



PARECER n. 00114/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.084866/2017-47

INTERESSADOS: SUPERINTENDÊNCIA EXECUTIVA, SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO E REGULAMENTAÇÃO, SUPERINTENDÊNCIA DE OUTORGA E RECURSOS À PRESTAÇÃO, SUPERINTENDÊNCIA DE COMPETIÇÃO.

ASSUNTO: Proposta 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.

EMENTA: **1.** Proposta 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. **2.** Necessidade de submissão da proposta ao procedimento de Consulta Pública. **3.** Proposta de Edital de Licitação. **3.1.** É importante que o Edital de licitação deixe claro que a efetiva adjudicação das outorgas objeto da licitação, em quaisquer dos lotes, está condicionada ao trânsito em julgado das decisões administrativas que eventualmente venham extinguir as outorgas detidas pela SERCOMTEL. **3.2.** Extinta a concessão da SERCOMTEL, por meio da caducidade, cabe ao poder concedente ou outorgar o serviço a outro concessionário (Lote I-A ou II) ou, caso frustrada a licitação em relação a esses lotes, prestar ele mesmo o serviço. Tal situação é necessária ao menos até que seja alterado o PGO ou extinto o regime de concessão por meio de lei. Isso não impede que seja licitado o Lote III (caso frustrada a licitação em relação aos lotes antecedentes), de modo a que, paralelamente ao dever do poder concedente de retomar o serviço, seja outorgada autorização do STFC, de modo a reduzir riscos à descontinuidade do serviço. **3.3.** Embora a proposta mencione o direito de uso dos bens reversíveis, é pertinente que se mencione a transferência da posse, que será automaticamente revertida ao Poder Concedente com o término da concessão. **3.4.** Os bens da concessão que sejam compartilhados com outros serviços devem compor a lista de bens reversíveis ao Poder Concedente e que serão transferidos ao vencedor do certame. **3.5.** A lista de bens reversíveis que acompanhará o Edital de Licitação deverá ser a mais atualizada possível, devendo ser ponderada, no entanto, a possibilidade de alteração da mencionado rol de bens. **3.6.** A alteração dos *spectrum caps* é de competência do Conselho Diretor da Agência, que pode tanto modificar os *spectrum caps* de modo geral, como tem sido proposto no âmbito do processo nº 53500.014958/2016-89, quanto modificar os *spectrum caps*, mediante alteração regulamentar, no âmbito deste processo, apenas para a área de prestação onde a Sercomtel atualmente presta o serviço. O importante é fazer constar a devida motivação, inclusive à luz dos aspectos concorrenciais. **3.7.** Não se vislumbra óbice à possibilidade de associação futura das faixas de radiofrequências a outros serviços para os quais a faixa esteja destinada, desde que a fixação do preço mínimo considere essa possibilidade. **3.8.** É importante que seja previsto, desde logo, a necessidade de eliminação de possível sobreposição de outorgas em relação a todos os serviços. **3.9.** Deve restar clara no Edital a possibilidade de revogação da licitação, caso eventualmente não ocorra a extinção das outorgas detidas pela SERCOMTEL, por não haver objeto a ser adjudicado. **3.10.** Outras considerações.

1. RELATÓRIO.

1. Cuida-se de proposta 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.

2. A proposta foi apresentada por meio do Informe nº 162/2017/SEI/PRRE/SPR (SEI nº 2219186), tendo sido, ainda, anexadas as minutas de Consulta Pública (SEI nº 2251800) e de Edital de Licitação (SEI nº 225916).

3. Após, os autos foram encaminhados a esta Procuradoria Federal Especializada.

4. 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.

5. A proposta de edital apresentada trata 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.

6. 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;

[...]

V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

[...]

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. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

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.

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;

7. Dentre as exigências estabelecidas pela LGT para a outorga de concessão, bem como para a autorização de uso de radiofrequência em que seja necessário procedimento licitatório, é importante destacar aquela prevista no inciso II do art. 89, que 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.

8. Considerando o objeto do certame em análise, aplicam-se também os termos 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.

9. Com efeito, o Regulamento aprovado pela 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. 7º Quando necessária a realização de licitação pública para concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações ou para autorização de uso de radiofrequência, serão observados os princípios constitucionais, a Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e as normas deste Regulamento.

Art. 8º A licitação será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, imparcialidade, eficiência, igualdade, devido processo legal, publicidade, moralidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, competitividade e justo preço, bem como pelos da seleção e comparação objetiva de licitantes e propostas.

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.

[grifo nosso]

10. 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.
11. 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.
12. 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.
13. 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.
14. Na interpretação de Floriano de Azevedo Marques Neto^[1], 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.
15. 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.
16. No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão^[2] 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.
17. 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.
18. 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.
19. 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.

20. 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.
21. No ponto, o corpo técnico da Agência consignou o seguinte:

3.43. Como se vê, é possível dispensar a Consulta Interna caso esta possa impedir ou retardar a deliberação de matéria urgente. Tal situação é o que se vê no presente caso, considerando o premente risco de descontinuidade dos serviços ofertados pelo supracitado grupo naquela área. Por este motivo, esta área técnica entendeu por bem dispensar a realização de Consulta Interna. Isto, entretanto, não limitou a discussão, que ocorreu entre todas as áreas envolvidas no tema, incluindo o Conselho Diretor, por meio de realização de reunião técnica.
22. Dessa forma, a dispensa de realização de Consulta Interna foi justificada pelo corpo técnico da Agência, que expôs preocupação quanto ao retardo do procedimento licitatório em contraposição ao risco de descontinuidade dos serviços ofertados atualmente na área, nos termos do parágrafo terceiro

do art. 60 do Regimento Interno da Agência.

(c) Da Análise de Impacto Regulatório.

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

3.44. 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)

3.45. 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.

3.46. 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.

24. 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 162/2017/SEI/PRRE/SPR.

2.2 Da proposta de Edital de Licitação.

(a) Considerações iniciais.

25. De início, é importante a realização de algumas considerações a respeito do contexto em que se insere a realização do procedimento licitatório objeto da proposta ora em análise, com o intuito de clarificar o panorama regulatório pertinente.

26. O Conselho Diretor da Agência, no exercício de suas funções, exarou o Acórdão nº 366, de 1º de setembro de 2017, em que determinou à Superintendência de Controle de Obrigações da Agência – SCO a imediata instauração de processo administrativo para avaliação acerca da aplicação de caducidade à prestadora SERCOMTEL no que tange à sua concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, bem como à Superintendência de Outorga e Recursos à Prestação – SOR, para avaliação da manutenção de capacidade econômico-financeira e de regularidade fiscal pela prestadora no que concerne às suas autorizações para prestação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), do Serviço Móvel Pessoal (SMP) e do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) prestado fora da área de concessão, avaliando-se o cabimento ou não de cassação das referidas outorgas.

27. Considerando as possíveis consequências que poderiam advir de uma eventual caducidade da concessão, bem como da cassação das autorizações detidas pela prestadora, a alínea “f” do mencionado Acórdão determinou a constituição de um Grupo com o objetivo de avaliar e propor as medidas adequadas para tratar das consequências destes cenários, considerando-se: “(i) o dever legal da União de garantia de existência, universalização e continuidade do serviço concedido; (ii) a tutela dos bens e serviços vinculados à concessão; e (iii) a tutela a se dispensar aos direitos dos usuários dos serviços prestados pela SERCOMTEL”.

28. No Informe nº 162/2017/SEI/PRRE/SPR, o corpo técnico registrou que o mencionado Grupo foi constituído pela Portaria nº 1.783, de 21 de dezembro de 2017, que estabeleceu dentre os temas que devem ser avaliados pelo mencionado grupo, “i) identificação atualizada e consolidada dos bens e serviços vinculados à concessão de STFC; e ii) editais de licitação e alterações regulamentares voltadas à garantia da continuidade do serviço” (item 3.3 do Informe).

29. Nesse sentido, dando prosseguimento às providências necessárias ante a um eventual cenário de caducidade da concessão e cassação das autorizações atualmente detidas pela SERCOMTEL, encaminhou-se a proposta de Edital de Licitação ora em análise, com o objetivo de garantir a continuidade dos serviços de telecomunicações considerando a instauração de dois processos administrativos que podem culminar na extinção das mencionadas outorgas.

30. A proposta, nas palavras da área técnica, visa, quanto ao serviço objeto de concessão que “a continuidade do serviço seja realizada por meio de novo certame, antes mesmo da aplicação de caducidade, para que a transição possa acontecer de maneira não disruptiva” (item 3.32 do Informe).

31. A respeito da deflagração do certame licitatório antes mesmo da conclusão dos processos administrativos que poderão implicar a extinção das outorgas detidas pela SERCOMTEL, esta Procuradoria já se manifestou pela sua possibilidade no Parecer nº 00842/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, nos seguintes termos:

108. Ademais, é até recomendável que, paralelamente à condução de procedimento que eventualmente pode culminar em extinção de outorga de serviço prestado no regime público, por meio de decretação de caducidade, a Agência deflagre procedimento licitatório condicionado à efetiva extinção das outorgas da concessionária.

[...]

110. Muito embora a Agência, uma vez extinta a concessão, tenha, nos termos do Contrato de Concessão, um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para proceder aos levantamentos necessários à identificação dos bens reversíveis, como já salientado, é pertinente que: (i)

havendo elementos que indiquem uma possível causa extintiva da concessão, se inicie, tão logo quanto possível, o levantamento dos bens que deverão ser revertidos, inclusive de forma paralela ao processo administrativo destinado a apurar a aplicação da sanção de caducidade; e (ii) paralelamente à condução de procedimento que eventualmente pode culminar em extinção de outorga de serviço prestado no regime público, por meio de decretação de caducidade, a Agência realize o procedimento licitatório condicionado à efetiva extinção das outorgas da concessionária.

119. [...] Como já salientado neste opinativo, havendo elementos que indiquem uma possível causa extintiva da concessão, é recomendável que se inicie, tão logo quanto possível, o levantamento dos bens que deverão ser revertidos, bem como a avaliação a que se refere a cláusula 23.4 do Contrato de Concessão, inclusive de forma paralela ao processo administrativo destinado a apurar a aplicação da sanção de caducidade. Da mesma forma, paralelamente à condução de procedimento que eventualmente pode culminar em extinção de outorga de serviço prestado no regime público, por meio de decretação de caducidade, é recomendável que a Agência realize o procedimento licitatório condicionado à efetiva extinção das outorgas da concessionária, ou seja, ao trânsito em julgado da decretação de caducidade.

32. Dessa forma, considerando a presença de indícios que indiquem uma eventual extinção das outorgas, incluindo-se a concessão do STFC e autorizações de serviço e de uso de radiofrequências, é salutar a iniciativa de realizar, desde logo, os procedimentos necessários à deflagração do procedimento licitatório. Esta providência tende a minimizar eventuais riscos à continuidade do serviço atualmente prestado pela SERCOMTEL que possam ser acarretados pela demora na seleção de um novo prestador.

33. Não obstante ser recomendável a deflagração, desde logo, do procedimento licitatório em análise, é importante salientar que, no supracitado Parecer nº 00842/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, esta Procuradoria consignou seu entendimento no sentido de que a contratação decorrente do certame deve ser condicionada ao trânsito em julgado da decisão que aplique a caducidade. Verifiquem-se os termos do mencionado opinativo:

33. De fato, considerando as consequências que podem advir da decretação de caducidade da concessão detida pela Sercomtel, que são graves e podem implicar providências relevantes, é oportuno que se aguarde o trânsito em julgado da decisão para que a sanção aplicada possa surtir os seus efeitos. Esta cautela pode evitar prejuízos à própria prestação dos serviços públicos essenciais envolvidos, atendendo, portanto, ao interesse público envolvido.

34. Não se pode olvidar, ainda, que, com a extinção da concessão, a Agência poderá, desde logo, conferir nova outorga ao vencedor da nova licitação, evitando-se solução de continuidade que possa comprometer a prestação do STFC e, conseqüentemente, aos usuários. Enquanto eventual pedido de reconsideração contra decisão que aplica caducidade estiver pendente de julgamento, ainda que a Agência possa deflagrar ou dar continuidade a procedimentos relativos à licitação da concessão, a celebração do novo contrato de concessão com o vencedor da licitação apenas pode ocorrer quando a decisão que aplica a caducidade estiver produzindo plenamente seus efeitos. A celebração de novo contrato de concessão antes do julgamento do pedido de reconsideração implica o risco de a Agência ter que vir a desfazê-lo no caso de provimento do pedido administrativo apresentado. Conclui-se, assim, que é pertinente que se aguarde o trânsito em julgado da decisão que aplicar a caducidade para que esta sanção passe a produzir os seus regulares efeitos.

34. A deflagração, desde logo, do certame licitatório é medida que tem por objetivo evitar prejuízos à prestação dos serviços de telecomunicações outorgados à SERCOMTEL em razão da instauração de processos administrativos que poderão culminar na extinção destas outorgas. Não obstante, deve ficar claro aos licitantes, bem como ao público em geral, que a concessão e as autorizações objeto do edital somente serão outorgadas ao vencedor do certame no caso de extinção das outorgas detidas pela SERCOMTEL mediante decisão não mais passível de recurso na Agência.

35. Dessa forma, é importante que seja expressamente consignado no Edital de Licitação que a contratação oriunda do certame somente será realizada na hipótese de ocorrer trânsito em julgado administrativo da caducidade e/ou cassação das outorgas detidas pela SERCOMTEL, conferindo transparência à existência de uma condicionante à efetiva outorga pela Agência aos licitantes vencedores. Recomenda-se, no ponto, a inclusão de cláusula expressa nesse sentido na norma editalícia.

36. Quanto ao objeto da licitação, estruturado em lotes, o corpo técnico assim consignou:

3.13. O objeto da licitação foi estruturado em lotes, conforme tabela abaixo:

Lote I-A	<p>Concessão de STFC Local, até a data de 31 de dezembro de 2025, sem direito a prorrogação, no setor 20 da Região II do PGO</p> <p>Direito de uso dos bens listados no ANEXO I, pelo prazo da concessão, prorrogável por igual período</p> <p>Autorização para prestação do STFC LDN e LDI, por prazo indeterminado, com possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43</p> <p>Autorização para prestação de SCM, por prazo indeterminado</p>
Lote I-B	<p>Autorização para uso de radiofrequências, nas subfaixas FDD de 824-835 MHz, 845-846,5 MHz, 869-880 MHz, 890-891,5 MHz, 1.725-1.735 MHz e 1.820-1.830 MHz, por 15 anos, prorrogável por igual período, no setor 20 da Região II do PGO</p> <p>Autorização para uso de radiofrequências, nas subfaixas FDD de 1.765-1.770 MHz, 1770-1775 MHz, 1.860-1.865 MHz e 1.865-1870 MHz, por 15 anos, prorrogável por igual período, na Área de Registro nº 43, exceto setor 20 da Região II do PGO</p>
Lote II	<p>Objetos, em conjunto, dos Lotes I-A e I-B</p>
Lote III	<p>Autorização para uso de radiofrequências, nas subfaixas FDD de 824-835 MHz, 845-846,5 MHz, 869-880 MHz, 890-891,5 MHz, 1.725-1.735 MHz e 1.820-1.830 MHz, por 15 anos, prorrogável por igual período, no setor 20 da Região II do PGO</p> <p>Autorização para uso de radiofrequências, nas subfaixas FDD de 1.765-1.770 MHz, 1770-1775 MHz, 1.860-1.865 MHz e 1.865-1870 MHz, por 15 anos, prorrogável por igual período, na Área de Registro nº 43, exceto setor 20 da Região II do PGO</p> <p>Autorização para prestação de SCM, por prazo indeterminado</p> <p>Autorização para prestação do STFC Local, LDN e LDI, por prazo indeterminado, com possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43</p>

3.14. Sobre a disponibilidade dos Lotes indicados na tabela acima, tem-se que: (i) o Lote I-B somente estará disponível se houver proponente vencedora para o Lote I-A; (ii) o Lote II somente estará disponível se não houver proponente vencedora para o Lote I-A; e (iii) o Lote III somente estará disponível se não houver proponente vencedora para os Lote I-A e II.

3.15. Quanto ao prazo da concessão de STFC Local, entende-se adequado alinhá-lo ao termo final do contrato hoje existente com a SERCOMTEL, 31 de dezembro de 2025, no sentido de assegurar a continuidade do serviço no cenário de extinção da concessão vigente.

3.16. A esse respeito, ainda que a lei autorize o estabelecimento de concessão de serviço de telecomunicações por prazo maior, verifica-se que tal fato acarretaria descasamento do termo final da outorga que se pretende conferir com aquele das demais concessões, o que pode ensejar prejuízos à isonomia de tratamento a ser conferido às concessões em 2025, bem como ao atendimento da política pública em vigor naquele momento.

3.17. Portanto, ao definir que a concessão ora prevista se extinguirá na mesma data das demais, a Agência atua em linha com o interesse público, deixando a definição do cenário completo das concessões para o mesmo momento.

37. Consoante explicitado, o Lote I-B, que contempla autorização de uso de radiofrequências nas subfaixas FDD de 824-835 MHz, 845-846,5 MHz, 869-880 MHz, 890-891,5 MHz, 1.725-1.735 MHz e 1.820-1.830 MHz e nas subfaixas FDD de 1.765-1.770 MHz, 1770-1775 MHz, 1.860-1.865 MHz e 1.865-1870 MHz, somente estará disponível no caso de haver proponente vencedora para o Lote I-A que contempla, além da Concessão de STFC Local atualmente detida pela SERCOMTEL, o direito de uso dos bens reversíveis (aspecto que será objeto de considerações adiante), a autorização para a prestação do STFC LDN e LDI e autorização para a prestação de SCM.

38. Caso não haja proponente vencedora para o Lote I-A, torna-se disponível o Lote II, que engloba os objetos dos Lotes I-A e I-B de forma conjunta.

39. O Lote III somente ficará disponível se não houver proponente vencedora para os Lotes I-A e II. O diferencial do Lote III refere-se à outorga do STFC na modalidade Local, atualmente prestado sob regime público, em regime privado, além de abranger todas as demais autorizações indicadas nos demais Lotes. A possibilidade de outorga do serviço objeto da concessão em regime privado será objeto de considerações mais específicas no tópico seguinte.

40. De toda forma, desde logo, são necessários esclarecimentos a respeito do agrupamento de serviços nos lotes indicados.

41. No Parecer nº 00842/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, esta Procuradoria já esclareceu que a decretação de caducidade da concessão, por si só, não é causa da cassação das autorizações detidas pela Sercomtel pela perda das condições subjetivas da autorização. Oportuna a transcrição do opinativo, quanto ao ponto:

42. Em suma, a decretação de caducidade não é causa direta de cassação das autorizações detidas pela empresa, não possuindo efeito retroativo.

43. Não obstante, deve ser salientado que o inciso III do art. 133 dispõe que é condição subjetiva para a obtenção da outorga que a empresa detenha qualificação técnica, capacidade econômico-financeira e regularidade fiscal, e que estas devem ser mantidas ao longo da exploração do serviço.

44. Dessa forma, nada impede que a constatação da perda de uma dessas condições como razão da sanção de caducidade represente, indiretamente, o conhecimento pela Agência de que não houve a manutenção das condições subjetivas para a outorga, podendo serem as demais autorizações extintas em conformidade com o procedimento administrativo apropriado, devendo ser avaliadas a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira, sob a perspectiva de cada serviço para o qual a prestadora tem autorização. Nada impede, inclusive, que os processos tramitem em paralelo, para evitar decisões conflitantes.

42. Na realidade, é possível que as autorizações detidas pela SERCOMTEL subsistam apesar de eventual extinção da Concessão por meio de caducidade. O inverso também pode ocorrer. Aliás, foram instaurados processos administrativos distintos, em Superintendências diversas, para apurar eventual

cassação das autorizações (Processo Administrativo nº 53500.070406/2017-31) e caducidade da concessão (Processo Administrativo nº 53500.070925/2017-08). Embora estes procedimentos possam tramitar em paralelo, não necessariamente terão a mesma conclusão.

43. Dessa forma, deve ser considerada a possibilidade de subsistência das autorizações apesar da extinção da Concessão, por caducidade, ou mesmo da cassação das autorizações e permanência da Concessão, ainda que esta hipótese seja entendida como improvável.

44. Nesse contexto, entende-se que, tal como sugerido acima para a concessão, é importante que o Edital de licitação deixe claro que a efetiva adjudicação das outorgas objeto da licitação, em quaisquer dos lotes, está condicionada ao trânsito em julgado das decisões administrativas que eventualmente venham extinguir as outorgas.

45. No ponto, considerando que o objeto da licitação foi estruturado em lotes, cumpre salientar que a adjudicação do objeto de cada lote depende da disponibilidade das outorgas a ele atinentes.

46. Assim, no Lote I-A, a adjudicação de seu objeto depende da caducidade da concessão da SERCOMTEL. Quanto às demais outorgas, considerando que se tratam de autorizações de serviços, que, em regra, à luz do art. 136 da LGT, não são limitadas, não se vislumbra óbice a que sejam outorgadas conjuntamente com a concessão de STFC. Ressalve-se apenas a possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43. No caso de manutenção da autorização de STFC LDN e LDI com a SERCOMTEL, deve-se considerar a possibilidade de Código de Seleção de Prestadora diverso.

47. No Lote I-B, a adjudicação de seu objeto depende da cassação das autorizações para uso das radiofrequências a ele atinentes. No Lote II, a adjudicação depende, respectivamente, da caducidade da concessão e da cassação das autorizações de uso de radiofrequências. E, por fim, no Lote III, a adjudicação depende da cassação das autorizações de uso de radiofrequências.

(b) Do Objeto da Licitação. Extinção da Concessão. Nova Concessão ou Retomada pelo Poder Concedente. Autorização. Compromissos. Continuidade do Serviço.

48. Conforme descrito no Informe nº 162/2017/SEI/PRRE/SPR, o objeto da licitação foi estruturado em Lotes, conforme tabela abaixo:

Lote I-A	Concessão de STFC Local, até a data de 31 de dezembro de 2025, sem direito a prorrogação, no setor 20 da Região II do PGO Direito de uso dos bens listados no ANEXO I, pelo prazo da concessão, prorrogável por igual período Autorização para prestação do STFC LDN e LDI, por prazo indeterminado, com possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43 Autorização para prestação de SCM, por prazo indeterminado
Lote I-B	Autorização para uso de radiofrequências, nas subfaixas FDD de 824-835 MHz, 845-846,5 MHz, 869-880 MHz, 890-891,5 MHz, 1.725-1.735 MHz e 1.820-1.830 MHz, por 15 anos, prorrogável por igual período, no setor 20 da Região II do PGO Autorização para uso de radiofrequências, nas subfaixas FDD de 1.765-1.770 MHz, 1770-1775 MHz, 1.860-1.865 MHz e 1.865-1870 MHz, por 15 anos, prorrogável por igual período, na Área de Registro nº 43, exceto setor 20 da Região II do PGO
Lote II	Objetos, em conjunto, dos Lotes I-A e I-B
Lote III	Autorização para uso de radiofrequências, nas subfaixas FDD de 824-835 MHz, 845-846,5 MHz, 869-880 MHz, 890-891,5 MHz, 1.725-1.735 MHz e 1.820-1.830 MHz, por 15 anos, prorrogável por igual período, no setor 20 da Região II do PGO Autorização para uso de radiofrequências, nas subfaixas FDD de 1.765-1.770 MHz, 1770-1775 MHz, 1.860-1.865 MHz e 1.865-1870 MHz, por 15 anos, prorrogável por igual período, na Área de Registro nº 43, exceto setor 20 da Região II do PGO Autorização para prestação de SCM, por prazo indeterminado Autorização para prestação do STFC Local, LDN e LDI, por prazo indeterminado, com possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43

49. Sobre a disponibilidade dos Lotes, eis o que a área técnica destacou:

Informe nº 162/2017/SEI/PRRE/SPR

3.14. Sobre a disponibilidade dos Lotes indicados na tabela acima, tem-se que: (i) o Lote I-B somente estará disponível se houver proponente vencedora para o Lote I-A; (ii) o Lote II somente estará disponível se não houver proponente vencedora para o Lote I-A; e (iii) o Lote III somente estará disponível se não houver proponente vencedora para os Lote I-A e II.

Especificamente no que se refere ao Lote III, continua a área técnica:

3.30. Outra questão que merece destaque é a proposta de Lote III, especificamente no que diz respeito ao STFC na modalidade Local, que, neste caso, será outorgado em regime privado, por meio de autorização.

3.31. A LGT determina, em seu artigo 112, que a concessão extinguir-se-á por advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão e anulação, sendo que a extinção devolve à União os direitos e deveres relativos à prestação do serviço. Ainda, o artigo 117 estabelece que, extinta a concessão antes do termo contratual, a Agência poderá, sem prejuízo de outras medidas cabíveis: "(i) ocupar, provisoriamente, bens móveis e imóveis e valer-se de pessoal empregado na prestação dos serviços, necessários a sua continuidade; e (ii) manter contratos firmados pela concessionária com terceiros, com fundamento nos incisos I e II do art. 94 desta Lei, pelo prazo e nas condições inicialmente ajustadas".

3.32. Assim, dentro do que permite o referido artigo, a área técnica propõe que a

continuidade do serviço seja realizada por meio de novo certame, antes mesmo da aplicação de caducidade, para que a transição possa acontecer de maneira não disruptiva.

3.33. Neste certame, as primeiras abordagens para tal continuidade seriam baseadas na outorga de Concessão de STFC, associada a outros bens e direitos (Lotes I-A e II).

3.34. No Lote III, entretanto, a proposta é que a outorga do STFC seja em regime privado. Esta abordagem visa ampliar a probabilidade de sucesso da licitação, resultando, conseqüentemente, em menores riscos de descontinuidade do serviço. Ressalta-se, também, que esta área entende ser possível tal situação à luz dos normativos vigentes, em especial a LGT e o Plano Geral de Outorgas. Debate relevante sobre essa possibilidade é tratado no bojo do projeto estratégico de Reavaliação do Regime e Escopo dos Serviços de Telecomunicações, item 1 da Agenda Regulatória 2017-2018, no âmbito do processo nº 53500.015702/2016-99 e 53500.056574/2017-14.

3.35. Finalmente, há que se mencionar que os regramentos relativos à forma de pagamento dos valores ofertados no certame foi atualizada, no sentido de guardar consistência com os mecanismos propostos no âmbito dos projetos estratégicos da Agência, em particular o de revisão do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (PPDUR) e do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Exploração de Serviços de Telecomunicações e pelo Direito de Exploração de Satélite (PPDESS). Com isso, padroniza-se a forma de pagamento de todas as outorgas conferidas pela Anatel, incorporando-se, ao presente procedimento licitatório, todos os benefícios identificados nos processos citados.

50. Como se vê, nos termos da proposta, caso não haja proponente vencedora para os Lote I-A e II, será disponibilizado o Lote III, ou seja, o STFC será outorgado em regime privado, de modo a ampliar a probabilidade de sucesso da licitação e a reduzir riscos de descontinuidade do serviço.

51. No ponto, a área técnica destacou que entende possível tal situação à luz dos normativos vigentes, em especial a LGT e o Plano Geral de Outorgas. Sobre a questão, ressaltou que debate relevante sobre essa possibilidade é tratado no bojo do Projeto Estratégico de Reavaliação do Regime e Escopo dos Serviços de Telecomunicações, item 1 da Agenda Regulatória 2017-2018, no âmbito do processo nº 53500.015702/2016-99 e 53500.056574/2017-14.

52. Pois bem. No bojo do Projeto Estratégico de Reavaliação do Regime e Escopo dos Serviços de Telecomunicações, foram apresentados dois cenários para implementação do novo modelo de regime e escopo: i) cenário D: modificação do regime de prestação do STFC, por meio da edição de novo PGO; e ii) cenário E: extinção do regime de concessão, por meio de alteração legislativa.

53. Sobre tal projeto, esta Procuradoria, por meio do Parecer nº 00508/2016/PFE-ANATEL-SEDE/PGF/AGU, opinou no seguinte sentido:

(...)

Da proposta em si. Análise do Cenário "D".

Quanto à Base legal

Da Constitucionalidade da proposta:

s) Diante dos cenários D e E analisados, indaga-se acerca da compatibilidade material desses possíveis cenários sem existência de concessão com a Constituição Federal, ou seja, o art. 21, XI da CF/88 ao mencionar a existência das três espécies de outorga (concessão, permissão e autorização) necessariamente as exige ou a estipulação constitucional representa meramente uma faculdade ao legislador?

t) Defende-se aqui a tese de inexistir qualquer tipo de mandamento constitucional no sentido de vincular o legislador ordinário a prever a necessária e concomitante existência das três espécies de outorga, havendo tão somente um permissivo constitucional para que o legislador, diante do quadro setorial das telecomunicações de uma determinada época, estabeleça as melhores práticas regulatórias ao setor. Nesse sentido, o constituinte derivado criou dois modos de prestação do serviço de telecomunicações, um direto e outro indireto, cabendo - não custa repetir - ao legislador ordinário fixar aquele entendido como mais adequado ao setor num dado momento. Na hipótese de a União desejar prestar diretamente o serviço de telecomunicações, por óbvio, nenhuma das espécies de outorga existirá, o que já demonstra serem prescindíveis suas espécies. No sentido oposto, pretendendo ela outorgar a prestação do serviço a um terceiro, poderá ela se valer dos institutos da autorização, concessão ou permissão, isolados ou conjuntamente. Seguindo a linha de raciocínio, novamente entende-se serem as espécies de outorga uma mera faculdade disposta pelo constituinte derivado. Assim, optando-se pela prestação do serviço de forma indireta, a União poderá ser valer da autorização, concessão ou permissão, em qualquer combinação possível entre elas, isto é, poderá a União se valer de todas elas ao mesmo tempo (como atualmente previsto na LGT), somente uma delas ou uma combinação aleatória de duas delas. Qualquer arranjo de combinações entre as espécies de outorga nos parece constitucionalmente adequada.

Da Alteração do regime de prestação do STFC. Exame quanto à (des)necessidade de modificação legislativa:

u) Ultrapassada a questão constitucional, urge perquirir se a proposta de alteração do regime de prestação do STFC pode ser feita sem alteração legal (lei em sentido estrito), mas tão somente via decretos presidenciais e atos da própria Anatel. Intenta-se responder a questão utilizando-se de interpretação sistemática, gramatical e histórica do texto legal em apreço (art. 64 da LGT).

v) Como se viu, a LGT impôs ser o STFC um serviço de telecomunicações prestado em regime público. Ao mesmo tempo, a LGT também criou um permissivo legal para o Poder Executivo gerir com maior liberdade o setor de telecomunicações, outorgando-o a

faculdade de eliminar e instituir serviços de telecomunicações em regime público (art. 18, I da LGT). Aqui, a própria LGT determina algo ao mesmo tempo em que prevê a possibilidade de sua exclusão no futuro mediante ato infralegal posterior.

w) O único modo de dar alguma eficácia à palavra “eliminar”, constante do inciso I do art.18 (“*instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público*”), é possibilitar ao Poder Executivo eliminar do regime público a prestação de um serviço que foi inserido no regime público por ato do próprio Poder Legislativo. Não fosse assim, o legislador teria cominado a possibilidade de um decreto revogar um outro decreto, o que é uma tautologia. Logo, a palavra eliminar aqui empregada somente pode se referir a possibilidade do Poder Executivo eliminar algo que fora criado originariamente pelo Poder Legislativo.

x) Interpretando a LGT à luz de uma perspectiva histórica, na época da edição da LGT, já existiam estudos a apontar como melhor solução regulatória atribuir ao STFC o caráter de regime público. Logo, não faria sentido relegar essa atribuição a um momento futuro. O Congresso Nacional, então, já fixou, naquele momento e segundo a realidade da época, a prestação do STFC no regime público, mas já munindo expressamente o Poder Executivo de poderes para, diante de mudanças no cenário de exploração e fruição dos serviços de telecomunicações, alterar sua forma de prestação, por meio da eliminação de sua prestação no regime público. Na verdade, a LGT teve a inteligência de, não engessando a forma de prestação dos serviços, assumir que o setor é extremamente dinâmico e fortemente influenciado pela evolução tecnológica e, por consequência, reservar ao Poder Executivo a competência para instituir e eliminar a prestação de serviços no regime público, inclusive o STFC.

y) Por fim, a solução aqui proposta também pode ser fundamentada como base na teoria da deslegalização. Ao assim compreender, tem-se que a LGT fixou o regime público de prestação do STFC ao mesmo tempo em que ela rebaixou o grau hierárquico da norma a tratar do tema no futuro. Nesse sentido, um Decreto Presidencial poderá alterar o regime de prestação do STFC sem macular o texto legal da LGT.

z) Quanto ao Cenário E, que prevê a extinção da diferenciação dos regimes público e privados de prestação dos serviços de telecomunicações, imperiosa se revela a alteração legal. A LGT classifica os serviços de telecomunicações quanto ao regime jurídico de prestação em dois tipos, público e privado, não havendo permissivo legal para um ato normativo alterar essa classificação. Utilizando do arcabouço teórico formulado alhures, a classificação de serviços de telecomunicações em público e privado corresponde a matéria regulada por lei formal somente podendo sofrer alteração por norma de mesma hierarquia. Assim sendo, resta impossível extinguir a classificação quanto ao regime jurídico dos serviços de telecomunicações via meros atos normativos, restando imprescindível uma alteração legal. A conclusão aqui encontrada já fora apontada pela área técnica, conforme parágrafo 3.2.2.16. do Informe nº 78/2016/SEI/PRRE/SPR (...)

DA IMPLEMENTAÇÃO DO CENÁRIO DESEJADO. CENÁRIO "D".

Do Plano Geral de Outorgas.

Do Plano Geral de Outorgas como instrumento de implantação do novo modelo regulatório.

jj) O Plano Geral de Outorgas – PGO constitui-se no instrumento mais importante para a migração das atuais Concessões de STFC do regime público para o regime privado, cabendo-lhe prever as balizas e os elementos necessários à alteração do regime pelas atuais concessionárias, estruturando e viabilizando a modificação pretendida de forma juridicamente adequada, transparente e isonômica, assegurando-se o atendimento dos objetivos pretendidos bem como a segurança regulatória do setor de telecomunicações.

Prazo para a solicitação de adaptação. Relevância de estabelecimento de fixação de prazo para conclusão do processo pela Agência.

kk) A proposta fixa prazo de até doze meses a partir da publicação do PGO para que as atuais concessionárias apresentem a solicitação de adaptação ao regime privado. Este prazo deve ser suficiente para a realização de estudos por parte das concessionárias, que poderão concluir pela migração ou não de regime, e respeita a necessidade de tempo para que a Agência realize todos os procedimentos para a conclusão do processo de avaliação da solicitação.

ll) Esta Procuradoria pondera se não seria o caso de ser avaliada a fixação de prazos para a finalização do procedimento de adaptação da outorga pela Agência, sempre visando à celeridade necessária para que a implementação do novo regime regulatório seja oportuna e tempestiva.

Obrigações.

mm) A possibilidade de adaptação das atuais concessões para o regime privado, marcado por uma maior liberdade regulatória, implicará diversas desonerações, com a geração de um saldo positivo em relação aos bônus e aos ônus decorrentes da modificação de regime. Esses saldos devem ser direcionados ao atendimento de metas relativas à banda larga, com prioridade àquelas que contribuam ao alcance dos objetivos previstos no art. 2º do Decreto instituidor do PNBL, sem olvidar da manutenção das obrigações relativas aos serviços de voz fixa.

nn) A proposta apresentada no novo PGO pressupõe para a manutenção, pelo período mínimo de 24 (vinte e quatro) meses após a efetivação da adaptação, das ofertas

comerciais existentes à época da aprovação nas áreas sem competição adequada, conforme regulamentação, buscando-se evitar retrocesso na oferta de serviços de voz. No ponto, é interessante que a mencionada regulamentação da Anatel já esteja disponível quando ocorrer a aprovação da solicitação de adaptação. Caso não seja possível a edição do regulamento pertinente para que se definam com exatidão quais são as áreas sem “competição adequada”, deve ser exigida a manutenção das ofertas comerciais em todas as localidades onde houver atendimento na data da solicitação da adaptação, evitando-se vácuo normativo que possa trazer prejuízos ao usuário.

oo) Quanto à assunção de metas ou compromissos de investimento em infraestrutura de telecomunicações, foram estabelecidas prioridades no art. 16 da minuta, que reflete as diretrizes fixadas pelo Ministério das Comunicações e os objetivos do Programa Brasil Inteligente. Considerando que o Decreto instituidor do Programa Brasil Inteligente é mais amplo do que o dispositivo proposto, contemplando outros objetivos relevantes, recomenda-se que o PGO contemple a priorização de todos os objetivos indicados no art. 2º do Decreto nº 8.776/16, não se limitando àqueles previstos na Portaria nº 1.455/16 do Ministério das Comunicações.

Quanto às Garantias financeiras:

pp) Nesse ponto, esta Procuradoria recomenda que a área técnica esclareça a questão, de modo a elucidar quais serão as garantias financeiras admitidas, indicando ainda se não seria o caso de deixar a minuta de PGO mais específica nesse ponto, de modo a possibilitar que as concessionárias já tenham conhecimento acerca dos tipos de garantias que são admitidas;

Quanto ao conceito de bens reversíveis:

qq) Que sejam observadas as considerações feitas nos itens 219 a 234 deste opinativo;

rr) Esta Procuradoria não pretende com essas considerações esgotar todas as questões atinentes ao conceito de bens reversíveis, mas sim alertar para o fato de que existe regulamentação da matéria, disposições no Contrato de Concessão e até mesmo recomendações do Tribunal de Contas da União, as quais devem ser fielmente observadas, para que o saldo advindo da adaptação do regime público para o regime privado seja devidamente calculado.

ss) Ademais, com o fim de incorporar as sugestões constantes dos itens 235 a 242 deste opinativo, a Procuradoria propõe a seguinte redação para o art. 13 da minuta do PGO:

Art. 13 A solicitação de adaptação, conforme previsto no artigo anterior, deve conter:

I - Lista de bens reversíveis atualizada;

II - estimativa do valor econômico da adaptação conforme art. 14;

III - propostas de metas de implantação de infraestrutura de telecomunicações a serem assumidos, observado o disposto no art. 16. §1º.

§1º A lista prevista no inciso I deste artigo deve contemplar os bens reversíveis, conforme definição constante do contrato de concessão, ~~considerar como bens reversíveis os ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço em regime público,~~ devendo ser considerado na proporção de seu uso quando compartilhado para prestação de outros serviços de telecomunicações.

§2º. No caso dos bens reversíveis imóveis, a lista prevista no inciso I contemplará o valor de mercado destes bens.

§ 3º O valor dos bens reversíveis móveis é apurado nos termos do Contrato de Concessão, ajustado a valor presente.

tt) Caso seja acolhida essa proposta de redação, recomenda-se que seja excluído o §3º do art.14, uma vez que o conteúdo do §3º do art. 13 já abrangeria a questão disciplinada no §3º do art. 14.

Saldo resultante da adaptação e definição de obrigações.

uu) No tocante aos bens reversíveis, é importante observar que devem ser considerados todos os bens, materiais ou imateriais necessários à preservação da atualidade e da adequação do serviço prestado em regime público, nos moldes previstos no Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006. Devem ser considerados todos os bens reversíveis da concessionária, independentemente de estes constarem na RBR ou na lista disponibilizada pela solicitante. Ademais, é importante que seja considerado o valor individual e de mercado de cada um dos bens reversíveis, não sendo admitida a realização de mera estimativa.

vv) A respeito das metas ou compromissos de investimento em infraestrutura, é importante que sejam explicitadas as diretrizes e critérios específicos das obrigações de banda larga, para além das prioridades indicadas. Os investimentos em questão deverão ser realizados em localidades em que não exista atratividade econômica do empreendimento, aplicando-se o entendimento já consagrado no Parecer nº 1.287/2012/JCB/LCP/MGN/PFE/PFE-Anatel/PGF/AGU.

Quanto ao Processo de adaptação do regime público para o regime privado – apreciação pelo Tribunal de Contas da União.

xx) Como salientado neste opinativo, a apreciação do processo de adaptação pelo Tribunal de Contas da União constitui-se medida salutar, ainda mais considerando a necessidade de apuração dos saldos econômicos decorrentes da adaptação e a necessidade de estabelecimento de metas de implantação de infraestrutura de telecomunicações e dos

respectivos investimentos necessários para o cumprimento de tais metas.

Formalização da adaptação. Termo de Autorização Único.

ww) Com o novo Termo de Autorização, haverá uma única autorização englobando todos os serviços detidos pela empresa, dificultando que a concessionária, após a adaptação, renuncie apenas à outorga do STFC em locais que entenda desfavoráveis. Para tanto, recomenda-se que conste expressamente no Termo a lógica de que a renúncia necessariamente só pode ser feita em relação a todos os serviços ali previstos.

yy) A proposta prevê que, na hipótese de discordância em relação ao cômputo dos saldos econômicos decorrentes da adaptação ou aos investimentos necessários ao cumprimento das metas de implantação de infraestrutura de telecomunicações, a concessionária poderia utilizar-se do mecanismo de arbitragem, previsto nos Contratos de Concessão. Não se vislumbra óbices ao manejo do instituto da arbitragem no caso em análise, no entanto, esta Procuradoria entende que a Agência não está obrigada a se submeter à arbitragem em todas as matérias que envolvam a adaptação da outorga, mas apenas no que toca àquelas especificamente previstas no contrato de concessão. Assim, sugere-se que a Agência avalie se é interessante ou não estender a utilização do mecanismo de arbitragem para outras matérias além daquelas estabelecidas no contrato de concessão.

zz) É importante, ainda, que o procedimento, inclusive quanto aos saldos econômicos decorrentes da adaptação, esteja pronto para decisão final da Agência ao tempo da remessa dos autos para a avaliação da Corte de Contas, dirimindo-se previamente eventuais divergências quanto aos saldos econômicos e aos investimentos para a realização das metas de infraestrutura.

aaa) Na eventual implementação de mecanismo semelhante ao Fator de Redução de Desigualdades no âmbito da reavaliação do regime e escopo dos serviços de telecomunicações, é importante que seja avaliada a metodologia a ser aplicada, evitando-se distorções que permitam a utilização dos recursos em localidades economicamente atrativas para as empresas sob o argumento de tratar-se de localidades estratégicas.

Do Contrato de Concessão.

bbb) A alteração proposta na minuta de Contrato de Concessão consiste em prever a possibilidade de adaptação ao regime privado, nos termos do PGO;

cc) De fato, como salientado neste opinativo, a proposta apresentada pela área técnica (cenário D) é juridicamente adequada, não havendo necessidade de alteração legislativa para tanto. Dessa feita, não se vislumbra qualquer óbice à possibilidade de adaptação contida na minuta de PGO e, por via de consequência, na minuta de contrato de concessão. Trata-se de previsão que efetivamente possibilita a implantação do cenário desejado;

54. Verifica-se, portanto, que esta Procuradoria destacou que a proposta apresentada pela área técnica no cenário D é juridicamente adequada, não havendo necessidade de alteração legislativa para tanto, bastando a adaptação contida na minuta de PGO e, por via de consequência, na minuta de contrato de concessão. Por outro lado, destacou-se a necessidade de alteração legislativa para a implementação do cenário E.

55. No entanto, enquanto não implementadas, seja a alteração do PGO, seja alteração legislativa, persiste o regime público do STFC e o dever do poder público de garantir sua continuidade e universalização.

56. Nesse sentido, uma vez frustrada a licitação em relação ao Lote I-A e II, e extinta a concessão da SERCOMTEL, tal extinção, nos termos do art. 112, parágrafo único da LGT, devolve à União, os direitos e deveres relativos à prestação do serviço. Em outras palavras, cabe ao poder concedente retomar o serviço, de modo a garantir sua continuidade e a universalização.

57. Ademais, com a extinção da concessão mediante a decretação da sanção de caducidade, os bens vinculados à concessão, que eram de propriedade da concessionária SERCOMTEL, passarão a ser de propriedade do poder concedente.

58. Na Minuta de Edital, no caso de Concessão de STFC Local (Lote I-A), constitui-se como objeto do referido Lote também “o direito de uso dos bens listados no ANEXO I, pelo prazo da concessão”. Tal “direito de uso”, no entanto, não consta como objeto do Lote III. Nesse caso, repita-se, os bens passarão a ser de propriedade do poder concedente e a faculdade de usar os bens também continuará como um direito do poder concedente. Essa disciplina prevista na Minuta de Edital está em conformidade com a LGT, na medida em que vincula a utilização dos bens reversíveis a uma concessão, de modo que o direito à utilização desses bens somente ocorrerá por parte de quem se dispõe a assumir a prestação do serviço em regime público, com todas as obrigações inerentes a esse regime, inclusive as de continuidade e universalização.

59. A reversibilidade dos bens afetos à prestação do serviço em regime público tem por objetivo garantir a manutenção do serviço mesmo após o encerramento da concessão. Busca assegurar meios para que se prossiga na prestação do serviço essencial, sem interrupções que acarretem prejuízos aos usuários quando da retomada pelo poder concedente.

60. Sobre a reversibilidade dos bens que integram a concessão de serviços de telecomunicações, vale transcrever as considerações tecidas por esta Procuradoria, por meio do Parecer nº 00842/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, *verbis*:

2.1. Considerações gerais acerca da reversibilidade dos bens que integram a concessão de serviços de telecomunicações.

5. Dada a relevância do tema, antes de adentrarmos especificamente nos questionamentos jurídicos apresentados pelo corpo técnico da Agência, é importante realizarmos algumas considerações a respeito da característica da reversibilidade de bens afetados à concessão.

6. Os serviços públicos de telecomunicações prestados em regime público, por serem

considerados essenciais, estão submetidos a obrigações de universalização e de continuidade, consoante previsto na Lei Geral de Telecomunicações - LGT, que determina:

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

7. O princípio da continuidade, assim, corresponde a um pilar que sustenta a prestação dos serviços de telecomunicações prestados em regime público e objetiva garantir, por meio das obrigações correspondentes, que o usuário possa usufruir do serviço de forma ininterrupta e de forma adequada.

8. Ao dispor sobre o princípio em análise, Celso Ribeiro Bastos destaca a relevância da não interrupção do serviço essencial:

O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade. (...) Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso do fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou de seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória.

9. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o princípio da continuidade decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa e destaca:

Com efeito, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias.

10. No Parecer nº 126/2012/ICL/PGF/PFE-Anatel, que tratou de dúvidas jurídicas concernentes à reversibilidade de bens atrelados à concessão, esta Procuradoria Federal Especializada pronunciou-se, a respeito das obrigações de continuidade do serviço público de telecomunicações:

30. A obrigação de continuidade do serviço prestado em regime público, por conseguinte, deve ser compreendida de forma a abranger, necessariamente, obrigações de promoção da atualidade do serviço e de manutenção da modicidade da respectiva tarifa.

31. A atualidade do serviço em regime público constitui-se na necessidade do emprego, pelas concessionárias, de modernos equipamentos, instalações e técnicas, como o caminho natural a ser seguido rumo à adaptação do serviço concedido às contemporâneas exigências da sociedade.

32. É da essência do serviço público sua adaptação conforme a variação das necessidades e a alteração dos modos possíveis de sua solução. Há um dever para a Administração de atualizar a prestação do serviço, tomando em vista as modificações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes. Isso significa a ausência de direito adquirido dos prestadores do serviço e dos usuários à manutenção das condições anteriores originais. [...]

34. O serviço prestado no regime público deve ser remunerado mediante tarifa, as quais devem ser módicas, de modo a não onerar excessivamente os usuários. O zelo com a razoabilidade das tarifas decorre da caracterização do serviço como essencial à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da sociedade.

35. Tem-se, portanto, que ao fim da concessão é imperioso que existam condições factíveis para que o serviço prestado em regime público seja mantido incólume (princípio da continuidade), mantendo-se todos os requisitos da sua prestação adequada, leia-se, com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das suas tarifas.

36. Assim, a manutenção do STFC em condições adequadas, em especial com continuidade, atualidade e a preços módicos deve ser sustentada após o decurso do prazo

da concessão, o que deverá ser alcançado por meio da manutenção dos bens, materiais e imateriais, dos quais resultam as receitas complementares, alternativas e acessórias auferidas pela concessionária. A concessão, portanto, é um meio para que seja possível a concretização de políticas públicas e, por conseguinte, a reversão é que permitirá que, ainda que haja a extinção da Concessão, tais valores fundamentais estatais sejam mantidos sem comprometimentos de nenhuma ordem.

[grifos existentes no original]

11. A garantia da continuidade dos serviços de telecomunicações pode ser considerada, portanto, o fundamento da característica de reversibilidade atribuída aos bens da concessão, eis que é imperioso que o serviço seja mantido, sem interrupções injustificadas que prejudiquem a população.

12. Nesse aspecto, cumpre, mais uma vez, a transcrição dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A razão principal da reversão reside precisamente nisto, a saber: dado o caráter público do serviço, isto é, atividade havida como de extrema relevância para a comunidade, sua paralisação ou suspensão é inadmissível, por ofensiva a valores erigidos socialmente como de superior importância. O Poder Público, como guarda e responsável pela defesa dos interesses públicos, não pode permitir que estes sejam sacrificados ou postergados em nome de objetivos ou interesses particulares, individuais. Por isso, é assente na doutrina o princípio da continuidade do serviço público, o qual supõe a reversão como meio de dar seguimento à prestação da atividade, quando extinta a concessão do serviço.

13. A reversibilidade dos bens afetados à prestação do serviço público em regime público tem por objetivo garantir a manutenção do serviço mesmo após o encerramento da concessão. Busca assegurar meios para que se prossiga na prestação do serviço essencial, sem interrupções que acarretem prejuízos aos usuários quando da retomada pelo Poder Público.

14. Considerando a necessidade de que estes bens, reversíveis ao final da concessão, possam assegurar a continuidade e a atualidade do serviço prestado em regime público, a LGT, em diversos dispositivos, assegurou a reversibilidade dos bens afetados à concessão. Nesse sentido, vejamos os seguintes dispositivos da LGT:

Art. 86. A concessão somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para explorar exclusivamente serviços de telecomunicações. (Redação dada pela Lei nº 12485, de 2011)

Parágrafo único. Os critérios e condições para a prestação de outros serviços de telecomunicações diretamente pela concessionária obedecerão, entre outros, aos seguintes princípios, de acordo com regulamentação da Anatel: (Redação dada pela Lei nº 12.485, de 2011)

[...]

III - existência de mecanismos que assegurem o adequado controle público no que tange aos bens reversíveis. (Incluído pela Lei nº 12485, de 2011)

Art. 101. A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência.

Art. 102. A extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis.

Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

15. Cabe lembrar, por oportuno, que a LGT, por expressa disposição legal (art. 210), afasta, em relação aos serviços de telecomunicações, a aplicação da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regula as reversões nas concessões em geral:

Art. 210. 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.

16. O Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, por sua vez, estipula que o patrimônio da Agência é constituído pelos bens que reverterem ao Poder Concedente (art. 3º, inciso III), objetivando de maneira bastante clara tanto a possibilidade de exploração direta ou mediante outorga, na forma do art. 21, XI, da CF/88 para que o serviço não seja interrompido.

17. A preocupação com a continuidade dos serviços públicos objeto da concessão também foi retratada na definição de bens reversíveis constante no art. 3º, IV, do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006:

Art. 3º Para efeitos deste Regulamento, são adotadas as seguintes definições:

[...]

IV - Bens Reversíveis: equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público;

18. A reversibilidade dos bens da concessão foi expressamente consignada nos Contratos de Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC em regime público. Os Capítulos XXII e XXIII dos Contratos de Concessão estabeleceram, inclusive:

Capítulo XXII - Dos Bens Vinculados à Concessão

Cláusula 22.1. Integram o acervo da presente concessão, sendo a ela vinculados, todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária, bem como de sua controladora, controlada, coligada ou de terceiros, e que sejam indispensáveis à prestação do serviço ora concedido, especialmente aqueles qualificados como tal no Anexo 01 - Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local.

(...)

§ 2º Integram também o acervo da concessão as atividades e processos necessários à prestação do STFC em regime público, objetivando a preservação da continuidade do serviço, levando em consideração a essencialidade desses itens e as constantes mudanças tecnológicas inerentes a sua prestação.

(...)

§ 5º A Concessionária se obriga, nos termos da regulamentação, a apresentar, anualmente, relação contendo os bens vinculados à concessão, conforme definição da cláusula 22.1.

§ 6º A regulamentação disporá sobre identificação e controle dos bens reversíveis, em especial, quanto aos casos de alienação, oneração ou substituição, que dependerão de prévia aprovação da Anatel, devendo estes bens estar claramente identificados na relação apresentada anualmente pela Concessionária.

§ 7º Os bens indispensáveis à prestação do serviço e que sejam de uso compartilhado pela Concessionária, fazem parte da relação apresentada anualmente pela Concessionária.

Capítulo XXIII - Do Regime de Reversão

Cláusula 23.1. Quando da extinção da concessão reverterão automaticamente à Anatel todos os bens vinculados à concessão definidos do Capítulo XXII, resguardado à Concessionária o direito às indenizações previstas na legislação e neste Contrato.

Cláusula 23.2. A Concessionária se obriga a entregar os bens reversíveis em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção, sem prejuízo do desgaste normal resultante do seu uso.

Parágrafo único. Os bens reversíveis serão transferidos a Anatel livres de quaisquer ônus ou encargos, observada a hipótese do § 2º da cláusula seguinte.

19. Como pode ser observado, todo o sistema jurídico do setor de telecomunicações é direcionado para a reversão dos bens vinculados à concessão, assim entendidos aqueles bens e direitos pertencentes ao patrimônio da Concessionária e de suas controladoras, controladas, coligadas ou de terceiros, que sejam indispensáveis à prestação do serviço concedido.

(...)

61. Verifica-se, portanto, que toda a sistemática de reversão dos bens vinculados à concessão visa justamente permitir que o poder concedente possa retomar o serviço, assegurando-lhe sua continuidade e a universalização.

62. Em suma, de modo a contextualizar tal sistemática à realidade fática ora analisada, esta Procuradoria entende que, extinta a concessão da SERCOMTEL, por meio da caducidade, cabe ao poder concedente ou outorgar o serviço a outro concessionário (Lote I-A ou II) ou, caso frustrada a licitação em relação a esses lotes, prestar ele mesmo o serviço. Tal situação é necessária ao menos até que seja alterado o PGO ou extinto o regime de concessão por meio de lei.

63. No entanto, isso não impede que seja licitado o Lote III (caso frustrada a licitação em relação aos lotes antecedentes), de modo a que, paralelamente ao dever do poder concedente de retomar o serviço, seja outorgada autorização do STFC (regime privado), de modo a reduzir riscos à descontinuidade do serviço. Ou seja, trata-se de medida paralela que não desonera o poder concedente de seu dever de retomada do serviço, com os direitos (tais como a propriedade e a utilização dos bens reversíveis) e deveres (continuidade e universalização) a ele atinentes. Ademais, tal medida propicia a inclusão de mais um prestador nas localidades relacionadas ao Lote III.

64. Nesse sentido, insta observar os compromissos constantes da Minuta do Edital:

Informe nº 162/2017/SEI/PRRE/SPR:

DOS COMPROMISSOS

3.36. Os compromissos de atendimento estão previstos no Anexo II da minuta de Edital prevista e abarcam: (i) a manutenção do atendimento aos usuários do STFC, conforme previsto no PGMU III; (ii) a manutenção do atendimento aos usuários de SCM; e (iii) a manutenção do atendimento às localidades onde atualmente só há serviço ofertado pelo grupo SERCOMTEL.

3.37. Os compromissos relacionados no item (i) estão traduzidos a termo da seguinte forma:

ANEXO II (...)

1. A proponente vencedora deverá dar cumprimento às obrigações previstas no Plano Geral de Metas para Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime

Público – PGMU, conforme Decreto nº 7.512, de 30 de junho de 2011, ou outro que venha a substituí-lo;

2. A proponente vencedora deverá manter o atendimento de todos os assinantes do STFC atendidos dentro do Setor 20 do PGO, pela Sercomtel Telecomunicações S/A, no dia anterior a data da publicação do extrato do Contrato de Concessão celebrado entre a Anatel e a proponente vencedora, no Diário Oficial da União – DOU; (grifos nossos)

3.38. Os compromissos relacionados no item (ii) estão traduzidos a termo da seguinte forma:

ANEXO II (...)

3. A proponente vencedora deverá manter, mediante qualquer serviço de telecomunicações que esteja outorgada, o atendimento em banda larga dos usuários de SCM atendidos dentro do Setor 20 do PGO, pela Sercomtel Telecomunicações S/A, no dia anterior à data da publicação do extrato do Contrato de Concessão previsto no item anterior. (grifos nosso)

3.39. Os compromissos relacionados no item (iii) estão traduzidos a termo da seguinte forma:

1.1.1. A autorizada tem prazo de até 18 (dezoito) meses, contado a partir da data de publicação, no Diário Oficial da União – DOU, do extrato do Termo de Autorização para Uso de Radiofrequências, para a entrada em operação do sistema de telecomunicações, sob pena de extinção da autorização de uso da radiofrequências correspondente.

(...)

ANEXO II (...)

1. A proponente vencedora deverá atender, com o Serviço Móvel Pessoal em quaisquer radiofrequências que detenha, as localidades abaixo indicadas:

TABELA

** a tabela acima deverá ser preenchida com as localidades dentro da Área de Registro nº 43 em que haja atendimento apenas pela Sercomtel. (grifos nossos)*

*** a tabela acima será preenchida antes do envio da proposta ao Conselho Diretor*

3.40. Os compromissos listados nos itens (i) e (ii) aplicam-se aos Lotes I-A, II e III. Exceção é feita para parte dos compromissos do item (i), sobre atendimento ao PGMU, que não se aplicam ao Lote III, por não haver Concessão do STFC no objeto de tal Lote.

3.41. Já os compromissos listados no item (iii) aplicam-se aos Lotes I-B, II e III.

65. Verifica-se que a Minuta de Edital estabelece como compromisso, no Lote III, a manutenção do atendimento aos usuários do STFC. No entanto, não se exige o atendimento do PGMU, por não haver concessão, e sim autorização.

66. Em relação ao compromisso de atendimento aos usuários do STFC, no Lote III, por meio de autorização, como já salientado, não se vislumbra qualquer óbice, na medida em que tal compromisso tem como escopo evitar riscos à descontinuidade do serviço.

67. No entanto, vale novamente frisar, tal compromisso não desonera o poder concedente de, após a extinção da concessão da SERCOMTEL – e enquanto não houver novo concessionário, ou enquanto não alterado o PGO ou extinto o regime de concessão, por meio de lei – prestar diretamente o STFC, dado o regime público a ele atinente, em tais localidades, com os direitos (bens reversíveis) e deveres (continuidade e universalização) que lhe são inerentes.

68. Nesse ponto, portanto, muito embora, em relação ao Lote III, não se exija do licitante vencedor o atendimento do PGMU, cabe ao poder público garantir tal atendimento, em prol dos usuários de tais localidades.

69. Outrossim, no que se refere à manutenção do atendimento às localidades onde atualmente só há serviço ofertado pelo grupo SERCOMTEL (item 3.36, iii, do Informe nº 162/2017/SEI/PRRE/SPR), esta Procuradoria recomenda que tais localidades sejam expressamente enumeradas no Edital, de modo a deixar claro o compromisso do licitante vencedor, a fim de evitar que, no cumprimento da obrigação, haja discussões administrativas e judiciais quanto a determinada localidade estar ou não incluída na obrigação.

70. Nesse sentido, cumpre registrar que, no Informe nº 162/2017/SEI/PRRE/SPR e na Minuta de Edital, consta a informação de que a tabela deverá ser preenchida com as localidades em que haja atendimento apenas pela SERCOMTEL, inclusive, antes do envio da proposta ao Conselho Diretor.

(c) Dos bens reversíveis.

71. Quanto aos bens reversíveis, o corpo técnico apresentou os seguintes esclarecimentos no Informe nº 162/2017/SEI/PRRE/SPR:

3.10. Outro aspecto importante de ser debatido é a definição dos bens reversíveis cujo direito de uso será objeto da presente proposta de certame e cujo rol constará anexo ao Edital. O tema, após discussões conduzidas pelas áreas técnicas para o presente caso, foi levado ao Conselho Diretor em reunião técnica. Assim, a proposta aqui constante utiliza-se das diretrizes obtidas naquela reunião. Este ponto será melhor apresentado no item a seguir, sobre os objetos da licitação.

[...]

3.22. Há que se comentar também quanto a parte do objeto que se refere ao direito de uso dos bens listados no ANEXO I do Edital e as premissas utilizadas para a definição de tal rol.

3.23. O levantamento de tais bens está sendo feito por meio de fiscalização, que visa levantar aqueles indispensáveis à continuidade do serviço no regime público (Concessão do STFC no Setor 20 da Região II do PGO).

3.24. Nesse rol de bens, há alguns que são compartilhados com a prestação de outros serviços de telecomunicações, em regime privado, e que merecem especial atenção.

3.25. Na proposta de revisão da regulamentação sobre bens reversíveis (processo nº 53500.056388/2017-85, item 19 da Agenda Regulatória), estes bens compartilhados estão sendo considerados reversíveis (por serem essenciais à continuidade do serviço em regime público) de maneira proporcional "com base na média aritmética da estimativa de uso da infraestrutura compartilhada, pelo serviço prestado no regime público, dos últimos 3 (três) anos" (art. 19 da proposta elaborada pela área técnica).

3.26. Sobre a referida proposta, a Procuradoria Federal Especializada se manifestou por meio do Parecer nº 01000/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, nos seguintes termos:
[...]

3.27. Cabe destacar, entretanto, que toda a proposta acima construída a respeito dos bens compartilhados considera, como premissa, o término da Concessão em seu prazo final original, quando esta reversibilidade proporcional poderia se dar por meio de contratos de cessão de uso de parte da capacidade da rede, celebrado entre aquele que detiver a posse dos bens (a Concessionária original) e aquele que for escolhido para dar continuidade ao serviço em regime público.

3.28. Em uma situação de extinção da Concessão antes deste prazo, como no presente caso, em que se discute sua caducidade ao menos sete anos antes do término original por dificuldades de a Concessionária manter a rede em operação e a prestação do serviço, a situação de compartilhamento torna-se crítica para a continuidade do serviço, pois se torna inviável o modelo supracitado de contrato de cessão de uso parcial desta rede.

3.29. Desta forma, esta área técnica entende que, para fins do presente caso, ao delimitar o rol de bens que constarão anexos ao Edital, os bens compartilhados devem compor integralmente tal lista, sob pena de se colocar em risco a continuidade do serviço prestado em regime público naquela área.

3.30. Outra questão que merece destaque é a proposta de Lote III, especificamente no que diz respeito ao STFC na modalidade Local, que, neste caso, será outorgado em regime privado, por meio de autorização.

3.31. A LGT determina, em seu artigo 112, que a concessão extingui-se-á por advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão e anulação, sendo que a extinção devolve à União os direitos e deveres relativos à prestação do serviço. Ainda, o artigo 117 estabelece que, extinta a concessão antes do termo contratual, a Agência poderá, sem prejuízo de outras medidas cabíveis: "(i) ocupar, provisoriamente, bens móveis e imóveis e valer-se de pessoal empregado na prestação dos serviços, necessários a sua continuidade; e (ii) manter contratos firmados pela concessionária com terceiros, com fundamento nos incisos I e II do art. 94 desta Lei, pelo prazo e nas condições inicialmente ajustadas".

72. De início, é importante salientar que o posicionamento desta Procuradoria é no sentido de que, nas atuais concessões, a reversibilidade de bens envolve a transmissão da propriedade destes, consoante já explicitado no Parecer nº 00842/2017/ PFE-ANATEL/PGF/AGU:

46. De início, cumpre salientar que os bens integrantes da concessão são de propriedade da concessionária, devendo reverter ao Poder Concedente no momento da extinção da concessão, seja em razão de seu termo final, seja de forma antecipada, nas hipóteses previstas na LGT.

47. Os bens essenciais à concessão encontram-se, assim, sob o domínio do concessionário, estando, no entanto, sujeitos ao mesmo regime dos bens de uso especial, referidos no art. 99, inciso II, do Código Civil. Justamente por esta razão, a alienação ou substituição dos bens reversíveis encontra-se sujeita à anuência da Agência Reguladora, nos termos do art. 101 da LGT.

48. O Regulamento de Controle de Bens Reversíveis em vigor, aprovado pela Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006, corrobora este entendimento ao apresentar a seguinte definição para os bens reversíveis:

RCBR

Art. 3º Para efeitos deste Regulamento, são adotadas as seguintes definições:

[...]

*IV - Bens Reversíveis: equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou **direito integrantes do patrimônio da Prestadora**, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público;*

49. A premissa de que os bens privados que integram o acervo da concessão pertencem à concessionária é também uma diretriz constante do Contrato de Concessão, que prevê:

Contrato de Concessão

Cláusula 22.1. Integram o acervo da presente concessão, sendo a ela vinculados, todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária, bem como de sua controladora, controlada, coligada ou de terceiros, e que sejam indispensáveis à prestação do serviço ora concedido, especialmente aqueles qualificados como tal no Anexo 01 - Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local.

50. No ponto, é pertinente destacar o magistério de Marçal Justen Filho[4]:

[...]

51. Dessa forma, os bens reversíveis são de propriedade da concessionária de serviços públicos de telecomunicações, bem como de suas controladoras, coligadas ou mesmo de terceiros, com posse e propriedade reversíveis ao Poder Público com o término da concessão.

[...]

55. De plano, portanto, verifica-se que a extinção do contrato de concessão implicará a transmissão automática da posse dos bens reversíveis ao Poder Concedente. A transmissão

da posse abrangerá toda a universalidade de fato dos bens reversíveis, sendo que a Agência poderá avaliar se existem bens que não deverão ser revertidos, tais como os bens inservíveis à concessão.

[...]

58. Nesse aspecto, é relevante destacar que a reversão dos bens é um efeito decorrente da extinção da concessão, cabendo à Agência apenas declarar por meio de um ato administrativo que deverá ser acompanhado de um Termo de Reversão de Bens, consoante previsto no contrato.

59. Importante destacar, no ponto, que não há dúvidas no sentido de que a propriedade dos bens reverterá ao Poder Concedente. O Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, que aprovou o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações é expresso ao estabelecer que o patrimônio da Agência é constituído também pelos bens que forem revertidos ao Poder Público em razão das concessões de serviços de telecomunicações, *in verbis*:

[...]

60. Vale registrar que o Decreto nº 2.338, de 1997, já havia sido editado à época da assinatura do Contrato de Concessão celebrado entre a prestadora e a Anatel, e esse dispositivo se mantém vigente desde então, integrando o arcabouço normativo vigente à época das prorrogações do Contrato de Concessão, em 2005 e em 2011, o que deixa claro que a prestadora tinha ciência, ao assinar o Contrato e ao assinar suas prorrogações, que o direito de propriedade dos bens reversíveis seria transferido ao fim do contrato de concessão.

61. Ademais, merece destaque o texto do parágrafo único do art. 102 da LGT:

LGT

Art. 102. A extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis.

Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

62. Observa-se que o dispositivo prevê, para os casos de reversão antes do fim do prazo contratual, a possibilidade de "*pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido*".

63. Esse dispositivo é suficiente para demonstrar que posse e propriedade dos bens são revertidas ao Poder Público. Se há, para determinadas hipóteses, um dever de indenizar, a justificativa para esse dever só poderia ser a transferência do direito de propriedade, o que, nesse universo de casos em que o investimento ainda não se amortizou ou depreciou, implicaria uma perda para a Concessionária. Não faria sentido considerar que o Poder Público indeniza, em razão da mera transferência da posse dos bens.

64. Desse modo, os bens que reverterem ao Poder Concedente em decorrência das outorgas de serviços de telecomunicações irão compor o patrimônio da Agência até que sejam transferidos para o novo prestador do serviço de telecomunicações objeto da concessão extinta.

65. Em conclusão, respondendo ambos os questionamentos: Com a extinção da concessão a posse dos bens é transferida automaticamente, devendo a Anatel, após os procedimentos adequados, editar um ato com efeitos meramente declaratórios apontando quais bens tiveram a propriedade transferida ao seu patrimônio.

[...]

87. Os bens indispensáveis à nova concessão ou permissão serão transferidos pelo contrato de concessão/termo de permissão, em conformidade com o disposto no arts. 93, XI, e 120, VII e IX da LGT:

[...]

88. Caso a extinção da concessão passe a produzir seus efeitos em momento posterior à conclusão do procedimento licitatório que escolherá a empresa que eventualmente sucederá a Sercomtel na prestação dos serviços de telecomunicações objeto dos contratos de concessão extintos, e autorizado que esta inicie, desde logo, a exploração do STFC, a transferência da propriedade poderá ocorrer tão logo o Contrato de Concessão passe a surtir seus efeitos.

89. Em outras palavras, é possível que os bens sejam transferidos para o Poder Concedente e, ato contínuo, sejam transferidos para o novo concessionário/permissionário/autorizatório, mediante ato administrativo exarado pela Anatel e por força do Contrato de Concessão.

90. No caso de o Poder Público ter que assumir diretamente o serviço, por força de um eventual lapso temporal entre a extinção da concessão e a conclusão do processo licitatório de onde exsurgirá a empresa que sucederá na prestação dos serviços, os bens deverão ser transferidos ao Poder Concedente e, tão logo seja possível o início da exploração dos serviços por parte do vencedor do certame, poderão ser transmitidos para este.

91. Importante destacar que, como salientado anteriormente, a propriedade dos bens reverterão ao Poder Concedente, consistindo em verdadeiro ato translativo de propriedade.

73. Dessa forma, a propriedade dos bens reverte ao Poder Concedente, que poderá, no caso da continuidade do serviço ser assegurada por terceiros, transferir à vencedora do certame todos os bens

necessários para garantir a continuidade da prestação do STFC em regime público. Em outras palavras, os bens necessários à Concessão terão suas propriedades transferidas à União.

74. No caso em análise, a proposta, quando licita concessão de STFC, visa outorgar o direito de uso dos bens que reverterem à União ao novo concessionário.

75. Muito embora os bens indispensáveis à prestação do serviço concedido devam ter suas propriedades revertidas ao Poder Concedente, não se vislumbram óbices, sobretudo considerando-se a situação peculiar do certame ora em análise, que implicará uma concessão com prazo reduzido (encerrando-se em 2025), a que a Poder Concedente transfira apenas a posse dos bens de sua propriedade. Ou seja, não obstante exista a possibilidade jurídica de transferir a própria propriedade dos bens revertidos ao novo concessionário, parece razoável e adequada a proposta da área técnica de transferir apenas a posse de tais bens.

76. Importante ponderar, ainda, que, embora a proposta da área técnica utilize a terminologia "direito de uso" dos bens reversíveis, esta Procuradoria entende que é pertinente que se faça uso, em substituição, do termo "posse" dos bens reversíveis, que será automaticamente revertida ao Poder Concedente com o término da concessão, com o intuito de uniformizar a terminologia utilizada com aquela prevista no art. 102 da LGT.

77. No ponto, cumpre destacar que embora o art. 102 da LGT utilize o termo "posse", conforme já salientado por esta Procuradoria no Parecer acima mencionado (Parecer nº 00842/2017/ PFE-ANATEL/PGF/AGU), tanto a posse quanto a propriedade dos bens da concessionária de serviços públicos de telecomunicações são revertidas ao poder concedente no término da concessão. A transmissão da posse é automática e a transmissão da propriedade é feita após os levantamentos, avaliações e liquidações necessárias.

78. De qualquer sorte, repita-se, dadas as peculiaridades do presente certame, entende-se razoável e adequada a proposta da área técnica de transferir apenas a posse de tais bens.

79. Considerando que a proposta da área técnica pretende que o novo Concessionário detenha apenas a posse dos bens reversíveis, esta Procuradoria pondera se não seria interessante incluir na proposta a previsão de que eventuais tributos e demais obrigações e encargos relativos a estes bens, passe a ser de responsabilidade do Concessionário.

80. Isso porque, não obstante a propriedade destes bens possa ser mantida pela União, é possível transferir a responsabilidade pelo pagamento de tributos por meio de contrato. Apesar de esta previsão não poder ser oposta à Fazenda Pública, nos termos do art. 123 do Código Tributário Nacional, uma cláusula contratual nesse sentido autorizaria que, caso o concessionário não efetue o pagamento dos tributos ou encargos, o Poder Concedente venha a buscar o ressarcimento destes tributos por força do contrato, tal como ocorre no âmbito do direito imobiliário.

81. Ainda quanto a este aspecto, é importante observar os termos das Cláusulas 20.2 e 20.3 da minuta de Contrato de Concessão, que assim dispõe:

Cláusula 20.2. Quando da extinção da concessão reverterá automaticamente à Anatel o direito de uso dos bens qualificados no Anexo 01 deste Contrato.

Parágrafo único. Até 180 (cento e oitenta) dias após o advento da extinção da concessão será procedida uma vistoria dos bens que a integram e lavrado um Termo de Devolução, com indicação detalhada do estado de conservação dos mesmos, facultado o acompanhamento por representante(s) da Concessionária.

Cláusula 20.3. A Concessionária se obriga a entregar os bens qualificados no Anexo 01 deste Contrato em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção, sem prejuízo do desgaste normal resultante do seu uso.

Parágrafo único. Os bens qualificados no Anexo 01 deste Contrato serão transferidos à Anatel livres de quaisquer ônus ou encargos.

82. Neste ponto, é relevante fazer-se uma ponderação. Não obstante se permita que a União transfira somente a posse dos bens que sejam necessários à prestação do serviço concedido, é possível que, ao longo do período contratual, exista a necessidade de serem agregados outros bens que passem a ser indispensáveis à prestação do serviço, além de eventual necessidade de substituição daqueles constantes da relação anexa ao Edital.

83. No entanto, não se observa na proposta da área técnica qualquer regramento a respeito do tema.

84. De início, cumpre destacar que o art. 93, inciso XI, da LGT deixa transparecer não serem os bens reversíveis imprescindíveis, como já salientado por esta Procuradoria, por meio do Parecer nº 00508/2016/PFE-ANATEL-SEDE/PGF/AGU:

167. Analisando o problema sob uma perspectiva eminentemente jurídica, não se percebe impeditivo legal para a pretensão da área técnica em excluir os bens reversíveis do STFC. Em primeiro lugar, a própria LGT deixa transparecer não serem os bens reversíveis imprescindíveis, relegando sua existência à Agência Reguladora, conforme se extrai da literalidade da expressão "*se houver*" contida no art. 93, XI da LGT:

Art. 93, LGT. O contrato de concessão indicará:

(...)

XI - os bens reversíveis, se houver;

168. leitura do texto acima mencionado, a própria existência da reversibilidade nos contratos de concessão é uma faculdade legal. Contudo, como consta dos contratos atuais, deve ser observada. Ocorre que os bens reversíveis somente são previstos para os serviços prestados em regime público, seja na modalidade de outorga de concessão (art. 93, XI da LGT), seja na permissão (art. 120, IX da LGT), não havendo a previsão da sua existência para a figura jurídica da autorização de serviços de telecomunicações, vinculada ao regime privado. Nesse diapasão, ao se converter os contratos de concessão do STFC para autorizações (Cenários D e E), os bens reversíveis podem deixar de existir para aquelas

prestadores optantes pelo novo regime do STFC proposto, desde que o saldo daí decorrente seja convertido em obrigações equivalentes, tal qual determina o art. 4º do Decreto nº 8.776/2016.

169. A questão que fica, então, é a de saber como proteger o STFC, em seu novo modelo de prestação, de soluções de continuidade. Conforme assentado alhures, a área técnica - com fulcro nas conclusões do Relatório da Consultoria Contratada - propõe o uso de mecanismos outros, como o aviso prévio, atrelamento de zonas, desapropriação e intervenção administrativa, inferindo ainda ser preferível a posituação em lei da desapropriação e da intervenção administrativa, enquanto o aviso prévio e o atrelamento de zonas poderiam constar em dispositivo infralegal.

3.2.5.11. Seria necessário, contudo que fossem previstas em legislação as possibilidades de intervenção administrativa (hoje admitida apenas para as concessões) e desapropriação. O art. 100 da LGT, que versa sobre o tema (desapropriação) não dispõe sobre a desapropriação de bens **da** concessionária, mas de bens pertencentes a terceiros, a serem utilizados e indenizados **pela** concessionária:

Art. 100. Poderá ser declarada a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão, de bens imóveis ou móveis, necessários à execução do serviço, cabendo à concessionária a implementação da medida e o pagamento da indenização e das demais despesas envolvidas.

3.2.5.12. Diante disso, é necessário que o referido dispositivo seja criado, restando inaproveitável o art. 100 acima transcrito para os fins apresentados.

3.2.5.13. As demais medidas, aviso prévio de intenção de abandonar o serviço e o atrelamento de zonas podem ser implementadas em dispositivo infra-legal, em Resolução a ser expedida pela Anatel.

170. Passa-se a explicar cada um desses institutos.

171. O aviso prévio consiste na estipulação de um período mínimo para se organizar os procedimentos de escolha de uma prestadora substituta sem que haja descontinuidade na prestação dos serviços.

172. Pelo atrelamento de zonas, vinculam-se áreas mais atrativas economicamente com outras menos atrativas, de modo que a desistência da prestadora daquela área menos atrativa importe forçosamente na desistência também da área mais atrativa.

173. No tocante aos dois institutos acima, concorda-se com a área técnica no sentido de não ser necessária lei em sentido formal para que seja possível a Agência se valer deles como forma de garantir a continuidade da prestação do STFC quando este migrar para o regime privado.

174. Pela desapropriação, o Poder Público retira coercivamente a propriedade da prestadora para, assumindo os bens expropriados, prestar (direta ou indiretamente) o serviço anteriormente ofertado pela expropriada. Conforme o trecho acima colacionado, a área técnica entende ser necessária a previsão legal expressa para a Administração Pública desapropriar os bens da prestadora, pois o art. 100 da LGT não se prestaria para fundamentar essa hipótese.

175. Apesar de se concordar com a área técnica no tocante à interpretação do art. 100 da LGT, entende-se ser possível desapropriar os bens da prestadora com fundamento no Decreto-lei n. 3.365/41, que regula a desapropriação por utilidade pública. *In casu*, o art. 5º, "h", do referido diploma normativo prescreve a possibilidade de se desapropriar um bem (por óbvio, uma coletividade de bens também) caso ele seja útil à exploração de um serviço público. Ademais, doutrina abalizada defende ser o rol do art. 5º do Decreto-lei n. 3.365/41 meramente exemplificativo[20], logo a desapropriação de bens das prestadoras pela União seria juridicamente possível. Em suma, embora seja bastante interessante uma previsão específica na LGT, atualmente já existe respaldo jurídico para a desapropriação, caso necessária.

176. Por fim, a intervenção administrativa importa no ingresso da Agência no controle momentâneo da prestadora para aferir a regularidade da prestadora como um todo (e.g. qualidade da prestação do serviço e saúde financeira). Atualmente, a intervenção administrativa está prevista nos arts. 82, 110 e 111 da LGT, onde se percebe claramente sua vinculação ao regime público, posto sua finalidade ser garantir a continuidade e sua regulamentação está inserida no título que trata do regime público.

177. Nesse sentido, inclusive tomando como paradigma o sistema financeiro e o setor de energia elétrica, seria efetivamente necessário, caso se possua a intenção de prever a intervenção administrativa para o regime privado atualmente existente ou para um eventual regime único, no cenário E, que houvesse alteração legislativa. Atualmente, a intervenção administrativa das instituições financeiras encontra-se regulada pela Lei n. 6.024/1974 e Decreto-lei n. 2.321/87 (regula o RAET), enquanto a Lei n. 12.767/2012 dispõe sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica. Como em setores similares a intervenção administrativa encontra expressa previsão legal e hoje a LGT apenas aborda a intervenção administrativa para o regime público, necessário então fazer uso de lei para criar essa opção às futuras autorizações do STFC.

178. Em resumo, entende essa PFE, quanto às medidas sugeridas pela consultoria, que é necessária a edição de lei apenas quanto à previsão de intervenção em concessionárias que migraram para o regime de autorização. Em relação às demais medidas, não há necessidade de edição de lei para prevê-las, valendo salientar, quanto à desapropriação, a possibilidade de bens da prestadora serem desapropriados pela União, na forma do Decreto-lei nº 3.365/1941. Sobre esse último ponto, vale destacar, contudo, que não há óbices jurídicos a que a desapropriação também seja especificamente prevista na LGT.

concedente decidir a respeito de sua inclusão na concessão.

86. Dessa forma, é até possível juridicamente prever-se a não reversibilidade dos bens que vierem a ser adquiridos após a celebração do contrato de concessão, uma vez que poder-se-ia fazer uso de outros mecanismos aptos a garantir a continuidade do serviço prestado em regime público, como a desapropriação, alternativa a ser refletida pela Agência.

87. Por outro lado, também é plenamente possível prever-se a ordinária reversibilidade de tais bens, devendo tal previsão, nesse caso, constar expressamente do Edital de Licitação e do respectivo Contrato de Concessão. Nesse caso, ainda, é importante que a Anatel estabeleça regras sobre eventuais amortizações e indenizações atinentes à reversão, tal como existe atualmente nos contratos em curso.

88. A respeito da reversibilidade de ativos e elementos de rede afetados concomitantemente a serviços prestados nos regimes público e privado, esta Procuradoria já se manifestou, tanto no âmbito da proposta de revisão da regulamentação de bens reversíveis, por meio do Parecer nº 1000/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, como no Parecer nº 00842/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, que tratou de questionamentos jurídicos acerca do instituto da caducidade. Neste último opinativo, restou assim consignado:

68. Destarte, a previsão da reversão na Cláusula 22.1 do Contrato de Concessão consubstancia relevante instrumento para que o princípio da continuidade reste assegurado.

69. Diante disso, a premissa que deve orientar a Anatel quando da aferição de reversibilidade de um bem consiste na utilização deste para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado, independentemente de esse bem servir conjuntamente a outros serviços prestados em regime privado.

70. Essa ideia ficou bem assentada nas discussões acerca da natureza reversível do backhaul, que é infraestrutura de suporte ao STFC mas que, como se sabe, também é utilizado para a prestação de serviços explorados em regime privado. Assim, a título exemplificativo, pode-se dizer que, além da telefonia fixa, a infraestrutura serve à prestação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) diretamente aos usuários, bem como à oferta de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD) para outros prestadores. Ciente dessa situação, esta Procuradoria, no Parecer nº 111/2007/PGF/PFE/FFC/ALO/Anatel, alertou para a natureza reversível da infraestrutura, asseverando que:

Parecer nº 111/2007/PGF/PFE/FFC/ALO/Anatel

2.3.18. Finalmente, entendido o backhaul como parte integrante do STFC, passível de universalização, vale destacar que os bens diretamente afetados à prestação dos serviços objeto da concessão são, por definição legal e contratual, sujeitos à reversão no término do contrato, e que os bens marcados com a cláusula da reversibilidade devem ser transferidos ao Poder Concedente quando o contrato de concessão for extinto.

71. Tudo isso serve para demonstrar que **um bem deve ser considerado reversível sempre que servir ao STFC, ainda que sua utilização também sirva à prestação de serviços de telecomunicações explorados em regime privado.** Com efeito, a aplicação de bens utilizados para a prestação do STFC para a prestação de outros serviços em regime privado insere-se nesse cenário de complexidade do setor de telecomunicações. No entanto, embora a utilização compartilhada de ativos e elementos de rede seja possível e caracterize um uso eficiente destes, não se pode perder de vista a necessidade de assegurar-se, no que respeita à telefonia fixa prestada em regime público, a sua própria existência.

72. Nesse sentido, a premissa que deve orientar a aferição de reversibilidade de um bem consiste na utilização deste para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado em regime público, independentemente de esse bem servir conjuntamente a outros serviços prestados em regime privado.

[...]

76. Ademais, ressalte-se que inexistente previsão normativa para a reversão parcial de bens. A LGT e o Contrato de Concessão são expressos em estabelecer a reversão dos bens, de forma a autorizar a um futuro concessionário, após a extinção da concessão, a imediata assunção do serviço concedido. Tome-se novamente como exemplo o backhaul, que constitui uma infraestrutura de suporte ao STFC, mas que também é utilizado para a prestação de serviços explorados em regime privado: esta infraestrutura, sendo parte integrante do STFC, passível de universalização, é inequivocamente reversível, não importando se fora utilizada para a prestação de outros serviços.

89. Dessa forma, os bens compartilhados com outros serviços devem compor a lista de bens reversíveis ao Poder Concedente e que terão a posse transferida ao vencedor do certame.

90. No ponto, esta Procuradoria destaca que embora tenha este entendimento sobre o tema, não há como olvidar a existência de decisão judicial proferida nos autos do processo nº 5013884-15.2017.4.04.7001/PR, nos seguintes termos:

3 - Ante o exposto, defiro em parte o pedido de tutela antecipada, o que faço para determinar que, em relação às cláusulas contratuais objeto desta demanda que tratam da reversão de bens ao concedente, seja observado o seguinte: "havendo concomitância de prestação de serviços (concedidos, autorizados..) que estejam se utilizando dos mesmos bens (multiserviços), a reversão eventualmente havida deverá preservar as funcionalidades dos serviços ainda em execução, observada, no mínimo, a mesma taxa de utilização vigente no momento da reversão, relativamente a cada serviço prestado".

91. Não obstante, trata-se de decisão proferida em juízo de cognição sumária, passível de alteração. Por esta razão, considerando que se trata de minuta de Edital que será submetida ainda a debate da sociedade, por meio de Consulta Pública, não se vislumbra óbice a que sejam considerados os parâmetros propostos, mesmo que dissonantes da referida decisão.

92. No momento da efetiva deflagração do certame, caso persista decisão nesse sentido, esta deve ser considerada na norma editalícia.

93. Oportuno observar, ainda, que a proposta indica que o Anexo I do Edital apresentará uma Relação de Bens cuja Posse será conferida à Concessionária de STFC, com a observação de que este rol seria completado quando da conclusão do levantamento dos bens necessários para a continuidade do STFC na modalidade local.

94. A lista de bens reversíveis que acompanhará o Edital de Licitação deverá ser a mais atualizada possível, devendo ser ponderada, no entanto, a possibilidade de alteração da mencionado rol de bens, seja pela possibilidade de a transferência de ativos ao Poder Público ser concluída após a expedição da nova outorga, seja pela possibilidade de constatação de que determinado bem não é indispensável para a prestação do serviço objeto da concessão. Este aspecto também foi abordado por esta Procuradoria no Parecer nº 00842/2017/ PFE-ANATEL/PGF/AGU, onde restou assim consignado:

109. Nesse ponto, passa-se a responder a indagação acerca de como deve dispor o Edital de Licitação sobre os bens reversíveis, haja vista o risco de a transferência de fato de alguns dos ativos para o Poder Público ser concluída posteriormente à expedição da nova outorga.

110. Muito embora a Agência, uma vez extinta a concessão, tenha, nos termos do Contrato de Concessão, um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para proceder aos levantamentos necessários à identificação dos bens reversíveis, como já salientado, é pertinente que: (i) havendo elementos que indiquem uma possível causa extintiva da concessão, se inicie, tão logo quanto possível, o levantamento dos bens que deverão ser revertidos, inclusive de forma paralela ao processo administrativo destinado a apurar a aplicação da sanção de caducidade; e (ii) paralelamente à condução de procedimento que eventualmente pode culminar em extinção de outorga de serviço prestado no regime público, por meio de decretação de caducidade, a Agência realize o procedimento licitatório condicionado à efetiva extinção das outorgas da concessionária.

111. Considerando essas recomendações, é possível que, ao iniciar o procedimento licitatório, a Agência, muito embora tenha iniciado o levantamento dos bens que deverão ser revertidos, ainda não possua o rol final de todos esses bens, sem contar o risco apontado no Memorando nº 30/2017/SEI/COUN/SCO de a transferência de fato de alguns dos ativos para o Poder Público ser concluída posteriormente à expedição da nova outorga. Nesse sentido, excluídos os bens que claramente não são reversíveis, é possível que a Agência inclua no Edital de Licitação rol de bens que de alguma forma possam estar ligados à concessão acrescido dos critérios que serão considerados para definição final acerca da reversibilidade ou não dos aludidos bens.

112. A título exemplificativo, importa destacar que a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que, dentre outras providências, dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, em seu art. 8º, §1º, permite que a licitação seja realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço, *verbis*:

Art. 8º As concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que não forem prorrogadas, nos termos desta Lei, serão licitadas, na modalidade leilão ou concorrência, por até 30 (trinta) anos.

§ 1º A licitação de que trata o caput poderá ser realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço.

113. Em outras palavras, muito embora o ideal seja a inclusão no Edital de Licitação de rol de bens que seriam efetivamente revertidos, é possível que, no caso concreto, a Agência inclua no Edital de Licitação rol de bens que de alguma forma estejam ligados à concessão acrescido dos critérios que serão considerados para definição final acerca da reversibilidade ou não dos aludidos bens, de modo a conferir o máximo de segurança e certeza ao edital.

114. Neste último caso, é recomendável, ainda, que conste no Edital de Licitação item que descreva os riscos envolvidos, de modo a cientificar os participantes do certame.

95. A apresentação de uma lista mais detalhada e atualizada o possível à época da deflagração do certame confere maior previsibilidade aos licitantes. No entanto, considerando a possibilidade de que esta lista seja alterada posteriormente, seja pela inclusão ou retirada de algum bem que se conclua não ser necessário à prestação do serviço concedido, é pertinente que o Edital contemple previsão expressa neste sentido, conferindo maior transparência e evitando-se futuros questionamentos.

(d) Do respeito aos *spectrum caps* e amplitude do certame.

96. Ao dispor acerca das faixas de radiofrequências incluídas no objeto do certame licitatório, o corpo técnico consignou a necessidade de respeito aos limites previstos na regulamentação, *spectrum caps*:

3.18. No que se refere às faixas de radiofrequências, devem ser respeitados os limites (*spectrum caps*) previstos na regulamentação, aplicando-se atualmente aqueles constantes do Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 800 MHz, 900 MHz, 1.800 MHz, 1.900 MHz e 2.100 MHz, aprovado pela Resolução nº 454, de 11 de dezembro de 2006.

3.19. Neste cenário, cumpre salientar que a área técnica avaliou, à luz dos *spectrum caps* atualmente previstos, quais dos atuais prestadores de SMP que poderiam participar deste certame (além, é claro, de novos proponente que, por óbvio, não teriam restrições decorrentes do *spectrum cap*). A figura abaixo resume a quantidade de espectro detido por cada um dos agentes atualmente no setor 20 do PGO e também no restante da Área de Registro nº 43, bem como os totais que poderiam ser adquiridos à luz da regulamentação atual.

Situação Atual						
Sector 20	800	900	1800	1900/2100	Total Geral	
Claro			5	40	30	75
Nextel					20	20
Oi			5	30	30	65
Sercomtel	25	5				50
Tim			5	30	20	55
Vivo		25		30	20	75
LIMITES		25	5	50	30	80

Possibilidades de Aquisição (atual)					
Sector 20	800	900	1800 (SE)	1900/2100	Total que poderia ser adquirido
Claro			5		5
Nextel		25	5	20	60
Oi				15	15
Sercomtel					
Tim		25		20	25
Vivo			5	5	5

AR 43, exceto sector 20						
	800	900	1800	1900/2100	Total Geral	
Claro			5	50	20	75
Nextel				0	20	20
Oi			5	30	30	65
Sercomtel				20		20
Tim		25	5	30	20	80
Vivo		25	5	20	30	80
LIMITES		25	5	50	30	80

Possibilidades de Aquisição (atual)					
AR 43, exceto sector 20	800	900	1800 (SE)	1900/2100	Total que poderia ser adquirido
Claro					5
Nextel				20	60
Oi				15	15
Tim					0
Vivo					0

Fonte: SOR, Ago/2017

3.20. Como se vê, nem todos os agentes já atuantes naquela área poderiam participar do certame, uma vez que teriam restrições frente ao *spectrum cap* atual.

3.21. Por outro lado, fato é que, quanto maior a quantidade de agentes aptos a participar do certame, maior será a chance de sucesso no presente processo. Neste sentido, vale mencionar que eventuais alterações porventura promovidas pelo Conselho Diretor em relação à regulamentação dos *spectrum caps* deverão ser levadas em conta no momento da oferta dos lances.

97. De acordo com o corpo técnico da Agência os atuais limites previstos na regulamentação pertinente não permitiriam a participação de todos os agentes atuantes naquela área, o que reduziria a possibilidade de sucesso do certame.

98. De fato, é importante que os *spectrum caps* vigentes à época da apresentação das ofertas dos lances sejam devidamente observados. Não obstante, convém observar que a alteração dos *spectrum caps* é de competência do Conselho Diretor da Agência, que pode tanto modificar os *spectrum caps* de modo geral, como tem sido proposto no âmbito do processo nº 53500.014958/2016-89, quanto modificar os *spectrum caps*, mediante alteração regulamentar, no âmbito deste processo, apenas para a área de prestação onde a Sercomtel atualmente presta o serviço. O importante é fazer constar a devida motivação, inclusive à luz dos aspectos concorrenciais.

99. Caso se entenda viável, inclusive do ponto de vista técnico, é possível que seja submetida proposta de alteração dos mencionados limites no bojo da própria Consulta Pública ora em análise.

100. Isso porque 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.

101. Dessa forma, caso se entenda possível e adequado, inclusive do ponto de vista técnico e da competição, poderá o Conselho Diretor submeter à Consulta Pública, desde logo, proposta de modificação ao Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 800 MHz, 900 MHz, 1.800 MHz, 1.900 MHz e 2.100 MHz, aprovado pela Resolução nº 454, de 11 de dezembro de 2006. Esta medida pode, inclusive, conferir maior celeridade na eventual alteração do *spectrum cap*, conferindo maior segurança aos licitantes.

(e) Da possibilidade de a autorização de uso de radiofrequência ser associada posteriormente a outros serviços.

102. De acordo com o item 1.1 do Edital de Licitação apresentado, as faixas de radiofrequências compreendidas no Lote I-B, no Lote II e no Lote III, anteriormente descritas, deverão ser associadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal – SMP.

103. O item 1.4 da minuta, por sua vez, assim dispõe:

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.

104. Propõe a área técnica que a autorização de uso de radiofrequência seja associada inicialmente apenas ao SMP e, só posteriormente, mediante solicitação, poderia haver a expedição de associação daquela aos demais serviços aos quais a faixa encontra-se destinada.

105. O Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 800 MHz, 900 MHz, 1.800 MHz, 1.900 MHz e 2.100 MHz aprovado pela Resolução nº 454, de 11 de dezembro de 2006, estabelece:

Art. 2º Destinar ao Serviço Móvel Pessoal – SMP em caráter primário, sem exclusividade, as seguintes subfaixas de radiofrequências:

I - na faixa de 1.800 MHz, de 1.755 MHz a 1.775 MHz e de 1.850 MHz a 1.870 MHz;

II - na faixa de 1.900 MHz, de 1.885 MHz a 1.900 MHz e de 1.920 MHz a 1.980 MHz;

III - na faixa de 2.100 MHz, de 2.110 MHz a 2.170 MHz.

Art. 3º Manter a destinação ao SMP, em caráter primário, e sem exclusividade, das seguintes subfaixas de radiofrequências:

I - na faixa de 800 MHz, de 824 MHz a 849 MHz e de 869 MHz a 894 MHz;

II - na faixa de 900 MHz, de 898,5 MHz a 901 MHz, de 943,5 MHz a 946 MHz, de 907,5 MHz a 915 MHz e de 952,5 MHz a 960 MHz;

III - na faixa de 1.800 MHz, de 1.710 MHz a 1.755 MHz, 1.805 MHz a 1.850 MHz, 1775 MHz a 1785 MHz e de 1870 MHz a 1880 MHz.

Art. 4º Destinar ao Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, em caráter primário, sem exclusividade, as subfaixas de radiofrequências mencionadas nos incisos dos artigos 2º e 3º.

Art. 5º Destinar ao Serviço Telefônico Fixo Comutado para Uso do Público em Geral - STFC, em caráter secundário, sem exclusividade, as subfaixas de radiofrequências mencionadas nos incisos dos artigos 2º e 3º.

§ 1º As subfaixas de 1.850 MHz a 1.870 MHz e de 1.920 MHz a 1.950 MHz continuam destinadas ao STFC, em caráter primário, sem exclusividade, até 31/12/2008.

§ 2º As subfaixas de 1.895 MHz a 1.900 MHz e de 1.975 MHz a 1.980 MHz continuam destinadas ao STFC, em caráter primário, sem exclusividade, até 31/12/2011.

106. Verifica-se, portanto, que as faixas de radiofrequências objeto do certame estão atualmente destinadas não só ao SMP, mas também ao SCM e ao STFC. Daí a previsão editalícia de associação futura das autorizações de uso de radiofrequências a outros serviços.

107. No entanto, entende-se que tal previsão é possível desde que, como parece ser a proposta da área técnica, a fixação do preço mínimo já compute os valores decorrentes da potencial utilização da radiofrequência para a prestação de todos os serviços a que a faixa já está atualmente destinada, quais sejam, SMP, SCM e STFC, tendo em vista que, em caso de posterior solicitação, não haverá ônus adicional para as prestadoras.

108. 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.

109. Desse modo, esse Órgão de Consultoria Jurídica não vislumbra óbice à possibilidade de associação futura a outro serviço para o qual a faixa já esteja atualmente 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.

110. 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.

(f) Das garantias constantes da Minuta de Edital.

111. 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)

112. 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.

113. 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.

114. 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.

115. 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.

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

(g) Da eliminação da sobreposição de outorgas.

117. O item 1.8 da minuta de Edital estabelece:

1.8. Serão consolidadas as Autorizações para a exploração do SMP, objeto deste Edital, com as Autorizações do SMP já existentes, quando pertencentes a uma mesma Região do PGA-SMP, no caso da Proponente vencedora, suas controladas, controladoras ou coligadas

já detiverem autorização para prestar o SMP na mesma Região do PGA-SMP.

118. Como pode ser observado, a norma editalícia determina a consolidação de outorgas de SMP que forem sobrepostas.

119. Considerando que o certame licitatório ora em análise também envolve a autorização para a prestação de outros serviços, como o SCM e o STFC, o que pode acarretar em sobreposição de outorgas também quanto a estes serviços, é importante que seja previsto, desde logo, a necessidade de eliminação de possível sobreposição de outorgas.

120. O Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, aprovado pela Resolução nº 426, de 09 de dezembro de 2005, com as alterações promovidas pela Resolução nº 668, de 27 de junho de 2016, determina:

Art.10-E. É vedada a uma mesma prestadora, sua controladora, coligada ou controlada, a prestação de uma mesma modalidade de STFC, por meio de mais de uma autorização ou concessão, em uma mesma área de prestação de serviço, ou parte dela.

Parágrafo Único. A prestadora ou grupo deverá regularizar suas outorgas no prazo máximo de 18 (dezoito) meses, contados da data em que se concretizou a situação descrita no caput.

121. Quanto ao SCM, o Regulamento aprovado pela Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013 estabelece em seu art. 13, IV, ser condição subjetiva para a outorga que a solicitante não seja, na mesma Área de Prestação do Serviço, ou parte dela, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço, *in verbis*:

Art. 13. São condições subjetivas para a obtenção de autorização para prestação do SCM pela empresa:

[...]

IV - não ser, na mesma Área de Prestação de Serviço, ou parte dela, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço.

122. Conclui-se, assim, que no caso de sobreposição de outorgas, não apenas quanto ao SMP, mas também quanto ao STFC e ao SCM, há a necessidade de sua eliminação, razão pela qual esta Procuradoria recomenda que seja estabelecida previsão neste sentido no Edital.

(h) Do item 2.1 da Minuta de Edital.

123. 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:

124. 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:

(i) Do item 2.9 da minuta de Edital.

125. 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.

126. 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.

127. 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.

128. 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.).

129. 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.”

130. 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.

131. 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.

132. Assim, 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.

133. No ponto, conforme já salientado neste opinativo, a contratação oriunda do certame somente será realizada na hipótese de ocorrer trânsito em julgado administrativo da caducidade e/ou cassação das outorgas detidas pela SERCOMTEL, conferindo transparência à existência de uma condicionante à efetiva outorga pela Agência aos licitantes vencedores.

134. Dessa maneira, também deve restar clara no Edital a possibilidade de revogação da licitação, caso eventualmente não ocorra a extinção das outorgas detidas pela SERCOMTEL, por não haver objeto a ser adjudicado.

(j) Do item 4.1 da minuta de Edital. Considerações quanto ao disposto no art. 86 da LGT.

135. A minuta de Edital, em seu item 4.1, estabelece quem poderá participar do certame em comento, nos seguintes termos:

Minuta de Edital

4.1. Será admitida a participação nesta licitação de empresas constituídas segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, em que a maioria das cotas ou ações com direito a voto pertença a pessoas naturais residentes no Brasil ou a empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, nos termos do art. 1º, *in fine*, do Decreto nº 2.617, de 5 de junho de 1998, **que tenham, entre seus objetivos, a exploração de serviço de telecomunicações**, isoladas ou consorciadas, ou aquelas que, inclusive as estrangeiras, não atendendo a essas condições, comprometam-se, por meio de declaração conforme MODELO nº 1 do ANEXO III, a adaptar-se ou constituir empresa com as características adequadas, com observância das exigências previstas neste Edital. (grifou-se)

136. Vê-se, portanto, que poderão participar da licitação empresas que tenham dentre seus objetivos, a exploração de serviços de telecomunicações.

137. Ocorre, porém, que o presente certame visa, dentre outros, conferir a exploração de “concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço local, até a data de 31 de dezembro de 2025, sem direito a prorrogação, na Área de Prestação correspondente ao Setor 20 da Região II do Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (PGO)”.

138. E, quanto à concessão, o art. 86 da LGT preceitua que ela somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, **criada para explorar exclusivamente serviços de telecomunicações**.

139. Destearte, como a presente minuta de Edital contempla a possibilidade de outorga de concessão, entende-se necessário um ajuste no sentido de que conste como condição de participação para os Lotes que a contemplam a necessidade de o participante ser empresa criada para explorar exclusivamente serviços de telecomunicações, nos termos do art. 86 da LGT.

(k) Do item 4.4.4 da Minuta de Edital.

140. 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.

141. 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.

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

142. 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, da Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço local, no caso do Lote I-A, ou da Autorização de Uso de Radiofrequências, no caso dos demais Lotes, 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.

143. 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 1.7 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.

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

(m) Do item 5.5.(f) da minuta de Edital.

145. Preconiza o item 5.5.(f) da minuta de Edital que:

Minuta de Edital

5.5. Condição de pagamento do valor ofertado nas Propostas de Preço:

(...)

f) A extinção de quaisquer das outorgas previstas para o Lote não desobriga a autorizada do adimplemento das parcelas vencidas até a data da publicação do instrumento de extinção ou da protocolização do pedido de renúncia na Anatel, e, em qualquer hipótese, não gera direito a devolução dos valores quitados.

146. Trata o item, como se vê, do pagamento das parcelas em caso de extinção de outorgas. No ponto, cabe lembrar que o objeto do Edital abarca vários tipos de outorga, conforme se extrai do item 1.1 da minuta do Edital.

Minuta de Edital

1.1. Os objetos desta Licitação são:

I - Lote I-A, compreendendo:

a. Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço local, até a data de 31 de dezembro de 2025, sem direito a prorrogação, na Área de Prestação correspondente ao Setor 20 da Região II do Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (PGO);

b. Direito de uso dos bens listados no ANEXO I, pelo prazo da concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço local ;

c. Autorização para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço Longa Distância Nacional – LDN, por prazo indeterminado, com possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43;

d. Autorização para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço Longa Distância Internacional – LDI, por prazo indeterminado, com possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43;

e. Autorização para prestação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), por prazo indeterminado.

II - Lote I-B, compreendendo:

a. Autorização para Uso de Radiofrequências, nas subfaixas FDD de 824-835 MHz, 845-846,5 MHz, 869-880 MHz, 890-891,5 MHz, 1.725-1.735 MHz e 1.820-1.830 MHz, disciplinadas pelo Anexo à Resolução nº 454, de 11 de dezembro de 2006, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável, a título oneroso, por igual período, na Área de Prestação correspondente ao Setor 20 da Região II do Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (PGO), associada à autorização para prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP);

b. Autorização para Uso de Radiofrequências, nas subfaixas FDD de 1.765-1.770 MHz, 1770-1775 MHz, 1.860-1.865 MHz e 1.865-1870 MHz, disciplinadas pelo Anexo à Resolução nº 454, de 11 de dezembro de 2006, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável, a título oneroso, por igual período, na Área de Prestação correspondente a Área de Registro 43, exceto Setor 20 da Região II do Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (PGO), associada à autorização para prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP);

III - Lote II, compreendendo:

a. Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço local, até a data de 31 de dezembro de 2025, sem direito a prorrogação, na Área de Prestação correspondente ao Setor 20 da Região II do Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público;

b. Direito de uso dos bens listados no ANEXO I, pelo prazo da concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço local;

c. Autorização para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço Longa Distância Nacional – LDN, por prazo indeterminado, com possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43;

d. Autorização para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço Longa Distância Internacional – LDI, por prazo indeterminado, com possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43;

e. Autorização para Uso de Radiofrequências, nas subfaixas FDD de 824-835 MHz, 845-846,5 MHz, 869-880 MHz, 890-891,5 MHz, 1.725-1.735 MHz e 1.820-1.830 MHz, disciplinadas pelo Anexo à Resolução nº 454, de 11 de dezembro de 2006, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável, a título oneroso, por igual período, na Área de Prestação correspondente ao Setor 20 da Região II do Plano Geral de Outorgas de Serviço de

Telecomunicações prestado no regime público (PGO), associada à autorização para prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP);

f. Autorização para Uso de Radiofrequências, nas subfaixas FDD de 1.765-1.770 MHz, 1770-1775 MHz, 1.860-1.865 MHz e 1.865-1870 MHz, disciplinadas pelo Anexo à Resolução nº 454, de 11 de dezembro de 2006, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável, a título oneroso, por igual período, na Área de Prestação correspondente a Área de Registro 43, exceto Setor 20 da Região II do Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (PGO), associada à autorização para prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP);

g. Autorização para prestação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), por prazo indeterminado.

Lote III, compreendendo:

a. Autorização para Uso de Radiofrequências, nas subfaixas FDD de 824-835 MHz, 845-846,5 MHz, 869-880 MHz, 890-891,5 MHz, 1.725-1.735 MHz e 1.820-1.830 MHz, disciplinadas pelo Anexo à Resolução nº 454, de 11 de dezembro de 2006, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável, a título oneroso, por igual período, na Área de Prestação correspondente ao Setor 20 da Região II do Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (PGO), associada à autorização para prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP);

b. Autorização para Uso de Radiofrequências, nas subfaixas FDD de 1.765-1.770 MHz, 1770-1775 MHz, 1.860-1.865 MHz e 1.865-1870 MHz, disciplinadas pelo Anexo à Resolução nº 454, de 11 de dezembro de 2006, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável, a título oneroso, por igual período, na Área de Prestação correspondente a Área de Registro 43, exceto Setor 20 da Região II do Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (PGO), associada à autorização para prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP);

c. Autorização para prestação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), pro prazo indeterminado.

d. Autorização para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço local, por prazo indeterminado;

e. Autorização para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço Longa Distância Nacional - LDN, por prazo indeterminado, com possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43;

f. Autorização para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade de serviço Longa Distância Internacional - LDI, por prazo indeterminado, com possibilidade de utilização do Código de Seleção de Prestadora (CSP) nº 43.

1.2. A disponibilidade dos Lotes indicados no item 1.1. obedecerá as seguintes regras:

a) O Lote I-B somente estará disponível se houver Proponente vencedora para o Lote I-A;

b) O Lote II somente estará disponível se não houver Proponente vencedora para o Lote I-A;

c) O Lote III somente estará disponível se não houver Proponente vencedora para o Lote I-A e para o Lote II.

147. De início, é importante observar que o item 5.5, f, faz referência a extinção das outorgas, inclusive, por meio de renúncia supostamente de parte das outorgas do lote. No ponto, esta Procuradoria recomenda que a área técnica reflita e explicita as hipóteses em que a renúncia seria ou não cabível.

148. Verifica-se que o objeto da licitação foi estruturado em lotes e que cada um deles possui diferentes outorgas, que podem ser consideradas mais ou menos atrativas de acordo com suas especificidades. Dessa maneira, considerando que não há previsão editalícia nesse sentido, é importante que a Agência pondere se determinadas outorgas não devem necessariamente ser vinculadas a outras, inclusive, por meio do estabelecimento de proibição de renúncia a apenas uma delas.

149. É que, numa lógica de combinar num único lote outorgas mais atrativas com outras menos atrativas, é importante que haja regra editalícia específica de vinculação, de modo a que a eventual extinção de uma implique a extinção das outras, sob pena de o licitante vencedor ter incentivos de provocar a extinção da outorga menos atrativa para permanecer com a mais atrativa.

150. Nesse caso, sugere-se a alteração do item 5.5 da Minuta do Edital, nos seguintes termos:

Proposta da Procuradoria:

5.5. Condição de pagamento do valor ofertado nas Propostas de Preço:

(...)

f) A extinção de quaisquer das outorgas previstas para o Lote não desobriga a autorizada do adimplemento das parcelas vencidas até a data da publicação do instrumento de extinção ou da protocolização do pedido de renúncia na Anatel, **quando esta for cabível**, e, em qualquer hipótese, não gera direito a devolução dos valores quitados.

151. De qualquer forma, é interessante lembrar que o valor eventualmente a ser pago pelo licitante se referirá à totalidade do Lote. No entanto, na hipótese de ser possível que apenas uma outorga seja extinta, remanescendo as demais, caberia, segundo a cláusula 5.5 (f) do Edital, apenas o adimplemento das parcelas vencidas até a data da publicação do instrumento de extinção ou da protocolização do pedido de renúncia na Anatel, não havendo direito a devolução dos valores quitados.

152. Nesse caso, apenas para fins de reflexão, esta Procuradoria indaga se não seria o caso de desmembrar o preço, para que a obrigação de adimplemento referente ao item 5.5 (f) do Edital se refira apenas à outorga extinta. Ou mesmo, considerando que a proposta de preço para cada lote seja efetivamente global, abarcando todas as outorgas a ele atinentes, se não seria oportuno, mesmo no caso de posterior extinção de alguma dessas outorgas, exigir-se o pagamento de todas as parcelas

vincendas quanto ao lote. Em qualquer hipótese, recomenda-se que a regra reste claramente explicitada no Edital.

153. Ademais, verifica-se que o regramento constante nas Cláusulas 3.1 e 3.2 do Termo de Autorização de Uso de Radiofrequências é, ainda, diverso daquele constante da minuta de Edital, tal como será analisado adiante neste opinativo.

154. Dessa maneira, recomenda-se que a área técnica melhor esclareça o regramento atinente ao pagamento do preço público no caso de extinção das outorgas, realizando os ajustes pertinentes.

(n) Dos itens 11.4.2.1, 11.4.2.2 e 11.4.3 da minuta de Edital.

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

Minuta de Edital

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.

156. 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.

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

158. 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.

159. 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.

160. 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.

161. 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.

162. 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.

163. 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.

164. 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.

165. 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.

(o) Do deslocamento do item 11.6 do Edital.

166. O item 11.6 do Edital assim estabelece:

11.6. 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.

167. 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.

168. 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.

169. Dessa forma, esta Procuradoria entende que o item 11.6 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 7.22 do Edital.

(p) Do regramento quanto às parcelas vincendas do preço público na hipótese de extinção da autorização.

170. A Cláusula 3.2 da Minuta de Termo de Autorização, prevê o seguinte:
Cláusula 3.2. A AUTORIZADA, para prorrogação do direito para uso de radiofrequências associadas à Autorização para exploração do SMP e/ou SCM, deverá pagar o valor calculado em conformidade com a regulamentação vigente à época do pedido de prorrogação.
§ 1º Em quaisquer das situações que levem à extinção da Autorização, os valores das parcelas pagas referentes à presente outorga não serão restituídas.
§ 2º 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.
171. 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.
172. Os parágrafos primeiro e segundo da cláusula em questão referem-se ao regramento a respeito do pagamento do preço público no caso de extinção das outorgas. Considerando que estas previsões foram inseridas como parágrafos da Cláusula 3.2 do Termo, que se refere à prorrogação do direito de uso de radiofrequências, sugere-se que elas sejam deslocadas para a Cláusula 3.1 do Termo, que estabelece o valor da outorga.
173. A bem da verdade, verifica-se que na Cláusula 3.1 da minuta de Termo de Autorização, há disposição em sentido diverso quanto ao pagamento das parcelas relativas ao preço público. Nos termos dessa Cláusula, em quaisquer das situações que levem à extinção da Autorização, o valor referente ao Preço Público pela Direito de Uso de Radiofrequência será devido na sua integralidade.
174. Portanto, observa-se contradição entre as duas Cláusulas, razão pela qual recomenda-se que o corpo técnico da Agência esclareça o ideário da proposta e realize os ajustes pertinentes.

(q) Da minuta de Termo de Autorização para Exploração do SMP - Anexo V do Edital

175. O Anexo VI do Edital foi assim redigido:

ANEXO V

MINUTA DE TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA EXPLORAÇÃO DO SMP

[Será transposto para esse Anexo a 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]

176. Como se pode observar, o Anexo V, ao invés de apresentar a minuta de Termo de Autorização para Exploração do SMP, limita-se a informar que será transposta a minuta de Termo de Autorização para Exploração do SMP 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.
177. 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.

3. CONCLUSÃO.

178. Por todo o exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria Geral Federal, vinculada à Advocacia Geral da União - AGU, exara as seguintes considerações:

Dos aspectos formais

179. 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;
180. Pela constatação de que a dispensa de realização de Consulta Interna foi justificada pelo corpo técnico da Agência, nos termos do parágrafo terceiro do art. 60 do Regimento Interno da Agência;
181. 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;

Da proposta de Edital de Licitação.

Considerações iniciais

182. A proposta de Edital de Licitação ora em análise tem por objetivo garantir a continuidade dos serviços de telecomunicações considerando a instauração de processos administrativos que podem culminar na extinção das outorgas detidas pela prestadora SERCOMTEL. Considerando a presença de indícios que indiquem uma eventual extinção das outorgas, incluindo-se a concessão do STFC e autorizações de serviço e de uso de radiofrequências, é salutar a iniciativa de realizar, desde logo, os procedimentos necessários à deflagração do procedimento licitatório;
183. É importante que seja expressamente consignado no Edital de Licitação que a contratação oriunda do certame em questão somente será realizada na hipótese de ocorrer trânsito em julgado

administrativo da caducidade e/ou cassação das outorgas detidas pela SERCOMTEL, conferindo transparência à existência de uma condicionante à efetiva outorga pela Agência aos licitantes vencedores. Recomenda-se, no ponto, a inclusão de cláusula expressa nesse sentido na norma editalícia;

184. Nesse contexto, entende-se que, tal como sugerido acima para a concessão, é importante que o Edital de licitação deixe claro que a efetiva adjudicação das outorgas objeto da licitação, em quaisquer dos lotes, está condicionada ao trânsito em julgado das decisões administrativas que eventualmente venham extinguir as outorgas;

185. No ponto, considerando que o objeto da licitação foi estruturado em lotes, cumpre salientar que a adjudicação do objeto de cada lote depende da disponibilidade das outorgas a ele atinentes;

Do Objeto da Licitação. Extinção da Concessão. Nova Concessão ou Retomada pelo Poder Concedente. Autorização. Compromissos. Continuidade do Serviço.

186. Nos termos da proposta, caso não haja proponente vencedora para os Lote I-A e II, será disponibilizado o Lote III, ou seja, o STFC será outorgado em regime privado, de modo a ampliar a probabilidade de sucesso da licitação e a reduzir riscos de descontinuidade do serviço;

187. Esta Procuradoria entende que, extinta a concessão da SERCOMTEL, por meio da caducidade, cabe ao poder concedente ou outorgar o serviço a outro concessionário (Lote I-A ou II) ou, caso frustrada a licitação em relação a esses lotes, prestar ele mesmo o serviço. Tal situação é necessária ao menos até que seja alterado o PGO ou extinto o regime de concessão por meio de lei;

188. No entanto, isso não impede que seja licitado o Lote III (caso frustrada a licitação em relação aos lotes antecedentes), de modo a que, paralelamente ao dever do poder concedente de retomar o serviço, seja outorgada autorização do STFC (regime privado), de modo a reduzir riscos à descontinuidade do serviço. Ou seja, trata-se de medida paralela que não desonera o poder concedente de seu dever de retomada do serviço, com os direitos (tais como a propriedade e a utilização dos bens reversíveis) e deveres (continuidade e universalização) a ele atinentes. Ademais, tal medida propicia a inclusão de mais um prestador nas localidades relacionadas ao Lote III;

189. Verifica-se que a Minuta de Edital estabelece como compromisso, no Lote III, a manutenção do atendimento aos usuários do STFC. No entanto, não se exige o atendimento do PGMU, por não haver concessão, e sim autorização. Nesse ponto, portanto, muito embora, em relação ao Lote III, não se exija do licitante vencedor o atendimento do PGMU, cabe ao poder público garantir tal atendimento, em prol dos usuários de tais localidades;

190. Em relação ao compromisso de atendimento aos usuários do STFC, no Lote III, por meio de autorização, como já salientado, não se vislumbra qualquer óbice, na medida em que tal compromisso tem como escopo evitar riscos à descontinuidade do serviço;

191. Outrossim, no que se refere à manutenção do atendimento às localidades onde atualmente só há serviço ofertado pelo grupo SERCOMTEL (item 3.36, iii, do Informe nº 162/2017/SEI/PRRE/SPR), esta Procuradoria recomenda que tais localidades sejam expressamente enumeradas no Edital, de modo a deixar claro o compromisso do licitante vencedor, a fim de evitar que, no cumprimento da obrigação, haja discussões administrativas e judiciais quanto a determinada localidade estar ou não incluída na obrigação;

Dos bens reversíveis

192. Importante ponderar, ainda, que, embora a proposta mencione o direito de uso dos bens reversíveis, esta Procuradoria entende que é pertinente que se mencione a transferência da posse, que será automaticamente revertida ao Poder Concedente com o término da concessão;

193. Considerando que a proposta da área técnica pretende que o novo Concessionário detenha apenas a posse dos bens reversíveis, esta Procuradoria pondera se não seria interessante incluir na proposta a previsão de que eventuais tributos e demais obrigações e encargos relativos a estes bens, passe a ser de responsabilidade do Concessionário;

194. Não obstante se permita que a União transfira somente a posse dos bens que sejam necessários à prestação do serviço concedido, é possível que, ao longo do período contratual, exista a necessidade de serem agregados outros bens que passem a ser indispensáveis à prestação do serviço, além de eventual necessidade de substituição daqueles constantes da relação anexa ao Edital;

195. No entanto, não se observa na proposta da área técnica qualquer regramento a respeito do tema;

196. De fato, deflui-se do art. 93, inciso XI, da LGT que a reversibilidade não é obrigatória, cabendo ao poder concedente decidir a respeito de sua inclusão na concessão (Parecer nº 00508/2016/PFE-ANATEL-SEDE/PGF/AGU);

197. Dessa forma, é até possível juridicamente prever-se a não reversibilidade dos bens que vierem a ser adquiridos após a celebração do contrato de concessão, uma vez que poder-se-ia fazer uso de outros mecanismos aptos a garantir a continuidade do serviço prestado em regime público, como a desapropriação, alternativa a ser refletida pela Agência;

198. Por outro lado, também é plenamente possível prever-se a ordinária reversibilidade de tais bens, devendo tal previsão, nesse caso, constar expressamente do Edital de Licitação e do respectivo Contrato de Concessão. Nesse caso, ainda, é importante que a Anatel estabeleça regras sobre eventuais amortizações e indenizações atinentes à reversão, tal como existe atualmente nos contratos em curso;

199. Os bens da concessão que sejam compartilhados com outros serviços devem compor a lista de bens reversíveis ao Poder Concedente e que serão transferidos ao vencedor do certame;

200. No ponto, esta Procuradoria destaca que embora tenha este entendimento sobre o tema, não há como olvidar a existência de decisão judicial proferida nos autos do processo nº 5013884-15.2017.4.04.7001/PR;

201. Não obstante, trata-se de decisão proferida em juízo de cognição sumária, passível de alteração. Por esta razão, considerando que se trata de minuta de Edital que será submetida ainda a

debate da sociedade, por meio de Consulta Pública, não se vislumbra óbice a que sejam considerados os parâmetros propostos, mesmo que dissonantes da referida decisão;

202. No momento da efetiva deflagração do certame, caso persista decisão nesse sentido, esta deve ser considerada na norma editalícia;

203. A lista de bens reversíveis que acompanhará o Edital de Licitação deverá ser a mais atualizada possível, devendo ser ponderada, no entanto, a possibilidade de alteração da mencionado rol de bens, seja pela possibilidade de a transferência de ativos ao Poder Público ser concluída após a expedição da nova outorga, seja pela possibilidade de constatação de que determinado bem não é indispensável para a prestação do serviço objeto da concessão. Assim, é pertinente que o Edital contemple previsão expressa neste sentido, conferindo maior transparência e evitando-se futuros questionamentos;

Do respeito aos *spectrum caps* e amplitude do certame

204. De acordo com o corpo técnico da Agência os atuais *spectrum caps* previstos na regulamentação pertinente não permitiriam a participação de todos os agentes atuantes naquela área, o que reduziria a possibilidade de sucesso no certame;

205. Não obstante, convém observar que a alteração dos *spectrum caps* é de competência do Conselho Diretor da Agência, que pode tanto modificar os *spectrum caps* de modo geral, como tem sido proposto no âmbito do processo nº 53500.014958/2016-89, quanto modificar os *spectrum caps*, mediante alteração regulamentar, no âmbito deste processo, apenas para a área de prestação onde a Sercomtel atualmente presta o serviço. O importante é fazer constar a devida motivação, inclusive à luz dos aspectos concorrenciais;

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

206. Não obstante o item 1.1 do Edital de Licitação indique que as faixas de radiofrequências compreendidas nos Lotes I-B, II e III, anteriormente descritas, deverão ser associadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, o item 1.4 permite que, posteriormente, mediante solicitação, haja a expedição de autorização e associação daquela aos demais serviços aos quais a faixa encontra-se destinada;

207. Verifica-se que as faixas de radiofrequências objeto do certame estão atualmente destinadas não só ao SMP, mas também ao SCM e ao STFC;

208. Entende-se que tal previsão é possível desde que, como parece ser a proposta da área técnica, a fixação do preço mínimo já compute os valores decorrentes da potencial utilização da radiofrequência para a prestação de todos os serviços a que a faixa já está atualmente destinada, quais sejam, SMP, SCM e STFC, tendo em vista que, em caso de posterior solicitação, não haverá ônus adicional para as prestadoras;

209. Desse modo, esse Órgão de Consultoria Jurídica não vislumbra óbice à possibilidade de associação futura a outro serviço para o qual a faixa já esteja atualmente 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;

210. 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;

Das garantias constantes da Minuta de Edital.

211. 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;

212. 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;

213. 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);

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

Da eliminação da sobreposição de outorgas.

215. O item 1.8 do Edital determina a consolidação de outorgas de SMP que forem sobrepostas. Considerando que o certame licitatório ora em análise também envolve a autorização para a prestação de outros serviços, como o SCM e o STFC, o que pode acarretar em sobreposição de outorgas também quanto a estes serviços, é importante que seja previsto, desde logo, a necessidade de eliminação de possível sobreposição de outorgas também para esses serviços;

Do item 2.1 da Minuta de Edital.

216. 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.

217. No que diz respeito ao item 2.9 da minuta do edital, 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;

218. 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;

219. No ponto, conforme já salientado neste opinativo, a contratação oriunda do certame somente será realizada na hipótese de ocorrer trânsito em julgado administrativo da caducidade e/ou cassação das outorgas detidas pela SERCOMTEL, conferindo transparência à existência de uma condicionante à efetiva outorga pela Agência aos licitantes vencedores;

220. Dessa maneira, também deve restar clara no Edital a possibilidade de revogação da licitação, caso eventualmente não ocorra a extinção das outorgas detidas pela SERCOMTEL, por não haver objeto a ser adjudicado;

Do item 4.1 da minuta de Edital. Considerações quanto ao disposto no art. 86 da LGT.

221. Quanto à concessão, o art. 86 da LGT preceitua que ela somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para explorar exclusivamente serviços de telecomunicações;

222. Destarte, como a presente minuta de Edital contempla a possibilidade de outorga de concessão, entende-se necessário um ajuste no sentido de que conste como condição de participação para os Lotes que a contemplam a necessidade de o participante ser empresa criada para explorar exclusivamente serviços de telecomunicações, nos termos do art. 86 da LGT;

Do item 4.4.4 da Minuta de Edital.

223. 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;

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

224. 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 1.7 do Edital, entende-se que a alínea "c" do item 5.5 da Minuta de Edital deve referir-se à publicação do Termo de Autorização, e não à Ato de Autorização;

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

Do item 5.5.(f) da minuta de Edital.

226. De início, é importante observar que o item 5.5, f, faz referência a extinção das outorgas, inclusive, por meio de renúncia supostamente de parte das outorgas do lote. No ponto, esta Procuradoria recomenda que a área técnica reflita e explicita as hipóteses em que a renúncia seria ou não cabível;

227. Verifica-se que o objeto da licitação foi estruturado em lotes e que cada um deles possui diferentes outorgas, que podem ser consideradas mais ou menos atrativas de acordo com suas especificidades. Dessa maneira, considerando que não há previsão editalícia nesse sentido, é importante que a Agência pondere se determinadas outorgas não devem necessariamente ser vinculadas a outras, inclusive, por meio do estabelecimento de proibição de renúncia a apenas uma delas;

228. É que, numa lógica de combinar num único lote outorgas mais atrativas com outras menos atrativas, é importante que haja regra editalícia específica de vinculação, de modo a que a eventual extinção de uma implique a extinção das outras, sob pena de o licitante vencedor ter incentivos de provocar a extinção da outorga menos atrativa para permanecer com a mais atrativa;

229. Nesse caso, sugere-se a alteração do item 5.5 da Minuta do Edital, nos seguintes termos:

Proposta da Procuradoria:

5.5. Condição de pagamento do valor ofertado nas Propostas de Preço:

(...)

f) A extinção de quaisquer das outorgas previstas para o Lote não desobriga a autorizada do adimplemento das parcelas vencidas até a data da publicação do instrumento de extinção ou da protocolização do pedido de renúncia na Anatel, **quando esta for cabível**, e, em qualquer hipótese, não gera direito a devolução dos valores quitados.

230. De qualquer forma, é interessante lembrar que o valor eventualmente a ser pago pelo licitante se referirá à totalidade do Lote. No entanto, na hipótese de ser possível que apenas uma outorga seja extinta, remanescendo as demais, caberia, segundo a cláusula 5.5 (f) do Edital, apenas o

adimplemento das parcelas vencidas até a data da publicação do instrumento de extinção ou da protocolização do pedido de renúncia na Anatel, não havendo direito a devolução dos valores quitados;

231. Nesse caso, apenas para fins de reflexão, esta Procuradoria indaga se não seria o caso de desmembrar o preço, para que a obrigação de adimplemento referente ao item 5.5 (f) do Edital se refira apenas à outorga extinta. Ou mesmo, considerando que a proposta de preço para cada lote seja efetivamente global, abarcando todas as outorgas a ele atinentes, se não seria oportuno, mesmo no caso de posterior extinção de alguma dessas outorgas, exigir-se o pagamento de todas as parcelas vincendas quanto ao lote. Em qualquer hipótese, recomenda-se que a regra reste claramente explicitada no Edital;

232. Ademais, verifica-se que o regramento constante nas Cláusulas 3.1 e 3.2 do Termo de Autorização de Uso de Radiofrequências é, ainda, diverso daquele constante da minuta de Edital;

233. Dessa maneira, recomenda-se que a área técnica melhor esclareça o regramento atinente ao pagamento do preço público no caso de extinção das outorgas, realizando os ajustes pertinentes;

Dos itens 11.4.2.1, 11.4.2.2 e 11.4.3 da minuta de Edital.

234. 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;

235. 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;

236. 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;

237. 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;

238. 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 11.6 do Edital.

239. Esta Procuradoria entende que o item 11.6 do Edital deve ser deslocado 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 7.21 do Edital;

Do regramento quanto às parcelas vincendas do preço público na hipótese de extinção da autorização

240. A Cláusula 3.2 da Minuta de Termo de Autorização estabelece que as parcelas a vencer da outorga serão consideradas devidas proporcionalmente ao período em que a radiofrequência esteve à disposição da prestadora;

241. Os parágrafos primeiro e segundo da cláusula em questão referem-se ao regramento a respeito do pagamento do preço público no caso de extinção das outorgas. Considerando que estas previsões foram inseridas como parágrafos da Cláusula 3.2 do Termo, que se refere à prorrogação do direito de uso de radiofrequências, sugere-se que elas sejam deslocadas para a Cláusula 3.1 do Termo, que estabelece o valor da outorga;

242. A bem da verdade, verifica-se que na Cláusula 3.1 da minuta de Termo de Autorização, há disposição em sentido diverso quanto ao pagamento das parcelas relativas ao preço público. Nos termos dessa Cláusula, em quaisquer das situações que levem à extinção da Autorização, o valor referente ao Preço Público pela Direito de Uso de Radiofrequência será devido na sua integralidade;

243. Portanto, observa-se contradição entre as duas Cláusulas, razão pela qual recomenda-se que o corpo técnico da Agência esclareça o ideário da proposta e realize os ajustes pertinentes;

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

244. 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 V 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;

À consideração superior.

Brasília, 16 de março de 2018.

IGOR GUIMARÃES PEREIRA
Procurador Federal
Matrícula Siape nº 1.585.290

LUCIANA CHAVES FREIRE FÉLIX

Procuradora Federal
Matricula Siape nº 1.585.078

MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO
Procuradora Federal
Mat. Siape nº 1.585.369

PATRÍCIA FERREIRA DE HOLANDA CAVALCANTI
Procuradora Federal
Mat. Siape nº 1.585.041

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500084866201747 e da chave de acesso f5ae702e

Notas

1. [^] *MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado. Ob. cit, p. 22.*
2. [^] *ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104.*

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 110457085 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX. Data e Hora: 16-03-2018 17:12. Número de Série: 4597530634401145687. Emissor: AC CAIXA PF v2.

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 110457085 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PATRICIA FERREIRA DE HOLANDA CAVALCANTI. Data e Hora: 16-03-2018 17:10. Número de Série: 2981176210093423292. 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. 00484/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.084866/2017-47

INTERESSADOS: SUPERINTENDÊNCIA EXECUTIVA, SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO E REGULAMENTAÇÃO, SUPERINTENDÊNCIA DE OUTORGA E RECURSOS À PRESTAÇÃO, SUPERINTENDÊNCIA DE COMPETIÇÃO.

ASSUNTOS: Proposta 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.

1. Aprovo o **Parecer nº 114/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU**.
2. Restituam-se os autos à SPR.

Brasília, 19 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) 53500084866201747 e da chave de acesso f5ae702e

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 117270228 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 19-03-2018 08:59. Número de Série: 17123417. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
