
**ANATEL - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL
CELULAR POR ÓRGÃOS PÚBLICOS COM INEXIGIBILIDADE
DE LICITAÇÃO
Representação**

Ministro-Relator Valmir Campelo

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC- 002.579/2000-7 c/13 vols.

Natureza: Representação (Art. 113, § 1º, da Lei nº 8666/93)

Interessada: AMERICEL S.A.

Ementa: Representação com vistas a contestar contratação de serviço de telefonia móvel celular - SMC por órgãos públicos, com inexigibilidade de licitação. Diligências junto à ANATEL e a diversos órgãos indicados na Representação. Conhecimento para, no mérito, julgá-la, em parte, procedente, reconhecendo a necessidade do procedimento licitatório para tais contratações. Determinação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Encaminhamento da documentação de cada um dos órgãos diligenciados às Unidades Técnicas do TCU, de acordo com a clientela específica, para exame da matéria. Envio à ANATEL de cópia dos mencionados documentos a fim de que verifique a conformidade dos valores praticados pelas empresas de telefonia móvel celular. Dar ciência da deliberação do Tribunal bem como do Relatório e Voto que a fundamentam às Comissões de Fiscalização e Controle do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, bem como à AMERICEL S.A.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada, junto a esta Corte de Contas, pela AMERICEL S.A., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, questionando a legalidade da contratação de serviços de telefonia móvel celular - SMC, realizada por órgãos públicos, mediante inexigibilidade de licitação.

02. Em instrução preliminar dos autos (fl.27), a então 9ª SECEX, atual SEFID - Secretaria de Fiscalização de Desestatização, considerando a função reguladora das telecomunicações exercida pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, promoveu diligência junto à empresa, solicitando o envio de parecer técnico-jurídico quanto à viabilidade de realização de licitação para contratar serviço móvel celular por parte da Administração Pública.

03. Em atenção à diligência supra, foi encaminhado o Informe PVGAC/PVCP nº 117, de 12.05.2000, elaborado pela Superintendência de Serviços Privados daquela Agência.

04. A Unidade Técnica, examinando o novo documento juntado aos autos, verificou que as informações ali contidas poderiam ser assim resumidas: “a) a inviabilidade de competição pode ocorrer quando o serviço de uma das prestadoras não atender às necessidades da Administração Pública, sendo um exemplo dessa situação a necessidade de utilização desse serviço em uma área não atingida por determinada prestadora; e b) a licitação será viável quando as necessidades da Administração Pública puderem ser atendidas pelas duas prestadoras.”

05. O Analista ressaltou ainda o alerta da Agência Reguladora no sentido de que as prestadoras de SMC podem oferecer planos de atendimento alternativos, com preços livres, visando atender segmentos específicos de mercado, mas não podem oferecer descontos sobre os preços de um determinado plano. Isto é, as condições de um plano não podem ser discriminatórias, e seus preços devem ser iguais para todos os usuários dele optantes.

06. Outro aspecto importante, diz respeito à prévia homologação do plano pelo órgão regulador, além de sua publicação e divulgação em jornal de grande circulação para que seja comercializado.

07. Assim, considerando que as peças processuais demonstravam indícios de que a concessionária de telefonia celular, contratada sem licitação, teria ofertado descontos sobre o plano básico, infringindo o regulamento do serviço e caracterizando uma prática desleal de mercado, o informante entendeu necessário baixar o processo, novamente, em diligência. Tal medida preliminar visava obter, junto aos órgãos envolvidos nas contrações apontadas pela autora desta Representação (relação de fl. 02), dentre outras informações: cópia de todas as peças do Processo de Inexigibilidade de Licitação; cópia do Contrato celebrado e respectivos Termos Aditivos firmados; cópia das faturas pagas em razão do contrato, relativamente ao primeiro mês de vigência e ao mês de março/2000, com discriminação dos números dos acessos utilizados pelo órgão, as tarifas cobradas (habilitação, assinatura, etc.).

08. Assim, a Unidade Técnica encaminhou Ofício a cada um dos seguintes órgãos: - Ministério da Agricultura e do Abastecimento; Tribunal Regional Eleitoral do DF; DNER - 19ª DRF; IBAMA; Ministério da Educação; Ministério das Comunicações; Tribunal Superior do Trabalho; Agência Nacional do Petróleo; Presidência da República; Ministério do Orçamento e Gestão; Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação; Ministério dos Transportes; Fundação Nacional de Saúde; Departamento de Polícia Federal; e Fundação Coordenação e Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

09. Em resposta, vieram aos autos os elementos de fls. 86 a 233, bem como os dos volumes 1 a 12 anexos, observando-se que apenas o Diretor-Geral do Departamento de Administração da Fundação Nacional de Saúde, Sr. Celso Tadeu de Azevedo Silveira, deixou de atender à diligência, mesmo reiterada mediante Ofício 9ª SECEX nº 176/2000 (fl. 232).

10. Reexaminando o processo, o AFCE Luiz Fernando Fauth, após verificar a admissibilidade da Representação e constatar que estavam previstos os requisitos constantes do art. 213 do Regimento Interno do TCU, passou à análise de mérito da matéria, destacando, além dos fundamentos da Representação, os aspectos legais e procedimentais que regem o assunto.

11. Vale transcrever, a seguir, alguns trechos da instrução supracitada, considerados importantes à apreciação da matéria:

“Preliminarmente, cabe registrar que a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, estabelece como regra a licitação para a contratação de serviços na Administração Pública. Assim sendo, em princípio, há que se reconhecer a obrigatoriedade da licitação para a contratação do SMC. No entanto, é preciso verificar, também, se de fato a licitação é viável, exigível, em todos os casos. Em outros termos, deve-se examinar se o SMC, por suas particularidades, enseja ou não a dispensa ou inexigibilidade de licitação, enquadrando-se nas respectivas hipóteses previstas em Lei. No caso concreto, é mister comprovar a efetiva viabilidade de competição para que se possa exigir a realização de licitação.

Segundo informa a ANATEL, no parecer de fls. 32 a 35, o SMC entrou em operação comercial no Brasil no ano de 1990, tendo sido prestado em regime de monopólio estatal até 1997. Nesse período, evidentemente, não haveria outra possibilidade de contratação desse serviço a não ser na forma direta.

O mercado de telefonia móvel celular foi aberto à concorrência somente depois da promulgação da Lei nº 9.292, de 19 de julho de 1996, e da aprovação do Regulamento do Serviço Móvel Celular, mediante o Decreto nº 2.056, de 4 de novembro de 1996. Esse Regulamento dispõe, de forma expressa, em seu art. 5º:

Art. 5º. O Serviço Móvel Celular deve ser prestado, sem exclusividade, sob o regime de concessão, em áreas geográficas delimitadas do território nacional.

Dessa forma, instaurou-se oficialmente a concorrência na prestação do SMC. Às prestadoras que estavam em operação, ocupando a faixa de frequência denominada Banda A, somaram-se as novas empresas, utilizando a Banda B. Essa competição, contudo, só foi efetivada em 1997, quando as novas empresas entraram em operação comercial. Segundo informa a ANATEL no já citado parecer, a empresa Americel foi a primeira operadora da Banda B a iniciar suas atividades, prestando o serviço na Região 7. O processo de introdução da competição na telefonia móvel celular foi concluído em 1999, quando iniciou a operação da prestadora da Banda B na Região 8, que compreende Estados da Região Norte do País.

Como visto, a abertura do mercado de telefonia móvel possibilitou ao usuário, individual ou corporativo, optar não só entre as duas empresas concorrentes, mas também entre os diversos planos alternativos oferecidos (existem mais de 600 já homologados, como informa a ANATEL) e os serviços adicionais disponíveis. Nessa escolha, o usuário levará em conta ainda, segundo suas necessidades, a tecnologia disponível e a extensão da área de cobertura.

Tais decisões deverão ser tomadas, também, pela Administração Pública, quando da contratação desse serviço. Ao identificar suas necessidades, a entidade

ou órgão público deverá definir quais os serviços adicionais, a tecnologia e a área de cobertura que deverão ser necessariamente oferecidos pela prestadora do SMC. É nesse momento que poderá ser identificada a inviabilidade de competição, uma vez que é possível que somente uma das operadoras tenha condições de oferecer os serviços demandados. Distinto não é o posicionamento da ANATEL a esse respeito, assim se manifestando a Agência no parecer de fls. 32 a 35:

5.2 A priori, deve ser entendido que a Administração Pública conhece suas necessidades e estabelecerá as condições em que o Serviço Móvel Celular será fornecido pela prestadora. Isso pressupõe, naturalmente, o conhecimento das facilidades e aplicações disponíveis e possíveis de serem ofertadas pelas prestadoras do Serviço Móvel Celular.

5.3 Isto posto, ocorrem as seguintes alternativas, que podem resultar na inexigibilidade de licitação:

a) quando na localidade pretendida existe somente um prestador de Serviço Móvel Celular, uma vez que a concorrente ainda não chegou a cobrir com o sinal essa determinada localidade;

b) quando a Administração optar por uma determinada forma de prestação de Serviço Móvel Celular e que somente uma prestadora possa atender, mediante desistência por declaração da prestadora concorrente. Esse fato pode ocorrer mediante exigência de qualidade técnica, de cobertura de determinadas áreas geográficas, etc.; e,

c) quando houver diferenças de área de cobertura, dado que os sistemas da Banda A ou da Banda B se encontram em plena expansão de suas redes.

(...)

Como visto, não há fatores que possam afastar, de forma absoluta, a necessidade de licitação prévia à contratação de SMC por órgãos e entidades da Administração Pública. As possibilidades aqui mencionadas, a implicarem dispensa ou inexigibilidade de licitação, não descaracterizam o caráter competitivo do mercado de telefonia móvel. Em outros termos, constituem apenas situações excepcionais em que não se poderia exigir a licitação. Esta contudo, em função do próprio comando constitucional contido no já citado art. 37, inciso XXI, da Lei Maior, continua sendo regra geral a ser observada por toda a Administração Pública. Na eventualidade de ocorrerem circunstâncias que inviabilizem a competição, estas deverão ser devidamente demonstradas, de acordo com o disposto no art. 26, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Nos demais casos, a obrigatoriedade de licitação deve ser observada. Nesse sentido, deve ser destacado o exemplo dado por este Tribunal ao licitar a contratação de SMC por meio da Tomada de Preços nº 08/2000.

Nesse sentido, apresenta-se como medida de maior efetividade propor determinação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) no sentido de que oriente os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta quanto à necessidade de licitação para contratação de SMC, nos termos delineados no parágrafo anterior.”

12. Relativamente aos diversos órgãos e entidades da Administração Pública, apontados pela Americel S.A como praticantes de contrato do serviço de telefonia móvel celular (SMC), mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, o Analista propôs que os documentos por eles enviados ao Tribunal, em resposta à última diligência promovida neste processo, fossem encaminhados às Unidades Técnicas do TCU, na forma de apartados, de conformidade com a clientela a que cada um pertença, para exame específico da regularidade dos respectivos contratos.

13. Consta ainda do parecer da Unidade Técnica a Tabela de fl. 280, demonstrando a existência de discrepâncias significativas entre os valores cobrados dos diversos órgãos públicos pela Assinatura Básica Mensal. Tal verificação pode significar indício de oferta de condições privilegiadas a determinados órgãos e, via de consequência, desrespeito às normas em vigor, o que ensejou proposta no sentido de ser encaminhada, à ANATEL, cópia da documentação acostada aos autos pelas entidades diligenciadas, a fim de que verifique a conformidade dos planos de serviço ofertados com a regulamentação pertinente, em especial a Norma-MC nº 23/96 e dê ciência ao Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, acerca das providências adotadas.

14. As conclusões do informante, além das sugestões mencionadas nos parágrafos anteriores, foram:

- pelo conhecimento da Representação para, no mérito, considerá-la procedente, em parte, reconhecendo-se a necessidade de se realizar a licitação prévia nos contratos do Serviço Móvel Celular, à exceção de situações excepcionais;

- por determinação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão no sentido de orientar os órgãos e entidades da Administração Pública a procederem conforme consignado acima, quando da contratação do SMC;

- por que fosse levado ao conhecimento das Comissões de Fiscalização e Controle do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e da empresa interessada o inteiro teor da Decisão do Tribunal, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem.

15. O Diretor da 2ª DT e o Secretário de Controle Externo da 9ª SECEX manifestaram-se de acordo com as conclusões do informante.

É o Relatório.

VOTO

16. Trata-se de Representação formulada junto a esta Corte de Contas, pela AMERICEL S.A., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, questionando a legalidade da contratação de serviços de telefonia móvel celular - SMC, realizada por órgãos públicos, mediante inexigibilidade de licitação.

17. A interessada ressalta, dentre outros argumentos, o seguinte:

“Com a privatização do setor de Telecomunicações, a Região 7 passou a contar com duas operadoras privadas do Serviço móvel Celular - banda A e banda B. A banda A é a antiga estatal que deixou de ser uma Empresa S.A. (Sociedade Anônima) para transformar-se em duas empresas distintas, sendo uma de telefonia

fixa e outra de telefonia móvel celular. Neste contexto, de acordo com a Lei 8.666, os contratos de prestação do SMC a serem celebrados por Órgãos Públicos devem ser precedidos de licitação, devendo as duas operadoras, consideradas privadas, concorrer em igualdade de competição.

Neste contexto, considerando a viabilidade de competição do setor de telefonia móvel celular, encontrar-se-á irregular a compra direta com justificativa de inexigibilidade de licitação, o que ensejará a necessidade de proceder-se à anulação dos contratos efetivados com essa justificativa, por ter havido burla ao dever de licitar, em regra, imposto à Administração.

Com efeito, o artigo 25 da Lei 8.666 assim dispõe, verbis:

‘Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação da exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, pela Federação ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissionais de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.’

Sendo assim, certo é que o art. 25, da Lei nº 8.666, não respalda a inexigibilidade de licitação para contratação de serviço móvel celular pela Administração Pública (...).”

18. A empresa interessada, ao solicitar a este Tribunal, esclarecimentos quanto às medidas que serão adotadas para inibir as contratações julgadas irregulares, apresenta uma relação de órgãos públicos que vêm firmando contratos dessa natureza.

19. Assim, verificada a admissibilidade da Representação e promovidas duas diligências preliminares, uma junto à ANATEL e outra dirigida aos diversos órgãos apontados pela empresa interessada como descumpridores das disposições consubstanciadas na Lei nº 8.666/93, vieram aos autos vasta documentação juntada às fls. 86 a 233 e aos volumes anexos 1 a 12.

20. Conforme Relatório que compõe o presente Voto, verifica-se que a Unidade Técnica desta Corte de Contas, emitiu parecer sobre o assunto, com fulcro no art. 49, da Resolução TCU nº 133/2000, examinando não apenas a questão apresentada pela Representante, mas atentando também para os possíveis indícios de desobediência à regulamentação concernente à telefonia móvel celular, por parte de empresas concessionárias do serviço.

21. Relativamente às informações apresentadas pela ANATEL, ficou claro que, somente após a promulgação da Lei nº 9.295, de julho de 1996 e, mais especificamente, a partir da aprovação do Regulamento do Serviço Móvel Celular,

mediante o Decreto nº 2.056, de 4 de novembro de 1996, o processo licitatório passou a ser possível para as contratações dos serviços em questão, haja vista que constituíam, até então, um regime de monopólio estatal. Todavia, essa situação alterou-se profundamente e diversas normas foram baixadas para democratizar tais contratações. Assim, o art. 5º do mencionado Decreto Regulamentar, veio dispor acerca da matéria, estabelecendo, sem margem de dúvida, que:

“Art. 5º. O Serviço Móvel Celular deve ser prestado, sem exclusividade, sob o regime de concessão, em áreas geográficas limitadas do território nacional.”

22. Dessa forma, respeitadas as características especiais do serviço (área de cobertura, falta de outra prestadora na localidade abrangida e qualidade técnica exigida), o processo licitatório, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.666/93, é a única forma legal permitida aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, para efetivarem contratações dos serviços de telefonia móvel celular. Isso quer dizer que a inexigibilidade de licitação somente poderá ser adotada, em casos excepcionais e mediante prévia justificação que comprove a inviabilidade absoluta do mencionado procedimento.

23. A privatização do Sistema de Telecomunicações do Brasil, com a conseqüente interrupção do monopólio estatal existente, deve impor mudanças nas regras do jogo, caso contrário, a medida se tornará inócua, estimulando a perpetuação de privilégios inaceitáveis e conseqüentes prejuízos ao Erário. O processo licitatório é a legítima forma de contratação de serviços ou obras no âmbito da Administração Pública. Só assim, por intermédio de uma concorrência democrática e isenta de privilégios, com observância do princípio constitucional da isonomia e de conformidade com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros, os gastos públicos estarão em consonância com as normas específicas de direito financeiro, de contabilidade e de administração.

24. De outro lado, vieram ao processo documentos referentes a contratações de Serviço de Telefonia Móvel Celular efetivadas por diversos órgãos e entidades da Administração Pública mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação. Tais elementos deixaram entrever discrepâncias significativas entre os valores cobrados dos órgãos diligenciados. A 9ª SECEX deixou de fazer uma análise mais profunda da documentação, tendo em vista que os órgãos contratantes, com exceção da Agência Nacional do Petróleo, integram clientela de outras Unidades Técnicas, o que ensejou a proposta no sentido de se formar apartados das peças referentes a cada contrato e encaminhá-los à Secretaria de Controle Externo específica, observando-se a clientela a que pertençam os órgãos envolvidos, para exame dos aspectos da legalidade de acordo com os princípios e normas estabelecidos pela Constituição Federal e a Lei nº 8.666/93.

25. Ademais, as peças juntadas aos autos demonstraram que há indícios de descumprimento das normas reguladoras concernentes ao Serviço de Telefonia Móvel Celular por parte das empresas concessionárias, preocupação essa que deve ser levada ao conhecimento da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, para, na qualidade de reguladora dos serviços de telecomunicações, adotar as medidas cabíveis

a fim de evitar que instrumentos contratuais, firmados por órgãos e entidades da Administração Pública Federal envolvendo serviços de telefonia, possam estar desrespeitando a Lei de Licitações.

Assim, ante todo o exposto, de acordo com as proposições apresentadas pela 9ª SECEX, Voto no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto a este Colendo Plenário.

DECISÃO Nº 196/2001-TCU- PLENÁRIO¹

1. Processo TC-002.579/2000-7 c/13 vols.
2. Classe de Assunto: (VII) Representação formulada pela AMERICEL S.A., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, questionando a legalidade da contratação de serviços de telefonia móvel celular - SMC, realizada por órgãos públicos, mediante inexigibilidade de licitação.
3. Interessada: AMERICEL S.A.
4. Entidades: Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal
5. Relator: Ministro Valmir Campelo
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: 9ª SECEX, atual SEFID - Secretaria de Fiscalização de Desestatização

8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 conhecer da presente Representação, nos termos da Res. TCU nº 136/2000, art. 69, inciso VII c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte de Contas (art. 212, § 3º e art. 213 e seu parágrafo único);

8.2 no mérito, considerá-la procedente, em parte, com vistas a reconhecer a necessidade de realização do prévio procedimento licitatório quando da contratação, por órgãos e entidades da Administração Pública Federal, do Serviço Móvel Celular (SMC), à exceção de situações excepcionais de dispensa ou inexigibilidade, previstas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, desde que devidamente fundamentadas e instruídas nos termos do art. 26 da mesma Lei;

8.3 determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que oriente os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta para que realizem o prévio procedimento licitatório quando da contratação do Serviço Móvel Celular (SMC), nos estritos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.666/93, exceto em situações excepcionais desde que devidamente fundamentadas e instruídas de acordo com o disposto no art. 26 da mesma Lei, encaminhando-lhe cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam;

8.4 encaminhar à ANATEL cópia da documentação constante do Vol. 13 anexo, relativa a contratos de serviços de Telefonia Móvel Celular efetivada pelos diversos órgãos e entidades da Administração Pública, e enviada ao Tribunal em resposta à

¹ Publicada no DOU de 20/04/2001.

diligência promovida por esta Corte de Contas na apreciação do presente processo, a fim de que verifique a conformidade dos valores praticados pelas empresas de telefonia móvel celular junto a cada um dos órgãos contratantes com os respectivos planos de serviços homologados pela Agência, nos termos da Norma-MC nº 23/96, comunicando a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, o resultado das providências adotadas;

8.5 enviar, na forma de apartados, as peças referentes a cada contrato de Serviço de Telefonia Móvel Celular efetivado pelos diversos órgãos e entidades da Administração Pública mencionados mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, à Secretaria de Controle Externo a cujas clientelas os mesmos pertencam, para exame dos aspectos da legalidade de acordo com os princípios e normas estabelecidos pela Constituição Federal e a Lei nº 8.666/93.

8.6 dar ciência do inteiro teor desta Decisão bem como do Relatório e Voto que a fundamentam às Comissões de Fiscalização e Controle do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, bem como à empresa interessada.

9. Ata nº 13/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 11/04/2001 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Bento José Bugarin, Valmir Campelo (Relator), Adylson Motta e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Benjamin Zymler.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator