



**PARECER n. 00184/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU**

**NUP: 53500.004083/2018-79**

**INTERESSADO: CONSELHO DIRETOR DA ANATEL - CD**

**ASSUNTO: Proposta de Edital de Licitação para autorização de radiofrequências destinadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, ou outros serviços para as quais estejam destinadas, visando ampliar a capacidade das redes de acesso por meios não confinados disponibilizando insumo essencial à prestação de tais serviços com qualidade adequada.**

**EMENTA:** 1. Proposta de Edital de Licitação para autorização de radiofrequências destinadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, ou outros serviços para as quais estejam destinadas. 2. Necessidade de submissão da proposta à Consulta Pública, bem como à Consulta Interna, podendo esta ser dispensada nos termos do art. 60, §2º. 3. Compromissos de abrangência. Portarias nº 14, de 6 de fevereiro de 2013, e nº 1.455, de 8 de abril de 2016, do Ministério das Comunicações. Estabelecem diretrizes para a atuação da Agência, inclusive no que se refere à faixa ora licitada. Importante que essas diretrizes sejam observadas pela Anatel para fixação de compromissos de abrangência a elas aderentes. 4. Necessidade de observância aos princípios estabelecidos no art. 3º da Portaria nº 14/2013 do Ministério das Comunicações, inclusive quanto ao “fortalecimento do setor produtivo brasileiro, por meio da aquisição de competência tecnológica e de capacidade industrial local pelos proponentes” (inciso V). 5. A previsão de a autorização de uso de radiofrequência ser associada posteriormente a outros serviços é possível desde que a fixação do preço mínimo compute os valores decorrentes da potencial utilização da radiofrequência para a prestação de todos os serviços a que a faixa já está destinada. 6. Garantias. É importante que as regras e premissas constantes do Regulamento anexo à Resolução nº 65/1998 sejam observadas. 7. Outras considerações.

**1. RELATÓRIO.**

1. Trata-se de proposta de Edital de Licitação para autorização de radiofrequências destinadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, ou outros serviços para as quais estejam destinadas, visando ampliar a capacidade das redes de acesso por meios não confinados disponibilizando insumo essencial à prestação de tais serviços com qualidade adequada.

2. A proposta foi apresentada, por meio do Informe nº 12/2018/SEI/PRRE/SPR (SEI nº 2388576), em que a área técnica concluiu o seguinte:

**5. CONCLUSÃO**

5.1. Sugere-se o encaminhamento da presente proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor, ouvida antes a Procuradoria Federal Especializada, nos termos do item 36 da Agenda Regulatória da Anatel aprovada para o biênio 2017-2018.

3. Foram anexados ao Informe os seguintes documentos: (i) Minuta de Consulta Pública (SEI nº 2390467) e (ii) Minuta de Edital (SEI nº 2390475).

4. Após, os autos foram encaminhados a esta Procuradoria para manifestação.

5. É, em breves linhas, o relatório. Passa-se a opinar.

**2. FUNDAMENTAÇÃO.**

**2.1 Dos aspectos formais**

**(a) Da necessidade de realização de Consulta Pública.**

6. A proposta de edital apresentada trata de licitação para autorização de radiofrequências destinadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, ou outros serviços para as quais as faixas pertinentes estejam destinadas.

7. A respeito do tema, é importante destacar o que determina a Lei Geral de Telecomunicações - LGT:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

[...]

VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as

respectivas normas;

IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

[...]

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

Art. 48. A concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, para qualquer serviço, será sempre feita a título oneroso, ficando autorizada a cobrança do respectivo preço nas condições estabelecidas nesta Lei e na regulamentação, constituindo o produto da arrecadação receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL.

§ 1º Conforme dispuser a Agência, o pagamento devido pela concessionária, permissionária ou autorizada poderá ser feito na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, sendo seu valor, alternativamente:

[...]

II - determinado no edital de licitação.

Art. 163. O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação.

§ 1º Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares.

Art. 164. Havendo limitação técnica ao uso de radiofrequência e ocorrendo o interesse na sua utilização, por parte de mais de um interessado, para fins de expansão de serviço e, havendo ou não, concomitantemente, outros interessados em prestar a mesma modalidade de serviço, observar-se-á:

I - a autorização de uso de radiofrequência dependerá de licitação, na forma e condições estabelecidas nos arts. 88 a 90 desta Lei e será sempre onerosa;

8. Como se vê, nos termos dos arts. 48 e 164, a autorização de uso de radiofrequência é conferida a título oneroso e deve observar, no caso de necessidade de licitação, o procedimento estabelecido nos artigos 88 a 90 da LGT, *in verbis*:

Art. 88. As concessões serão outorgadas mediante licitação.

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis;

II - a minuta de instrumento convocatório será submetida a consulta pública prévia;

III - o instrumento convocatório identificará o serviço objeto do certame e as condições de sua prestação, expansão e universalização, definirá o universo de proponentes, estabelecerá fatores e critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, determinará a quantidade de fases e seus objetivos, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato de concessão;

IV - as qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, bem como as garantias da proposta e do contrato, exigidas indistintamente dos proponentes, deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão;

V - o interessado deverá comprovar situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social;

VI - a participação de consórcio, que se constituirá em empresa antes da outorga da concessão, será sempre admitida;

VII - o julgamento atenderá aos princípios de vinculação ao instrumento convocatório e comparação objetiva;

VIII - os fatores de julgamento poderão ser, isolada ou conjuntamente, os de menor tarifa, maior oferta pela outorga, melhor qualidade dos serviços e melhor atendimento da demanda, respeitado sempre o princípio da objetividade;

IX - o empate será resolvido por sorteio;

X - as regras procedimentais assegurarão a adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos compatíveis com o preparo de propostas e os direitos ao contraditório, ao recurso e à ampla defesa.

Art. 90. Não poderá participar da licitação ou receber outorga de concessão a empresa proibida de licitar ou contratar com o Poder Público ou que tenha sido declarada inidônea, bem como aquela que tenha sido punida nos dois anos anteriores com a decretação de caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência.

Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

§ 1º Considera-se inviável a disputa quando apenas um interessado puder realizar o

serviço, nas condições estipuladas.

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

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

Art. 92. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, a outorga de concessão dependerá de procedimento administrativo sujeito aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e contraditório, para verificar o preenchimento das condições relativas às qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, à regularidade fiscal e às garantias do contrato.

Parágrafo único. As condições deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão. [grifo nosso]

9. O inciso II do art. 89 da LGT, por sua vez, determina que a minuta do instrumento convocatório seja submetida à consulta pública prévia. Há, portanto, exigência normativa para que o edital seja submetido à consulta pública antes de o certame ter início.

10. Saliente-se, ainda, que o caso em tela, por se tratar de licitação para expedição de autorização para uso de radiofrequência associada à autorização para prestação do SMP, é regido pelo Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência, anexo à Resolução nº 65/98.

11. Com efeito, o art. 10 do Regulamento anexo à Resolução nº 65/98 também prevê a exigência para que o edital seja submetido à consulta pública antes de o certame ter início, *in verbis*:

Art. 10. A fase preparatória da licitação será iniciada com a publicação, no Diário Oficial da União, de deliberação do Conselho Diretor ou, por delegação deste, da Superintendência competente, submetendo minuta de instrumento convocatório à consulta pública prévia e fixando seu prazo, que não será inferior a 10 (dez) dias, contado da publicação do ato previsto neste artigo;

§ 1º Toda pessoa natural ou jurídica poderá formular críticas ou sugestões à minuta do instrumento convocatório, por escrito, durante todo o prazo de consulta pública.

§ 2º Antes da publicação do Aviso de Licitação, a Superintendência competente deverá examinar as críticas e sugestões recebidas durante a consulta pública, expondo as razões para adotá-las ou não.

§ 3º A versão final do instrumento convocatório, acompanhada de parecer da Procuradoria, será submetida à aprovação do Conselho Diretor.

§ 4º A minuta de instrumento convocatório submetida à consulta pública, as críticas e sugestões apresentadas e as decisões da Anatel serão juntadas aos autos do processo administrativo, sendo que cópias dos documentos ficarão arquivadas na Biblioteca, para conhecimento geral.

12. A consulta pública, segundo o art. 40, inciso VII, do Regimento Interno da Agência, expressa decisão que submete proposta de ato normativo, documento ou assunto a críticas e sugestões do público em geral, representando, dessa forma, mecanismo institucional importante de transparência e de legitimação das deliberações.

13. O fato de os interessados na licitação estarem sujeitos ao edital não lhes retira o direito de serem ouvidos, participarem, negociarem e tentarem fazer prevalecer seus interesses. É preciso que essa colaboração ocorra, entretanto, de forma institucionalizada e previamente estipulada, com o fito de garantir a transparência desse processo de abertura à sociedade, momento adequado para que os diversos atores econômicos e o Poder Público possam contrapor interesses, objetivos e políticas entre si.

14. Por meio da consulta pública, de outro lado, procura-se minorar os riscos de captura do agente regulador pelos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, fato que ocorre, grosso modo, quando estes conseguem impor sua vontade e imprimir seus interesses, mesmo quando incompatíveis com o interesse público ou com os direitos dos usuários, nas decisões do ente regulador.

15. A consulta pública, então, serve como fórum apropriado ao recolhimento e à ponderação sobre as diversas possíveis manifestações formuladas por indivíduos e grupos sociais interessados no tema específico, *in casu*, no certame.

16. Na interpretação de Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>[1]</sup>, os entes públicos incumbidos de exercer a regulação estatal sobre um determinado setor da economia devem ser concebidos com ampla transparência e permeabilidade, sem descuidar de certa neutralidade. A permeabilidade se revela no diálogo permanente, transparente e aberto do regulador com os agentes sujeitos à regulação.

Ao tratar do assunto, a Exposição de Motivos nº 231/MC-EM-LGT, de 10.12.1996, afirmou a consulta pública como instrumento capaz de “dificultar comportamentos oportunistas e inibir ações indesejáveis por parte de operadoras e grupos de interesses”, realçando a característica de transparência e permeabilidade institucionalizada imprimida à ANATEL.

17. No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão<sup>[2]</sup> explica que os espaços públicos de discussão foram criados como mecanismos de legitimação do processo decisório, no intento de reduzir o déficit democrático da regulação administrativa. Vê-se, pois, que o viés democrático é impingido às instituições públicas na medida em que nelas se abrem espaços destinados à manifestação do indivíduo, no exercício do direito de sua cidadania.

18. É de se concluir, portanto, pela real necessidade de submissão do edital em tela, bem como de seus respectivos anexos, ao procedimento de consulta pública, arrolado pelo art. 59 do Regimento Interno da Agência e detalhado pelo art. 10 do Regulamento anexo à Resolução nº 65/98, na sua esfera de abrangência.

19. É importante consignar, ainda, que o art. 59, §3º do Regimento Interno da Agência dispõe expressamente acerca da necessidade de divulgação da Consulta Pública também na página da Agência

na Internet e menciona, inclusive, a lista de documentos a serem divulgados, dentre outros elementos pertinentes.

20. Desta feita, é necessário que se proceda à publicação, no sítio eletrônico da Agência na Internet, de toda a documentação pertinente ao certame em tela, nos termos do parágrafo terceiro supracitado, em consonância com a noção de transparência e publicidade que deve pautar a atuação da Agência, e que se refletirá em uma participação mais ampla e consciente da sociedade e dos agentes regulados.

#### **(b) Da Consulta Interna.**

21. Apesar de não ser expressamente prevista na Resolução nº 65/98, observa-se que o Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612/2013, estabelece, em relação à Consulta Interna, o seguinte:

Art. 60. A Consulta Interna tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões dos servidores da Agência.

§ 1º A Consulta Interna será realizada previamente ao encaminhamento da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor, com prazo fixado pela autoridade competente, devendo ser juntada aos autos do processo a que se refere.

§ 2º A Consulta Interna poderá, justificadamente, ser dispensada quando a sua realização impedir ou retardar a deliberação de matéria urgente.

§ 3º A Consulta Interna poderá ser realizada independentemente de realização de Consulta Pública.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas e devidamente justificadas deverão ser consolidadas em documento próprio, anexado aos autos do processo administrativo, contendo as razões para sua adoção ou rejeição.

22. Quanto a este aspecto, assim pronunciou-se o corpo técnico da Agência no Informe nº 12/2018/SEI/PRRE/SPR:

3.45. Sobre a Consulta Interna, o Regimento Interno da Anatel assim dispõe:

Art. 60. A Consulta Interna tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões dos servidores da Agência.

§ 1º A Consulta Interna será realizada previamente ao encaminhamento da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor, com prazo fixado pela autoridade competente, devendo ser juntada aos autos do processo a que se refere.

§ 2º A Consulta Interna poderá, justificadamente, ser dispensada quando a sua realização impedir ou retardar a deliberação de matéria urgente.

§ 3º A Consulta Interna poderá ser realizada independentemente de realização de Consulta Pública.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas e devidamente justificadas deverão ser consolidadas em documento próprio, anexado aos autos do processo administrativo, contendo as razões para sua adoção ou rejeição. (grifos nossos)

3.46. Como se vê, a Consulta Interna se presta a receber sugestões de servidores da Agência sobre minuta de ato normativo ou documento relevante. Ainda, se for objeto de Consulta Pública a ser aprovada pelo Conselho Diretor, a consulta ao público interno deve acontecer antes da consulta ao público externo.

3.47. A proposta aqui disposta não se trata de minuta de ato normativo, conforme disposto no item anterior. A nosso ver também a proposta em tela não se enquadraria na segunda hipótese, uma vez que, ainda que projeto importante inserido dentro da Agenda Regulatória da Agência, os documentos aqui postos tão somente reproduzem, com poucas alterações, os mesmos utilizados na Licitação nº 002/2014/SOR/SPR/CD-Anatel. Neste sentido, entendemos que a proposta em tela não se enquadra nas hipóteses de obrigatoriedade previstas no Regimento Interno.

3.48. Ademais, cabe destacar, a título de esclarecimento, que todas as áreas afetadas internas afetadas pela elaboração da proposta em tela participaram de sua construção, a saber: Superintendências de Planejamento e Regulamentação, de Competição e de Outorgas e Recursos à Prestação.

23. Como pode ser observado, o corpo técnico entendeu que a proposta não estaria submetida ao procedimento de Consulta Interna por não se tratar de instrumento normativo e nem de documento ou matéria de interesse relevante.

24. Quanto a este ponto, esta Procuradoria apenas pondera que o mero fato de a proposta apresentada pela área técnica reproduzir, com algumas alterações, o Edital de Licitação nº 002/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, não é suficiente para descaracterizar a proposta da condição de documento ou matéria de interesse relevante. Trata-se de um novo certame licitatório, com objeto distinto daquele regido pelo edital mencionado e, portanto, veicula outra matéria, que pode ser caracterizada como relevante.

25. Dessa forma, considerando que a dispensa de realização de Consulta Interna deve ser considerada exceção, recomenda-se que o corpo técnico submeta a proposta à Consulta Interna ou apresente fundamentos suficientes a dispensá-la, nos termos do art. 60, §2º do Regimento Interno da Agência.

#### **(c) Da Análise de Impacto Regulatório.**

26. O corpo técnico da Agência justificou a ausência de realização de Análise de Impacto Regulatório, nos seguintes termos:

3.42. Sobre a Análise de Impacto Regulatório, o Regimento Interno assim dispõe:

*Art. 62. Os atos de caráter normativo da Agência serão expedidos por meio de Resoluções, de competência exclusiva do Conselho Diretor, observado o disposto nos arts. 59 e 60, relativos aos procedimentos de Consultas Pública e Interna, respectivamente.*

*Parágrafo único. Os atos de caráter normativo a que se refere o caput, salvo em situações expressamente justificadas, deverão ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório. (grifos nossos)*

3.43. Nesses termos, note-se que os editais de licitação não constituem atos de caráter normativo, à luz do Regimento Interno, uma vez que não são expedidos por meio de Resoluções do Conselho Diretor. Assim, não se aplica a eles a obrigatoriedade de realização de Análise de Impacto Regulatório.

3.44. No presente caso, ainda que as questões envolvidas não tenham sido estruturadas no formato de relatório de AIR comumente utilizado por esta área técnica, tais questões foram devidamente avaliadas e esta análise consolidada no presente Informe, que contém todos os elementos motivadores da proposta ora em debate.

27. Observa-se, assim que, não obstante a desnecessidade de elaboração de Relatório de Impacto Regulatório, as questões envolvidas na elaboração da minuta de Edital proposta foram objeto de análise pelo corpo técnico, que apresentou suas motivações no âmbito do Informe nº 12/2018/SEI/PRRE/SPR.

## **2.2 Do objeto da proposta de Edital de Licitação.**

28. No que se refere ao objeto da proposta de licitação ora em análise, o corpo técnico assim consignou:

### **OBJETIVO**

3.1. Trata-se do item 36 da Agenda Regulatória da Anatel para o biênio 2017-2018, aprovada por meio da Portaria nº 491, de 10 de abril de 2017, e alterada por meio da Portaria nº 1, de 2 de janeiro de 2018, ambas do Conselho Diretor, visando elaborar proposta de Edital de Licitação para autorização de radiofrequências destinadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, ou outros serviços para as quais estejam destinadas, visando ampliar a capacidade das redes de acesso por meios não confinados disponibilizando insumo essencial à prestação de tais serviços com qualidade adequada. As referidas Portarias estabelecem como meta a elaboração de proposta inicial pela área técnica até o final de 2018.

### **OBJETO DO EDITAL**

3.2. Como já dito, o escopo do Edital tem o objetivo de disponibilizar faixas de radiofrequências para prestação de SMP ou outros serviços de telecomunicações para as quais estejam destinadas. Desta maneira, para a definição do objeto do Edital é necessário avaliar quais as faixas que potencialmente poderiam ser incluídas na presente proposta de Edital, sobre as quais se discorrerá adiante.

3.3. Antes disso, é importante contextualizar outros aspectos que permeiam a construção da presente proposta.

3.4. Em 2015, por meio do Edital de Licitação nº 002/2015-SOR/SPR/CD-Anatel, a Anatel disponibilizou faixas de radiofrequências para prestação de SMP e outros serviços de telecomunicações com o intuito de atrair potenciais interessados de maior e menor portes econômicos. Isto porque foram disponibilizados lotes com diversas áreas geográficas de abrangência, maiores ou menores, chegando até mesmo à granularidade municipal, diferentemente do que havia feito nos certames até então.

3.5. Ocorre que, em virtude da quantidade de lotes de granularidade municipal (na ordem de milhares), somada à complexidade operacional do Edital (pensada anteriormente para certames com menor quantidade de lotes), a citada Licitação ainda não se encerrou para os lotes com tal granularidade.

3.6. Desta forma, entende-se que novo certame com foco nos potenciais interessados de menor porte econômico (lotes municipais) deve ocorrer tão somente após a finalização daquele procedimentos, uma vez que as instâncias recursais ainda em aberto poderão impactar tanto nas localidades disponíveis quanto nos potenciais interessados em participar de novo certame.

3.7. Por conseguinte, a presente proposta de licitação considerará tão somente as faixas de radiofrequências que historicamente tem sido oferecidas em áreas geográficas de maior abrangência.

3.8. Dito isto, passa-se a discorrer sobre as potenciais faixas disponíveis para a presente proposta.

[...]

3.25. Diante de tais fatos, resta ao presente certame ora proposto o bloco de 10 + 10 MHz na faixa de 700 MHz, para a qual se propõe a mesma abrangência geográfica da licitação de 2014, qual seja, nacional (exceto algumas áreas no centro do Brasil onde houve vencedor na licitação anterior).

3.26. Ademais, nos mesmos moldes do certame de 2014, com o objetivo de que exista isonomia entre as condições da outorga de todos os autorizados a utilizar a faixa de 700 MHz, propõe-se que o vencedor receba autorização, em caráter secundário, do restante da faixa de 700 MHz destinada ao SMP (30 + 30 MHz).

3.27. Sendo assim, o documento ora proposto tomou como base o Edital de Licitação nº 002/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, com algumas alterações em seu texto, sobre as quais se passa a discorrer.

29. Verifica-se que a proposta apresentada pela área técnica versa a respeito de Edital de Licitação para a autorização de radiofrequências destinadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP na faixa de 700 MHz, estruturado em dois lotes, sendo, em uma primeira rodada, disponibilizado limite máximo de 10 + 10 MHz em caráter primário para uma mesma Proponente, suas controladas, controladoras ou coligadas, em uma mesma área geográfica. Aqueles lotes não arrematados serão submetidos a uma nova rodada, com limite de 20 + 20 MHz, nos termos previstos no art. 5º do Regulamento de Atribuição, a Destinação e o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências na Faixa de 698 MHz a 806 MHz, aprovado pela Resolução nº 625, de 11 de novembro de 2013 (Anexo II-C da minuta de Edital).

30. Propõe-se, ainda, que o vencedor receba autorização, em caráter secundário, na faixa de 718 MHz a 748 MHz e de 773 MHz a 803 MHz, destinada ao SMP, para os municípios com população até 100 (cem) mil habitantes localizados nas mesmas Áreas de Prestação.

31. É importante destacar que devem ser observadas as determinações previstas no Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências na Faixa de 698 MHz a 806 MHz, aprovado pela Resolução nº 625, de 11 de novembro de 2013, bem como no Regulamento sobre Condições de Convivência entre os Serviços de Radiodifusão de Sons e Imagens e de Retransmissão de Televisão do SBTVD e os Serviços de Radiocomunicação Operando na Faixa de 698 MHz a 806 MHz, aprovado por meio da Resolução nº 640, de 11 de julho de 2014.

32. No ponto, considerando que o uso da faixa em questão depende do remanejamento dos canais de TV e RTV que ainda permaneçam na faixa, deve ser observado o cronograma de liberação da faixa estabelecido no âmbito do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

### **2.3 Dos compromissos de abrangência.**

33. Quanto a eventual definição de compromissos de abrangência, a área técnica consignou o seguinte:

Informe nº 12/2018/SEI/PRRE/SPR:

3.28. A definição de compromissos de abrangência depende que, antes de qualquer coisa, se valore o valor de mercado do ativo a ser licitado. Tradicionalmente esta valoração tem sido feita por meio de apuração do Valor Presente Líquido do fluxo de caixa descontado do negócio, considerando receitas, despesas, investimentos e custo de capital.

3.29. Caso seja possível estabelecer compromissos de abrangência, estes são considerados como investimentos neste cálculo e, para que o negócio seja considerado viável, é preciso que a estimativa de VPL seja positiva.

3.30. A área técnica ainda está trabalhando nesta valoração, com expectativa de concluí-la em breve. Tão logo este cálculo seja finalizado, os compromissos, se houver, serão definidos, antes do envio da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor.

3.31. Por ora, uma vez que a definição dos compromissos trata-se de assunto eminentemente técnico, não se vislumbra prejuízos ao parecer jurídico da Procuradoria sobre a proposta.

3.32. O que se pode adiantar é que a proposta da área técnica de compromissos de abrangência, se houver, estará alinhada aos projetos em discussão na elaboração do Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT, no âmbito do processo nº 53500.026707/2016-47, como, por exemplo, a instalação de uma Estação Rádio-Base para oferta de SMP em distritos não sede atualmente sem disponibilidade de tal serviço.

34. Verifica-se que a área técnica destacou que ainda está trabalhando na valoração do mercado ativo a ser licitado e que tão logo finalizado este cálculo, os compromissos, se houver, serão definidos, antes do envio da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor.

35. De fato, é de suma importância que eventuais compromissos de abrangência sejam definidos antes da submissão da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor, para que ele possa analisá-la por completo e para que tais compromissos constem da própria Consulta Pública a ser submetida à sociedade.

36. Ademais, compõe-se destacar que os compromissos de abrangência constituem parte relevante do Edital, sendo pertinente e adequado que também sejam analisados por esta Procuradoria antes mesmo da submissão da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor da Agência. Recomenda-se, portanto, que após a definição dos compromissos de abrangência, os autos sejam novamente submetidos a esta Procuradoria para análise desse ponto do Edital. De fato, pode-se dizer, tomando por base situações pretéritas, que a definição e os contornos dos compromissos de abrangência, apesar de seu núcleo técnico, têm potencial, a priori, de suscitar desdobramentos de cunho jurídico, razão pela qual se entende adequada sua submissão prévia a esta Procuradoria.

37. Outrossim, quanto ao tema, vale transcrever os seguintes dispositivos da LGT, *verbis*:

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;

IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;

V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

(...)

Art. 135. A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os compromissos a que se refere o *caput* serão objeto de regulamentação, pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

§ 1º A Agência determinará as regiões, localidades ou áreas abrangidas pela limitação e disporá sobre a possibilidade de a prestadora atuar em mais de uma delas.

§ 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos [arts. 88 a 92](#), sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no [art. 98](#), desta Lei.

3º Dos vencedores da licitação será exigida contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem, na forma de compromissos de interesse dos usuários.

Art. 137. O descumprimento de condições ou de compromissos assumidos, associados à autorização, sujeitará a prestadora às sanções de multa, suspensão temporária ou caducidade.

38. Da leitura dos referidos dispositivos, verifica-se que é plenamente possível a imposição de compromissos de abrangência, em prol dos usuários, do interesse público e da coletividade.

39. A bem da verdade, é não só possível, como também verifica-se que existem elementos que indicam até mesmo a necessidade de imposição de compromissos de abrangência. É que as Portarias nº 14, de 6 de fevereiro de 2013, e nº 1.455, de 8 de abril de 2016, do Ministério das Comunicações, estabelecem, respectivamente, o seguinte:

**Portaria nº 14, de 6 de fevereiro de 2013:**

Art. 2º - Determinar que a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL inicie os procedimentos administrativos para a verificação da viabilidade da atribuição, destinação e distribuição da Faixa de 698 MHz a 806 MHz para atendimento dos objetivos do PNBL.

(...)

Art. 3º - Constatada a viabilidade a que se refere o art. 2º, em eventual licitação da Faixa de 698 MHz a 806 MHz a Anatel considerará os seguintes princípios:

I - promoção da digitalização dos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão, dada a importância de se acelerar a implantação do SBTVD-T;

II - aceleração da cobertura de grandes regiões, zonas de periferia urbana e áreas remotas, com banda larga móvel de quarta geração;

III - incentivo à ampliação da infraestrutura de transporte de telecomunicações de alta capacidade em fibra óptica em todo o País, em especial nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

IV - crescimento da demanda de serviços de banda larga móvel por setores de segurança e de infraestrutura, a expansão da cobertura de serviços em rodovias e o atendimento aos grandes eventos internacionais, em especial os Jogos Olímpicos e Paralímpicos;

V - fortalecimento do setor produtivo brasileiro, por meio da aquisição de competência tecnológica e de capacidade industrial local pelos proponentes; e

VI - Preservação dos estímulos ao desenvolvimento tecnológico, industrial e comercial relacionadas ao uso das subfaixas de radiofrequência de 451 MHz a 458 MHz e de 461 MHz a 468 MHz, voltados ao atendimento de áreas rurais e regiões remotas.

**Portaria nº 1.455, de 8 de abril de 2016:**

Art. 2º De modo a posicionar os serviços de banda larga no centro da política pública, devem ser privilegiados os seguintes objetivos:

I - Expansão das redes de transporte em fibra óptica e em rádio de alta capacidade para mais municípios;

II - Ampliação da cobertura de vilas e de aglomerados rurais com banda larga móvel;

III - Aumento da abrangência de redes de acesso baseadas em fibra óptica nas áreas urbanas;

IV - Atendimento de órgãos públicos, com prioridade para os serviços de educação e de saúde, com acesso à Internet em banda larga.

40. Verifica-se que as referidas Portarias estabelecem diretrizes para a atuação da Agência, inclusive no que se refere à faixa ora licitada. Portanto, importante que essas diretrizes sejam observadas pela Anatel para fixação de compromissos de abrangência a elas aderentes. Em outras palavras, dadas as determinações de política pública, a eventual não fixação de compromissos de abrangência deve estar devidamente motivada.

## **2.4 Dos Limites para Autorização (Spectrum Cap) e da Prestação em Caráter Secundário.**

41. No que se refere aos limites para autorização (*spectrum cap*), a área técnica, no Informe nº 12/2018/SEI/PRRE/SPR, consignou o seguinte:

3.36. O Regulamento aprovado pela Resolução nº 625, de 11 de novembro de 2013, assim dispõe sobre o *spectrum cap*.

Art. 5º As faixas de radiofrequências limites dos blocos estão listadas no Anexo A, devendo ser utilizados os sentidos de transmissão ali estabelecidos.

§ 1º A uma mesma prestadora, sua coligada, controlada ou controladora, em uma mesma área de prestação de serviço, somente serão autorizadas subfaixas de radiofrequências, observado o estabelecido a seguir:

I - limite de (10 + 10) MHz para a subfaixa de 700 MHz;

II - o limite estabelecido no inciso I poderá ser elevado, até o limite de (20 + 20 MHz), durante o procedimento licitatório, caso, no certame, haja radiofrequências remanescentes na área de prestação licitada; e,

III - no caso específico de municípios com população abaixo de determinado patamar, poderá ser estabelecido em edital um limite de autorização de subfaixas de radiofrequências, em uma mesma área de prestação de serviço, acima do previsto no inciso I.

§ 2º Em casos excepcionais, desde que devidamente motivada, a Anatel poderá autorizar a utilização das radiofrequências com sentidos de transmissão de forma diversa daquela exposta no caput, desde que não importe prejuízo à administração do espectro e tampouco interferência prejudicial em serviços regularmente autorizados.

3.37. Neste sentido, o Edital foi estruturado em dois lotes para a mesma faixa na mesma área geográfica: (i) em uma primeira rodada, com limite de 10 + 10 MHz; (ii) caso não haja vencedor na primeira rodada, a faixa será novamente licitada, com limite de 20 + 20 MHz. Ressalta-se que tal mecanismo é exatamente o mesmo previsto no Edital de 2014.

42. A limitação de quantidades de espectro (*spectrum cap*) para um mesmo grupo econômico está atrelada diretamente à democratização do acesso aos bens públicos, como uma forma de promover a competição no mercado. A finalidade do *spectrum cap* está atrelada à escassez do recurso, de forma que o limite de quantidade de espectro por grupo econômico só se justifica nas hipóteses em que houver disputa.

43. O Anexo II-C trata das condições de participação na licitação. Em uma primeira rodada, o limite máximo total será de 10 + 10 MHz em caráter primário, e na segunda rodada, caso ocorra, o limite passa a ser de 20 + 20 MHz.

44. Ademais, como salientado no tópico atinente ao objeto da Licitação, a Minuta propõe que seja expedida a autorização para uso de radiofrequências em caráter secundário, concomitantemente e vinculada à expedição da autorização em caráter primário (Lotes 1 e 2), para todos os municípios com população de até 100 (cem) mil habitantes localizados nas mesmas Áreas de Prestação, para as radiofrequências na faixa de 718 MHz a 748 MHz e de 773 MHz a 803 MHz (conforme alínea a.1 do item 1.1 da Minuta de Edital).

45. Isso quer dizer que, em municípios com população de até 100 (cem) mil habitantes localizados nas mesmas Áreas de Prestação, a vencedora de um lote poderá utilizar as radiofrequências em caráter secundário, de acordo com as disposições do edital.

46. Por meio do Parecer nº 159/2014/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, esta Procuradoria analisou as características do uso de radiofrequência em caráter primário ou secundário, exclusivo ou não exclusivo, nos seguintes termos:

12. Tecidas essas considerações, passa-se a analisar especificamente as características do uso de radiofrequência em caráter primário ou secundário, exclusivo ou não exclusivo. Vejam-se as definições contidas no art. 4º do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução nº 259/2001:

Art. 4º Para os efeitos deste Regulamento, considera-se:

(...)

XXXVII - uso em caráter primário: uso de radiofrequências caracterizado pelo direito à proteção contra interferências prejudiciais;

XXXVIII - uso em caráter secundário: uso de radiofrequências caracterizado pela inexistência de direito à proteção contra interferências prejudiciais;

XXXIX - uso exclusivo: hipótese em que uma autorização confere ao interessado o direito de utilizar-se privativamente e em caráter primário de uma radiofrequência, faixa ou canal de radiofrequências, numa determinada área geográfica, durante um determinado período de tempo, independentemente do número de consignações que, nesta mesma radiofrequência, canal ou faixa de radiofrequências, este venha a solicitar à Agência;

XL - uso não exclusivo: hipótese em que uma autorização confere ao interessado o direito de utilizar-se de uma radiofrequência, faixa ou canal de radiofrequências, em caráter primário ou secundário, na mesma área geográfica e com compartilhamento;

13. Como se vê, o uso de radiofrequência em caráter secundário implica seu uso não exclusivo e sem direito a proteção contra interferências prejudiciais, sejam estas provocadas por autorizados em caráter primário ou em secundário. Ou seja, todos os interessados podem ser atendidos, não havendo que se falar em possibilidade de disputa.

14. Dessa forma, considerando a impossibilidade de disputa pelo uso de radiofrequência em caráter secundário, uma vez que todos podem ser atendidos, inexistente pressuposto lógico para a aplicação, nessa situação, de limite de quantidade de espectro por grupo econômico. De fato, não existe democratização de acesso a ser buscada, já que tal acesso já é obtido por todos, a partir do momento em que o primeiro prestador é autorizado pela Anatel a operar em caráter secundário.

[...]

17. É de se concluir, portanto, pela não submissão das autorizações de uso de radiofrequência em caráter secundário aos limites de quantidades de espectro a um mesmo grupo econômico (*spectrum cap*).

47. Portanto, os limites máximos de quantidade de espectro só se aplicam ao direito de uso de

radiofrequência em caráter primário.

48. Com relação ao titular de autorização de radiofrequência em caráter secundário, a proposta prevê ainda a possibilidade de celebração de acordo de compartilhamento, por meio de contrato de exploração industrial, com a prestadora titular da autorização de radiofrequência em caráter primário, caso essa última se decida a utilizar radiofrequência que vinha sendo utilizada pelo primeiro (item 5 do Anexo II-B e cláusula 6.2 da Minuta de Termo de Autorização para Exploração de SMP).

49. Como se observa, a proposta de edital contém algumas regras que buscam garantir o uso eficiente do espectro autorizado.

50. Muito embora o uso de radiofrequência em caráter secundário implique seu uso não exclusivo e sem direito a proteção contra interferências prejudiciais, sejam estas provocadas por autorizados em caráter primário ou em secundário, é preciso assegurar o uso eficiente do espectro, estimular o desenvolvimento tecnológico e a aceleração da cobertura de grandes regiões e áreas com baixa atratividade econômica.

51. Dessa forma, a proposta da forma como se apresenta impõe que o titular do direito de uso de radiofrequência em caráter primário, caso decida pela utilização da radiofrequência, deverá atender a referida localidade, em até 6 (seis) meses a contar da negativa de acordo de compartilhamento. Nessa hipótese, o autorizado em caráter secundário deverá encerrar suas atividades (cláusulas 6.3 e 6.3.1 da Minuta de Termo de Autorização para Exploração de SMP).

52. Importante destacar que o espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, e que o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social. Além disso, a medida objetiva impedir o exercício abusivo do direito por parte da prestadora titular da autorização de radiofrequência em caráter primário.

53. Desse modo, as regras constantes das cláusulas cláusula 6.2 e 6.3 da Minuta de Termo de Autorização para Exploração de SMP objetivam tão somente assegurar o uso eficiente do espectro, garantir a função social da propriedade e o atendimento do interesse público, e evitar o exercício abusivo de direito.

## **2.5 Da ausência de compromissos de aquisição de produtos com tecnologia nacional.**

54. O corpo técnico da Agência salientou que a proposta de Edital não traz a previsão, contida em editais anteriores, de compromissos de aquisição de produtos com tecnologia nacional ou produzidos em território brasileiro de acordo com o Processo Produtivo Básico. A respeito, foi consignado, no Informe nº 12/2018/SEI/PRRE/SPR, o seguinte:

3.38. O Edital anterior, de 2014, assim como outros certames recentemente conduzidos pela Anatel, previam compromissos de aquisição de produtos com tecnologia nacional ou produzido em território brasileiro de acordo com o Processo Produtivo Básico - PPB. Ainda que tal obrigação anteriormente prevista tenha nobre intenção, ainda não foi possível monitorar sua real eficácia no processo de desenvolvimento tecnológico do setor de telecomunicações brasileiro. Assim, até que se tenha conclusão à respeito de tal eficácia, esta área técnica optou por retirar tal obrigação da proposta ora apresentada. Além disso, cabe relembrar decisão recente da Organização Mundial do Comércio - OMC contra a Lei de Informática brasileira por conter medidas que alegam discriminar tributariamente produtos estrangeiros ou incentivar o uso de produtos domésticos (como, por exemplo, fabricação local, com Processo Produtivo Básico - PPB). Tal decisão também demanda uma reavaliação da Agência sobre este tipo de compromisso, corroborando com a argumentação de não incluí-los no presente Edital.

55. Dois argumentos, portanto, foram utilizados pelo corpo técnico para fundamentar a ausência de previsão de tais compromissos: a) ainda não foi possível monitorar sua real eficácia no processo de desenvolvimento tecnológico do setor de telecomunicações brasileiro; b) a recente decisão da Organização Mundial de Comércio - OMC no sentido de condenar a Lei de Informática.

56. Quanto ao primeiro argumento, convém apenas ressaltar que a mera circunstância de não ter sido, ainda, possível monitorar sua eficácia no desenvolvimento tecnológico do setor de telecomunicações não significa que não possam existir benefícios quanto à medida, que pode trazer um incentivo relevante à indústria nacional.

57. No tocante à decisão da OMC que considerou discriminatórias regras contidas na Lei de Informática (Lei nº 8.248/91), concedendo prazo para a suspensão de sete programas de subsídios à indústria (incluindo regras tributárias consideradas anticompetitivas no âmbito internacional), destaca-se, de início, que consta que o Brasil apresentou recurso contra esta decisão, e que não há registro de julgamento final<sup>[3]</sup>. Ademais, a mencionada norma encontra-se ainda em vigor, embora tenha sido recentemente alterada pela Medida Provisória nº 810, de 08 de dezembro de 2017, que não possui relação com a decisão proferida pela OMC.

58. É importante observar, ainda, que a faixa de 700 MHz, objeto do certame ora proposto, encontra-se destinada ao atendimento dos princípios estabelecidos no Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, que instituiu o Plano Nacional de Banda Larga, nos termos do regulamento aprovado pela Resolução nº 625, de 11 de novembro de 2013. Dessa forma, é importante que sejam observadas as diretrizes estabelecidas na Portaria nº 14, de 06 de fevereiro de 2013 expedida pelo então Ministério das Comunicações (atual Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações), que estabelece:

Art. 2º - Determinar que a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL inicie os procedimentos administrativos para a verificação da viabilidade da atribuição, destinação e distribuição da Faixa de 698 MHz a 806 MHz para atendimento dos objetivos do PNBL.

[...]

Art. 3º - Constatada a viabilidade a que se refere o art. 2º, em eventual licitação da Faixa de 698 MHz a 806 MHz a Anatel considerará os seguintes princípios:

I - promoção da digitalização dos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de

retransmissão de televisão, dada a importância de se acelerar a implantação do SBTVD-T;

II - aceleração da cobertura de grandes regiões, zonas de periferia urbana e áreas remotas, com banda larga móvel de quarta geração;

III - incentivo à ampliação da infraestrutura de transporte de telecomunicações de alta capacidade em fibra óptica em todo o País, em especial nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

IV - crescimento da demanda de serviços de banda larga móvel por setores de segurança e de infraestrutura, a expansão da cobertura de serviços em rodovias e o atendimento aos grandes eventos internacionais, em especial os Jogos Olímpicos e Paralímpicos;

V - **fortalecimento do setor produtivo brasileiro, por meio da aquisição de competência tecnológica e de capacidade industrial local pelos proponentes; e**

VI - Preservação dos estímulos ao desenvolvimento tecnológico, industrial e comercial relacionadas ao uso das subfaixas de radiofrequência de 451 MHz a 458 MHz e de 461 MHz a 468 MHz, voltados ao atendimento de áreas rurais e regiões remotas.

[grifos nossos]

59. Dessa forma, observa-se que a aquisição de competência tecnológica e de capacidade industrial local pelos proponentes dos certames que envolvam a Faixa de 698 MHz a 806 MHz com o objetivo de fortalecer o setor produtivo brasileiro é uma premissa deve ser observada nas licitações que envolvam essa faixa.

60. Não se pode olvidar, ainda, que a LGT determina que o Poder Público crie condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País, bem como crie oportunidades de investimento e estimule o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo (art. 2º, V e VI da LGT).

61. Assim, considerando, sobretudo, os princípios estabelecidos na Portaria nº 14/2013 do Ministério das Comunicações, norma amparada no Plano Nacional de Banda Larga, editada especificamente quanto à faixa que se pretende licitar, esta Procuradoria recomenda que seja avaliada a inclusão de compromissos que impliquem a aquisição de competência tecnológica e de capacidade industrial local pelos proponentes vencedores do certame. É que, a despeito de a questão encontrar-se inserida no juízo discricionário da Administração Pública, os argumentos deduzidos para a retirada dos compromissos de aquisição de produtos com tecnologia nacional não pareceram, por si só, suficientes para tanto.

## **2.6 Do prazo da condição de uso.**

62. A área técnica, no item 3.41, do Informe nº 12/2018/SEI/PRRE/SPR, consignou que a "condição de uso foi ajustada para nove meses após o desligamento (ao invés de doze, como no Edital de 2014), tal qual ocorreu posteriormente naquele certame por meio de aditivos aos Termos de Autorização de uso de radiofrequências (Processo nº 53500.900005/2016-35)".

63. No entanto, verifica-se que a Minuta de Termo de Autorização para Uso de Radiofrequências estabelece o prazo de doze meses para tanto, *verbis*:

**Cláusula 6.6.** A prestação do SMP utilizando as subfaixas de radiofrequência objeto deste edital de licitação poderá ser iniciada somente 12 (doze) meses após a data do desligamento da transmissão analógica de TV e RTV definida pelo Ministério das Comunicações por meio da Portaria MCTIC nº 2.992, de 26 de maio de 2017, alterada pela Portaria MCTIC nº 7.432, de 20 de dezembro de 2017, expedidas em observância ao Decreto nº 5.820, de 29/6/2006, e alterações, observado o disposto nas cláusulas abaixo.

64. Recomenda-se, portanto, o ajuste da Minuta de Termo de Autorização para Uso de Radiofrequências nesse ponto.

## **2.7 Da possibilidade de a autorização de uso de radiofrequência ser associada posteriormente a outros serviços.**

65. O item 1.4 da Minuta de Edital aduz o seguinte:

1.4. Caso a Proponente vencedora solicite, posteriormente, uma Autorização para exploração de um serviço diverso daquele(s) inicialmente outorgado(s), entre os serviços para os quais a faixa está destinada, será expedida Autorização do Serviço, considerando o custo conforme regulamentação aplicável, e nova Autorização para uso de Radiofrequências pelo prazo remanescente da primeira Autorização para uso de Radiofrequências concedida, de modo que os prazos de vencimento sejam iguais, sem ônus adicional em relação a esta nova Autorização para uso de Radiofrequências.

66. No ponto, entende-se que tal previsão é possível desde que a fixação do preço mínimo compute os valores decorrentes da potencial utilização da radiofrequência para a prestação de todos os serviços a que a faixa já está destinada, tendo em vista que, em caso de posterior solicitação, não haverá ônus adicional para as prestadoras.

67. Este entendimento já foi consagrado por esta Procuradoria por ocasião da proposta de Edital de Licitação para a faixa de 700 MHz, nos termos do Parecer nº 305/2014/PFE-Anatel/PGF/AGU, que registrou, ainda neste aspecto, o seguinte:

32. Vale frisar que o preço mínimo de cada lote deve ter como referência o potencial de mercado do bem (valor de mercado), sob pena de se prejudicar o Erário. E para se chegar ao *quantum* a ser cobrado é preciso que se considere todos os serviços que poderão ser prestados, bem como a tecnologia a ser empregada na subfaixa.

33. Assim, para se chegar ao *quantum* a ser cobrado, é preciso que se considere o valor real de mercado (real potencial de mercado) de uma autorização para prestação do SMP, e/ou STFC, e/ou SCM, na faixa de 700 MHz, considerando, inclusive, as tecnologias que

poderão ser empregadas na subfaixa (banda larga móvel de quarta geração, por exemplo).  
34. É necessário, pois, que a Agência proceda a um estudo mercadológico para precisar o exato valor da Autorização em tela.

68. Nesse sentido, recomenda-se apenas que a redação do item 1.4 da Minuta de Edital seja ajustada, nos seguintes termos:

**Redação Proposta pela PFE:**

1.4. Caso a Proponente vencedora solicite, posteriormente, uma Autorização para exploração de um serviço diverso daquele(s) inicialmente outorgado(s), entre os serviços para os quais a faixa está destinada na data da publicação deste Edital, será expedida Autorização do Serviço, considerando o custo conforme regulamentação aplicável, e nova Autorização para uso de Radiofrequências pelo prazo remanescente da primeira Autorização para uso de Radiofrequências concedida, de modo que os prazos de vencimento sejam iguais, sem ônus adicional em relação a esta nova Autorização para uso de Radiofrequências.

69. Cumpre destacar que o termo ora grifado consta, inclusive, na Minuta de Edital de Licitação para Concessão para prestação de STFC na modalidade local, autorização para prestação de STFC nas modalidades LDN e LDI, autorização para prestação de SMP, autorização para prestação de SCM e autorização de uso de radiofrequências nas faixas de 800 MHz e 1.800 MHz, no setor 20 do PGO, objeto do processo nº 53500.084866/2017-47, *verbis*:

1.4. Caso a Proponente vencedora solicite, posteriormente, uma Autorização para exploração de um serviço diverso daquele(s) inicialmente outorgado(s), entre os serviços para os quais a faixa está destinada na data da publicação deste Edital, será expedida Autorização do Serviço, se necessária, considerando o custo conforme regulamentação aplicável, e nova Autorização para uso de Radiofrequências pelo prazo remanescente da primeira Autorização para uso de Radiofrequência concedida, de modo que os prazos de vencimento sejam iguais, sem ônus adicional em relação a esta nova Autorização para uso de Radiofrequências.

70. No aludido item, consta ainda a expressão "se necessária". Recomenda-se, portanto, que a área técnica pondere se não seria o caso de utilizar a mesma redação para ambas as minutas, de modo a uniformizá-las nesse ponto.

71. Desse modo, esse Órgão de Consultoria Jurídica não vislumbra óbice à possibilidade de associação futura a outro serviço para o qual a faixa esteja destinada, desde que a fixação do preço mínimo considere essa possibilidade, devendo ser precedida de estudos mercadológicos para que se considere o real valor de mercado das autorizações em tela.

72. Outrossim, no caso de a faixa ser destinada posteriormente a outro serviço, não há óbice à associação posterior a esse serviço. No entanto, nesse caso, aplicável a regra geral constante do art. 11, §8º, da Resolução nº 387/2004 (ou outra que venha a substituí-la) ou, ainda, outra previsão que seja estabelecida no Edital de Licitação.

## **2.8 Do item 1.6. da Minuta de Edital.**

73. O item 1.6 do Edital aduz o seguinte:

1.6. A prestação do SMP utilizando as subfaixas de radiofrequência objeto deste edital de licitação deverá estar adequada às condições de utilização dispostas no ANEXO II - B.

74. No ponto, apenas de modo a deixar clara a necessidade de observância também da regulamentação pertinente, recomenda-se que a redação do dispositivo seja ajustada nos seguintes termos:

**Redação Proposta pela PFE:**

1.6. A prestação do SMP utilizando as subfaixas de radiofrequência objeto deste edital de licitação deverá estar adequada às condições de utilização dispostas no ANEXO II - B, bem como à regulamentação pertinente.

## **2.9 Do item 2.1 da Minuta de Edital.**

75. O item 2.1 da Minuta de Edital aduz o seguinte:

**Minuta de Edital:**

2.1. Todo pedido de esclarecimento sobre o conteúdo do Edital e de seus ANEXOS, independentemente de sua aquisição, deverá ser dirigido ao Presidente da CEL, em até 10 (dez) dias depois da data da publicação do Aviso de Licitação no Diário Oficial da União - DOU, mediante requerimento a ser protocolizado diretamente na sede da ANATEL ou por meio de correspondência registrada, via postal, para o SAUS, Quadra 06, Bloco G, Térreo, Brasília-DF, CEP 70070-940, devendo conter, sob pena de não conhecimento:

76. Nesse ponto, observa-se que a expressão "independentemente de sua aquisição" é desnecessária, uma vez que a aquisição do edital não é obrigatória. Não é possível condicionar a participação em um certame público à compra do respectivo edital. Assim, apenas para tornar a redação desse subitem mais clara e objetiva, recomenda-se a seguinte redação:

**Redação Proposta pela PFE:**

2.1. Todo pedido de esclarecimento sobre o conteúdo do Edital e de seus ANEXOS, ~~independentemente de sua aquisição~~, deverá ser dirigido ao Presidente da CEL, em até 10 (dez) dias depois da data da publicação do Aviso de Licitação no Diário Oficial da União - DOU, mediante requerimento a ser protocolizado diretamente na sede da ANATEL ou por meio de correspondência registrada, via postal, para o SAUS, Quadra 06, Bloco G, Térreo, Brasília-DF, CEP 70070-940, devendo conter, sob pena de não conhecimento:

77. **Do item 2.9 da Minuta de Edital.**

78. A minuta de Edital, em seu item 2.9, assevera que:

**Minuta de Edital**

2.9. O Conselho Diretor se reserva o direito de suspender, interromper, invalidar e revogar a licitação, indicando as razões de fato e de direito sobre as quais apoiou sua decisão, notificando todos os interessados pelo Diário Oficial da União - DOU e, entendendo necessário, por qualquer meio seguro com comprovante de recebimento para que se manifestem a respeito no prazo de 3 (três) dias úteis.

79. No que diz respeito ao item 2.9 da minuta do edital, crê-se que é suficiente a publicação, tão somente, no Diário Oficial da União. Se for de interesse da Agência, logicamente, será possível a comunicação, também, por outro meio seguro.

80. Ainda em relação a tal item, a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 49, estabelece que a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta.

81. Em relação ao citado dispositivo da Lei nº 8.666/1993 (art. 49), a doutrina adverte que quando a Administração conclui que o ato é conveniente e determina sua prática ou manutenção, há vinculação a essa decisão. A revisão de tal julgamento está condicionada às circunstâncias novas, inexistentes ou desconhecidas anteriormente (JUSTEN FILHO, Marçal. *In* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 616.).

82. A observação acima tecida não tenciona, obviamente, a aplicação fria dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, em razão dos limites fixados no art. 210 da LGT, segundo o qual “as concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.”

83. O que está por detrás da regra consagrada da Lei de Licitações, entretanto, deverá prevalecer. A norma de fundo é justamente o princípio da segurança jurídica, que fará com que a ação estatal seja previsível, estável e assegure coerência com as situações já constituídas.

84. Nesse sentido, tem-se que os atos da Administração ostentam, aparentemente, roupagens de legitimidade. Isso justifica a sua conservação no mundo jurídico. Não é possível permitir que o Poder Público modifique, em qualquer circunstância, atos outrora promovidos, surpreendendo aqueles que confiaram nas manifestações do Estado.

85. Assim, havendo revogação da licitação após a homologação do resultado e conseqüente adjudicação do objeto da licitação, o motivo deverá pautar-se em fato superveniente devidamente comprovado.

**2.10 Do item 4.4.4 da Minuta de Edital.**

86. O item 4.4 da Minuta de Edital trata do Conjunto dos Documentos de Identificação e de Regularidade Fiscal, que deverá conter, dentre outros documentos, o seguinte:

4.4.4. Prova de regularidade fiscal perante a Anatel, abrangendo créditos tributários e não tributários, constituídos de forma definitiva, mesmo que não tenha havido inscrição em dívida ativa ou no Cadin, a qual poderá ser substituída por declaração conforme MODELO nº 4, do ANEXO III.

87. No ponto, cumpre asseverar que, caso a prova de regularidade fiscal perante a Anatel seja substituída por declaração, é importante, de qualquer sorte, que a Agência consulte os sistemas pertinentes, de modo a que tal regularidade reste devidamente atestada.

**2.11 Das garantias constantes da Minuta de Edital.**

88. De início, cumpre transcrever os seguintes trechos do Parecer nº 905/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, exarado nos autos do processo nº 53500.026013/2010, de modo a tratar das espécies de garantias constantes do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência, aprovado pela Resolução nº 65, de 29 de outubro de 1998 (Regulamento de Licitação anexo à Resolução nº 65/1998):

64. O Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência foi aprovado pela Resolução nº 65, de 29 de outubro de 1998 (Regulamento de Licitação anexo à Resolução nº 65/1998).

65. Esse Regulamento possui as seguintes disposições sobre garantias em geral. Vejamos:

Art. 14. Deverão constar do instrumento convocatório, sob pena de sua invalidade:

XIII - as garantias de manutenção da proposta, de pagamento do preço público devido pela concessão, permissão ou autorização e dos encargos decorrentes da mora, bem como as garantias de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidas, quando exigidas; e,

Art. 41. O instrumento convocatório **poderá, como condição de aceitabilidade da proposta financeira, exigir o oferecimento de garantia**, cujo valor não será inferior a 10% (dez por cento) do preço público estimado da concessão, permissão ou autorização ou de valor de referência.

Parágrafo único. O instrumento convocatório deverá estabelecer as modalidades de

garantias admitidas.

Art. 67. O contrato de concessão indicará:

IX - os direitos, as **garantias** e as obrigações dos usuários, da Anatel e do concessionário;

§ 3º. **As garantias de pagamento do preço público pela outorga e de cumprimento das obrigações pelo concessionário serão fixadas de acordo com os valores definidos no instrumento convocatório, observados os limites e critérios definidos no art. 91.**

Art. 77. O termo de permissão indicará:

IV - os direitos, as **garantias** e as obrigações dos usuários, do permitente e do permissionário;

§ 3º. **As garantias de pagamento do preço público pela outorga e de cumprimento das obrigações pelo permissionário serão fixadas de acordo com os valores definidos no instrumento convocatório, observados os limites e critérios definidos no art. 91.**

Art. 90. O termo de autorização indicará:

V - os direitos, as **garantias** e as obrigações dos usuários, da Agência e da autorizada;

XI - as garantias de pagamento do preço público devido pela autorização e de cumprimento dos compromissos e contrapartidas;

Art.91. **Como condição para assinatura do termo, a adjudicatária deverá apresentar garantia de pagamento do preço público devido pela autorização e de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos.**

§ 1º. O valor das **garantias de pagamento do preço** público será fixado no instrumento convocatório e não será inferior a 10% (dez por cento) do preço oferecido pela licitante.

§ 2º. O valor da **garantia de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos** será fixado no instrumento convocatório, de acordo com vulto econômico desses encargos e das multas decorrentes da inadimplência.

§ 3º. O instrumento convocatório deverá estabelecer as modalidades de **garantias admitidas**. [grifos acrescentados]

66. Como se vê, o artigo 14 elenca todos os requisitos que devem constar no instrumento convocatório, sob pena de invalidade. No que se refere às garantias, há no inciso XIII a expressão “quando exigidas”, que acaba por tornar o dispositivo confuso.

67. A bem da verdade, o dispositivo pretendeu estabelecer que todas as garantias nele enumeradas (quais sejam: garantia da proposta, garantia de pagamento de preço e garantia de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos), quando exigidas, deveriam estar previstas, desde já, no instrumento convocatório, sem tratar, especificamente, da questão relativa à obrigatoriedade ou não de exigência de cada uma das garantias.

68. Em outras palavras, o dispositivo apenas pretendeu estabelecer que essas garantias, quando exigidas, teriam que estar previstas inicialmente no instrumento convocatório, sob pena de invalidade deste, já que elas não poderiam ser previstas posteriormente durante a realização do certame. Mas não tratou, repita-se, da questão relativa à obrigatoriedade ou não de exigência de cada uma das garantias.

69. Ao longo da Resolução é que a questão foi especificamente tratada. O artigo 41 estabeleceu que a garantia da proposta seria facultativa, ao passo em que os demais dispositivos acima transcritos demonstraram a intenção de exigir, como condição tanto para a assinatura do termo quanto do contrato, conforme o caso, a exigência da garantia de pagamento do preço e da garantia de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos.

70. É como se o Administrador, no caso a Anatel, ao editar a norma (leia-se a Resolução nº 65/1998) já tivesse feito sua escolha de exigir essas duas garantias como obrigatórias.

(...)

76. Não obstante, o Tribunal de Contas da União determinou que, nos próximos editais de licitações destinadas à concessão, permissão ou autorização de uso de radiofrequência, a Anatel fizesse constar expressamente todas as cláusulas necessárias ao pleno atendimento do que dispõe o artigo 14 do Regulamento de Licitação anexo à Resolução nº 65/1998. Vejamos o teor do sumário, do Voto do Ministro Relator e da parte dispositiva do acórdão (Acórdão nº 1555/2007-Plenário):

(...)

**Acórdão:**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam do acompanhamento da Licitação nº 005/2006/SPV/ANATEL, que visa conferir três outorgas do Direito de Exploração de Satélite Brasileiro para o Transporte de Sinais de Telecomunicações, utilizando satélites geoestacionários, em posições orbitais que estejam em processos de coordenação de notificação em nome do Brasil, ou resultantes de processos de coordenação a serem iniciados junto à União Internacional de Telecomunicações - UIT, e uso de radiofrequências associadas.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. aprovar, com ressalvas, o segundo estágio da Licitação nº 005/2006/SPV-ANATEL, vez

que foram encaminhados os documentos exigidos na IN-TCU nº 27/98 e que foram cumpridos os procedimentos indicados na Lei nº 9.472/97 e em regulamentação pertinente, **mas não foram expressamente inseridas no Edital de Licitação todas as cláusulas necessárias à plena observância ao que dispõe o art. 14 do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência, anexo à Resolução-Anatel nº 65/1998.**

9.2. aprovar o terceiro estágio da primeira etapa da Licitação nº 005/2006/SPV-ANATEL;

9.3. aprovar, com ressalvas, o quarto estágio da primeira etapa da Licitação nº 005/2006/SPV-ANATEL, tendo em vista que foram encaminhados os documentos exigidos na IN-TCU nº 27/98 e que foram cumpridos os procedimentos indicados na Lei nº 9.472/97 e em regulamentação pertinente, mas não foram cumpridos os prazos para o envio da documentação necessária ao acompanhamento do processo e para publicação do extrato do Termo de Autorização no D.O.U., em desacordo com o que dispõem o art. 8º, inciso IV, da IN-TCU nº 27/98, o art. 32 do Regulamento anexo à Resolução - Anatel nº 220/2000 e o parágrafo único do art. 90 do Regulamento aprovado pela Resolução - Anatel nº 65/1998;

9.4. determinar à Anatel, com fulcro no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que:

9.4.1. **nos próximos editais de licitações destinadas à concessão, permissão ou autorização de uso de radiofrequência que vier a realizar, faça constar expressamente todas as cláusulas necessárias à exata observância do disposto no Regulamento aprovado pela Resolução nº 65/98 da Anatel;**

9.4.2. observe com rigor os prazos para envio da documentação ao TCU, conforme estabelecidos na IN-TCU nº 27/98, bem como os prazos para publicação resumida de contratos de concessão, termos de autorização e termos de permissão firmados pela Agência no Diário Oficial da União, segundo os ditames do Regulamento aprovado pela Resolução nº 65/98 da Anatel;

9.5. determinar o encaminhamento dos autos à Sefid a fim de que se faça o acompanhamento das outras duas outorgas restantes. [grifos acrescidos]

77. Quanto à exigência das garantias de pagamento do preço público e de execução dos compromissos e contrapartidas assumidos, vale citar, ainda, trechos do Acórdão nº 1900/2006 – Plenário do Tribunal de Contas da União:

#### **Relatório do Ministro Relator**

(...)

“Garantias de Pagamento de Preço Público Devido pela Autorização

**22. Conforme pode ser observado pelo item XI do art. 90 do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de uso de Radiofrequência, anexo à Resolução n.º 65, de 29 de outubro de 1998, o termo de autorização deve indicar a garantia de pagamento de preço público devido pela autorização e a garantia de cumprimento de compromissos e contrapartidas.**

(...)

**23. A leitura isolada do art. 90, acima citado, pode levar a ideia errônea de que existe apenas uma garantia para o pagamento do preço público devido pela autorização e para o cumprimento dos compromissos e contrapartidas. Entretanto, ao proceder-se a leitura do art. 91, observa-se, nos parágrafos 1.º e 2.º, previsões distintas para a forma de pagamento de ambas garantias: sendo a garantia de pagamento de preço público não inferior a 10% do preço oferecido pelo licitante; enquanto o valor de garantia pelo cumprimento de compromissos e contrapartidas deve estar de acordo com o vulto econômico desses encargos e de multas decorrentes de inadimplência.**

(...)

#### **Acórdão**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Acompanhamento da Licitação 002/2005/SPV-ANATEL, cujo objeto é a expedição de autorização para explorar Serviço Móvel Pessoal (SMP), na Subfaixa “E”, nas áreas de prestação delimitadas pelos Lotes 1, 2.1, 2.2 e 8, em que não ocorreram interessados na Licitação anterior, de n.º 002/2004/SPV-ANATEL.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. aprovar os primeiro e segundo estágios da Licitação 002/2005/SPV-ANATEL;

9.2. com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno, recomendar à Agência Nacional de Telecomunicações que:

9.2.1. **avalie a necessidade de compatibilizar o item XI do artigo 90 do Regulamento de Licitação de Outorgas, aprovado pela Resolução Anatel 65/98, relativo às garantias de cumprimento do compromisso e contrapartidas, com o Edital de Licitação e Minuta de Termo de Autorização para prestação de Serviço Móvel Pessoal, uma vez que tal garantia não vem sendo incluída nos referidos documentos nos últimos certames licitatórios;**

9.2.2. altere o item X do artigo 90 do Regulamento de Licitação de Outorgas, aprovado pela Resolução Anatel 65/98, que prevê que deve constar de termo de autorização obrigação de a autorizada prestar os serviços em conformidade com o plano de execução por ela apresentado, uma vez que atualmente tal plano está presente na forma de cláusulas do Termo de Autorização;

9.2.3. avalie a necessidade de revisar os preços mínimos, exigidos nos últimos certames licitatórios de autorização para prestação de Serviço Móvel Pessoal, e outros critérios que

facilitassem a outorga dos lotes 1, 2.1, 2.2 e 8;

9.3. indeferir o pedido da TIM CELULAR S.A. de vista dos autos para extração de cópias;

9.4. dar ciência do presente Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam, à TIM CELULAR S.A.;

9.5. arquivar os autos por perda de objeto. [grifos acrescidos]

**78. Outrossim, de se ressaltar, além da exigência constante do Regulamento Anexo à Resolução nº 65/1998 de garantias de pagamento do preço e de execução dos compromissos e garantias assumidos, que a Anatel deve ponderar, no presente caso, os riscos envolvidos e, sobretudo, o interesse público objeto do certame. Essas questões devem ser sopesadas pela Agência, pois, sem dúvida, além da previsão regulamentar, são elas que demandam a exigência de garantias efetivas em casos que refletem importância para a sociedade e para o próprio país.**

79. Esta Procuradoria, enfim, entende que, nos termos do Regulamento de Licitação anexo à Resolução nº 65/19989, é sim necessária a exigência de garantias de pagamento do preço público e de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos e que, não obstante a aprovação do Tribunal de Contas da União do Edital de Licitação nº 005/2006/SPV-Anatel, também restou consignado, na mesma decisão, que a Anatel deveria, nos próximos editais, fazer constar expressamente todas as cláusulas necessárias ao pleno atendimento do que dispõe o artigo 14 do Regulamento de Licitação anexo à Resolução nº 65/1998.

80. Isso sem contar, repita-se, que o presente certame possui objeto de extrema relevância para a sociedade e para o próprio país, o que, sem dúvida, também deve ser sopesado pela Agência.

81. Esta Procuradoria, portanto, recomenda, sejam mantidas as garantias inicialmente previstas no Edital.

82. Quanto à garantia de pagamento de preço, cabe ressaltar que as disposições constantes do presente Edital de Licitação estão em consonância com o entendimento do Tribunal de Contas da União, exarado no acórdão acima mencionado (Acórdão nº 1900/2006), já que restou estipulado, na cláusula 5.2.2, que **“o preço proposto ou 10% (dez por cento) deste valor deve ser pago em data a ser fixada no boleto de cobrança, previamente à data de assinatura do Termo de Direito de Exploração”**.

83. Já quanto à garantia de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos, valem as ponderações e recomendações ora realizadas por esta Procuradoria.

(...)

(grifos do original)

89. Como se vê, são três as espécies de garantias: garantia de manutenção da proposta, garantia de pagamento de preço e garantia de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos. No ponto, pertinente algumas observações.

90. A primeira delas refere-se à garantia de manutenção da proposta. O art. 41 do Regulamento de Licitação impõe que, havendo a exigência de apresentação de garantia de manutenção da proposta, seu valor não seja inferior a 10% (dez por cento) do preço público estimado da concessão, permissão ou autorização ou de valor de referência, *verbis*:

Art. 41. O instrumento convocatório poderá, como condição de aceitabilidade da proposta financeira, exigir o oferecimento de garantia, cujo valor não será inferior a 10% (dez por cento) do preço público estimado da concessão, permissão ou autorização ou de valor de referência.

91. No caso, portanto, cumpre destacar que tal garantia deve ser de, no mínimo, 10% (dez por cento) do preço mínimo estipulado no edital para cada lote.

92. Outrossim, da mesma maneira, a garantia de pagamento do preço não será inferior a 10% (dez por cento) do preço oferecido pela licitante, devendo ser fixada no instrumento convocatório. Quanto à garantia de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos no instrumento convocatório, importante que o valor a ela atinente seja fixado de acordo com o vulto econômico desses encargos e das multas decorrentes da inadimplência, *verbis*:

**Regulamento de Licitação anexo à Resolução nº 65/1998:**

Art.91. Como condição para assinatura do termo, a adjudicatária deverá apresentar garantia de pagamento do preço público devido pela autorização e de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos.

§ 1º. O valor das garantias de pagamento do preço público será fixado no instrumento convocatório e não será inferior a 10% (dez por cento) do preço oferecido pela licitante.

§ 2º. O valor da garantia de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos será fixado no instrumento convocatório, de acordo com vulto econômico desses encargos e das multas decorrentes da inadimplência.

§ 3º. O instrumento convocatório deverá estabelecer as modalidades de garantias admitidas.

93. Importante, portanto, que essas regras e premissas sejam observadas.

**2.12 Da retificação de erro material quanto ao item 5.5, “c” da proposta de Edital.**

94. A alínea “c” do item 5.5 da minuta editalícia encontra-se assim redigida:

c) No caso de pagamento parcelado, o número máximo de parcelas anuais será igual ao prazo, em anos, do Direito de Uso de Radiofrequências, e o valor de cada parcela será atualizado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC,

acumulada mensalmente, desde a data da publicação do extrato do **Ato** de Autorização de Uso de Radiofrequências no Diário Oficial da União - DOU, até a data de vencimento da parcela.

95. Considerando que, no caso, será firmado um Termo de Autorização para Uso de Radiofrequências, cujo extrato será publicado no Diário Oficial da União, nos termos previstos no item 13.3 do Edital, entende-se que a alínea "c" anteriormente transcrita deve referir-se à publicação do Termo de Autorização, e não à Ato de Autorização.

96. Assim, esta Procuradoria apenas recomenda a substituição da expressão "Ato" por "Termo" na alínea "c" do item 5.5 do Edital.

### **2.13 Da apresentação de garantia de execução quanto ao compromisso de pagamento de redistribuição de canais de TV e RTV e das soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação - Item 10.7 da proposta de Edital.**

97. O item 10.7 da minuta de Edital estabelece a necessidade de apresentação de um instrumento de garantia de execução para o compromisso referente ao pagamento de redistribuição de canais de TV e RTV e das soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação, que estaria previsto no Anexo II-B. Verifique-se o teor do mencionado item:

10.7. A(s) Proponente(s) vencedora(s) deverá(ão) apresentar um instrumento de garantia de execução para o Compromisso disposto no ANEXO II - B referente ao pagamento dos custos decorrentes da redistribuição de canais de TV e RTV e das soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação, com prazos de validade mínimos de 24 (vinte e quatro) meses, sendo renovados os montantes relacionados aos compromissos posteriores, de forma sucessiva por períodos mínimos de 24 (vinte e quatro) meses, até o cumprimento total de todos os compromissos, devidamente atestado pela Anatel.

98. O item 4 do Anexo V também faz referência a este compromisso.

99. Não obstante o corpo técnico da Agência ter informado que ainda está trabalhando na valoração para a estipulação de eventuais compromissos de abrangência, que, se houverem, estariam alinhados com o Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT, não há nos autos qualquer indicação de que as Proponentes vencedoras do certame a ser realizado deveriam arcar com custos de redistribuição de canais de TV e RTV e de solução de interferências prejudiciais nos sistemas de radiocomunicação.

100. Esse compromisso, quando previsto no certame regido pelo Edital de Licitação nº 002/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, encontrava-se acompanhado da necessidade de contratação de entidade específica para o processo de aquisição, instalação e adaptação dos canais redistribuídos, a Entidade Administradora do Processo de Redistribuição e Digitalização dos Canais de TV e RTV - EAD, previsão não contida nos presentes autos.

101. Assim, aparentemente, tais itens ora submetidos a esta Procuradoria contemplam conteúdo que não guarda coerência com os parâmetros para o certame proposto.

102. Dessa forma, é importante que se esclareça se a intenção da proposta apresentada é transferir aos Proponentes vencedores do certame a ser realizado o compromisso referente ao pagamento para fins de redistribuição de canais de TV e RTV e das soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação, hipótese que deve ser objeto de esclarecimentos quanto à forma de sua operacionalização, ou se a redação do item 10.7 da minuta de Edital encontra-se com equívoco ao referir-se a tais compromissos.

### **2.14 Do regramento quanto às parcelas vincendas do preço público na hipótese de extinção da autorização - item 10.12 da minuta de Edital.**

103. O item 10.12 da proposta de Edital de Licitação estabelece que "*em quaisquer das situações que levem à extinção da Autorização, os valores das parcelas pagas do preço público e o montante de garantia de execução de Compromissos não serão restituídos*". No entanto, não há previsão expressa no Edital em relação às parcelas vincendas à época da extinção da autorização, o que se entende oportuno.

104. A solução a respeito das parcelas vincendas no caso de extinção da autorização parece prevista no parágrafo oitavo da Cláusula 3.2 da minuta de Termo de Autorização, que prevê o seguinte:

Cláusula 3.2. A AUTORIZADA, para prorrogação do direito para uso de radiofrequências associadas à Autorização para exploração do SMP, deverá pagar o valor previsto na regulamentação da Agência vigente à época da renovação.

[...]

§ 7º - Em quaisquer das situações que levem à extinção da Autorização, os valores das parcelas pagas referentes à presente outorga e o montante de garantia de execução dos Compromissos não serão restituídos.

§ 8º - As parcelas a vencer da presente outorga serão consideradas devidas, proporcionalmente ao período em que a radiofrequência esteve à disposição da prestadora, podendo a ANATEL iniciar novo procedimento licitatório objeto desta autorização.

105. O Termo de Autorização, portanto, estabelece que as parcelas a vencer da outorga serão consideradas devidas proporcionalmente ao período em que a radiofrequência esteve à disposição da prestadora.

106. Não obstante, ainda que esta Cláusula possa solucionar a questão a respeito das parcelas vincendas, é pertinente que esta previsão encontre-se expressamente prevista na norma editalícia, e não apenas na minuta de Termo de Autorização.

107. Ademais, considerando que esta previsão foi inserida como um parágrafo da Cláusula 3.2 do

Termo, que se refere à prorrogação do direito de uso de radiofrequências, sugere-se que ela seja deslocada, juntamente com aquela prevista no parágrafo sétimo, para a Cláusula 3.1 do Termo, que estabelece o valor da outorga.

## **2.15 Da manutenção da decisão da CEL por fundamento diverso do por ela adotado - itens 11.4.2.1 a 11.4.2.3 da proposta editalícia.**

108. Os itens em questão, praticamente reproduzindo o art. 31 do Regulamento de Licitação, dispõem o seguinte:

11.4.2.1. Caso o Conselho Diretor mantenha a decisão da CEL por fundamento diverso do por ela adotado, deverá notificar a Proponente interessada, por meio seguro com prova de recebimento, indicando as razões de fato e de direito do ato que pretende praticar.

11.4.2.2. A Proponente terá o prazo de 3 (três) dias úteis, contado da notificação do Conselho Diretor, para se manifestar.

11.4.3. Transcorrido o prazo fixado no item anterior, ou após a manifestação apresentada pela Proponente, o Conselho Diretor decidirá pela manutenção da decisão da CEL pelos novos fundamentos indicados ou pelo acolhimento do recurso.

109. Quanto ao ponto, entende-se que o procedimento em questão acaba por burocratizar bastante a tomada de decisões, em prejuízo aos princípios da eficiência e da celeridade. Não há necessidade de nova intimação à parte no caso de o Conselho Diretor resolver decidir com fundamento diverso do apontado pela Comissão. Já é suficiente a intimação da decisão do Conselho Diretor, sem que seja necessária nova manifestação da parte e, conseqüentemente, nova decisão do Conselho Diretor.

110. Sobre esse ponto, sem preocupação de esgotar o tema, devem-se destacar duas premissas.

111. A primeira é que a decisão do Conselho Diretor, ao decidir o recurso da parte, é substitutiva. Substitui a decisão dada pela Comissão, não sendo necessárias digressões sobre se o fundamento é ou não o mesmo utilizado pela decisão anterior. Simplesmente o que passa a vigorar é a decisão do Conselho Diretor, com o fundamento nela exposto. O próprio Regulamento de Licitação, no seu art. 30, § 8º, dispõe que, acolhido o recurso, o Conselho Diretor expedirá ato em substituição ao ato impugnado.

112. A segunda premissa é que o Conselho Diretor é o órgão máximo da Agência, de modo que suas decisões prevalecem sobre as da Comissão de Licitação, o que também implica a prevalência da fundamentação apontada por ele, em detrimento da fundamentação apontada pela Comissão.

113. Firmadas essas duas premissas, só resta salientar que a exclusão do procedimento em tela não representa ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois as partes continuarão participando ativamente do processo.

114. Dessa forma, sugere-se a mudança do próprio Regulamento de Licitação, por meio da exclusão do seu art. 31, de forma a acabar com a necessidade de nova manifestação da parte para os casos em que o Conselho Diretor mantenha a decisão da Comissão por fundamento diverso do por ela adotado.

115. Feita a mudança no Regulamento, sugere-se, na mesma linha, a exclusão dos itens 11.4.2.1, 11.4.2.2 e 11.4.3 do edital.

116. Ademais, de bom alvitre registrar que a mudança no Regulamento de Licitação pode ser feita juntamente com a alteração no edital, no bojo da mesma consulta pública. Não há óbices à submissão conjunta de dois instrumentos distintos à mesma consulta pública.

117. De todo modo, caso se entenda viável, é possível que seja submetida tal proposta de alteração no bojo da própria Consulta Pública ora em análise. De fato, a presente proposta de Edital deverá seguir o mesmo rito necessário à aprovação de uma alteração à regulamentação pertinente, cabendo ao Conselho Diretor aprovar o texto do Edital a ser submetido à Consulta Pública, bem como a proposta final de Edital que irá iniciar o processo licitatório, nos termos do Regimento Interno da Agência.

118. Dessa forma, caso se opte pela conveniência e oportunidade de se promover a alteração regulamentar mencionada, pode o Conselho Diretor submeter à Consulta Pública, desde logo, proposta de modificação do próprio Regulamento de Licitação, no bojo da presente Consulta Pública.

## **2.16 Do deslocamento do item 11.7 do Edital.**

119. O item 11.7 do Edital assim estabelece:

11.7.A CEL e o Conselho Diretor poderão, a qualquer tempo, determinar a realização de diligência para confirmar as informações constantes dos documentos previstos no Edital.

120. O mencionado item refere-se, portanto, à possibilidade de realização de diligências adicionais pela Comissão Especial de Licitação e pelo Conselho Diretor da Agência, com o objetivo de confirmar as informações constantes dos documentos previstos no Edital.

121. No entanto, este item encontra-se inserido no tópico relativo aos "Recursos e Manifestações", com o qual não detém tanta pertinência. Isso porque a realização de diligências adicionais não é uma possibilidade relativa aos recursos apresentados pelas partes, mas uma questão de caráter mais geral.

122. Dessa forma, esta Procuradoria entende que a norma inculpada no item 11.7 do Edital deve ser deslocado para outro tópico. Sugere-se, nesse ponto, o deslocamento de sua previsão para o tópico relativo ao Recebimento dos Documentos de Identificação e de Regularidade Fiscal, das Propostas de Preço e da Documentação de Habilitação, podendo, por exemplo, corresponder ao item 7.19 do Edital.

## **2.17 Da minuta de Termo de Autorização para Exploração do SMP - Anexo VI do Edital**

123. O Anexo VI do Edital foi assim redigido:

**ANEXO VI**

**MINUTA DE TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA EXPLORAÇÃO DO SMP**

O(s) Termo(s) de Autorização(ões) para Exploração do SMP a ser(em) expedido(s) pela Anatel e assinado(s) pela(s) Proponente(s) vencedora(s) de cada Lote seguirá(ão) a Minuta constante no ANEXO VI (Minuta de Termo de Autorização para Exploração do SMP) do Edital nº 02/2010/PVCP/SPV-Anatel, conforme Aviso de Licitação publicado em 25 de outubro de 2010.

124. Como se pode observar, o Anexo VI, ao invés de apresentar a minuta de Termo de Autorização para Exploração do SMP, limita-se a informar que será seguida a minuta constante do Anexo VI do Edital nº 02/2010/PVCP/SPV-Anatel. Ou seja, foi realizada mera referência a uma minuta publicada como Anexo a um Edital publicado em 2010.

125. No ponto, esta Procuradoria apenas pondera se não seria interessante apresentar-se, desde logo, a própria minuta de Termo de Autorização para Exploração do SMP no anexo em questão. Não se pode olvidar que, além de poder existir a necessidade de adaptações na minuta, a disponibilização desta como Anexo ao Edital facilita o acesso e, conseqüentemente, o debate da sociedade acerca de seus termos, inclusive quanto a uma eventual necessidade de alterações.

**2.18 Da redação da Cláusula 3.2 da minuta de Termo de Autorização para Uso de Radiofrequências.**

126. O Capítulo III da minuta de Termo de Autorização para Uso de Radiofrequências regula o Preço pela Outorga de Autorização para Uso de Blocos de Radiofrequências. A Cláusula 3.2 versa a respeito do valor do preço público a ser pago quando da prorrogação do direito de uso de radiofrequências, encontrando-se assim redigida:

Cláusula 3.2. A AUTORIZADA, para prorrogação do direito para uso de radiofrequências associadas à Autorização para exploração do SMP, deverá pagar o valor previsto na regulamentação da Agência vigente à época da renovação.

§ 1º No cálculo do valor referido no caput desta Cláusula, será considerada a receita líquida decorrente da aplicação dos Planos de Serviço, Básico e Alternativos, bem como as receitas decorrentes dos valores pela remuneração do uso de suas redes, independentemente da radiofrequência a ser prorrogada.

§ 2º O cálculo do percentual referido no caput desta Cláusula será feito sempre relativamente à receita líquida das deduções de impostos e contribuições incidentes, apurada entre janeiro e dezembro do ano anterior e obtida das demonstrações financeiras elaboradas conforme princípios fundamentais de contabilidade aprovadas pela Administração da AUTORIZADA e auditadas por auditores independentes, e o pagamento terá vencimento em 30 (trinta) de abril do ano subsequente ao da apuração do ônus.

§ 3º A primeira parcela do ônus terá vencimento em 30 (trinta) de abril de 201x, calculada considerando a receita líquida apurada de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 201x, e as parcelas subsequentes terão vencimento a cada vinte e quatro meses, tendo como base de cálculo a receita do ano anterior.

§ 4º - O atraso no pagamento do ônus previsto nesta Cláusula implicará cobrança de multa moratória de 0,33% (zero vírgula trinta e três por cento) ao dia, até o limite de 20% (vinte por cento), sem prejuízo da correção e juros previstos na cláusula 3.1, alínea "b", até a data do efetivo pagamento, a ser aplicada sobre o valor da dívida considerando todos os dias de atraso no pagamento.

§ 5º - O não pagamento do valor estipulado nesta cláusula poderá implicar caducidade da Autorização para Uso de Blocos de Radiofrequências, independente da aplicação de outras penalidades previstas na Regulamentação da ANATEL.

§ 6º - O percentual a que se refere o caput será aplicável no intervalo de prorrogação dos direitos para uso de radiofrequências, independentemente das Radiofrequências a que se refere a prorrogação.

[grifos nossos]

§ 7º - Em quaisquer das situações que levem à extinção da Autorização, os valores das parcelas pagas referentes à presente outorga e o montante de garantia de execução dos Compromissos não serão restituídos.

§ 8º - As parcelas a vencer da presente outorga serão consideradas devidas, proporcionalmente ao período em que a radiofrequência esteve à disposição da prestadora, podendo a ANATEL iniciar novo procedimento licitatório objeto desta autorização.

§ 9º - Caso ocorra descumprimento dos Compromissos, a AUTORIZADA estará sujeita a Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO que levará a ANATEL a decidir pela sanção cabível à situação detectada.

127. O *caput* da Cláusula 3.2, portanto, estabelece que o valor do preço público para a prorrogação do direito de uso de radiofrequências deverá obedecer a regulamentação da Agência vigente à época da renovação. Sendo assim, para a apuração do montante a ser pago quando da prorrogação, será necessário observar a regulamentação pertinente que esteja em vigor naquele momento. Não obstante, os parágrafos da mencionada Cláusula trazem disciplina específica quanto à forma de cálculo do valor devido para a prorrogação do direito de uso de radiofrequências, que podem, eventualmente, colidir com o valor estabelecido na regulamentação.

128. E mais: os parágrafos segundo e sexto fazem referência a um "percentual", e o paragrafo terceiro refere-se ao "ônus" aos quais se referiria o *caput*. No entanto, o *caput*, como visto, não trata de percentual e nem menciona ônus.

129. Dessa forma, deve ser esclarecida qual será a forma de cálculo do valor a ser pago para a prorrogação do direito de uso de radiofrequências, uma vez que o *caput* da Cláusula 3.2 não está de acordo com os seus parágrafos, promovendo-se as devidas alterações na proposta editalícia que deixem claro qual será o critério a ser adotado pela Agência. Do ponto de vista jurídico, não vislumbram-se óbices a uma previsão genérica remetendo à regulamentação ou a uma previsão específica já ditando todo o regramento e forma de cálculo do valor devido. O importante é assegurar coerência ao texto para evitar discussões futuras.

### 3. CONCLUSÃO.

130. Por todo o exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria Geral Federal, vinculada à Advocacia Geral da União - AGU, opina:

#### Dos aspectos formais

a) Pela necessidade de submissão da proposta em tela ao procedimento de Consulta Pública, arrolado pelo artigo 59 do Regimento Interno da Agência, bem como de divulgação da Consulta Pública e dos elementos pertinentes também na página da Anatel na Internet, nos moldes do § 3º do mesmo dispositivo;

b) Pela constatação de que a Consulta Interna é a regra, sendo a sua dispensa excepcional. No ponto, esta Procuradoria apenas pondera que o mero fato de a proposta apresentada pela área técnica reproduzir, com algumas alterações, o Edital de Licitação nº 002/2014/SOR/SPR/CD-Anatel, não é suficiente para descaracterizar a proposta da condição de documento ou matéria de interesse relevante. Assim, recomenda-se que o corpo técnico submeta a proposta à Consulta Interna ou apresente fundamentos suficientes a dispensá-la, nos termos do art. 60, §2º do Regimento Interno da Agência;

c) Não obstante a desnecessidade de elaboração de Relatório de Impacto Regulatório, as questões envolvidas na elaboração da minuta de Edital proposta foram objeto de análise pelo corpo técnico;

#### Do objeto da proposta de Edital de Licitação.

d) A proposta apresentada pela área técnica versa a respeito de Edital de Licitação para a autorização de radiofrequências destinadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP na faixa de 700 MHz, estruturado em dois lotes. Devem ser observadas as determinações previstas no Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências na Faixa de 698 MHz a 806 MHz, aprovado pela Resolução nº 625, de 11 de novembro de 2013, bem como no Regulamento sobre Condições de Convivência entre os Serviços de Radiodifusão de Sons e Imagens e de Retransmissão de Televisão do SBTVD e os Serviços de Radiocomunicação Operando na Faixa de 698 MHz a 806 MHz, aprovado por meio da Resolução nº 640, de 11 de julho de 2014;

e) Considerando que o uso da faixa em questão depende do remanejamento dos canais de TV e RTV que ainda permaneçam na faixa, deve ser observado o cronograma de liberação da faixa estabelecido no âmbito do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações;

#### Dos compromissos de abrangência.

É de suma importância que eventuais compromissos de abrangência sejam definidos antes da submissão da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor, para que ele possa analisá-la por completo e para que tais compromissos constem da própria Consulta Pública a ser submetida à sociedade;

Ademais, comprou-se destacar que os compromissos de abrangência constituem parte relevante do Edital, sendo pertinente e adequado que também sejam analisados por esta Procuradoria antes mesmo da submissão da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor da Agência. Recomenda-se, portanto, que após a definição dos compromissos de abrangência, os autos sejam novamente submetidos a esta Procuradoria para análise desse ponto do Edital. De fato, pode-se dizer, tomando por base situações pretéritas, que a definição e os contornos dos compromissos de abrangência, apesar de seu núcleo técnico, têm potencial, a priori, de suscitar desdobramentos de cunho jurídico, razão pela qual se entende adequada sua submissão prévia a esta Procuradoria;

É plenamente possível a imposição de compromissos de abrangência, em prol dos usuários, do interesse público e da coletividade (artigos 128, 135, 136 e 137 da LGT);

A bem da verdade, é não só possível, como também verifica-se que existem elementos que indicam até mesmo a necessidade de imposição de compromissos de abrangência (Portarias nº 14, de 6 de fevereiro de 2013, e nº 1.455, de 8 de abril de 2016, do Ministério das Comunicações);

Verifica-se que as referidas Portarias estabelecem diretrizes para a atuação da Agência, inclusive no que se refere à faixa ora licitada. Portanto, importante que essas diretrizes sejam observadas pela Anatel para fixação de compromissos de abrangência a elas aderentes. Em outras palavras, dadas as determinações de política pública, a eventual não fixação de compromissos de abrangência deve estar devidamente motivada;

#### Dos Limites para Autorização (Spectrum Cap) e da Prestação em Caráter Secundário.

A limitação de quantidades de espectro (*spectrum cap*) para um mesmo grupo econômico está atrelada diretamente à democratização do acesso aos bens públicos, como uma forma de promover a competição no mercado. A finalidade do *spectrum cap* está atrelada à escassez do recurso, de forma que o limite de quantidade de espectro por grupo econômico só se justifica nas hipóteses em que houver disputa;

Por meio do Parecer nº 159/2014/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, esta Procuradoria analisou as características do uso de radiofrequência em caráter primário ou secundário, exclusivo ou não exclusivo;

Os limites máximos de quantidade de espectro só se aplicam ao direito de uso de radiofrequência em caráter primário;

As regras constantes das cláusulas cláusula 6.2 e 6.3 da Minuta de Termo de Autorização para Exploração de SMP objetivam tão somente assegurar o uso eficiente do espectro, garantir a função social da propriedade e o atendimento do interesse público, e evitar o exercício abusivo de direito;

#### Dos compromissos de aquisição de produtos com tecnologia nacional.

Considerando que a faixa de 700 MHz, objeto do certame proposto, encontra-se destinada ao atendimento dos objetivos do Plano Nacional de Banda Larga, instituído pelo Decreto nº 7.175/10, a licitação deverá observar os princípios estabelecidos no art. 3º da Portaria nº 14/2013, expedida pelo então Ministério das Comunicações, dentre os quais se inclui o "fortalecimento do setor produtivo brasileiro, por meio da aquisição de competência tecnológica e de capacidade industrial local pelos proponentes" (inciso V);

Dessa forma, considerando, sobretudo, os princípios estabelecidos na Portaria nº 14/2013 do Ministério das Comunicações, norma amparada no Plano Nacional de Banda Larga, editada especificamente quanto à faixa que se pretende licitar, esta Procuradoria recomenda que seja avaliada a inclusão de compromissos que impliquem na da aquisição de competência tecnológica e de capacidade industrial local pelos proponentes vencedores do certame. É que, a despeito de a questão encontrar-se inserida no juízo discricionário da Administração Pública, os argumentos deduzidos para a retirada dos compromissos de aquisição de produtos com tecnologia nacional não pareceram, por si só, suficientes para tanto;

#### Do prazo da condição de uso.

A área técnica, no item 3.41, do Informe nº 12/2018/SEI/PRRE/SPR, consignou que a "condição de uso foi ajustada para nove meses após o desligamento (ao invés de doze, como no Edital de 2014), tal qual ocorreu posteriormente naquele certame por meio de aditivos aos Termos de Autorização de uso de radiofrequências (Processo nº 53500.900005/2016-35)";

No entanto, verifica-se que a Minuta de Termo de Autorização para Uso de Radiofrequências estabelece o prazo de doze meses para tanto. Recomenda-se, portanto, o ajuste da Minuta de Termo de Autorização para Uso de Radiofrequências nesse ponto;

#### Da possibilidade de a autorização de uso de radiofrequência ser associada posteriormente a outros serviços.

No ponto, entende-se que a previsão de a autorização de uso de radiofrequência ser associada posteriormente a outros serviços é possível desde que a fixação do preço mínimo compute os valores decorrentes da potencial utilização da radiofrequência para a prestação de todos os serviços a que a faixa já está destinada, tendo em vista que, em caso de posterior solicitação, não haverá ônus adicional para as prestadoras (Parecer nº 305/2014/PFE-Anatel/PGF/AGU);

Nesse sentido, recomenda-se apenas que a redação do item 1.4 da Minuta de Edital seja ajustada, nos seguintes termos:

#### **Redação Proposta pela PFE:**

1.4. Caso a Proponente vencedora solicite, posteriormente, uma Autorização para exploração de um serviço diverso daquele(s) inicialmente outorgado(s), entre os serviços para os quais a faixa está destinada na data da publicação deste Edital, será expedida Autorização do Serviço, considerando o custo conforme regulamentação aplicável, e nova Autorização para uso de Radiofrequências pelo prazo remanescente da primeira Autorização para uso de Radiofrequências concedida, de modo que os prazos de vencimento sejam iguais, sem ônus adicional em relação a esta nova Autorização para uso de Radiofrequências.

Cumprido destacar que o termo ora grifado consta, inclusive, na Minuta de Edital de Licitação para Concessão para prestação de STFC na modalidade local, autorização para prestação de STFC nas modalidades LDN e LDI, autorização para prestação de SMP, autorização para prestação de SCM e autorização de uso de radiofrequências nas faixas de 800 MHz e 1.800 MHz, no setor 20 do PGO, objeto do processo nº 53500.084866/2017-47, *verbis*:

1.4. Caso a Proponente vencedora solicite, posteriormente, uma Autorização para exploração de um serviço diverso daquele(s) inicialmente outorgado(s), entre os serviços para os quais a faixa está destinada na data da publicação deste Edital, será expedida Autorização do Serviço, se necessária, considerando o custo conforme regulamentação aplicável, e nova Autorização para uso de Radiofrequências pelo prazo remanescente da primeira Autorização para uso de Radiofrequência concedida, de modo que os prazos de vencimento sejam iguais, sem ônus adicional em relação a esta nova Autorização para uso de Radiofrequências.

No aludido item, consta ainda a expressão "se necessária". Recomenda-se, portanto, que a área técnica pondere se não seria o caso de utilizar a mesma redação para ambas as minutas, de modo a uniformizá-las nesse ponto;

Desse modo, esse Órgão de Consultoria Jurídica não vislumbra óbice à possibilidade de associação futura a outro serviço para o qual a faixa esteja destinada, desde que a fixação do preço mínimo considere essa possibilidade, devendo ser precedida de estudos mercadológicos para que se considere o real valor de mercado das autorizações em tela;

Outrossim, no caso de a faixa ser destinada posteriormente a outro serviço, não há óbice à associação posterior a esse serviço. No entanto, nesse caso, aplicável a regra geral constante do art. 11, §8º, da Resolução nº 387/2004 (ou outra que venha a substituí-la) ou, ainda, outra previsão que seja estabelecida no Edital de Licitação;

Do item 1.6. da Minuta de Edital.

No ponto, apenas de modo a deixar clara a necessidade de observância também da regulamentação pertinente, recomenda-se que a redação do dispositivo seja ajustada nos seguintes termos:

**Redação Proposta pela PFE:**

1.6. A prestação do SMP utilizando as subfaixas de radiofrequência objeto deste edital de licitação deverá estar adequada às condições de utilização dispostas no ANEXO II - B, bem como à regulamentação pertinente.

Do item 2.1 da Minuta de Edital.

Nesse ponto, observa-se que a expressão “independentemente de sua aquisição” é desnecessária, uma vez que a aquisição do edital não é obrigatória. Não é possível condicionar a participação em um certame público à compra do respectivo edital. Assim, apenas para tornar a redação desse subitem mais clara e objetiva, recomenda-se a seguinte redação:

**Redação Proposta pela PFE:**

2.1. Todo pedido de esclarecimento sobre o conteúdo do Edital e de seus ANEXOS, ~~independentemente de sua aquisição,~~ deverá ser dirigido ao Presidente da CEL, em até 10 (dez) dias depois da data da publicação do Aviso de Licitação no Diário Oficial da União - DOU, mediante requerimento a ser protocolizado diretamente na sede da ANATEL ou por meio de correspondência registrada, via postal, para o SAUS, Quadra 06, Bloco G, Térreo, Brasília-DF, CEP 70070-940, devendo conter, sob pena de não conhecimento:

Do item 2.9 da Minuta de Edital.

No que diz respeito ao item 2.9 da minuta do edital, crê-se que é suficiente a publicação, tão somente, no Diário Oficial da União. Se for de interesse da Agência, logicamente, será possível a comunicação, também, por outro meio seguro;

Ainda em relação a tal item, cumpre asseverar que, havendo revogação da licitação após a homologação do resultado e consequente adjudicação do objeto da licitação, o motivo deverá pautar-se em fato superveniente devidamente comprovado;

Do item 4.4.4 da Minuta de Edital.

No ponto, cumpre asseverar que, caso a prova de regularidade fiscal perante a Anatel seja substituída por declaração, é importante, de qualquer sorte, que a Agência consulte os sistemas pertinentes, de modo a que tal regularidade reste devidamente atestada;

Das garantias constantes da Minuta de Edital.

São três as espécies de garantias: garantia de manutenção da proposta, garantia de pagamento de preço e garantia de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos. No ponto, pertinente algumas observações;

A primeira delas, refere-se à garantia de manutenção da proposta. O art. 41 do Regulamento de Licitação impõe que, havendo a exigência de apresentação de garantia de manutenção da proposta, seu valor não seja inferior a 10% (dez por cento) do preço público estimado da concessão, permissão ou autorização ou de valor de referência. No caso, portanto, cumpre destacar que tal garantia deve ser de, no mínimo, 10% (dez por cento) do preço mínimo estipulado no edital para cada lote;

Outrossim, da mesma maneira, a garantia de pagamento do preço não será inferior a 10% (dez por cento) do preço oferecido pela licitante, devendo ser fixada no instrumento convocatório. Quanto à garantia de cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos no instrumento convocatório, importante que o valor a ela atinente seja fixado de acordo com o vulto econômico desses encargos e das multas decorrentes da inadimplência (art. 91 do Regulamento de Licitação anexo à Resolução nº 65/1998);

Importante, portanto, que essas regras e premissas sejam observadas;

Da retificação de erro material quanto ao item 5.5, “c” da proposta de Edital.

Considerando que, no caso, será firmado um Termo de Autorização para Uso de Radiofrequências, cujo extrato será publicado no Diário Oficial da União, nos termos previstos no item 13.3 do Edital, esta Procuradoria recomenda a substituição da expressão “Ato” por “Termo” na alínea “c” do item 5.5 do Edital;

Da apresentação de garantia de execução quanto ao compromisso de pagamento de redistribuição de canais de TV e RTV e das soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação – Item 10.7 da proposta de Edital.

É importante que se esclareça se a intenção da proposta apresentada é transferir aos Proponentes vencedores do certame a ser realizado o compromisso referente ao pagamento para fins de redistribuição de canais de TV e RTV e das soluções para os problemas de interferência prejudicial nos sistemas de radiocomunicação, hipótese que deve ser objeto de esclarecimentos quanto à forma de sua operacionalização, ou se a redação do item 10.7 da minuta de Edital encontra-se com equívoco ao referir-se a tais compromissos;

Do regramento quanto às parcelas vincendas do preço público na hipótese de extinção da autorização – item 10.12 da minuta de Edital.

O item 10.12 da proposta de Edital de Licitação estabelece que “*em quaisquer das situações que levem à extinção da Autorização, os valores das parcelas pagas do preço público e o montante de garantia de execução de Compromissos não serão restituídos*”. No entanto, não há

previsão expressa no Edital em relação às parcelas vincendas à época da extinção da autorização, o que se entende oportuno;

Muito embora o parágrafo oitavo da Cláusula 3.2 do Termo de Autorização possa solucionar a questão a respeito das parcelas vincendas, é pertinente que esta previsão encontre-se expressamente prevista na norma editalícia;

Ademais, considerando que esta previsão foi inserida como um parágrafo da Cláusula 3.2 do Termo, que se refere à prorrogação do direito de uso de radiofrequências, sugere-se que ela seja deslocada, juntamente com aquela prevista no parágrafo sétimo, para a Cláusula 3.1 do Termo, que estabelece o valor da outorga;

#### Da manutenção da decisão da CEL por fundamento diverso do por ela adotado – itens 11.4.2.1 a 11.4.2.3 da proposta editalícia.

Sugere-se a mudança do próprio Regulamento de Licitação, por meio da exclusão do seu art. 31, de forma a acabar com a necessidade de nova manifestação da parte para os casos em que o Conselho Diretor mantenha a decisão da Comissão por fundamento diverso do por ela adotado;

Feita a mudança no Regulamento, sugere-se, na mesma linha, a exclusão dos itens 11.4.2.1, 11.4.2.2 e 11.4.3 do edital;

De todo modo, registra-se que a mudança no Regulamento de Licitação pode ser feita juntamente com a alteração no edital, no bojo da mesma consulta pública. Não há óbices à submissão conjunta de dois instrumentos distintos à mesma consulta pública;

De todo modo, caso se entenda viável, é possível que seja submetida tal proposta de alteração no bojo da própria Consulta Pública ora em análise, já que a presente proposta de Edital deverá seguir o mesmo rito necessário à aprovação de uma alteração à regulamentação pertinente, cabendo ao Conselho Diretor aprovar o texto do Edital a ser submetido à Consulta Pública, bem como a proposta final de Edital que irá iniciar o processo licitatório, nos termos do Regimento Interno da Agência;

Dessa forma, caso se opte pela conveniência e oportunidade de se promover a alteração regulamentar mencionada, pode o Conselho Diretor submeter à Consulta Pública, desde logo, proposta de modificação do próprio Regulamento de Licitação, no bojo da presente Consulta Pública;

#### Do deslocamento do item 11.7 do Edital.

Esta Procuradoria entende que a norma inculpada no item 11.7 do Edital deve ser deslocada para outro tópico, visto que foi inserido no tópico relativo aos “Recursos e Manifestações”, com o qual não detém tanta pertinência. No ponto, sugere-se o deslocamento de sua previsão para o tópico relativo ao Recebimento dos Documentos de Identificação e de Regularidade Fiscal, das Propostas de Preço e da Documentação de Habilitação, podendo, por exemplo, corresponder ao item 7.19 do Edital;

#### Da minuta de Termo de Autorização para Exploração do SMP – Anexo VI do Edital

Esta Procuradoria apenas pondera, neste ponto, se não seria interessante apresentar-se, desde logo, a própria minuta de Termo de Autorização para Exploração do SMP no Anexo VI do Edital. Não se pode olvidar que, além de poder existir a necessidade de adaptações na minuta, a disponibilização desta como Anexo ao Edital facilita o acesso e, conseqüentemente, o debate da sociedade acerca de seus termos, inclusive quanto a uma eventual necessidade de alterações;

#### Da redação da Cláusula 3.2 da minuta de Termo de Autorização para Uso de Radiofrequências.

O *caput* da Cláusula 3.2 estabelece que o valor do preço público para a prorrogação do direito de uso de radiofrequências deverá obedecer a regulamentação da Agência vigente à época da renovação. Sendo assim, para a apuração do montante a ser pago quando da prorrogação, será necessário observar a regulamentação pertinente que esteja em vigor naquele momento. Não obstante, os parágrafos da mencionada Cláusula trazem disciplina específica quanto à forma de cálculo do valor devido para a prorrogação do direito de uso de radiofrequências, que podem, eventualmente, colidir com o valor estabelecido na regulamentação;

E mais: os parágrafos segundo e sexto fazem referência a um “percentual”, e o parágrafo terceiro refere-se ao “ônus” aos quais se referiria o *caput*. No entanto, o *caput*, como visto, não trata de percentual e nem menciona ônus;

Dessa forma, deve ser esclarecida qual será a forma de cálculo do valor a ser pago para a prorrogação do direito de uso de radiofrequências, uma vez que o *caput* da Cláusula 3.2 não está de acordo com os seus parágrafos, promovendo-se as devidas alterações na proposta editalícia que deixem claro qual será o critério a ser adotado pela Agência. Do ponto de vista jurídico, não vislumbram-se óbices a uma previsão genérica remetendo à regulamentação ou a uma previsão específica já ditando todo o regramento e forma de cálculo do valor devido. O importante é assegurar coerência ao texto para evitar discussões futuras.

À consideração superior.

Brasília, 27 de março de 2018.

LUCIANA CHAVES FREIRE FÉLIX  
Procuradora Federal  
Matricula Siape nº 1.585.078

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500004083201879 e da chave de acesso bfebfcbce

Notas

1. <sup>^</sup> *MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado. Ob. cit, p. 22.*
2. <sup>^</sup> *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104*
3. <sup>^</sup> *undefined*

---

Documento assinado eletronicamente por PATRICIA FERREIRA DE HOLANDA CAVALCANTI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 114365491 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PATRICIA FERREIRA DE HOLANDA CAVALCANTI. Data e Hora: 27-03-2018 15:14. Número de Série: 2981176210093423292. Emissor: AC CAIXA PF v2.

---

---

Documento assinado eletronicamente por LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 114365491 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX. Data e Hora: 27-03-2018 15:09. Número de Série: 4597530634401145687. Emissor: AC CAIXA PF v2.

---



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - SEDE  
COORDENAÇÃO DE PROCEDIMENTOS REGULATÓRIOS  
SAUS, QUADRA 6, BLOCO H, 6º ANDAR, ALA NORTE - BRASÍLIA/DF - CEP 70.070-940 - (61) 2312-2062

---

**DESPACHO n. 00576/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU**

**NUP: 53500.004083/2018-79**

**INTERESSADOS: CONSELHO DIRETOR DA ANATEL - CD**

**ASSUNTOS: Proposta de Edital de Licitação para autorização de radiofrequências destinadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, ou outros serviços para as quais estejam destinadas, visando ampliar a capacidade das redes de acesso por meios não confinados disponibilizando insumo essencial à prestação de tais serviços com qualidade adequada.**

1. De acordo com o Parecer nº 184/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU.
2. Encaminhem-se os autos para análise e aprovação do Procurador-Geral.

Brasília, 27 de março de 2018.

MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO  
Procuradora Federal  
Coordenadora de Procedimentos Regulatórios  
Mat. Siape nº 1585369

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500004083201879 e da chave de acesso bfebfcbe

---

Documento assinado eletronicamente por MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 120284517 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO. Data e Hora: 27-03-2018 15:39. Número de Série: 3844484525735917769. Emissor: AC CAIXA PF v2.

---



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - SEDE  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL  
SAUS, QUADRA 6, BLOCO H, 6º ANDAR, ALA NORTE - BRASÍLIA/DF - CEP 70.070-940 - (61) 2312-2377

---

**DESPACHO n. 00577/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU**

**NUP: 53500.004083/2018-79**

**INTERESSADOS: CONSELHO DIRETOR DA ANATEL - CD**

**ASSUNTOS: OUTORGA E RECURSOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

1. Aprovo o **Parecer nº 184/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU**.
2. Restituam-se os autos à Superintendência de Planejamento e Regulamentação.

Brasília, 27 de março de 2018.

PAULO FIRMEZA SOARES  
PROCURADOR-GERAL

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500004083201879 e da chave de acesso bfebfcbce

---

Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 120296991 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 27-03-2018 16:32. Número de Série: 1277741. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.

---