ANATEL	**ANÁLISE**	**NÚMERO E ORIGEM:** 338/2013-GCRZ **DATA:** 21/06/2013
CONSELHEIRO RELATOR		
RODRIGO ZERBONE LOUREIRO		

1. ASSUNTO

Pedido de Reconsideração, com pedido de efeito suspensivo, apresentado pelo GRUPO OI – TNL PCS S.A. (CNPJ n.º 04.164.616/0001-59) e 14 BRASIL TELECOM CELULAR S.A. (CNPJ n.º 05.423.963/0001-11), Autorizadas do Serviço Móvel Pessoal (SMP), em face da decisão do Conselho Diretor, proferida por meio do Despacho n.º 2.293/2013-CD, de 10/04/2013, que manteve a sanção de multa aplicada pelo Superintendente de Serviços Privados no valor total de R$ 5.662.759,26 (cinco milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, setecentos e cinquenta e nove reais e vinte e seis centavos) em virtude de descumprimento do item 4.15 do Edital n.º 002/2007/SPV-Anatel, de 23/10/2007.

2. EMENTA

PADO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS PRIVADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PREVISTA NO EDITAL N.º 002/2007/SPV-ANATEL. EDITAL DO "3G". IMPLANTAÇÃO DA FUNCIONALIDADE DE *ROAMING* NOS MUNICÍPIOS COM MENOS DE 30.000 HABITANTES. INFRAÇÃO CONSTATADA. PELO CONHECIMENTO E, NO MÉRITO, PELO NÃO PROVIMENTO.

1. A Proponente vencedora em sua Área de Prestação é obrigada a atender assinantes visitantes de outra(s) autorizada(s) do SMP, inclusive da mesma Área de Prestação, em municípios com população abaixo de 30.000 (trinta mil) habitantes, conforme obrigação prevista no item 4.15 do Edital nº 002/2007/SPV-ANATEL.
2. À luz do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que rege os procedimentos licitatórios e, tendo em vista que a regra ora combatida era de pleno conhecimento de todos os participantes do certame, descabem quaisquer questionamentos de mérito acerca da obrigação imposta, cujo descumprimento foi verificado no bojo do processo em epígrafe.
3. Inexistência de fatos ou alegações hábeis a ilidir as infrações dos autos e a infirmar a decisão recorrida. Pelo conhecimento e, no mérito, pelo não provimento.
4. Pedido de Reconsideração conhecido e, no mérito, não provido.

3. REFERÊNCIAS

3.1. Informe n.º 928/2012-PVCPR/PVCP/SPV, de 26/09/2012 (fls. 44/47);

3.2. Ato n.º 5.582-SPV, de 26/09/2012 (fl. 54);

3.3. Informe n.º 164/PVCPR/PVCP/SPV, de 01/02/2013 (fls. 97/100);

3.4. MACD n.º 110/PVCPR/PVCP/SPV, de 01/02/2013 (fl. 102);

3.5. Análise n.º 170/2013-GCMB, de 15/03/2013 (fls. 104/107);

3.6. Despacho n.º 2.293/2013-CD, de 10/04/2013 (fl. 114);

3.7. Mem. 19/2013-COUN, de 29/05/2013 (fl. 134);

3.8. Pado n.º 53500.017725/2011.

4. RELATÓRIO

4.1. DOS FATOS

4.1.1. Trata-se de Pedido de Reconsideração, com pedido de efeito suspensivo, apresentado pelo GRUPO OI em face da decisão do Conselho Diretor, proferida por meio do Despacho n.º 2.293/2013-CD, de 10/04/2013, que manteve a sanção de multa aplicada pelo Superintendente de Serviços Privados, no Ato n.º 5.582, de 26/09/2012, no valor total de R$ 5.662.759,26 (cinco milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, setecentos e cinquenta e nove reais e vinte e seis centavos) em virtude de descumprimento do item 4.15 do Edital n.º 002/2007/SPV-Anatel, de 23/10/2007, que dispôs, *in verbis:*

> 4.15. A Proponente vencedora em sua Área de Prestação é obrigada a atender assinantes visitantes de outra(s) autorizada(s) do SMP, inclusive da mesma Área de Prestação, em municípios com população abaixo de 30.000 (trinta mil) habitantes, exceto nos municípios onde a(s) autorizada(s) já disponha(m) de infraestrutura para a prestação do SMP, respeitado o padrão de tecnologia.

4.1.2. O Pado foi instaurado em 27/10/2011, no bojo do processo autuado para acompanhar a implementação do citado compromisso pelo Grupo OI e, a partir das conclusões da diligência de fiscalização realizada em 23/05/2011, constatou-se a indisponibilidade da funcionalidade de *roaming* para usuários visitantes em alguns municípios de menos de 30.000 (trinta mil) habitantes atendidos pelo GRUPO OI.

4.1.3. A sanção apurada para tal descumprimento, aplicada por meio do Ato n.º5.582, de 26/09/2012, foi mantida por este Colegiado que, no Despacho n.º 2.293/2013-CD, de 10/04/2013, pelas razões e fundamentos constantes da Análise n.º 170/2013-GCMB, de 15/03/2013, do Conselheiro Relator da matéria, Marcelo Bechara de Souza Hobaika, conheceu e negou provimento ao Recurso Administrativo interposto pelo GRUPO OI.

4.1.4. A notificação da interessada sobre o teor do Despacho n.º 2.293/2013-CD, de 10/04/2013, deu-se por intermédio do Ofício n.º 91/2013/PVCPR-Anatel, de 22/04/2013 (fl. 113) recebido em 26/04/2013.

4.1.5. A partir do histórico de solicitação de vista extraído do Sistema de Atendimento na Sala do Cidadão – SASC, acostado à fl. 136, verifica-se que, em 29/04/2013, a empresa requereu cópia dos autos, as quais foram disponibilizadas em 02/05/2013.

4.1.6. Em 13/05/2013, foi apresentado o presente Pedido de Reconsideração, com pedido de efeito suspensivo (fls. 116/126), no bojo do qual a interessada retoma *ipsis litteris* as teses deduzidas em sede de defesa e de Recurso Administrativo, sustentando, em síntese:

<u>Preliminarmente:</u>

a) a necessidade atribuição de sigilo aos autos do presente Pado;

b) suposta ilegalidade dos atos perpetrados após o término da fase de instrução, em virtude de não ter sido notificada para apresentação de alegações finais;

c) a obrigatoriedade de avaliação do impacto econômico da multa aplicada, nos termos do apresentado no Informe n.º 121/2007-PBCPA/PBCP, que, a seu ver, deveria ser adotado como parâmetro para as demais decisões da Agência, em garantia da razoabilidade e proporcionalidade da sanção;

No mérito:

d) a ausência de razoabilidade e proporcionalidade na formulação da metodologia de cálculo de sanção, que não teria ponderado os esforços empreendidos para celebração dos acordos de *roaming* com outras prestadoras, nem a vinculação da implementação da facilidade às ações tomadas e conjunto com outras empresas e, ademais, não teria considerado somente os usuários efetivamente afetados pela conduta, quais sejam os visitantes de outras prestadoras do SMP;

e) a ausência de provas de que as condutas ensejaram prejuízos à população dos municípios, ou às demais prestadoras do SMP, a ensejar a necessidade de aplicação de sanção.

4.1.7. Ao final, requer a reforma da decisão sancionatória para afastamento da sanção de multa aplicada e, alternativamente, a aplicação da circunstância atenuante prevista no art. 20, inciso II do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução n.º 589, de 07/05/2012, para redução, em 50% (cinquenta) por cento, da sanção aplicada.

4.1.8. Nos termos do Ato n.º 1.878, de 30/03/2011, do Presidente do Conselho Diretor da Anatel, publicado no Diário Oficial da União em 31/03/2011, foi atribuído efeito suspensivo ao Pedido de Reconsideração quanto à sanção de multa aplicada nos autos, conforme atesta a Certidão de fl. 132, de 22/05/2010.

4.1.9. Remetida ao Conselho Diretor em 29/05/2013 por intermédio do Mem. 19/2013-COUN (fl. 134), a matéria foi submetida a sorteio eletrônico em 06/06/2013 (CT n.º 77750, fl. 135), o processo foi distribuído a este Gabinete para fins de relatoria, nos termos regimentais.

4.1.10. São os fatos.

4.2. DA ANÁLISE

4.2.1. Inicialmente, cumpre ressaltar que a instauração e instrução do presente Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – Pado obedereceram rigorosamente às disposições regimentais, resguardados os pressupostos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos na Constituição Federal e na Lei n.º 9.784, de 29/01/1999, Lei do Processo Administrativo (LPA), tendo sido atendida sua finalidade.

4.2.2. Quanto à admissibilidade do Pedido de Reconsideração em análise, observa-se que ele é cabível, nos termos do art. 91 do Regimento Interno da Agência, em face da decisão proferida nos autos pelo Conselho Diretor, e atende aos pressupostos de *legitimidade*, uma vez subscrito por representante legal devidamente habilitado, conforme certifica a Procuração acostada às fls. 128/129; *interesse em recorrer*, já que a decisão recorrida manteve a sanção aplicada à empresa em primeira instância; e *tempestividade*, por ter sido apresentado no prazo regimental.

4.2.3. Desde logo, impende salientar que o presente pleito de reconsideração repisa *ipsis litteris* a argumentação deduzida pela empresa em sede de defesa e de Recurso Administrativo com o objetivo de descaracterizar o descumprimento à obrigação editalícia, argumentação esta que já foi detalhadamente examinada e rebatida nos Informes n.º 928/2012-PVCPR/PVCP/SPV, de 26/09/2012, e n.º

164/PVCPR/PVCP/SPV, de 01/02/2013, e na Análise n.º 170/2013-GCMB, de 15/03/2013, que subsidiou a decisão deste Colegiado de não provimento do Recurso Administrativo da interessada.

4.2.4. Tendo em vista que a argumentação deduzida em sede do presente pleito de reconsideração em nada inova quanto ao já alegado anteriormente pela empresa, nesses pontos, manifesto minha concordância com as razões e fundamentos apresentados pela área técnica e pelo Conselheiro Relator na análise do Recurso Administrativo e, em nome do princípio da motivação, adoto seu teor como parte integrante desta Análise, como razão de decidir, nos termos do art. 50, §1º, da Lei n.º 9.784, de 29/01/1999, e acrescento o que se segue.

4.2.5. Quanto às alegações preliminares, carece de razão a Oi ao defender a necessidade de avaliação do impacto econômico da sanção aplicada, em atenção aos estudos apresentados no Informe n.º 121/2008/PBCPA/PBCP, que concluiu pela presença de fortes indícios de aplicação de multas não razoáveis no âmbito desta Agência, pelas razões já explicitadas em diversas oportunidades.

4.2.6. Como reiteradamente esclarecido em julgamento de matérias correlatas, os estudos econômicos ali não foram aprovados pelo Conselho Diretor, nos termos do Despacho n.º 6.028/2009-CD, de 02/09/2009, que, ao considerá-los gerais e sem aplicabilidade aos casos concretos, determinou o desentranhamento dos Informes de todos os autos pela Superintendência de Serviços Privados.

4.2.7. O primeiro fundamento para a rejeição de tais estudos foi a constatação de premissa equivocada na análise realizada: suposta necessidade, imposta pela Lei Geral de Telecomunicações – LGT, de aferição da razoabilidade do valor total das sanções aplicadas pela Anatel frente à capacidade econômica dos infratores, em contrariedade à interpretação dada pelo Conselho Diretor e ao entendimento sobre o conceito de razoabilidade por ele adotado, avalizada pela doutrina jurídica e jurisprudência dos tribunais pátrios.

4.2.8. O segundo fundamento foi a utilização de metodologia inadequada, uma vez que que a SPB comparou o montante de todas as multas aplicadas com os resultados de apenas um exercício, desconsiderando o provisionamento contábil das multas e o balanço das empresas.

4.2.9. Trata-se de tese superada, portanto.

4.2.10. Quanto à suposta ilegalidade dos atos perpetrados após o término da fase de instrução, em virtude da inobservância do direito à apresentação de alegações finais pela interessada, igualmente carece de razão a recorrente, pois, conforme já exposto em outras oportunidades nos autos, todos os pressupostos do devido processo legal foram resguardados e devidamente exercidos antes e após as decisões de primeira e segunda instância, sem qualquer prejuízo à ampla defesa e ao contraditório.

4.2.11. Neste ponto, mais uma vez, cumpre trazer à baila o disposto no Enunciado n.º 19, consolidado pela Portaria n.º 1.027/2009 da PFE, de que *"A ausência de abertura de prazo para a apresentação de alegações finais só implica em vício processual nas hipóteses em que houver prejuízo para o interessado."*

4.2.12. No mérito, cabe relembrar que o compromisso de implementação da funcionalidade de *roaming* apta a permitir que estações móveis habilitadas pelas prestadoras visitantes funcionem na rede SMP da prestadora que atende o respectivo município foi

estabelecido no bojo do Edital de Licitação n.º 002/2007/SPV/-ANATEL, que licitou faixas de radiofrequências em todo o Brasil para prestação do SMP e estabeleceu compromissos a serem assumidos pelas prestadoras vencedoras do certame.

4.2.13. À luz do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que rege os procedimentos licitatórios e, tendo em vista que a regra ora combatida era de pleno conhecimentos de todos os participantes do certame, descabem quaisquer questionamentos de mérito acerca da obrigação imposta, cujo descumprimento foi verificado no bojo do processo em epígrafe.

4.2.14. Como se observa do Relatório de Fiscalização n.º 0005/2011/RFFCC, de 23/05/2011, durante a diligência realizada pela Agência para averiguar o cumprimento do citado compromisso, testou-se a realização e recebimento de chamadas para as prestadoras Claro, Tim e Vivo, bem como o envio e recebimento de SMS para essas mesmas prestadoras, tendo-se constatado o que se segue:

1. Dos 56 municípios com menos de 30 mil habitantes atendidos pela OI, onde se realizaram testes, em 54 (96%) deles verificou-se que os terminais de todas as prestadoras visitantes não conseguiam originar e receber chamadas, e enviar e receber SMS.
2. Dos 56 municípios com menos de 30 mil habitantes atendidos pela OI, onde se realizaram testes, em nenhum deles verificou-se que os terminais de todas as prestadoras visitantes não conseguiam acessar a rede da OI, originar e receber chamadas, e enviar e receber SMS.
3. Dos 56 municípios com menos de 30 mil habitantes atendidos pela OI, onde se realizaram testes, em somente 1 (2%) deles verificou-se que o terminal Vivo conseguiu acessar a rede da OI, originar e receber chamadas, e enviar e receber SMS.
4. Dos 56 municípios com menos de 30 mil habitantes atendidos pela OI, onde se realizaram testes, em nenhum deles verificou-se que o terminal da prestadora Claro conseguiu acessar a rede da OI, originar e receber chamadas, e enviar e receber SMS.
5. Dos 56 municípios com menos de 30 mil habitantes atendidos pela OI, onde se realizaram testes, em nenhum deles verificou-se que o terminal da prestadora TIM conseguiu acessar a rede da OI, originar e receber chamadas, e enviar e receber SMS.

4.2.15. Embora a empresa alegue ter empreeendido ações rápidas para o adimplemento das obrigações em tela, as tratativas de negociação com outras prestadoras somente tiveram início quando da ciência da fiscalização levada a cargo pela Agência, em maio de 2011. Os compromissos, que deveriam ter sido cumpridos até 30/04/2009, conforme previsão editalícia, somente iniciaram a ser concretizados por meio dos contratos firmados no final de 2011, de sorte que tal período de atraso não pode ser relevado.

4.2.16. Neste ponto, ressalte-se que a infração foi considerada como grave em razão da conduta ter resultado em prejuízo a número significativo de usuários, ao limitar o acesso ao SMP a usuários de outras prestadoras em trânsito nas localidades atendidas pelo GRUPO OI. Dos autos consta que o descumprimento da citada obrigação prejudicou assinantes em 1.836 municípios não cobertos e comprometidos após o certame, sendo 1.377 nos quais a facilidade de *roaming* não estava disponível aos assinantes da própria OI e 459 em que assinantes das demais prestadoras ficaram inviabilizados de comunicação, seja em deslocamento ou opção de operadora.

4.2.17. Neste ponto, carece de fundamento qualquer alegação de que o sancionamento é indevido por depender, a efetividade da facilidade em tela, da conduta das demais prestadoras, pois a obrigação contida no item 4.15 do Edital é de que a vencedora deveria atender os assinantes visitantes de outra autorizada do SMP em municípios

com população inferior a 30 mil habitantes, e não apenas disponibilizar a infraestrutura.

4.2.18. Do relato acima transcrito verifica-se que a facilidade não estava implementada no prazo estabelecido no Edital, pois a infraestrutura, ainda que disponibilizada, não estava pronta para atender os usuários visitantes de outras prestadoras.

4.2.19. Descabe, aqui, qualquer alegação de boa-fé das empresas do grupo na adoção das providências cabíveis e necessárias ao cumprimento do citado compromisso de abrangência, por meio do fechamento de acordos de *roaming* entre as demais operadoras de SMP, visto que a obrigação era exigível desde o advento do termo final do prazo para a implementação da facilidade.

4.2.20. Por último, melhor sorte não cabe à interessada quanto ao requerimento de atribuição de sigilo ao processo, já que a Portaria n.º 941, de 28/10/2011, estabelece em seu art. 1º[1] que, **como regra, os autos dos Pados são públicos**, exceto quando a tramitação sigilosa for essencial à preservação do interesse social, da intimidade dos envolvidos, da segurança da sociedade e do Estado, e ainda, para preservar dados que sejam protegidos pela lei ou pela Constituição Federal, sem que isso implique sigilo de todo o procedimento.

4.2.21. No caso em análise, o requerimento da interessada é genérico e não indica quais documentos ou informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis, constantes dos autos, merecem tratamento sigiloso por se enquadrarem nas exceções da referida Portaria. Desta sorte, entendo que a solicitação merece ser indeferida por não explicitar o objeto ou alcance da medida pretendida.

4.2.22. Ressalte-se, todavia, que o indeferimento do pleito genérico não desonera a área competente de tomar as providências cabíveis no sentido de resguardar, quando dos pedidos de vistas, as informações, dados e documentos que merecem tratamento sigiloso, na forma do art. 64, incisos I e II[2], do Regulamento da Anatel, aprovado pelo Decreto n.º 2.338/97, bem como de registrar, nos autos, por meio de Despacho e Certidão, a ocorrência de sigilo e retirada ou juntada de documento sigiloso, consoante determina a Portaria n.º 941/2011.

4.2.23. Ante o exposto, entendo que os argumentos trazidos no pleito de reconsideração mostram-se insuficientes para infirmar a decisão recorrida, não tendo sido apresentados quaisquer fatos ou alegações hábeis a ilidir as constatações dos autos, razão pela qual proponho seja o presente Pedido de Reconsideração conhecido e, no mérito, não provido, mantendo integralmente a sanção de multa no valor de R$

---

[1] *Art.1º Os autos de Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigação – Pado da Anatel são públicos, em qualquer que seja a fase processual, salvo quando a tramitação sigilosa for essencial à preservação do interesse social, da intimidade dos envolvidos, da segurança da sociedade e do Estado, por decisão fundamentada da Anatel. §1º Poderá ser atribuído o sigilo a determinadas informações, nos termos do art. 64, incisos I e II, do Regulamento da Anatel, aprovado pelo Decreto n.º 2.338, de 1997, ou para o fim de preservar dados que sejam protegidos pela lei ou pela Constituição Federal, sem que isso implique em sigilo de todo o procedimento. §2º O sigilo a determinadas informações e documentos, constantes dos autos de Pado, poderá ser atribuído de ofício pela Anatel ou a requerimento.*

[2] *Art.64. A Agência dará tratamento confidencial às informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, desde que sua divulgação não seja diretamente necessária para: I - impedir a discriminação de usuários ou prestadores de serviço de telecomunicações; II - verificar o cumprimento das obrigações assumidas em decorrência de autorização, permissão ou concessão, especialmente as relativas à universalização dos serviços.*

5.662.759,26 (cinco milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, setecentos e cinquenta e nove reais e vinte e seis centavos) aplicada em virtude de descumprimento do item 4.15 do Edital n.º 002/2007/SPV-Anatel, de 23/10/2007.

5. CONCLUSÃO

À vista do exposto, pelas razões e fundamentos constantes desta Análise, proponho:

a) conhecer do Pedido de Reconsideração apresentado pelo GRUPO OI em face do Despacho n.º 2.293/2013-CD, de 10/04/2013, e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo integralmente a sanção de multa no valor de R$ 5.662.759,26 (cinco milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, setecentos e cinquenta e nove reais e vinte e seis centavos) aplicada em virtude de descumprimento do item 4.15 do Edital n.º 002/2007/SPV-Anatel, de 23/10/2007;

b) indeferir o pedido de sigilo formulado pela empresa em suas alegações, ressaltando, todavia, que o seu indeferimento não exime impede que a área competente de tomar as providências cabíveis no sentido de resguardar, quando dos pedidos de vistas, as informações, dados e documentos que merecem tratamento sigiloso, nos termos da Portaria n.º 941/2011.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO RELATOR
RODRIGO ZERBONE LOUREIRO