacionado à faixa de faixas de 411,675 MHz a 415,850 MHz / 421,675 MHz a 425,500 MHz decorrentes da não continuidade do chamamento público relacionado à faixa de 415,500 a 419,975 MHz / 425,500 a 429,975 MHz, por esta não ter sido regulamentada.”.

- 3.2.18 Com relação a este vício, parece-me assistir razão à PFE. A faixa de 400 MHz, no Chamamento foi dividida em dois segmentos – 411,675-415,850 MHz / 421,675-425,850 MHz; e 415,5-419,975 MHz / 425,5-429,975 MHz.
- 3.2.19 Somente para o primeiro segmento foi efetuada a destinação para o SME e estabelecidas suas condições de uso. Dessa forma, foi mantida, sem alteração a destinação referente ao segundo segmento, já que as estações que operavam na faixa de 411,675-415,85 MHz / 421,675-425,85 MHz teriam como alternativa a migração para o segundo segmento.
- 3.2.20 Assim, como o Chamamento Público foi realizado anteriormente à destinação da faixa, os interessados não teriam como identificar qual delas seria, posteriormente, objeto de autorização. Considerando que somente o primeiro segmento do espectro foi efetivamente destinado e regulamentado para autorização ao SME, deveria ser oportunizado aos interessados no segundo segmento a possibilidade de alterar sua manifestação inicial, já que o sistema de radiocomunicação que opera na faixa de 415,5-419,975 MHz / 425,5-429,975 MHz pode perfeitamente operar na faixa adjacente de 411,675-415,85 MHz / 421,675-425,85 MHz.
- 3.2.21 De uma rápida análise de modelos de equipamentos certificados verifica-se que a faixa de operação da maioria deles vai de 410 MHz a 430 MHz, alguns de 406 MHz a 470 MHz.
- 3.2.22 Isto posto, para a perfeita consecução do Chamamento Público, os interessados que manifestaram inicialmente o interesse para a faixa de 415,5-419,975 MHz / 425,5-429,975 MHz haveriam de ter sido notificados para se manifestar em relação à possibilidade de obtenção de autorização na faixa de 411,675-415,85 MHz / 421,675-425,85 MHz.
- 3.2.23 Pelo exposto, concordo com o entendimento da PFE, pela existência de vício de legalidade no chamamento público em relação a esta questão, o que implica na necessidade de sua anulação, de ofício, a partir da decisão do Conselho Diretor, exarada pelo Despacho nº 989/2007-CD, de 28/8/2007, que deu aplicabilidade à decisão tomada em sua 435ª reunião, realizada em 16/5/2007, e que solicitou confirmação de interesse somente das empresas interessadas na faixa de radiofrequências de 411,675-415,850 MHz / 421,675-425,850 MHz, em detrimento daquelas que manifestaram interesse inicialmente na faixa 415,5-419,975 MHz / 425,5-429,975 MHz.
- 3.2.24 O RI, no caso de anulação de ofício, prevê que deve ser seguido o mesmo rito do art. 67, que dispõe sobre o procedimento para anulação de ato administrativo mediante provocação. Nesse contexto, verifica-se dentre outras condições a serem observadas, a de notificação das partes. No entanto, no presente caso, entendo como prejudicado o atendimento a esta condição, em razão de não haver parte a ser notificada, na forma do art. 67, visto que nenhuma interessada está em condições de atender aos requisitos subjetivos para a obtenção da autorização, conforme exaustivamente já demonstrado.
- 3.2.25 Nesses termos proponho a declaração de nulidade, de ofício, do Despacho nº 989/2007-CD, de 28/8/2007 e de todos os atos dele decorrentes no contexto do Chamamento Público, no que tange à faixa de 411,675 MHz a 415,850 MHz e de 421,675 MHz a 425,850 MHz e de 415,500 MHz a 419,975 MHz e de 425,500 MHz a 429,975 MHz.

- 3.2.26 Entendo, também, que em se declarando a nulidade do chamamento público desde o momento proposto e retornando o processo ao *status quo ante*, não se justifica a sua retomada, vez que não persiste mais o interesse da administração em autorizar o SME nos segmentos da faixa de 400 MHz, nas condições atuais.
- 3.2.27 Inclusive, a respeito dessa questão, encontra-se em estudo no âmbito da área técnica competente, o estabelecimento de novas condições de uso para as radiofrequências entre 406,1 MHz e 450 MHz, seguindo tendência internacional, conforme trabalho desenvolvido na União Internacional de Telecomunicações (UIT) e Comissão Interamericana de Telecomunicações (Citel), para utilização da referida faixa por sistema móvel de telecomunicações internacionais (sigla em inglês, IMT), para aplicações em banda larga.
- 3.2.28 Dessa forma, proponho o encerramento do Chamamento Público inaugurado pelo Ato n.º 41.879, de 20/1/2004, entendendo não mais estarem presentes os pressupostos de conveniência e oportunidade, necessários à administração, além do interesse público, para impulsionar os processos.

4. CONCLUSÃO

4.1 Diante do exposto, pelas razões e justificativas constantes da presente Análise, proponho ao Conselho Diretor que:

- i. declare a nulidade, de ofício, do Despacho n.º 989/2007-CD, de 28/08/2007, e de todos os atos dele decorrentes do Chamamento Público inaugurado pelo Ato n.º 41.879, de 20/1/2004, para autorização para prestação do Serviço Móvel Especializado (SME) e radiofrequências vinculadas, no que tange à faixa de 411,675 MHz a 415,850 MHz e de 421,675 MHz a 425,850 MHz e de 415,500 MHz a 419,975 MHz e de 425,500 MHz a 429,975 MHz;
- ii. declare o encerramento do Chamamento Público inaugurado pelo Ato n.º 41.879, de 20/1/2004, para autorização para prestação do Serviço Móvel Especializado (SME) e radiofrequências vinculadas, entendendo não mais estarem presentes os pressupostos de conveniência e oportunidade, necessários à administração, além do interesse público, para impulsionar os processos; e
- iii. determine o arquivamento do processo, nos termos do art. 41 do Regimento Interno da Anatel.

É como considero.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO RELATOR

MARCUS VINÍCIUS PAOLUCCI