



CGU

Controladoria-Geral da União

RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO

Compromissos do Certame do 5G

Anatel e Ministério das Comunicações

Exercício 2021

Controladoria-Geral da União (CGU)
Secretaria Federal de Controle Interno (SFC)

RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO

Órgão: Ministério das Comunicações

Unidade Auditada: Secretaria de Telecomunicações e Agência Nacional de Telecomunicações

Município/UF: Brasília/DF

Relatório de Avaliação: 907254

Missão

Elevar a credibilidade do Estado por meio da participação social, do controle interno governamental e do combate à corrupção em defesa da sociedade.

Avaliação

O trabalho de avaliação, como parte da atividade de auditoria interna, consiste na obtenção e na análise de evidências com o objetivo de fornecer opiniões ou conclusões independentes sobre um objeto de auditoria. Objetiva também avaliar a eficácia dos processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos relativos ao objeto e à Unidade Auditada, e contribuir para o seu aprimoramento.

QUAL FOI O TRABALHO REALIZADO PELA CGU?

Trata-se de avaliação do processo de elaboração da ação regulatória que estabeleceu os compromissos assumidos pelos vencedores da licitação de espectro da tecnologia móvel celular 5G no país, e a adequação desses compromissos com outros estabelecidos em ações regulatórias diversas.

POR QUE A CGU REALIZOU ESSE TRABALHO?

A tecnologia das redes de celular móvel de Quinta Geração (5G) possui papel central no processo de transformação digital da economia e da sociedade, podendo envolver o valor de R\$ 163 bilhões em investimentos de infraestrutura de telecomunicações.

Devido ao vultoso valor de investimento que será desembolsado pelas empresas do setor, buscou-se avaliar o processo de elaboração dos compromissos que serão assumidos pelos ganhadores da licitação de espectro do 5G.

QUAIS AS CONCLUSÕES ALCANÇADAS PELA CGU? QUAIS AS RECOMENDAÇÕES QUE DEVERÃO SER ADOTADAS?

Foi identificado que os compromissos de Implantação de Rede Privativa do Governo Federal e de infovias do Programa Amazônia Integrada e Sustentável (PAIS) podem ser objeto de discussão judicial devido ao conflito com a legislação setorial. Além disso, não foram observadas discussões públicas antes do estabelecimento desses compromissos pelo Ministério responsável.

Sobre a gestão dos compromissos assumidos por força de ações regulatórias, incluso as do Certame do 5G, foram verificadas oportunidades de melhoria para resolver casos de sobreposição e explorar sinergia com iniciativas estaduais e municipais para implantação de redes privadas.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

5G	Tecnologia de telecomunicações celular móvel de quinta geração
AIR	Análise de Impacto Regulatório
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
CIASC	Centro de Informática e Automação do Estado de Santa Catarina S.A.
CGU	Controladoria-Geral da União
CHESF	Companhia Hidrelétrica do São Francisco
FUNTTEL	Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações
FURNAS	Furnas Centrais Elétricas S/A
LGT	Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.742 de 16 de julho de 1997
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MCTI	Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações
MCTIC	Antigo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações
MCom	Ministério das Comunicações
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ODF	Sanção de Obrigação de Fazer, previsto no RASA
PAIS	Programa Amazônia Integrada e Sustentável
PGMU V	Plano Geral de Metas de universalização do STFC aprovado pelo Decreto nº 10.610, de 27 de janeiro de 2021.
PNBL	Plano Nacional de Banda Larga
RASA	Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas
RNP	Rede Nacional de Pesquisa
RTAC	Regulamento de Ajustamento de Conduta, aprovado pela Resolução Anatel nº 629, de 16 de dezembro de 2013.
SBTVD-T	Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre
SEAE	Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade
SeinfraCOM	Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração do TCU
SETEL	Secretaria de Telecomunicações do Ministério das comunicações

SMP	Serviço Móvel Pessoal
STFC	Serviço Telefônico Fixo Comutado
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
Telebrás	Telecomunicações Brasileiras S/A
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
RESULTADOS DOS EXAMES	9
1. Risco de judicialização do Leilão do 5G devido aos compromissos de implantação de Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal e do PAIS.	9
2. Necessidade de aprimoramento dos processos da Anatel para evitar sobreposição de compromissos.	16
3. Ausência de registro de participação social para discussão dos compromissos de Rede Privativa do Governo Federal e PAIS.	20
4. Possibilidade de sinergia entre iniciativas federais, estaduais e municipais para implantação de redes privadas de telecomunicações.	24
RECOMENDAÇÕES	25
CONCLUSÃO	27
ANEXOS	28
I – MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE AUDITADA E ANÁLISE DA EQUIPE DE AUDITORIA	28

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de auditoria teve o objetivo de avaliar as iniciativas do Ministério das Comunicações (MCom) e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) para o estabelecimento dos compromissos do Certame do 5G, como passou a ser conhecido o processo licitatório de faixas de frequência que serão utilizadas para a prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) em sua quinta geração tecnológica, notadamente ao que se refere aos compromissos previstos na Portaria MCom nº 1.924, de 29 de janeiro de 2021.

A auditoria teve como foco três aspectos sobre o assunto: a aderência às boas práticas regulatórias no processo de elaboração da Portaria nº 1.924/21; a compatibilidade dos compromissos impostos no normativo com a legislação setorial; e a harmonização dos compromissos impostos neste instrumento com outras políticas públicas e ações regulatórias.

A seleção do objeto da auditoria teve como fundamento a importância da tecnologia 5G para a transformação digital da economia e da sociedade brasileira, envolvendo a cifra de R\$ 163 bilhões em investimentos de infraestrutura de telecomunicações nos próximos 20 anos¹. Tendo em vista o vultoso valor de investimento que será desembolsado pelas empresas do setor, optou-se por concentrar os esforços da auditoria nos compromissos ou obrigações que foram impostas aos vencedores do Certame do 5G.

A escolha do objeto também levou em consideração a Priorização dos Objetos de Auditoria com Base e Riscos da Secretaria de Telecomunicações (SETEL)², elaborado pela CGU, na qual identificou-se que o processo “Elaborar normas infralegais (Portaria, Instrução Normativa, etc.)” possuía maior nível de risco comprometedora dos propósitos da Unidade.

Na auditoria realizada pela CGU foi avaliado se o processo de elaboração da Portaria nº 1.924/2021 seguiu as boas práticas regulatórias e de políticas públicas estabelecidas pela Casa Civil e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), identificando se os compromissos estabelecidos ao final desse processo estavam compatíveis com a legislação setorial.

Além disso, tendo em vista os princípios constitucionais de economicidade e eficiência, buscou-se verificar possíveis casos de sobreposição entre os compromissos estabelecidos para o 5G e obrigações ou iniciativas de outras ações regulatórias e políticas públicas de outros entes, sendo que o escopo da auditoria abrangeu a análise de sobreposição dos compromissos de *backhaul* do Certame do 5G e de iniciativas estaduais.

Conforme será demonstrado nos Achados de Auditoria deste Relatório, foi identificada fragilidade no processo de elaboração da Portaria nº 1.924/21 quanto à participação social, o risco de judicialização do Certame do 5G devido ao desalinhamento de dois compromissos com a legislação setorial, casos de sobreposição de compromissos de ações regulatórias

¹ <https://www.poder360.com.br/economia/governo-calcula-que-5g-deve-gerar-r-163-bi-em-investimentos-para-telecom/>

² Relatório de auditoria nº 880114 - Objetos de Auditoria SETEL

diferentes e possibilidades de sinergias para desenvolvimento de redes privadas nas esferas federativas.

RESULTADOS DOS EXAMES

1. Risco de judicialização do Leilão do 5G devido aos compromissos de implantação de Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal e do PAIS.

A Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) estabelece no Livro III, Título III condicionantes para os serviços prestados em regime privado, dos quais se destacam os seguintes:

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

§ 3º Dos vencedores da licitação será exigida contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem, na forma de compromissos de interesse dos usuários.” (Original sem grifo)

A partir desses dispositivos da LGT, infere-se que deve haver relação entre os compromissos assumidos pelos vencedores de autorização em procedimento licitatório e os interesses dos usuários daquele mesmo serviço outorgado, sendo que os condicionamentos devem ter vínculos adequados com necessidades públicas específicas.

É imperativo destacar que essa relação se estende à outorga do uso de radiofrequência, devido à indissociabilidade entre o uso da radiofrequência e a prestação do serviço, como descrito no art. 160 da LGT.

“Art. 160. A Agência regulará a utilização eficiente e adequada do espectro, podendo restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas, considerado o interesse público.

Parágrafo único. O uso da radiofrequência será condicionado à sua compatibilidade com a atividade ou o serviço a ser prestado, particularmente no tocante à potência, à faixa de transmissão e à técnica empregada.” (Original sem grifo)

Pois bem, o Certame do 5G é o processo licitatório das faixas de radiofrequências de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5GHz e 26 GHz. O Edital³ do Certame, elaborado pela Anatel, define como objeto da licitação lotes de frequências nas faixas mencionadas que devem ser associados à autorização do Serviço Móvel Pessoal - SMP existente ou expedida nova autorização desse Serviço caso o vencedor do lote ainda não a detenha.

O Edital prevê vários compromissos em cada lote para os vencedores do certame. Para os lotes B1 a B4 (e D33 a D36⁴), na faixa de frequência de 3.300MHz e 3.700MHz, estão previstos compromissos que podem ser categorizados da seguinte forma:

1. Limpeza da Banda C;
2. Compromissos de cobertura com 5G;
3. Atendimento com *Backhaul*;
4. Implementação de seis infovias do Programa Amazônia Integrada e Sustentável - PAIS no âmbito do Programa Norte Conectado;
5. Implementação da Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal.

A presença desses compromissos no Edital seguiu as diretrizes estabelecidas pela Portaria do Ministério das Comunicações nº 1.924/SEI-MCOM, de 29 de janeiro de 2021, que em seus arts. 2º e 3º estabeleceram:

³ Edital de Licitação nº 1/2021-SOR/SPR/CD-ANATEL, de 27 de setembro de 2021, Documento SEI nº 7456071 do processo nº 53500.066038/2021-11, disponível em <https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/5G/leilao-de-espectro-5g>, acesso em 14/10/2021.

⁴ Os lotes D1 a D32 são lotes de “2ª rodada”, com blocos de frequências menores de 20 MHz ao invés de 80 MHz, para os casos em que os lotes primários (B1 a B4) não apresentarem interessados.

“Art. 2º Nas licitações de espectro de que trata o art. 1º, a Anatel deverá considerar:

...

II - estabelecimento de compromissos de abrangência, nos termos do Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018, de forma complementar a outras políticas públicas vigentes, incluindo:

*a) **atendimento com banda larga móvel em tecnologia 4G ou superior**, para cidades, vilas, áreas urbanas isoladas e aglomerados rurais, conforme classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que possuam população superior a 600 habitantes;*

b) cobertura de rodovias federais com banda larga móvel; e

*c) **redes de transporte de alta velocidade**, preferencialmente em fibra óptica, para municípios ainda não atendidos.*

...

*VII - estabelecimento de obrigação de **implantação do Programa Amazônia Integrada e Sustentável - PAIS**, que compõe o Programa Norte Conectado;*

*VIII - estabelecimento de obrigação de **implantação de uma Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal**, nos termos do art. 12, I, do Decreto nº 9.612/2018, de propriedade da União, composta por:*

a) rede móvel, limitada ao território do Distrito Federal, utilizando-se da faixa de radiofrequências de 703 MHz a 708 MHz e 758 MHz a 763 MHz para atendimento a atividades de segurança pública, defesa, serviços de socorro e emergência, resposta a desastres e outras atribuições críticas de Estado, incluindo as realizadas por entes federados, bem como para atendimento aos órgãos públicos federais; e

b) rede fixa para atendimento aos órgãos públicos federais, complementar à rede de governo existente.

...

Art. 3º A Anatel deverá realizar os procedimentos administrativos para viabilizar certames licitatórios para a expedição de autorizações de uso de radiofrequências em caráter primário para as faixas de que trata o art. 1º.

§ 1º No que tange à faixa de 3,5 GHz, a Agência deverá:

I - estabelecer medidas de melhor eficiência técnica e econômica para solucionar interferências prejudiciais identificadas sobre serviços fixos por satélite em operação na Banda C, considerando formas de assegurar a recepção do sinal de televisão aberta e gratuita pela população, mesmo que a solução a ser adotada envolva a digitalização e migração dos sinais recebidos pela população para outra faixa de radiofrequência”

A Limpeza da Banda C refere-se à necessidade de realocar o sinal de recepção do sinal dos usuários da televisão aberta e gratuita⁵ por meio de antenas parabólicas na banda C satélite para a banda Ku, pois o convívio entre o sistema de televisão e o sistema móvel celular na mesma faixa de frequência é inviável, tendo em vista a interferência causada mutuamente e a degradação consequente da qualidade para os usuários dos dois serviços.

Verifica-se, portanto, que o compromisso de Limpeza da Banda C guarda relação com os interesses dos usuários do SMP na faixa licitada ao prover qualidade necessária para seu funcionamento. Inclusive, trata-se de um compromisso específico, pois reflete diretamente nos clientes do Serviço na faixa licitada.

Os compromissos de cobertura com tecnologia 5G estão estritamente aderentes ao Serviço prestado, pois visa prover acesso à rede móvel celular aos usuários finais, condição indispensável para usufruto dos serviços de telecomunicações.

Os compromissos de atendimento de *backhaul* podem, inicialmente, parecer que não estão relacionados ao 5G, por se tratar de redes de transporte fixas, geralmente em fibra, para conectar *backbones*, parte central das redes de telecomunicações, com as redes sub-periféricas, parte da rede que conecta os usuários finais à rede maior da prestadora. No entanto, o *backhaul* é elemento essencial na estrutura geral da rede celular móvel, pois viabiliza o escoamento do tráfego das células que atendem diretamente os usuários finais, provendo conexão fim-a-fim e o usufruto de qualquer aplicação disponível.

Assim, observa-se que os compromissos de *backhaul* estão diretamente relacionados com o interesse dos usuários do SMP nas faixas leiloadas. Além disso, há especificidade do compromisso, pois é possível, inclusive, relacionar a quantidade de usuários do Serviço atendida com cada ponto de atendimento do *backhaul*.

Documento⁶, disponível no site da Rede Nacional de Pesquisa – RNP, descreve as características do Programa Amazônia Integrada e Sustentável – PAIS. Este programa visa a expansão da infraestrutura de comunicação na Região Amazônica, com a implementação de um *backbone* em fibra óptica subfluvial de alta capacidade e baixa latência para interligar diversas cidades da Região Norte e, inclusive, interligar com dois países vizinhos: Peru e Guiana Francesa.

O PAIS faz parte de um programa maior, o Norte Conectado, que visa atender às políticas públicas de telecomunicações, educação, pesquisa, saúde, defesa e do judiciário e outras políticas que venham a integrar o Programa.

Conforme expressa o Documento, a infraestrutura do PAIS ficará sob propriedade da RNP e esta entidade ficará responsável pela operação e manutenção da rede até o estabelecimento de uma entidade privada, chamada de Operador Neutro, para gerenciar a rede do PAIS.

É alegado ainda que a infraestrutura do PAIS poderá ser utilizada para prover conexão banda larga, fixa ou móvel, para a população dos municípios que serão atendidas pelo *backbone*. A gestão da RNP adotará uma postura aberta e neutra e, assim, a iniciativa privada poderá

⁵ Trata-se do Serviço Fixo por Satélite – FSS, cuja recepção dos canais televisivos também é conhecida como TVRO – *Television Receive Only*.

⁶ https://norteconectado.rnp.br/sites/default/files/2020-08/RNP_PAIS_SITE.pdf

contratar acesso ao *backbone* do PAIS para interligar a rede local do provedor regional ou empresa de telecomunicações, possibilitando o acesso à internet para os usuários.

Tendo em vista as considerações sobre o PAIS, é necessário destacar que o Programa visa atender uma série de políticas públicas e necessidades privadas que podem ser atendidas por diversos serviços de telecomunicações e tipos de infraestruturas diferentes. Assim, não há garantia que os usuários do 5G servidos pelas frequências do Leilão se beneficiarão da infraestrutura do PAIS. Sobremaneira, só haverá utilização do PAIS se houver a contratação de uma operadora que opera em 5G local que não possui *backhaul* ou *backbone* na região.

Ademais, destaca-se que os municípios previstos para atendimento do PAIS poderiam constar na lista dos demais compromissos de *backhaul*. Dessa forma, os recursos do Leilão do 5G não estariam sendo utilizados para custear uma política pública que visa atender, genericamente, diversas necessidades sociais, mas sim atender os usuários do Serviço 5G nas respectivas localidades.

O financiamento do PAIS com recursos do Leilão do 5G pode, pelos motivos explicados, atentar contra previsão do inciso III do art. 128, art. 135 caput e §3º do art. 136, todos da LGT.

Com já informado, a Portaria MCom nº 1.924/21 estabeleceu que a implementação da Rede Privativa da Administração Pública Federal é uma obrigação que deve ser considerada pela Anatel na elaboração do Edital do 5G. Essa Rede Privativa, conforme a Portaria, seria composta por:

- a) rede móvel, limitada ao território do Distrito Federal, utilizando-se da faixa de radiofrequências de 703 MHz a 708 MHz e 758 MHz a 763 MHz para atendimento a atividades de segurança pública, defesa, serviços de socorro e emergência, resposta a desastres e outras atribuições críticas de Estado, incluindo as realizadas por entes federados, bem como para atendimento aos órgãos públicos federais; e
- b) rede fixa para atendimento aos órgãos públicos federais, complementar à rede de governo existente.

Vale observar, neste momento, que a Rede privativa visa atender uma demanda social e de segurança genérica, difusa e não específica para os usuários do 5G, o que afronta o inciso III do art. 128 da LGT. Ainda que a Rede Privativa possibilite a prevenção ou remediação de um ataque cibernético, os benefícios são para todos os usuários de vários tipos de redes de telecomunicação.

Em sentido semelhante, o compromisso da implantação da Rede Privativa no Leilão do 5G pode atentar para o previsto no §3º do art. 136 e no parágrafo único do art. 160 da LGT, ao especificar uma obrigação que não está diretamente relacionada com objeto do Certame. Primeiro porque a rede móvel da Rede Privativa opera em faixa de frequência diversa da do Leilão do 5G, o lote tipo A em 700 MHz prevista no Edital do 5G é na faixa de 708MHz a 718 MHz e de 763 Mhz a 773 MHz e, portanto, a rede móvel da Rede Privativa estaria em bloco abaixo. Em segundo, a parte da rede fixa da Rede Privativa não constitui um Serviço Móvel Pessoal.

A celeuma de estabelecer compromissos para um serviço de telecomunicação baseado em ação regulatória ou política pública de outro serviço já foi enfrentado pela Anatel no âmbito do PGMU IV.

Na ocasião, o Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018, que aprovou o Plano, estabeleceu compromissos de cobertura no SMP na tecnologia 4G para diversos municípios, mas considerando as obrigações das empresas concessionárias no âmbito do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. A própria área técnica da Anatel⁷ expressou dificuldades para superar os empecilhos jurídicos e regulatórios do “subsídio cruzado de Serviços”, inclusive destacando a dificuldade da precificação de espectro e obrigações quando há intercessão entre Serviços.

Vale, inclusive, replicar trecho do Informe da área técnica:

“...Mesmo que houvesse a obrigação de cobertura, não se poderia exigir a utilização da infraestrutura instalada no âmbito do PGMU por simples observância da mínima intervenção na vida privada. Observa-se, nesse aspecto, que a regulação da Agência que adiciona qualquer condicionamento à exploração do serviço de telecomunicações, inclusive e especialmente em regime privado, prevê rito adequado, com ampla consulta à sociedade, análise de impacto regulatório e prévia inclusão em agenda regulatória.”

Como apontado neste Relatório de Auditoria, não há registro de discussão pública sobre o custeio da Rede Privativa como compromisso no Certame do 5G.

Deve-se destacar ainda que o documento elaborado pelo Ministério das Comunicações chamado de Estratégia Brasileira de Redes de Quinta Geração (5G), que subsidiou consulta pública sobre o assunto, apresentou seção de contextualização sobre as experiências internacionais em vários países sobre a matéria do 5G. No documento não é destacada a necessidade de uma rede privativa do governo como requisito essencial para implantação da tecnologia em um país.

É salutar que, ao invés de construção de uma rede nova e apartada, houvesse a exigência de requisitos de segurança na implantação de novas redes pelos vencedores do Leilão do 5G de forma geral, vantagem que seria usufruída por todos os usuários do Serviço, inclusive a Administração Pública Federal.

Sobre a responsabilidade para implantação da Rede Privativa, vale observar os ditames da Portaria MCom nº 1.924/21, conforme mostrado a seguir:

“§ 9º As obrigações dispostas nos incisos VII e VIII do caput poderão ser executadas por meio de uma Entidade criada para esse fim específico, de forma a permitir a gestão isonômica e não discriminatória dos recursos.

§ 10 Os requisitos mínimos de segurança para a rede de que trata o inciso VIII do caput, incluindo as funcionalidades de criptografia, obedecerão a regulamentação específica, devendo ser utilizados equipamentos projetados, desenvolvidos, fabricados ou fornecidos por empresas que observem padrões de governança corporativa compatíveis com os exigidos no mercado acionário brasileiro.”

⁷ Informe nº 101/2019/CPAE/SCP, de 16 de dezembro de 2019, disponível em https://drive.google.com/file/d/1R_zGixuIW6OJKiMVffMNCaoPd-hf5pR/view, acesso em 17/09/2021.

Sobre o assunto, cabe apontar que a versão original do Decreto nº 9.612/18 atribui à Telebrás a implementação da rede privativa de comunicação da administração pública federal (inciso I, art. 12).

No entanto, o Decreto nº 10.799, de 17 de setembro de 2021, acrescentou o § 7º ao art. 12 do Decreto nº 9.612/18, possibilitando a implementação da Rede Privativa por outros órgãos ou entidades públicas ou privadas e estabelecendo que os critérios de uso e governança da rede serão definidos pela União.

De toda forma, ainda é necessário destacar que o valor orçado para a Rede Privativa, de R\$ 1 bilhão, foi realizado pela Telebrás a partir de premissas, condições e situação da Sociedade de Economia Mista⁸, que, inclusive, já possui uma rede que atende órgãos e entidades públicas federais. A construção da Rede Privativa por entidades privadas pode exigir outros requisitos e premissas, que afetarão diretamente o valor orçado. Assim, o valor previsto no Leilão do 5G para custear a Rede Privativa pode não ser suficiente, impactando na qualidade ou no prazo da sua implantação.

Ante todo o exposto, verifica-se que há interpretação de que os compromissos de construção de Rede Privativa e financiamento do PAIS com recursos do Leilão do 5G ferem dispositivos legais.

Ao custear políticas públicas e necessidades do Governo, mas sem relação com o objeto do Edital, os compromissos não só atentam contra aspectos legais das leis específicas do setor de telecomunicações, mas podem atingir princípios gerais do processo licitatório, orçamentário e legislativo, como o dever do Poder Público de licitar obras e serviços (art. 2º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), os princípios da universalidade e do orçamento bruto (arts. 2º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964) e a competência do Congresso Nacional de debater, modificar e aprovar a execução de políticas públicas nos planos plurianuais e orçamentos anuais (art. 48 da Constituição Federal de 1988).

As possíveis violações aqui descritas podem servir de insumo para litígio judicial pelas partes interessadas, especialmente pelos usuários e cidadãos, tendo em vista que o custeio do PAIS e da Rede Privativa com recursos do Certame do 5G afeta o montante do valor que seria destinado para os outros compromissos de cobertura.

Cabe ressaltar, por fim, que o Edital do 5G já foi aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel em 24 de setembro de 2021, na designação de Edital de Licitação nº 1/2021-SOR-SPR-CD-ANATEL e o evento licitatório ocorreu em 4 e 5 de novembro de 2021, com lotes arrecadados no valor de R\$ 47,2 bilhões, um ágio de R\$ 4,79 bilhões em relação ao previsto inicialmente⁹.

Assim, não cabe mais a alteração do Edital do 5G para retirada dos compromissos mencionados, devido aos impactos no cronograma da implantação da tecnologia do país, situação que vai de encontro ao objetivo da pasta ministerial. Além disso, o Ministério das Comunicações informou que, em conjunto com órgãos da Advocacia-Geral da União, já adotou providências para preparação de um eventual processo judicial do Certame do 5G, não restando, portanto, recomendações para este Achado de Auditoria.

⁸ Documentos SEI nº 6 6559630, 6559546 e 6559413 do Processo SEI nº 53115.004722/2021-45.

⁹ <https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/leilao-da-tecnologia-de-quinta-geracao-alcanca-r-47-2-bilhoes>, acessado em 22/11/2021.

No entanto, destaca-se que as medidas adotadas não são suficientes para excluir por completo os riscos apontados, cabendo à CGU, na sua atribuição de incremento da transparência pública descrita no inciso I, do art. 1º do Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019, registrar neste Relatório de Auditoria o risco de judicialização do Certame do 5G devido aos compromissos de implantação de Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal e do PAIS.

2. Necessidade de aprimoramento dos processos da Anatel para evitar sobreposição de compromissos.

A maior parte dos serviços de telecomunicações outorgados atualmente estão submetidos ao regime privado. Assim, os editais para outorga onerosa de autorização de uso de radiofrequências, associados aos serviços, constituem importantes instrumentos regulatórios no estabelecimento de obrigações e compromissos para atingimento do interesse público sobre a matéria, qual seja, a universalização e melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações prestados no país.

Por sua vez, a lei setorial estabelece alguns condicionantes para o estabelecimento desses compromissos.

O Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018, que dispõe sobre as políticas de telecomunicações, estabeleceu o seguinte:

“Art. 8º Observadas as competências estabelecidas na Lei nº 9.472, de 1997, a Anatel, implementará e executará a regulação do setor de telecomunicações, orientada pelas políticas estabelecidas pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e pelas seguintes diretrizes:

...

VII - realização de levantamentos periódicos e sistematizados das infraestruturas de transporte e de acesso em operação.

Art. 9º Os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações fixados pela Anatel em função da celebração de termos de ajustamento de conduta, de outorga onerosa de autorização de uso de radiofrequência e de atos regulatórios em geral serão direcionados para as seguintes iniciativas:

...

*§ 6º Os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações de que trata o caput **não serão redundantes** em relação a compromissos já assumidos em decorrência de outras ações regulatórias da Anatel ou de outras iniciativas federais, estaduais ou municipais.” (original sem grifo)*

Além do que estabelece a lei setorial, o Princípio da Economicidade, inserto no artigo 70 da Constituição Federal de 1988, pauta a atuação da Administração Pública para o atingimento dos resultados pretendidos com o menor custo possível, mantendo a qualidade e celeridade na sua operação.

Perante esses mandamentos constitucionais e legais, a presente auditoria teve o objetivo de avaliar se os compromissos indicados na Portaria MCom nº 1.924/21, para serem impostos no

Edital do 5G, apresentavam conflito ou sobreposição com os compromissos ou obrigações de outras políticas públicas, outras ações regulatórias ou até com a infraestrutura existente. Devido ao escopo definido para a auditoria, foram analisados somente os compromissos de *backhaul*.

A Portaria nº 1.924/21 apresentou um anexo com a lista de municípios que teriam atendimento prioritário para os compromissos de *backhaul*. No entanto, como alegam a Anatel e o Ministério das Comunicações, a lista é apenas uma indicação, valendo o que fosse estabelecido na versão final do Edital do 5G. A versão final do Edital foi aprovada pelo Conselho Diretor da Agência em 24 de setembro de 2021, na designação de Edital de Licitação nº 1/2021-SOR/SPR/CD-ANATEL. Assim, em que pese o objetivo inicial da auditoria fosse verificar os compromissos de *backhaul* da Portaria nº 1.924/21, o cotejamento de informações levou em consideração os compromissos previstos na versão final do Edital do 5G em relação às outras iniciativas sobre o assunto.

Assim, as fontes de informação utilizadas para esta análise foram:

1. As localidades já atendidas por *backhaul* em fibra óptica por diversos fornecedores, conforme levantamento da Anatel disponível em seu sítio na internet¹⁰;
2. Os municípios referentes aos compromissos de *backhaul* para os lotes B1 a B4, C1 a C8 e D1 a D36, conforme Anexo XV do Edital de Licitação nº 1/2021-SOR/SPR/CD-ANATEL, de 27 de setembro de 2021¹¹;
3. As localidades a serem atendidas pela TIM S.A. conforme Termo de Ajustamento de Conduta - TAC nº 1/2020, cujas localidades de atendimento estão previstas no sítio da Anatel na internet¹²;
4. As localidades a serem atendidas em virtude da sanção de Obrigação de Fazer, prevista no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel - RASA e imposta a diversas prestadoras em virtude de violação ou descumprimento da legislação vigente. A lista de localidades que serão atendidas, bem como a prestadora responsável, foi repassada pela Anatel¹³;
5. A lista de sedes de municípios e localidades que serão atendidas com *backhaul* de fibra óptica por força do Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público, aprovado pelo Decreto nº 10.610 (PGMU V), de 27 de janeiro de 2021, cuja lista está disponível no site da Anatel da Internet¹⁴;
6. As localidades que serão atendidas pelo Programa Norte Conectado, política pública ministerial que visa ampliar o *backhaul* nestas regiões do país, para atender outras

¹⁰ Disponível em <https://www.gov.br/anatel/pt-br/dados/infraestrutura/mapeamento-de-redes/mapeamento-de-redes>, acesso em 14/10/2021. Foi considerada a “coluna I – 2021” do arquivo.

¹¹ Disponível em <https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/5G/leilao-de-espectro-5g>, acesso em 19/10/2021.

¹² Disponível em <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/acompanhamento-e-controle/tac-tim>, acesso em 19/10/2021.

¹³ Conforme anexo ao Informe nº 229/2021/COQL/SCO, de 22 de julho de 2021.

¹⁴ Disponível em <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/universalizacao/plano-geral-de-metas-de-universalizacao>, acesso em 19/10/2021.

políticas públicas de telecomunicações, educação, pesquisa, saúde, defesa e do judiciário¹⁵.

A análise realizada nos trabalhos de auditoria demonstrou a sobreposição em 192 cidades, ou seja, mais de uma ação regulatória ou política pública que estabelecesse compromisso de atendimento com rede de transporte de alta capacidade (*backhaul*) para uma mesma sede de município, ou ainda, o estabelecimento desse tipo de compromisso em cidades que já possuíssem a infraestrutura em questão. A lista dessas sobreposições consta no Anexo a este Relatório de Auditoria.

O primeiro tipo de sobreposição encontrado, com 40 ocorrências, foi os compromissos estabelecidos no Edital do 5G com a infraestrutura já implantada de redes de transporte. Em manifestações anteriores, tanto a Anatel quanto o Ministério das Comunicações, informaram que ao tempo da aprovação do Edital do 5G, seriam utilizadas as informações mais atuais sobre essa infraestrutura para estabelecer os compromissos do Edital.

No entanto, observou-se este tipo de sobreposição que pode suprimir o objetivo do Edital do 5G de estabelecer compromissos de *backhaul* para atender localidade ainda desassistidas dessa infraestrutura, ensejando a atuação das áreas competentes para resolução desse conflito.

O segundo caso, com a identificação de 49 incidentes de sobreposição, foi entre os compromissos do Edital do 5G com outras ações regulatórias, notadamente o TAC da TIM S.A. e as sanções de Obrigação de Fazer.

Em relação ao TAC da TIM S.A., a Anatel informou que não se trata de ação regulatória específica para atender localidades ainda desamparadas de infraestrutura de fibra óptica para rede de transporte, mas sim de compromissos para melhoria da qualidade na prestação do serviço móvel 4G aos clientes da Companhia. Assim, descartou-se casos de sobreposição com a planta já existente de *backhaul*.

Não obstante a essa afirmação, foram observadas 13 situações nas quais há a previsão de atendimento pela TIM S.A. de *backhaul* em localidade ainda sem infraestrutura de fibra óptica, adicionalmente a outro compromisso ou obrigação estabelecido no Edital do 5G ou no PGMU V para atender a mesma localidade. Estes casos configuram sobreposição pois, ainda que o TAC da TIM S.A. tenha o objetivo de melhoria, o atendimento da localidade por *backhaul* da Empresa afasta o objeto das outras ações regulatórias, que é de atender localidade sem a infraestrutura de rede de transporte de alta capacidade.

Em relação aos compromissos previstos no PGMU V, foram detectados 13 casos de sobreposição com o TAC da TIM S.A. ou com sanções de Obrigação de Fazer.

Quanto ao Programa Norte Conectado, o MCom informou que os projetos do Programa incluem a instalação de novos equipamentos para a implantação de redes alternativas para aumento da capacidade existente e disponibilização de rotas redundantes. Assim, não foi considerada sobreposição desse Programa com a infraestrutura já implantada. No entanto,

¹⁵ Conforme anexo à Nota Informativa nº 1319/2021/MCOM, de 09/08/2021, encaminhado à CGU pelo Ofício nº 17021/2021/MCOM, de 13 de agosto de 2021.

tal como no caso do TAC da TIM S.A., observou-se 20 de casos de sobreposição com as sanções de Obrigação de Fazer, sendo que somente uma dessas ações regulatórias seriam suficientes para atender a localidade.

Sobre os casos de sobreposição com as punições de Obrigação de Fazer, foram observadas 78 situações de sobreposição com a planta já existente e 67 com outras ações regulatórias ou políticas públicas.

Ante a exposição de todos estes casos, verifica-se a existência de sobreposições, seja entre ações regulatórias e a infraestrutura de *backhaul* já instalada, ou ainda entre ações regulatórias e políticas públicas diferentes, mas que de todo modo enseja a adoção de providências por parte dos responsáveis.

Sobre a questão, a Anatel e o Ministério das Comunicações afirmam, de maneira geral, que o levantamento sobre a existência de *backhaul* fibra óptica é um processo de atualização contínuo, envolvendo um processo anual de coleta de informações, consultas públicas para que sejam informadas as extensões de redes existentes e a realização de fiscalizações para comprovação das informações repassadas pelas empresas do setor. Assim, o lapso temporal entre o levantamento da infraestrutura existente e o estabelecimento de novos compromissos pode gerar algumas distorções.

A Anatel e o MCom afirmam ainda que mantêm contato entre si e entre diversas entidades em todas as esferas federativas, para evitar qualquer caso de sobreposição.

Especificamente em relação aos casos de sobreposição com as sanções de Obrigações de Fazer, a Anatel alega que na época de aplicação de cada uma dessas punições foi feito o levantamento de cidades desassistidas de infraestrutura de *backhaul* e, em razão disso, foi imposta a sanção para implantação da rede de transporte na localidade. No entanto, devido à dinamicidade do setor de telecomunicações, outra empresa pode ter atendido a localidade antes da operadora punida. Tendo em vista que a perda de objeto da sanção não foi ocasionada pela empresa sancionada, causaria insegurança jurídica a Anatel alterar a lista de municípios a serem atendidos. Assim, não haveria de se falar em sobreposição de compromissos.

Importante registrar que se reconhece a dinamicidade do setor de telecomunicações e que diversas empresas, de diferentes portes, podem expandir suas redes de telecomunicações sem o conhecimento prévio da Agência, acarretando a celeuma em questão.

No entanto, essa conjuntura não pode servir-se para deslegitimar o instituto da sanção de uma agência reguladora. A Lei Geral de Telecomunicações em seu art. 173 estabelece que as infrações legais e normativas sujeitam os infratores às sanções previstas em lei. Dessa forma, a não aplicação da sanção, ainda que por influência de terceiros, contraria o instituto da lei específica, além de mitigar os efeitos esperados pela sanção de coibir novas condutas desviantes e orientar os regulados, problema da Agência já identificado em auditoria anterior da CGU¹⁶. Caso se mantenha similar o montante do valor de investimento, não se vislumbra insegurança jurídica no redirecionamento da localidade a ser atendida.

¹⁶ Relatório de Auditoria nº 817782 - Processo Sancionatório da Anatel, publicado em 23/09/2020.

Além dessas questões sobre as sanções, e em relação a todos os casos mencionados, verifica-se que as sobreposições podem ensejar duas consequências adversas.

No primeiro caso, a localidade já estaria atendida por uma prestadora qualquer e posteriormente uma segunda operadora resolve duplicar a infraestrutura existente, tendo em vista o compromisso assumido por essa segunda empresa. Essa situação representa uma preterição no atendimento de necessidades do setor, pois a segunda prestadora poderia utilizar o valor do investimento para atender outra necessidade prioritária.

Na segunda circunstância, uma localidade já está atendida por uma empresa qualquer e a segunda prestadora, que tem a obrigação de construir a infraestrutura, resolve não fazer, pois a localidade já foi atendida por outrem. Neste cenário, há um ganho ou lucro indevido para a segunda empresa, pois algum instrumento regulatório legitimou uma obrigação, que envolve a aplicação de recursos, e a empresa deixou de realizá-la, auferindo algum tipo de vantagem.

Embora a equipe de auditoria tenha determinado como escopo somente a verificação dos compromissos de *backhaul*, avaliação semelhante pode ser extrapolada para outros tipos de compromissos, como, por exemplo, as obrigações de cobertura de localidades e atendimento de rodovias federais.

Ante todas as considerações apresentadas, registra-se, por fim, que a Anatel e o Ministério das Comunicações, em suas respectivas áreas de competência, devem adotar providências para resolver os casos de sobreposição informados neste Relatório de Auditoria. Mais importante, deve-se desenvolver medidas para redirecionamento de recursos ou resolução de conflitos se uma sobreposição for identificada posteriormente para evitar as consequências adversas listadas.

3. Ausência de registro de participação social para discussão dos compromissos de Rede Privativa do Governo Federal e PAIS.

Organismos nacionais e internacionais de governança governamental e regulação destacam a importância da participação social ou das partes interessadas e da transparência no processo de elaboração de políticas públicas e ações regulatórias.

Alguns documentos expedidos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) indicam a participação social e a transparência como pilares indispensáveis para a regulação eficaz e eficiente, tais como: *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance* de 2012 e *Best Practice Principles for Regulatory Policy: Regulatory Impact Assessment da OCDE* de 2020.

Essas boas práticas regulatórias, inclusive, foram incorporadas por guias regulatórios brasileiros, como por exemplo o Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório - AIR elaborado pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade - SEAE do Ministério da Economia, que em sua seção 1.2.4 destaca a importância da participação social como abordagem política para reduzir as barreiras burocráticas à inovação e na seção 2.1.2 elenca, como principal causa para o fracasso de ações regulatórias, o não envolvimento das partes interessadas.

No que tange às políticas públicas, o Guia Prático de Análise *Ex Ante* na Avaliação de Políticas Públicas, expedido pela Casa Civil em 2018, estabelece a importância do envolvimento das

partes interessadas na elaboração da proposta da política pública como estratégia para construção de confiança e suporte na política pública.

Por fim, o Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018, estabelece que compete ao Ministério das Comunicações, em relação às políticas públicas de telecomunicações, fomentar a participação da sociedade civil por meio de audiências e consultas públicas, além de outros instrumentos.

Dessa forma, buscou-se avaliar se, no processo de ação regulatória e política pública do Ministério das Comunicações quanto à implementação da tecnologia celular móvel 5G no país, foi realizada a participação social para discussão dos seus principais aspectos.

Foi solicitado ao MCom acesso ao processo administrativo que contém a Análise de Impacto Regulatório da Portaria MCom nº 1.924/SEI-MECOM, de 29 de janeiro de 2021, bem como os processos conexos.

Em análise aos processos disponibilizados, foi verificado que o Ministério promoveu a Consulta Pública nº 1/DETEL/SETEL, cujo aviso de realização foi expedido em 1º de julho de 2019, informando que a tomada de subsídios iria acontecer de forma on-line no período de 2 de julho de 2019 a 31 de julho de 2019.

O fomento da discussão do tema no âmbito da Consulta foi baseado em um documento chamado Estratégia Brasileira de Redes de Quinta Geração (5G). Este Documento apresentou uma contextualização dos aspectos gerais e da experiência internacional da tecnologia. Além disso, apresentou cinco eixos para discussão: Radiofrequência; Outorga e Licenciamento; Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação; Aplicações; e Segurança.

Compromissos de cobertura celular móvel, para localidades ainda não atendidas, estradas, rodovias e zonas rurais foram apresentados no Documento, bem com a expansão da rede de transporte (*backhaul*) para interconectar as regiões ainda desassistidas e dar vazão ao tráfego das redes.

No eixo de segurança, foram dados destaques sobre a necessidade de soluções distribuídas de segurança de rede e os equipamentos terminais de Internet das Coisas, que seriam incapazes de conter mecanismos mais sofisticados de segurança devido à necessidade de baixa complexidade desses equipamentos.

As diversas contribuições no âmbito da Consulta Pública nº 1/DETEL/SETEL foram analisadas em nota técnica, que por sua vez, subsidiou a expedição da Portaria MCTIC nº 418/2020/SEI-MCTIC, de 31 de janeiro de 2020.

Esta Portaria estabelecia diretrizes que deveriam ser observadas no Leilão do 5G, de confecção pela Anatel. Resumidamente, as diretrizes eram:

1. Incentivo ao compartilhamento de infraestrutura;
2. Compromissos de abrangência de banda larga móvel 4G ou superior em localidades ainda não atendidas, compromisso de cobertura em rodovias federais com banda larga móvel; e atendimento de cidades sem redes de transporte de alta velocidade;

3. Utilização de faixas por terceiros interessados, caso não tenham sido ativadas em prazo fixado;
4. Fomento à competição;
5. Definição de uso primário e secundário das frequências para serviços de interesse restrito;
6. Atendimento de visitantes entre as redes das diferentes operadoras;
7. Adoção de medidas para resolver a problemática da ocupação das faixas licitadas pelos serviços fixos por satélite em operação na Banda C.

É oportuno registrar nesse momento que a Consulta Pública nº 1/DETEL/SETEL não abordou a questão de construção de rede privativa para atender as demandas de órgãos e entidades governamentais, nem informou que os vencedores do certame do 5G deveriam arcar com programas do Governo de expansão, massificação e universalização de infraestrutura de telecomunicação que não estariam relacionados inteiramente com tecnologia 5G.

Um ano após a expedição da Portaria MCTIC nº 418/20, a Anatel questionou, em 27 de janeiro de 2021, se existia, no âmbito do Ministério da Comunicações, algum projeto ou iniciativa de política pública para o setor de telecomunicações que tenha como foco a questão da Segurança Cibernética, comunicações seguras de governo, rede privativa de comunicação da administração pública federal, aplicações de segurança pública, defesa nacional ou correlatos.

Após consulta à Telebrás sobre as soluções existentes na Empresa sobre a questão de segurança, e dois dias após questionamento da Anatel, foi expedida a Portaria MCOM nº 1.924/21, em 29 de janeiro de 2021.

A nova Portaria, além dos compromissos existentes na Portaria MCTIC nº 418/20, acrescentou os seguintes:

“Art. 2º Nas licitações de espectro de que trata o art. 1º, a Anatel deverá considerar:

...

*VII - estabelecimento de obrigação de implantação do **Programa Amazônia Integrada e Sustentável - PAIS**, que compõe o Programa Norte Conectado;*

*VIII - estabelecimento de obrigação de implantação de uma **Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal**, nos termos do art. 12, I, do Decreto nº 9.612/2018, de propriedade da União, composta por:*

a) rede móvel, limitada ao território do Distrito Federal, utilizando-se da faixa de radiofrequências de 703 MHz a 708 MHz e 758 MHz a 763 MHz para atendimento a atividades de segurança pública, defesa, serviços de socorro e emergência, resposta a desastres e outras atribuições críticas de Estado, incluindo as realizadas por entes federados, bem como para atendimento aos órgãos públicos federais; e

b) rede fixa para atendimento aos órgãos públicos federais, complementar à rede de governo existente". (Original sem grifo)

O §8º do art. 2º da Portaria nº 1.924/21 estabelece que essas duas obrigações serão executadas com recursos provenientes do Leilão do 5G. Por sua vez, o §9º do art. 2º informa que estas duas obrigações poderão ser executadas por meio de uma Entidade criada para esse fim específico, de forma a permitir a gestão isonômica e não discriminatória dos recursos.

Verifica-se, portanto, que estes dois compromissos impactam sobremaneira o Leilão do 5G, pois "consumirá" recursos que poderiam ser utilizados para os compromissos de cobertura e rede de transporte. O alinhamento com a sociedade dessa permuta, que seria promovido com uma discussão pública prévia, poderia conferir maior legitimidade à intervenção estatal e mitigar os riscos de judicialização do Certame do 5G apontadas neste Relatório de Auditoria.

Cumprе ressaltar ainda que a previsão desses dois compromissos pode representar um custo adicional para os ganhadores do Certame do 5G, tendo em vista que a criação e a manutenção de uma Entidade para o fim específico de gerenciar os recursos para atendimento dos compromissos, formado pelos próprios ganhadores, possui custos administrativos e de gestão não conhecidos previamente.

Em análise aos autos dos processos disponibilizados à equipe de auditoria, não foi observado nenhum registro de consulta, audiência, participação social ou discussão pública sobre esses dois compromissos prévios a expedição da Portaria nº 1.924/21, o que denota uma afronta às boas práticas nacionais e internacionais já referenciadas neste Relatório, inclusive em relação ao que estabelece o Decreto nº 9.612/18.

O Ministério alega que foram realizadas diversas discussões públicas no âmbito da Anatel, do Tribunal de Contas da União e da Câmara dos Deputados. Embora se reconheça a realização de debates nessas instâncias, frisa-se que não foram observados registros de debates públicos prévios a edição da Portaria nº 1.924/21 e especificamente sobre a inserção desses dois compromissos no Edital do 5G.

Embora fosse salutar a realização de debate público sobre a introdução dos dois compromissos no Edital do 5G, registra-se que o Certame do 5G foi finalizado em 5 de novembro de 2021, não restando condição para a realização da discussão pública prévia sobre a matéria.

De todo modo, em virtude dos fatos apresentados, verifica-se a necessidade de o Ministério das Comunicações estabelecer um processo formal de Análise de Impacto Regulatório que permite o debate social prévio a edição ou alteração de ato normativo.

Por força do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que regulamenta a AIR, o MCom informou em 16 de novembro de 2021 que já está promovendo as discussões internas para elaboração de todo o processo de AIR. No entanto, o Decreto nº 10.411/2020 estabeleceu como prazo para implementação do processo em toda a Administração Pública do Poder Executivo Federal a data 14 de outubro de 2021.

Assim, recomenda-se ao MCom que institua o processo de AIR o quanto antes, em consonância com o que estabelece o Decreto nº 10.411/2020 e incorporando, no que foi possível, as boas práticas nacionais e internacionais sobre a matéria, especialmente no que se refere à participação social em todas as etapas do seu processo de produção normativa.

4. Possibilidade de sinergia entre iniciativas federais, estaduais e municipais para implantação de redes privadas de telecomunicações.

O art. 70 da Constituição Federal de 1988 contém o princípio da economicidade, que trata da obtenção de resultados pela Administração Pública com o menor custo possível, mantendo a qualidade e buscando a celeridade na prestação de serviços públicos e no trato dos bens públicos.

A Portaria do Ministério das Comunicações nº 1.924, de 29 de janeiro de 2021, estabeleceu várias diretrizes que devem ser consideradas para o Leilão do 5G. Dentre elas se destacam os compromissos que devem ser assumidos pelos vencedores do certame para promover a expansão da cobertura com banda larga móvel em tecnologia 4G ou superior, promover o atendimento de municípios que ainda não contam com redes de transporte de alta velocidade e estabelecer uma Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal.

Verifica-se, portanto, que a Administração Pública deve buscar estas diretrizes gerais, mas sem olvidar da economicidade de atos, ações, programas e iniciativas. Dessa forma, a equipe de auditoria da CGU buscou conhecer projetos estaduais que pudessem ser coincidentes ou concorrentes com as iniciativas federais.

Em consulta aos estados, foi verificado que existem diversos tipos de políticas, projetos ou programas que visam expandir os serviços de telecomunicações nas respectivas regiões.

Foi observado que em 10¹⁷ estados há projetos para implantação de redes privadas para atender as necessidades dos órgãos e entidades estaduais e municipais.

Além disso, foram observadas outras políticas para expansão de acesso aos serviços de telecomunicações, como, por exemplo:

- O Programa Alô Minas, do governo de Minas Gerais, lançado em 2020 com o objetivo de dar maior capilaridade e cobertura de telefonia móvel com tecnologia 4G no estado;
- O projeto Wi-Fi Social DF, que consiste na disponibilização de acesso público e gratuito à internet via Wi-Fi aos cidadãos do Distrito federal; e
- O Projeto Internet Patrocinada em Santa Catarina, que passou a disponibilizar para todos os estudantes e professores da rede básica estadual de ensino, chip com pacote de dados de internet, para acesso remoto de forma gratuita.

Embora tenha-se observado a existência de iniciativas coincidentes, não foram observadas sobreposições entre as ações federais e as estaduais.

Não obstante a este fato, é importante registrar que se identificou diversas iniciativas para construção de redes privadas para atender órgãos e entidades governamentais nas diferentes esferas federativas.

¹⁷ AC – Infovia; AM - Rede Estadual de Telecomunicação/Gasoduto Coari-Manaus; ES – Metro-Gvix e ES Dital; MS – Infovia Digital; MT – Rede de Dados Governo MT; PB – Rede Paraibana de Alto Desempenho; PE – Rede Pernambucana de Pesquisa e Educação; RO – Infovia; RR – Fibra óptica da Segurança Pública; SC – GOVLINK.

No curso desse trabalho de auditoria, como mencionado anteriormente, foram verificados 10 estados que possuem projetos para redes privadas. Além disso, a Telebrás já possui uma rede para atender órgãos e entidades federais no país, e o Leilão do 5G, por força da Portaria MCom nº 1.924/21, irá prever a construção de rede para expandir esse atendimento.

O Ministério alega que, na aprovação dos seus projetos de infraestrutura de telecomunicações, já promove o contato com os diversos entes federativos para verificação do compartilhamento de infraestrutura, seja ele existente ou futura, para evitar sobreposição de investimentos e dividir eventuais custos de operação e manutenção.

No entanto, apesar dessa alegação, não foi especificado como o Ministério das Comunicações está interagindo com os 10 estados nos quais estão sendo implementadas rede privadas, como se dá a divisão de custos e como os entes estaduais e municipais podem usufruir das redes privadas federais como a da Telebrás.

É importante frisar que uma sinergia entre os diversos entes federativos pode gerar economia nos gastos públicos de forma geral. O custo de aterramento de fibra, por exemplo, poderia ser compartilhado pelas esferas federativas para evitar que trabalhos de escavação fossem realizados mais de uma vez. Ou ainda, poderia ser construída apenas uma infraestrutura de fibra óptica para atender diversos órgãos e entidades de unidades federativas diferentes, havendo uma separação lógica e segurança específica, situação que iria diminuir os custos com redes privadas.

Assim, verifica-se a oportunidade de o Ministério das Comunicações estabelecer uma política nacional para apoiar estados e municípios na implantação de suas redes privadas, com a identificação de sinergias, economia de recursos, otimizações, possíveis sobreposições, dificuldades e boas práticas na implantação desse tipo de infraestrutura, considerando a realidade observada de que órgãos estaduais, municipais e federais descentralizados, muitas vezes, compartilham o mesmo espaço físico nas localidades.

Devido à complexidade e abrangência das demandas de cada ente federativo, a política poderá ser desenhada por estágios, prevendo, por exemplo, uma fase inicial de orientação na construção das diversas redes privadas e depois uma cooperação na sua construção. Além disso, em um primeiro momento a política pode abranger somente os estados, expandindo para os entes municipais conforme a maturidade da política e a capacidade operacional da pasta ministerial.

RECOMENDAÇÕES

1 – À ANATEL: Resolver os casos de sobreposição indicados no Anexo I deste Relatório de Auditoria, notadamente sobre as sobreposições dos compromissos de *backhaul* do Edital do 5G com as demais ações regulatórias e políticas públicas.

Achado nº 2

2 – À ANATEL: Avaliar a conveniência de estabelecer mecanismos que possibilitem o redirecionamento de recursos, no caso de sobreposição de compromissos identificados posteriormente, independentemente do tipo de ação regulatória que gerou o compromisso.

Achado nº 2

3 – Ao MCom: Instituir o processo para a Análise de Impacto Regulatório (AIR) prévio à edição, à alteração e à revogação normativa, em consonância com o que estabelece o Decreto nº 10.411/2020 e incorporando, no que foi possível, as boas práticas nacionais e internacionais sobre a matéria, especialmente no que se refere à participação social em todas as etapas cabíveis do seu processo.

Achado nº 3

4 – Ao MCom: Avaliar a elaboração de uma política nacional para apoiar estados e municípios na implementação de suas redes privadas, podendo ser realizada em estágios conforme a capacidade operacional do Ministério, mas que busque a economia de recursos, promova otimizações e ganhos de escala, evite sobreposições e estabeleça e dissemine boas práticas na implantação desse tipo de infraestrutura.

Achado nº 4

CONCLUSÃO

A Portaria do Ministério das Comunicações nº 1.924, de 29 de janeiro de 2021, estabeleceu uma série de compromissos que deveriam ser considerados na elaboração do Edital do 5G. Assim o presente trabalho de auditoria teve o objetivo de avaliar o estabelecimento desses compromissos em três estágios diferentes: se as boas práticas regulatórias foram seguidas na elaboração do ato normativo; se os compromissos estavam aderentes à legislação vigente; e se os compromissos são conflitantes com os de outras políticas públicas ou ações regulatórias no setor de telecomunicações.

Quanto ao processo de elaboração do normativo, foi verificada a ausência de registro de participação social para discussão dos compromissos de implantação da Rede Privativa da Administração Pública Federal e do Programa Amazônia Integrada e Sustentável – PAIS, previstos no Edital do 5G. As boas práticas na formulação de políticas públicas e regulatórias apontam a realização de participação social como elemento crucial para o sucesso de uma intervenção estatal, e esta atividade não foi observada quando da imposição dos dois compromissos em comento. Assim, o Ministério pode-se valer de um processo formal de Análise de Impacto Regulatório, alinhado às boas práticas, para evitar a recorrência dessa constatação.

No que se refere à aderência dos compromissos com a legislação vigente, foi observado que a imposição de obrigações para a implantação da Rede Privativa do Governo Federal e do PAIS para os vencedores do Certame do 5G parece não respeitar a legislação específica do setor de telecomunicações, denotando um risco que o Certame do 5G seja alvo de litígio judicial, impactando sobremaneira no objetivo da pasta de comunicações de implantação célere da tecnologia no país.

A auditoria demonstrou que foram observados casos de sobreposição entre os compromissos previstos no Edital do 5G com outras ações regulatórias, com outras políticas públicas e, até, com a infraestrutura já implantada para atender as necessidades públicas de rede de transporte de alta capacidade (*backhaul*). Essas sobreposições podem gerar efeitos adversos como replicação de infraestrutura ou até um lucro indevido da empresa detentora de compromisso que deixou de atendê-lo.

Por fim, no cotejamento de informações de possíveis sobreposições com iniciativas estaduais e municipais, foi verificada a possibilidade de sinergia entre ações federais, estaduais e municipais para implantação de redes privadas, com o intuito de otimizar e diminuir custos com tais projetos.

ANEXOS

I – MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE AUDITADA E ANÁLISE DA EQUIPE DE AUDITORIA

Achado nº 1 - Risco de judicialização do Leilão do 5G devido aos compromissos de implantação de Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal e do PAIS

Manifestação da unidade auditada

O Achado de Auditoria foi apresentado à Anatel por meio da Solicitação de Auditoria nº 907254/06, de 29 de setembro de 2021. Em resposta, a Agência apresentou o Informe nº 225/2021/PRUV/SPR, de 08 de outubro de 2021, com a seguinte manifestação sobre esse Achado:

“3.19. Sobre os aspectos apontados pela CGU, há que se ressaltar que o tema foi avaliado de forma aprofundada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) por ocasião da deliberação do processo de desestatização relacionado à licitação da Anatel para a conferência de autorizações de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz (TC 000.350/2021-4), que resultou na publicação do Acórdão 2032/2021-TCU-Plenário.

3.20. A esse respeito, consta do Voto condutor do referido Acórdão, de lavra do Excelentíssimo Ministro Raimundo Carreiro, relator do processo no âmbito da Corte de Contas, fundamentação minuciosa que afasta os apontamentos de potenciais irregularidades identificadas, conferindo a devida segurança para o processo.

3.21. Em razão da extensão da fundamentação constante do Voto citado, opta-se por não transcrevê-la a seguir, fazendo-se remissão aos itens 163 a 259 do próprio documento, disponibilizado pelo Tribunal à Agência sob o SEI nº 7352824 e para o qual se solicita à Auditoria Interna da Anatel que conceda acesso à CGU.”

O Achado também foi encaminhado para o Ministério das Comunicações, por intermédio da Solicitação de Auditoria nº 907254/08, de 30 de setembro de 2021. Em resposta, foi apresentada a Nota Informativa nº 1745/2021/MCOM, de 8 de outubro de 2021, com a seguinte manifestação:

“Os riscos de judicialização do Leilão do 5G apontados por possíveis interpretações de que o estabelecimento de compromissos para implantação da rede privativa de comunicações da administração pública federal e da rede do PAIS afronta ao texto da Lei Geral de Telecomunicações foi enfrentado por ocasião da análise da minuta do Edital e de sua precificação pela área técnica do Tribunal de Contas da União.

65. Dessa forma, remete-se à Nota Informativa n.º 820/2021/MCOM e à Nota Informativa n.º 1352/2021/MCOM, anexas ao processo n.º 53115.003314/2021-76, já disponibilizado para a Controladoria-Geral da União, quanto ao estabelecimento desses compromissos no Edital de Licitação manifestamente atender ao interesse da coletividade e dos usuários dos serviços de telecomunicações. De igual forma, foi exaustivamente demonstrado nos referidos documentos que os compromissos estão de acordo com princípios gerais do processo licitatório,

orçamentário e legislativo, como o dever do Poder Público de licitar obras e serviços (art. 2º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), os princípios da universalidade e do orçamento bruto (arts. 2º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964) e a competência do Congresso Nacional de debater, modificar e aprovar a execução de políticas públicas nos planos plurianuais e orçamentos anuais (art. 48 da Constituição Federal de 1988).

66. No entanto, foram apontadas duas possíveis ilegalidades que não haviam sido suscitadas pelo TCU, quais sejam, o inciso III do art. 128 e o parágrafo único do art. 160, ambos da LGT. Nesse sentido, reporta que os compromissos de cobertura com tecnologia 5G devem estar estritamente aderentes ao Serviço prestado, pois visa prover acesso à rede móvel celular aos usuários finais, condição indispensável para usufruto dos serviços de telecomunicações, e que nem a rede privativa e tampouco a rede do PAIS atendem a esses requisitos legais. No caso da rede do PAIS, reporta não haver evidência de que a infraestrutura em fibra óptica será utilizada por operadora que opera em 5G local, uma vez que isso só ocorrerá se esta não possuir backhaul ou backbone na região. Já no caso da rede privativa, aponta que esta visa atender uma demanda social e de segurança genérica e difusa e não específica para os usuários do 5G e que "a existência da rede Privativa está mais voltada para ações de preservação da integridade física e de imagem de pessoas físicas e jurídicas, do que o direito de acesso a telecomunicações para a população, tutelado no Certame do 5G".

67. A esse respeito, é oportuno ressaltar que uma interpretação sistemática da LGT, ou seja, não se analisando seus arts. 128 e 160 de forma isolada, é suficiente para demonstrar que, ao atender ao interesse da coletividade e dos usuários dos serviços de telecomunicações, as duas redes que serão construídas com recursos oriundos do certame atendem ao diploma legal.

68. Com efeito, o art. 128 reporta diretrizes amplas os possíveis condicionamentos a serem impostos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, enquanto os arts. 135 e 136 dispõem acerca dos condicionamentos específicos aos serviços explorados sob o instituto da Autorização, que é uma forma de exploração dos serviços de telecomunicações em regime privado. Ou seja, ao se atender os condicionamentos específicos dos arts. 135 e 136 da LGT, atende-se, automaticamente, ao art. 128. Se atende às diretrizes específicas da lei, conseqüentemente, atende-se aos condicionamentos principiológicos. A LGT optou, portanto, pormenorizar algumas diretrizes específicas que, teleologicamente, não podem estar incompatíveis com suas diretrizes mais amplas para as condicionantes dos serviços explorados em regime privado, como é o caso dos serviços explorados sob o instituto da autorização e que serão objeto de outorga do certamente.

69. De igual forma, o art. 160 da LGT não pode ser lido de forma dissociada do art. 163, que estabelece que as autorizações de uso de radiofrequência são vinculadas, legalmente, a uma autorização para explorar serviços de telecomunicações. Ou seja, não existe autorização de uso de radiofrequência sem que a empresa seja autorizada a explorar um serviço de telecomunicações. Dessa forma, as regras para a autorização de uso de uma determinada radiofrequência pode ser condicionadas às regras estabelecidas nos arts. 135 e 136 da LGT que, como já foi apontado nos documentos referenciados, serão devidamente atendidos com os compromissos de implantação da rede privativa e da rede do PAIS ao atender ao interesse da coletividade e dos usuários dos serviços de telecomunicações.

70. Dessa forma, entende-se que os riscos de judicialização apontados já estão devidamente mitigados e contam com substancial fundamentação para o eventual confronto judicial, sobretudo pelo amplo debate com a área técnica do TCU nos autos do Processo de

desestatização nº TC 000.350/2021-4, que trata da fiscalização da licitação de frequências do 5G.”

Após o envio da versão preliminar do Relatório de Auditoria e da Reunião de Busca Conjunta de Soluções com o Ministério das Comunicações, realizada dia 9 de novembro de 2021, o Ministério se manifestou por meio da Nota Técnica nº 17563/2021/SEI-MCOM, de 16/11/2021, encaminhado à CGU por intermédio do Ofício nº 25526/2021/MCOM, de 17/11/2021, da seguinte forma:

17. Aproveitando a oportunidade para reiterar as manifestações anteriores quanto ao mérito, pretende-se, aqui, destacar alguns pontos relevantes quanto à análise empreendida pela CGU e fatos posteriores que podem ter influência na Análise do órgão de controle.

18. Primeiramente, as bases da discussão sobre a adequação dos investimentos já estão registradas, entendendo este Ministério pela regularidade de sua conduta - e da conduta da Anatel - mesmo ante os respeitáveis argumentos da CGU.

19. Como já esclarecido, a infra-estrutura criada pelo PAIS servirá para a instalação de redes de transporte de alta capacidade na região norte do País, que poderá ser utilizada pela iniciativa privada para o escoamento de tráfego de maneira a viabilizar o usufruto de todas as funcionalidades da tecnologia 5G, de maneira similar à infraestrutura de backhaul que foi tida pela CGU como um uso legítimo. A Rede Privativa, por sua vez, enseja a aplicação de requisitos específicos de segurança a uma parcela restrita da rede de telecomunicações, barateando o custo de implantação de todos os demais elementos de rede.

20. Fazemos notar, por outro lado, que a preocupação da Controladoria-Geral da União quanto ao ponto cinge-se ao risco de judicialização. Ou seja, aponta a existência de algo que poderia ser considerado como uma ilicitude por um operador do direito e registra o alerta sobre essa possibilidade para que este Ministério e a Anatel adotem "as providências que entenderem devidas", considerando o estágio avançado do certame. Não existem recomendações específicas quanto a este ponto de análise.

21. Destacamos quanto ao referido risco, que este Ministério e a Anatel, através dos órgãos da Advocacia-Geral da União competentes, estão monitorando o eventual ajuizamento de ações judiciais contra o certame, tendo realizado reuniões e provido informações de maneira proativa sobre o PAIS e a Rede Privativa para que a Procuradoria Geral da União e a Procuradoria Geral Federal possam responder prontamente a qualquer ação ajuizada sobre o tema.

22. Foi montado monitoramento específico pela AGU, como um esforço concentrado, durante os períodos em que estavam previstas sessões públicas do certame. Esse esforço concentrado recentemente foi encerrado, mantendo-se o acompanhamento estratégico da matéria, sem que, contudo, tenha havido qualquer ação judicial, como registrado na Nota Jurídica nº 1233/2021/PGU/AGU (SEI nº 8471143):

"1. Trata-se de expediente inaugurado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Comunicações - CONJUR/MCOM objetivando monitoramento nacional de demandas judiciais acerca do Edital de Licitação para Autorização de Uso de Radiofrequências nas faixas 700 MHz, 2,3GHz, 3,5GHz e 26GHz - Edital do 5G, cuja realização ocorreu nos dias 04 e 05 de novembro do corrente ano.

2. Durante o monitoramento foram coletados os subsídios necessários à atuação em juízo, cientificadas as unidades de execução desta PGU quanto a possíveis litigantes, porém **não houve a identificação de demandas relacionadas ao certame, o qual ocorreu sem qualquer interferência.**

3. Nessa ordem de ideias, tendo a sessão pública ocorrido sem óbices, entendo adequado o encerramento do presente monitoramento.

4. Enquanto encaminhamento, **entendo necessário apenas que as Procuradorias-Regionais informe, de imediato, caso surjam processos, ainda que retardatários, sobre o tema, incluindo-os em acompanhamento estratégico.**

5. Ao apoio para que cientifique as cinco PRUs, a Direção DSP e a CONJUR/MCOM."

(grifos apostos)

23. É oportuno registrar que o certame está em curso, tendo atingido um valor econômico de R\$ 47,2 bilhões de reais. O próprio ágio registrado na fase de ofertas do leilão, de cerca de R\$ 5 bilhões de reais, supera o valor da Rede Privativa e do PAIS, motivo pelo qual existe caixa suficiente para compromissos adicionais. Tal fator retira os incentivos econômicos que eventualmente motivariam o ajuizamento de ações por alguns atores.

24. Em outras palavras, o ágio de mais de 200% atua como elemento dissuasório relevante para os agentes que eventualmente tenham interesse no redirecionamento dos recursos do Edital do PAIS e da Rede Privativa para outros compromissos.

25. Da mesma forma, a judicialização poderia paralisar outras iniciativas, como a conectividade nas escolas, o que também atua como elemento dissuasório para outros atores.

26. Acredita-se que, justamente em decorrência de tais fatos, passados mais de 50 dias da publicação do Edital, este Ministério não tem notícias de impugnações ao Edital de Licitação ou ações judiciais apresentadas quanto ao tema de preocupação da Controladoria-Geral da União.

27. Os únicos foros de discussão sobre a adequação do PAIS e da Rede Privativa ao disposto nos arts. 1287, 135 e 136 da LGT de que este Ministério participou ocorreram no âmbito do Tribunal de Contas da União - que findaram com manifestação favorável da Corte de Contas, como devidamente ressaltado em manifestações anteriores - e, agora, a presente discussão junto à Controladoria-Geral da União.

28. Entendemos importante alertar que, pela relevância do posicionamento e do peso institucional da CGU, a própria edição de um relatório público com o posicionamento de que há risco de judicialização pode ensejar em atores legitimados a intenção de concretizar esse risco, o que não se vislumbrou até o momento. Ou seja, a manifestação da Controladoria serviria como uma profecia autorrealizável, ou, no mínimo, incrementaria o próprio risco que visa prevenir.

29. Esses elementos de sensibilização servem para motivar a solicitação de que a CGU retire o tópico "Risco de judicialização do Leilão do 5G devido aos compromissos de implantação de Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal e do PAIS" de seu Relatório Final, se não pelos argumentos traçados por este Ministério, de maneira a evitar que seja criado um fato novo que incremente o risco de judicialização sobre o ponto. Tal pedido é reforçado pela constatação de que a própria CGU não vislumbrou a necessidade de qualquer espécie de recomendação sobre o tema".

Análise da equipe de auditoria

Primeiramente, cabe apontar que as manifestações da Anatel e do Ministério das Comunicações abordam o fato de a matéria já ter sido exaustivamente tratada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no âmbito do Acórdão nº 2032/2021 – Plenário (Processo 000.350/2021-4).

Mas é importante registrar que a decisão do TCU tem natureza administrativa e que a preclusão nesta esfera não afasta a contemplação judicial, por força do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a garantia fundamental de não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito.

Esse entendimento já foi mantido nos tribunais de diversas instâncias, replicando-se aqui somente um desses julgamentos.

“O mister desempenhado pelos Tribunais de Contas, no sentido de auxiliar os respectivos Poderes Legislativos em fiscalizar, encerra decisões de cunho técnico-administrativo e suas decisões não fazem coisa julgada, justamente por não praticarem atividade judicante. Logo, sua atuação não vincula o funcionamento do Poder Judiciário, o qual pode, inclusive, revisar as suas decisões por força Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição). (REsp 1032732/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 08/09/2015).

O Achado de Auditoria visa demonstrar exatamente que a matéria poderá ser objeto de apreciação judicial, independente das conclusões e decisões emitidas pelo TCU. Tendo em vista a atribuição da CGU de auxiliar o alcance dos objetivos das Unidades do Poder Executivo Federal, resta evidente a importância de se destacar os riscos ao qual o Certame do 5G está submetido.

A manifestação do Ministério reforça o entendimento já ostentado em oportunidades anteriores que os compromissos de implantação da Rede Privativa do Governo Federal e do PAIS são de interesse coletivo e seriam conexos com a prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) nas faixas que serão licitadas no Certame do 5G.

Sobre esse assunto deve-se repisar duas questões.

Primeiro que a legislação aponta para o fato de que os compromissos impostos em autorizações devem ter relação direta com o serviço prestado. O art. 128 da LGT fala em finalidades públicas específicas para todas as outorgas em regime privado e o § 3º do art. 136 menciona o interesse dos usuários para os casos de autorizações.

Como leciona Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁸ o princípio da Supremacia do Interesse Público vincula o Poder Público em toda a sua atuação, tanto no momento de formulação de leis,

18

quanto na execução em concreto. O termo “interesse da coletividade” presente no art. 135 visa resgatar esse princípio, mas trata-se de uma mera reiteração, pois a Administração Pública só pode impor condicionantes que visam atender o interesse coletivo, por força do princípio mencionado. Assim, resta claro que o emprego dos termos “finalidades específicas” no art. 128 e do “interesse dos usuários” no § 3º do art. 136 visam restringir ou limitar o alcance do “interesse da coletividade”, determinando que qualquer condicionante, compromisso ou obrigação imposta à autorização deve ter uma relação direta, específica e conexa com o serviço de telecomunicação outorgado. Frisa-se que, se o objetivo do legislador era que qualquer compromisso de interesse público pudesse ser imposto à outorga, independente do nexos com a prestação do serviço de telecomunicações, os termos mencionados não existiriam na LGT.

Assim, a mera justificativa de interesse público, soberania nacional, defesa do Estado Democrático de Direito etc. como fundamento para a inserção de um compromisso em edital de outorga de telecomunicações não se sustenta perante a legislação setorial, por não serem suficientes para caracterizar a especificação e a proteção ao interesse dos usuários do serviço outorgado exigidos pela LGT.

Neste momento é mister tratar parte da manifestação do MCom para deixar claro que a interpretação da LGT foi sistemática, ou seja, correlacionou-se todos os dispositivos normativos da Lei para interpretação do caso concreto. O Certame do 5G trata de autorização para a prestação do Serviço Móvel Pessoal, sendo que a autorização é espécie do gênero de outorga em regime privado. Assim, foi congruente a análise apresentada anteriormente para mostrar que no caso em questão deve haver respeito aos mandamentos referentes à autorização (art. 131 a 144 da LGT) e à outorga em regime privado (art. 126 a 130-A), bem como todos os dispositivos referentes ao Espectro de Radiofrequências (art. 157 a 169).

O segundo ponto a ser reiterado é que os compromissos de implantação da Rede Privativa e do PAIS não guardam uma relação patente com o 5G. Apesar da manifestação reiterada do Ministério sobre o assunto, foi demonstrado no Achado que as duas iniciativas visam atender uma gama de políticas públicas, direitos e interesses coletivos das mais diversas naturezas, não estando necessariamente relacionados com os usuários do 5G. Inclusive, as duas iniciativas nem precisam da rede 5G para alcançar seus objetivos, podendo ser operadas em outras gerações da tecnologia móvel ou até mesmo em outros serviços de telecomunicações.

Os usuários do 5G só se beneficiaram das vantagens da Rede Privativa e do PAIS de maneira reflexa, ou seja, numa eventualidade, quando e se ocorrer. Muito diferente do compromisso de limpeza do espectro do 3,5 GHz, por exemplo, no qual a ação de migração dos usuários da TVRO para a banda Ku é essencial para a qualidade da experiência dos usuários do 5G e a medida não visa atender uma política genérica e difusa, mas só foi suscitada pela ocasião de implementação da tecnologia 5G no país.

Di Pietro, M. Z. (2012). *Diriето Administrativo* (25 ed.). São Paulo: Atlas.

Embora essas questões tenham sido tratadas pelo TCU, observa-se nos autos do processo que o entendimento de diferentes áreas do Tribunal não foi pacífico.

O Relatório da Unidade Técnica do Tribunal (SeinfraCOM) na conclusão da análise sobre a Rede Privativa (seção I.21.1.7, parágrafo 1222, item a.1.7.2, alínea c) destaca que o compromisso da Rede Privativa *“configura ilegalidade, em razão da inexistência de relação temática com o objeto da licitação e por não se enquadrar como de interesse da coletividade ou dos usuários dos serviços de telecomunicações...”*

O Parecer do Ministério Público junto ao TCU seguiu o entendimento da equipe técnica do Tribunal conforme se observa no trecho do Parecer: *“A Rede Privativa, como visto, não guarda o necessário liame com o leilão das faixas de espectro em causa, de modo que sua inserção entre as obrigações cominadas às operadoras de fato resta inviabilizada juridicamente, sob pena de contrariar os dispositivos legais já evocados pela SeinfraCom”* (Parágrafo 152).

Por sua vez, o Voto do Relator da matéria no TCU invoca o conceito jurídico de “conteúdo indeterminado” para abordar a questão da generalidade do termo “interesse da coletividade”, contida no art. 135 da LGT e, assim, fundamenta que *“por ser a expressão ‘interesse da coletividade’ um conceito jurídico indeterminado, há naturalmente uma zona de incerteza relativamente a hipóteses que não se enquadram facilmente nem da zona de certeza positiva nem na zona de certeza negativa. Entendo ser este o caso da rede privativa.”*

Ou seja, embora o Voto do Relator não tenha seguido a proposta de encaminhamento da equipe técnica e do Parecer do Ministério Público junto ao TCU para retirar o compromisso de implantação da Rede Privativa do Edital do 5G, há o reconhecimento de que não há uma ligação inequívoca entre o compromisso e o objeto da licitação. Mas é ponderoso ressaltar que a análise do Relator só abordou o art. 135 da LGT e não houve uma hermenêutica sistemática dos outros dispositivos da Lei, notadamente do art. 128 e do §3º do art. 136, que abordam as questões de finalidades específicas e interesse dos usuários mencionadas anteriormente.

O Voto do Ministro Revisor destaca exatamente essa falta de hermenêutica sistemática, muito embora tenha referendado a implantação da Rede Privativa sem maiores explicações do nexo do compromisso com os interesses dos usuários determinado pelo §3º do art. 136. O referendo foi só em relação a parte fixa da Rede Privativa, descartando a previsão da parte móvel e da parte criptográfica da rede, muito embora toda a extensão da Rede Privativa esteja prevista no Anexo IV-B do Edital nº 1/2021 aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel.

As considerações do TCU sobre o PAIS são semelhantes ao da Rede Privativa, com a diferença que o Ministério Público junto ao TCU discorda da posição da equipe técnica do Tribunal. Mas a equipe de auditoria da CGU corrobora o entendimento que as premissas para análise da Rede Privativa valem para o compromisso de implantação do PAIS.

Ressalta-se que as diferentes visões apresentadas neste documento pretendem unicamente demonstrar que há uma dúvida sobre a compatibilidade dos compromissos de Rede Privativa e do PAIS com o objeto do Certame do 5G e, por esse motivo, podem ser objeto de litígio judicial pelas partes da sociedades que se sentirem prejudicadas.

Considerando todas as discussões no âmbito do TCU, o Ministério alega que os princípios do processo orçamentário, licitatório e legislativo não estariam violados. Todavia, deve-se reforçar que isso só é válido se houvesse conexão clara entre os compromissos e o objeto da outorga. No caso de uma decisão judicial que não reconheça esse nexo, surge uma série de irregularidades subsequentes da inserção dos compromissos no Certame do 5G.

De toda sorte, todas as argumentações apresentadas até aqui amparam o entendimento exposto no Achado de Auditoria que a inserção desses compromissos, implantação da Rede Privativa e do PAIS, podem ser objeto de discussão judicial, maculando o objetivo do Poder Público, na figura da Anatel e do Ministério de Comunicações, de implantação célere da tecnologia móvel 5G no país.

A situação é particularmente propensa a ação judicial tendo em vista a ótica dos usuários, ou associações de usuários, pois o valor dos compromissos que iriam atender diretamente os clientes da rede 5G serão utilizados para atender dois programas governamentais que, como exposto, visam atender interesses coletivos de forma genérica e difusa.

Cabe assentar que o Edital do 5G já foi aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel em 24 de setembro de 2021, na designação de Edital de Licitação nº 1/2021-SOR-SPR-CD-ANATEL, e o evento licitatório já ocorreu nos dias 4 e 5 de novembro de 2021, com lotes arrecadados na soma de R\$ 47,2 bilhões, com ágio de R\$ 4,79 bilhões¹⁹.

Portanto, a alteração do Certame para retirada dos dois compromissos questionados no Achado não é mais possível, cabendo apenas a indicação de preparação pelos órgãos competentes do risco de eventual judicialização do Certame.

Sobre isso, em manifestação mais recente do Ministério (Nota Técnica nº 17563/2021/SEI-MCOM), foi indicado que já foram adotadas as medidas de preparação, por intermédio dos órgãos da Advocacia-Geral da União competentes, que estão monitorando o eventual ajuizamento de ações judiciais contra o Certame, tendo realizado reuniões e provido informações de maneira proativa sobre o PAIS e a Rede Privativa para que a Procuradoria Geral da União e a Procuradoria Geral Federal possam responder prontamente a qualquer ação ajuizada sobre o tema.

O Ministério continua sua argumentação de que eventual judicialização também estaria atenuada pelo ágio obtido no Certame do 5G. Ou seja, o ágio de quase R\$5 bilhões, supera o valor da Rede Privativa e dos PAIS, motivo pelo qual existe caixa suficiente para compromissos adicionais, e, assim, tal fator retiraria os incentivos econômicos que eventualmente motivariam o ajuizamento de ações de alguns atores.

Embora reconheça-se que tal fato pode, de fato, atenuar os riscos apontado de judicialização, deve-se frisar que não é suficiente para excluí-los. Independente do ágio alcançado no Certame, a Constituição Federal assegura o direito das partes interessadas de recorrerem à

¹⁹ <https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/leilao-da-tecnologia-de-quinta-geracao-alcanca-r-47-2-bilhoes>, acessada em 22/11/2021.

Justiça para discussão da legalidade dos atos da Administração Pública e, assim, o risco ainda existe.

Por fim, considerando que a CGU não emitiu proposta de recomendação para o Achado, o Ministério das Comunicações alega que a edição deste Relatório de Auditoria com o Achado sobre a possibilidade de judicialização do Certame do 5G poderia, em realidade, estimular a concretização do risco, ou seja, atizar os atores legitimados para perquirir na justiça as considerações apontadas no Relatório de Auditoria.

Solicitam, portanto, a retirada do Achado da versão final do Relatório, para que não se transforme em uma profecia autorrealizável, incrementando a ocorrência do próprio risco apontado.

Sobre isso é importante registrar que a Controladoria-Geral da União é o órgão Central do Sistema de Controle Interno com uma série de atribuições legais que visam auxiliar a gestão pública no alcance dos seus objetivos e garantir a legalidade e economicidade dos atos de gestão dos órgãos e entidades sob sua jurisdição.

O Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019, dentre várias competências atribuídas, determina que cabe à GGU a adoção de providências para a defesa do patrimônio público e para o incremento da transparência pública (inciso I, do art. 1º do Decreto nº 9.681/2019), além de proposição de melhorias e aprimoramento na gestão de riscos (inciso XXI, do art. 10 do Decreto nº 9.681/2019) das unidades jurisdicionadas.

Além disso, o Referencial Técnico da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal, aprovado pela Instrução Normativa nº 3, de 9 de junho de 2017, orienta que os resultados dos trabalhos de auditoria devem ser comunicados por meio de relatórios ou instrumentos semelhantes, contemplando todos os fatos materiais do conhecimento do auditor que, caso não divulgados, possam distorcer a análise do objeto de avaliação.

Assim, na esteira de todas essas competências, não se vislumbra a retirada do Achado de Auditoria deste Relatório. Pelo contrário, a demonstração dos riscos aos quais o Certame do 5G estão submetidos se coaduna com o papel da CGU de auxiliar os órgãos e entidades da administração pública na manutenção da legalidade dos seus atos e no incremento da transparência pública, ainda que fomente que cidadãos e associações busquem a garantia dos seus direitos, se assim forem legítimos.

Por todos os motivos expostos anteriormente, mantém-se o Achado de Auditoria no Relatório em questão, sem a emissão de recomendação específica.

Achado nº 2 - Necessidade de aprimoramento dos processos da Anatel para evitar sobreposição de compromissos

Manifestação da unidade auditada

Os fatos observados na auditoria em questão foram levados ao conhecimento da Anatel por intermédio da Solicitação de Auditoria nº 907254/06, de 29 de setembro de 2021. Em relação

ao Achado, a Agência apresentou no Informe nº 225/2021/PRUV/SPR, de 08 de outubro de 2021, a seguinte manifestação:

“3.4. Em relação ao item 1, a Auditoria da Anatel informou que buscou avaliar possíveis casos de sobreposição de compromissos de backhaul, tendo em vista o que estabelece o Decreto nº 9.612/2018 de políticas públicas de telecomunicações e a Portaria MCom nº 1.924/2021, que estabeleceu as diretrizes para a realização do Edital 5G. Ainda de acordo com a Auditoria, para esta verificação foram utilizadas as seguintes fontes:

3.4.1. As localidades já atendidas por backhaul em fibra óptica por diversos fornecedores, conforme levantamento da Anatel disponível em seu sítio na internet;

3.4.2. As localidades prioritárias elencadas pelos anexos da Portaria MCom nº 1.924/21;

3.4.3. As localidades a serem atendidas pela TIM S.A. conforme Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) nº 1/2020, cujas localidades de atendimento estão previstas no sítio da Anatel na internet;

3.4.4. As localidades a serem atendidas pela VIVO S.A. em TAC a ser celebrado. As localidades em discussão para serem atendidas foram informadas pela Anatel;

3.4.5. As localidades a serem atendidas em virtude da sanção de Obrigação de Fazer, prevista no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel (RASA) e imposta a diversas prestadoras em virtude de violação ou descumprimento da legislação vigente. A lista de localidades que serão atendidas, bem como a prestadora responsável, foi repassada pela Anatel.

3.4.6. As localidades já atendidas pelo backhaul da sociedade de economia mista Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebrás.

3.4.7. As localidades que serão atendidas pelo Programa Norte Conectado, política pública ministerial que visa ampliar o backhaul nestas regiões do país, para atender outras políticas públicas de telecomunicações, educação, pesquisa, saúde, defesa e do judiciário.

3.5. A Auditoria anexou arquivo excel (SEI nº 7477705) onde apresenta uma lista de possíveis sobreposições de obrigações em 603 localidades, sendo elas referentes a: 1) Existência de Backhaul; 2) Portaria MCOM 1924/21; 3) TAC; 4) Obrigação de Fazer; 5) Norte e Nordeste Conectados; 6) Programas Estaduais; e 7) Backhaul Telebrás. Ao que passamos a analisar:

3.5.1. Inicialmente repisa-se que o Mapeamento de Redes de Transporte, que compreende o levantamento da existência de backhaul de fibra óptica nos municípios brasileiros, é um processo de atualização contínua. Anualmente a Agência procede a atualização dos dados de backhaul no primeiro trimestre, solicitando às prestadoras e associações de prestadoras que informem em quais municípios elas detêm infraestrutura de backhaul de fibra óptica. Posteriormente estas informações são consolidadas e publicadas no site da Agência. Frequentemente também, a Anatel também realiza procedimentos de fiscalização a fim de

validar se as informações declaradas refletem a realidade, com eventuais implicações na atualização dessa lista.

3.5.2. Em relação à "sobreposição com a lista de prioridade da Portaria MCom nº 1.924/21, foram observadas 329 ocorrências de sobreposição entre a lista de prioridades com localidades já atendidas por fibra óptica ou com compromisso previsto em outra política pública ou ação regulatória". Neste ponto, já foi esclarecido à Auditoria que a lista de prioridades constante da Portaria do MCOM refletia uma realidade da época e que todas as medidas que fossem implementadas pela Anatel considerariam as listas mais recentes de municípios/localidades com backhaul de fibra óptica ou com compromissos já estabelecidos. Ou seja, foi considerado o status do momento na publicação do Edital 5G e não a lista anexa à Portaria.

3.5.3. Quanto ao TAC celebrado com a operadora Tim e eventuais sobreposições, tem-se que o compromisso adicional firmado com a operadora foi o de implantação de tecnologia SMP 4G em municípios que ainda não dispunham dessa infraestrutura. O compromisso adicional é o compromisso que, de acordo com o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta - RTAC, converte o valor de referência em investimentos atrelados ao VPL negativo do projeto. No presente caso, estamos tratando do compromisso estruturante de implantar fibra óptica até o site concentrador do município, que foi firmado com o objetivo de aprimorar a qualidade da telefonia móvel, não estando no foco da ampliação da infraestrutura de backhaul de fibra óptica. Assim, tem-se claro que este compromisso objetivava a melhoria da qualidade e a correção da conduta, podendo ser implantado inclusive em municípios onde já existia a infraestrutura de backhaul de fibra óptica de outra operadora.

3.5.4. No caso dos 16 (dezesseis) municípios do compromisso estruturante observados como não dispo de infraestrutura de backhaul e presentes também na Portaria MCom nº 1.924/21, como explanado, o compromisso se refere à melhoria da qualidade do SMP, não implicando em obrigações de atendimento ao consumidor final com infraestrutura de fibra, nem de compartilhamento de infraestrutura ou outras. Atente-se, ainda, que quando da aprovação do Edital 5G, estes municípios constavam como não atendidos, podendo então figurar na listagem. Por fim, reforça-se a citada diferença de objetivos das obrigações em tela, visto que a obrigação de TAC se volta para a melhoria da qualidade, descaracterizando sobreposição.

3.5.5. Quanto à situação dos sete municípios listados como atendidos com fibra óptica, presentes na Portaria MCom nº 1.924/21 e constantes do rol de municípios dos compromissos adicionais do TAC em negociação com a Vivo — quais sejam: Itainópolis/PI, Formosa do Rio Preto/BA, Riachão das Neves/BA, Santa Rita de Cássia/BA, Paranatama/PE, Branquinha/AL e Santana do Mundaú/AL. Estes municípios foram objeto de fiscalizações recentes, nos Processos de Fiscalização nº 53566.000205/2021-99; 53554.001050/2021-47; 53554.001407/2021-97; 53532.002693/2021-66; 53532.002694/2021-19; e 53532.002695/2021-55, que confirmaram o atendimento com backhaul de fibra e, portanto, estes municípios não estão aptos a figurar nos compromissos adicionais do TAC. Assim, a prestadora deverá apresentar uma complementação na proposta dos compromissos adicionais.

3.5.6. Em relação aos municípios apontados como presença de backhaul e com obrigações de fazer, como referido no Informe nº 196/2021/PRUV/SPR (SEI nº 7344354), quando aconteceu a imposição das Obrigações de Fazer, estes municípios não possuíam backhaul de fibra óptica, de acordo com o levantamento realizado à época. Considerando a dinamicidade do setor de telecomunicações, atualmente eles se encontram atendidos com essa tecnologia. Todavia, entende-se que as obrigações devem permanecer, considerando que causaria insegurança jurídica aos entes regulados se a Anatel alterasse a lista de municípios por motivos não provocados por eles, a exemplo da instalação de backhaul por terceiros posteriormente à imposição da obrigação. Assim, não há que se falar em sobreposição de infraestrutura.

3.5.7. No caso de municípios com informações de backhaul e presentes nos projetos Norte Conectado, Nordeste Conectado, Infovia Potiguar, Infovia Paraíba e Cidades Digitais, a Anatel mantém o acompanhamento para evitar a sobreposição de iniciativas. Destaca-se, no entanto, que estes projetos são de responsabilidade de implementação/acompanhamento do Ministério das Comunicações - MCOM. Importante, contudo, ponderar que as infovias do projeto Norte Conectado, por exemplo, são redes de atendimentos à municípios que se encontram às margens dos rios na região amazônica e seu atendimento pode ocorrer por meio de uma conexão de cabos de fibra ótica que passem por municípios que já tenham conexão com fibra de outra operadora. Não parece haver sentido em não conectar um município que está na rota simplesmente por já possuir uma infraestrutura de outra operadora.

3.5.8. A Anatel mantém diálogo com órgãos estaduais e com o Ministério das Comunicações com o objetivo de mapear as iniciativas de governos locais e evitar sobreposições, no entanto, a multiplicidade de governos estaduais e municipais nem sempre permite que todos os projetos de investimento sejam devidamente mapeados. No entanto, apesar disso, dentre os 530 municípios previstos para serem atendidos com backhaul pelo Edital 5G e os 324 municípios que devem ser atendidos pelo PGMU, são residuais os casos de sobreposição.

3.5.9. Relativamente às sobreposições alegadas da rede de backhaul da Telebrás com a listagem da Portaria MCom nº 1.924/21, como exposto, as atualizações do Mapeamento de Redes são feitas anualmente no primeiro trimestre, por meio de declaração de atendimento das prestadoras ou fiscalizações, sendo que eventuais atualizações da rede da prestadora Telebrás ainda não informadas a esta Agência podem gerar informações conflitantes. Como mencionado, as extrações de informações para balizar políticas públicas e ações regulatórias são feitas dentro do que consta como declarado no momento da extração.

3.6. Como observado, a Anatel mantém um acompanhamento constante, tanto da evolução das redes de transporte (backhaul) realizada por parte das prestadoras de serviços de telecomunicações, quanto das políticas públicas existentes, sempre no sentido de se evitar a sobreposição de investimentos com recursos públicos. Mas não só, de forma a aprimorar o seu acompanhamento de infraestrutura foi aprovada, por meio do Despacho Decisório nº 6/2021/SUE, de 19 de maio de 2021 (SEI nº 6910750), nova coleta de dados de infraestrutura que envolve a coleta anual de dados de backhaul de todas as prestadoras de serviços de telecomunicações. Os novos dados devem ser coletados em fevereiro de 2022.”

Os mesmos fatos foram levados ao conhecimento do Ministério das Comunicações por meio da Solicitação de Auditoria nº 907254/08, de 30 de setembro de 2021. Em resposta, foi

apresentada a Nota Informativa nº 1745/2021/MCOM, de 8 de outubro de 2021, com a seguinte manifestação:

“18. Relativamente ao item 1 do Anexo I – Solicitação de Auditoria n. 08/907254 (8186274), adicionalmente aos pontos esclarecidos por ocasião da Elaboração da Nota Informativa nº 1513 (8074015), vale frisar que eventual indicação de disponibilização de backhaul, por meio dos programas federais nas regiões Norte e Nordeste em locais que já apresentam alguma infraestrutura, não significa duplicação de investimentos. Isso porque o escopo destes projetos inclui a instalação de novos equipamentos para aumento da capacidade em infraestrutura já existente, como no caso dos projetos na região Nordeste, ou a implantação de redes alternativas para aumento da capacidade existente e disponibilização de rotas redundantes. Importante reafirmar que em qualquer dessas situações, contudo, não houve sobreposição de obrigação de implantação de backhaul relacionada aos compromissos estabelecidos no Edital do 5G, TACs ou obrigações de fazer.

19. Com relação ao cruzamento das bases de dados de obrigações contratadas ou previstas seja por qualquer instrumento regulatório apto para tal fim, vale ressaltar que a Anatel é a instituição responsável por esse trabalho. Conforme informação obtida junto aos especialistas da Agência, o trabalho vem sendo realizado de maneira meticulosa para evitar eventuais sobreposições desnecessárias. Nesse sentido, entendemos que informações mais pormenorizadas podem ser obtidas junto à Agência Nacional de Telecomunicações.

20. Por fim, vale repisar que de acordo com a regulamentação setorial, em particular, do disposto no decreto de Políticas Públicas de Telecomunicações (Decreto 9.612/2018), a Agência Nacional de Telecomunicações deverá continuar a realizar atualizações da lista de cidades sem backhaul em fibra para a elaboração da lista final de compromissos de implantação de backhaul do Edital 5G, considerando a existência de efetivo atendimento bem como de atendimento planejado (as infovias do Programa Amazônia Integrada e Sustentável - PAIS, que, em parte, serão implantadas como resultado de compromissos do próprio Edital 5G, além de compromissos de outros instrumentos regulatórios, como Termos de Ajustamento de Conduta - TAC, em Obrigações de Fazer - ODF e o Plano Geral de Metas de Universalização PGMU), conforme já destacado anteriormente.”

Após o envio da versão preliminar do Relatório de Auditoria e da Reunião de Busca Conjunta de Soluções com a Anatel, realizada dia 8 de novembro de 2021, a Anatel se manifestou por meio do Memorando nº 130/2021/PRUV-SPR, de 09/11/2021, com a seguinte proposta:

“1. Tendo em vista as recomendações encaminhadas pelo Relatório Preliminar de Auditoria nº 907254 (SEI nº 7588332), da Controladoria Geral da União - CGU, referente aos compromissos do certame do 5G, esclarecemos o que segue.

2. No que tange às atribuições dessa Superintendência, o referido relatório apresentou as seguintes recomendações:

1 – À ANATEL: Resolver os casos de sobreposição indicados no Anexo I deste Relatório de Auditoria, notadamente sobre as sobreposições dos compromissos de backhaul do Edital do 5G com as demais ações regulatórias e políticas públicas.

2 – À ANATEL: Estabelecer forma de redirecionamento da aplicação de recursos no caso de sobreposição de compromissos identificados posteriormente, independentemente do tipo de ação regulatória que gerou o compromisso.

3. Com relação às recomendações acima, entende-se que os esclarecimentos estão bem delineados no Informe nº 225/2021/PRUV/SPR (SEI nº 7487579), notadamente nos itens 3.5 e 3.6.

4. Especificamente quanto à Recomendação nº 2, repisa-se a dificuldade em estabelecer uma mudança repentina no direcionamento da aplicação de recursos, após a definição dos compromissos, sem que tal ação cause insegurança jurídica ao ambiente regulatório e aos entes regulados. Conforme esclarecido anteriormente, os compromissos são definidos em ciclos e refletem o momento da sua determinação. No entanto, com a dinamicidade inerente às redes de telecomunicações, não há como assegurar que não haja sobreposições. A Anatel trabalha objetivando minimizar tais situações e, por isso, entende que, havendo conveniência e oportunidade, sem prejuízo à segurança jurídica, pode ser realizado o redirecionamento da aplicação de recursos, analisando o caso concreto.

5. Dessa forma, diante dos argumentos expostos, entende-se que pode ser avaliada, sempre que possível, a viabilidade de criação de tais mecanismos de troca. Assim, sugere-se uma redação alternativa para avaliação por parte da CGU, nos seguintes termos:

Recomendação nº 2: Avaliar a conveniência de estabelecer mecanismos que possibilitem o redirecionamento de recursos, no caso de sobreposição de compromissos identificados posteriormente, independentemente do tipo de ação regulatória que gerou o compromisso.”

De maneira semelhante, após o envio da versão preliminar do Relatório de Auditoria e da Reunião de Busca Conjunta de Soluções com o Ministério das Comunicações, realizada dia 9 de novembro de 2021, o Ministério se manifestou por meio da Nota Técnica nº 17563/2021/SEI-MCOM, de 16/11/2021, encaminhado à CGU por intermédio do Ofício nº 25526/2021/MCOM, de 17/11/2021, com a seguinte manifestação:

“34. Reiteramos novamente as nossas manifestações anteriores quanto à sobreposição. Aproveitamos a oportunidade, contudo, para esclarecer, quanto às sobreposições do Norte Conectado, que a implantação de backhaul nos municípios abrangidos pelo projeto não é o objetivo principal da empreitada. Na verdade, o backhaul se insere num contexto mais amplo de implantação de uma rede troncal (backbone), com derivações para os municípios alvo do projeto.

35. O fato de alguns municípios já possuírem outras rotas é sabido e justificável pela necessidade de se ter rotas redundantes atendendo essas localidades. Dessa forma, acidentes com o rompimento de fibras, que acontecem com alguma frequência, não afetarão de maneira tão determinante as redes de acesso.

36. A título exemplificativo, seguem manchetes de matérias jornalísticas sobre o tema, todas do ano de 2021:

G1: Rompimento de fibra ótica causa lentidão na internet em Roraima

<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2021/10/02/rompimento-de-fibra-optica-causalentidao-na-internet-em-roraima.ghtml>

D24AM: Manaus fica sem internet após rompimento de fibra ótica

<https://d24am.com/amazonas/manaus-fica-sem-internet-apos-rompimento-de-fibraotica/>

FolhaBV: Fibra ótica rompe no Pará e deixa Roraima com internet lenta

<https://folhabv.com.br/noticia/CIDADES/Capital/Fibra-optica-rompe-no-Para-e-deixa-roraima-com-internet-lenta-/79831>

Dessa forma, solicita-se a avaliação da análise com base nessa perspectiva, já que a resolução da "sobreposição" de investimentos, no que diz respeito ao Norte Conectado, retiraria a necessária redundância provida pela rede troncal."

Análise da equipe de auditoria

É importante registrar que a versão original do Achado de Auditoria foi elaborada em meados de agosto de 2021 e, portanto, foram utilizados os dados disponíveis à época para cotejamento de informações e verificações de sobreposição de atendimentos de localidades por *backhaul* de ações regulatórias e políticas públicas diferentes.

Tendo em vista a aprovação do Edital do 5G pelo Conselho Diretor da Anatel em 24 de setembro de 2021 e da lista de localidades que serão atendidas pelo PGMU V, aprovada em 30 de setembro de 2021, foi realizada uma nova verificação, com as seguintes fontes de informação:

1. As localidades já atendidas por *backhaul* em fibra ótica por diversos fornecedores, conforme levantamento da Anatel disponível em seu sítio na internet²⁰;
2. Os municípios referentes aos compromissos de *backhaul* para os lotes B1 a B4, C1 a C8 e D1 a D36, conforme Anexo XV do Edital nº 1/2021, de 27 de setembro de 2021²¹;
3. As localidades a serem atendidas pela TIM S.A. conforme Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) nº 1/2020, cujas localidades de atendimento estão previstas no sítio da Anatel na internet²²;
4. As localidades a serem atendidas em virtude da sanção de Obrigação de Fazer, prevista no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel (RASA) e imposta a diversas prestadoras em virtude de violação ou descumprimento da legislação vigente. A lista de localidades que serão atendidas, bem como a prestadora responsável, foi repassada pela Anatel²³;
5. A lista de sedes de municípios e localidades que serão atendidas com *backhaul* de fibra ótica por força do Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico

²⁰ Disponível em <https://www.gov.br/anatel/pt-br/dados/infraestrutura/mapeamento-de-redes/mapeamento-de-redes>, acesso em 14/10/2021. Foi considerada a "coluna I – 2021" do arquivo.

²¹ Disponível em <https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/5G/leilao-de-espectro-5g>, acesso em 19/10/2021.

²² Disponível em <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/acompanhamento-e-controle/tac-tim>, acesso em 19/10/2021.

²³ Conforme anexo ao Informe nº 229/2021/COQL/SCO, de 22 de julho de 2021.

Fixo Comutado Prestado no Regime Público, aprovado pelo Decreto nº 10.610 (PGMU V), de 27 de janeiro de 2021, cuja lista está disponível no site da Anatel da Internet²⁴;

6. As localidades que serão atendidas pelo Programa Norte Conectado, política pública ministerial que visa ampliar o *backhaul* nestas regiões do país, para atender outras políticas públicas de telecomunicações, educação, pesquisa, saúde, defesa e do judiciário²⁵.

A partir dessa nova verificação foram constatados 192 casos de possíveis sobreposições, conforme demonstrado no arquivo anexo a este Relatório de Auditoria. Considerações sobre as principais sobreposições são apresentadas a seguir.

Foram observados 40 casos de sobreposição entre os compromissos de *backhaul* do Edital do 5G com a estrutura já existente de fibra óptica. Em manifestações anteriores da Anatel e do Ministério das Comunicações foi informado que na época de aprovação do Edital do 5G seriam utilizados os dados mais atuais para confecção de uma nova lista de compromissos que evitariam esse tipo de sobreposição. No entanto, a verificação da equipe da CGU demonstra que este tipo de sobreposição ainda está ocorrendo e necessita de providências por parte da Agência.

Observou-se também 49 casos de sobreposição entres os compromissos do Edital com outras ações regulatórias, notadamente o TAC da TIM S.A. e sanções de Obrigação de Fazer.

Em relação ao TAC da TIM S.A., a Anatel alega que as obrigações previstas neste instrumento têm, em realidade, o objetivo de aprimorar a qualidade da telefonia móvel, não estando destinado à ampliação ou atendimento de novas localidades por *backhaul*. Levando isso em consideração, na análise da equipe da CGU não foi considerada sobreposição os compromissos da TIM com a infraestrutura já existente de *backhaul*.

No entanto, foi considerada sobreposição os casos que havia previsão de atendimento de localidades ainda sem fibra óptica pelo TAC da TIM S.A. com outros instrumentos regulatórios, como o Edital do 5G e o PGMU V. Ainda que se trate de uma melhoria, o atendimento de uma localidade carente de fibra óptica pela TIM constitui o atendimento da localidade por *backhaul* e, portanto, não deveria haver outras ações regulatórias para atender a mesma localidade, motivo pelo qual, foram observados 14 casos de sobreposição.

O TAC da VIVO S.A. não foi considerado nessa nova análise, pois, conforme alega a Anatel, o Termo ainda não foi assinado e não há lista fechada de localidades que serão atendidas.

Foram observados 13 casos de sobreposição entre o PGMU V com outros instrumentos regulatórios, notadamente o TAC da TIM S.A. e as sanções de Obrigação de Fazer.

²⁴ Disponível em <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/universalizacao/plano-geral-de-metas-de-universalizacao>, acesso em 19/10/2021.

²⁵ Conforme anexo à Nota Informativa nº 1319/2021/MCOM, de 09/08/2021, encaminhado à CGU pelo Ofício nº 17021/2021/MCOM, de 13 de agosto de 2021.

E foram observados 20 casos de sobreposição entre o Programa Norte Conectado com as sanções de Obrigação de Fazer. De maneira semelhante ao TAC da TIM S.A., não foi considerado sobreposição os casos de atendimento de localidades pelo Programa Norte Conectado em localidades já atendidas por fibra, pois, como alega o Ministério, o escopo dos projetos desse Programa inclui a instalação de novos equipamentos para implantação de redes alternativas para o aumento da capacidade existente e disponibilização de rotas redundantes.

No entanto, entende-se que há sobreposição quando uma localidade já será atendida pelo Programa Norte Conectado e também pela sanção de Obrigação de Fazer. A Obrigação de Fazer visa exatamente direcionar os recursos da operadora para atendimento de localidades ainda não atendidas por fibra óptica. Como já existe um programa federal para atendimento da localidade, não há razão para atendimento daquela mesma localidade por outra ação regulatória. Nessa situação, foram encontrados 20 casos.

As localidades que serão atendidas pelo Programa Nordeste Conectado foram excluídas dessa segunda avaliação, pois o Ministério informa que este Programa só visa melhoria de *backhaul* existente e não atendimento de novas localidades e não há sobreposição com outras ações.

Sobre a sobreposição das sanções de Obrigação de Fazer com outros instrumentos regulatórios e políticas públicas ou com a infraestrutura já existente, foram observadas 145 ocorrências. A Anatel alega que, quando do levantamento de informações para estabelecimento desse tipo de sanção, as localidades ainda não possuíam *backhaul* de fibra óptica. No entanto, devido à dinamicidade do setor de telecomunicações, outra empresa pode ter atendido a localidade antes da operadora sancionada. A Agência insiste que mesmo nestes casos a obrigação deve permanecer, pois sua alteração causaria insegurança jurídica aos entes regulados se a Anatel alterasse a lista de municípios por motivos não provocados por eles e, assim, não há que se falar em sobreposição de infraestrutura.

Registra-se o fato da dinamicidade do setor de telecomunicações e a realidade de que cada vez mais empresas do setor são responsáveis por implantar infraestrutura de banda larga no país sem o conhecimento prévio da Agência, o que acarreta na defasagem do levantamento de informações, do estabelecimento das obrigações e da efetiva implantação do compromisso.

No entanto, esse factual não pode servir para deslegitimar o instituto da sanção da Agência Reguladora. Por força do art. 173 da LGT, as infrações legais e normativas sujeitam os infratores às sanções previstas em lei. Assim, a não aplicação da sanção, ainda que por influência de terceiros, parece contrariar o instituto da lei e, inclusive, mitiga os efeitos pretendidos com a punição de coibir condutas e educar o regulado.

Como apontado no Achado, a não punição pode acarretar lucro indevido para a empresa sancionada, pois esta não realizará o dispêndio do valor do investimento mesmo tendo uma obrigação de fazê-lo.

Razoável seria se, caso fosse detectado que uma localidade já foi atendida por terceiro, a obrigação de fazer fosse redirecionada para outra localidade carente. Caso o montante de

recursos para o investimento na nova localidade fosse semelhante ao da localidade anterior, não há que se falar em insegurança jurídica.

Aliás, em que pese o Achado de Auditoria apontar casos de sobreposição que merecem uma atuação pontual da Agência, a recomendação pertinente é que a Agência adote mecanismos para redirecionar um compromisso ou obrigação quando for detectado que este já foi atendido por terceiro, independente da ação regulatória que deu origem à obrigação, mas desde que mantenha os valores de investimento compatíveis.

Por todos os motivos apresentados aqui, verifica-se que persiste a validade do Achado de Auditoria, procedendo-se apenas com a correção das informações da nova análise da equipe da CGU.

Quanto à Recomendação 2 do Achado, a Anatel propõe alteração no texto para que se avalie a conveniência de estabelecer mecanismos que possibilitem o redirecionamento de recursos. Não se verifica óbice para a alteração, motivo pelo qual recepciona-se integralmente a proposta de recomendação da Agência.

Achado nº 3 - Ausência de registro de participação social para discussão dos compromissos de Rede Privativa do Governo Federal e PAIS.

Manifestação da unidade auditada

O Achado de Auditoria foi encaminhado ao Ministério das Comunicações para conhecimento por meio da Solicitação de Auditoria nº 907254/08, de 30 de setembro de 2021. Em resposta, foi apresentada a Nota Informativa nº 1745/2021/MCOM, de 8 de outubro de 2021, com a seguinte manifestação:

“21. É oportuno destacar que o Decreto n.º 9.612, de 17 de dezembro de 2018, já trazia a obrigação da rede privativa e que este Decreto revogou o Decreto n.º 7.175, de 12 de maio de 2010, que já dispunha em seu art. 4º, como uma consecução dos objetivos do Programa Nacional de Banda Larga - PNBL, in verbis:

‘Art. 4º Para a consecução dos objetivos previstos no art. 1º, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei no 5.792, de 11 de julho de 1972, caberá à Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS:

I - implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal;’

22. Ou seja, ao menos desde 2010 a necessidade de implementação da rede privativa da administração pública federal é uma política pública reconhecida e consagrada em diploma normativo.

23. De forma semelhante, verifica-se que o Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, vigente à época de publicação do Edital, instituiu o Programa Nacional de Banda Larga – PNBL e definiu, em seu art. 1º, os seguintes objetivos:

‘Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL com o objetivo de fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação, de modo a:

I - massificar o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga;

II - acelerar o desenvolvimento econômico e social;

III - promover a inclusão digital;

IV - reduzir as desigualdades social e regional;

V - promover a geração de emprego e renda;

VI - ampliar os serviços de Governo Eletrônico e facilitar aos cidadãos o uso dos serviços do Estado;

VII - promover a capacitação da população para o uso das tecnologias de informação; e

VIII - aumentar a autonomia tecnológica e a competitividade brasileiras.’

24. Por sua vez, a Portaria nº 14, de 6 de fevereiro de 2013, do Ministério das Comunicações, que estabeleceu diretrizes para a aceleração do acesso ao Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre - SBTVD-T e para a ampliação da disponibilidade de espectro de radiofrequência para atendimento dos objetivos do Programa Nacional de Banda Larga – PNBL, determinou que a Anatel iniciasse os procedimentos administrativos para a verificação da viabilidade da atribuição, destinação e distribuição da Faixa de 698 MHz a 806 MHz para atendimento dos objetivos do PNBL, definindo, em seu art. 3º, o que segue:

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

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

25. Como se vê, parte dos propósitos desse instrumento era massificar o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga e a promoção da inclusão digital, inclusive a partir de incentivos à ampliação da infraestrutura de transporte de telecomunicações de alta capacidade em fibra óptica em todo o País, em especial nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

26. Tendo em vista que o escopo do Programa Amazônia Integrada e Sustentável trata justamente da construção de infraestrutura de transporte de telecomunicações de alta capacidade em fibra óptica na região Norte, resta clara a evidência de que se trata de política pública já bastante conhecida e debatida.

27. Não bastasse as evidências de que tanto a rede privativa de comunicação da administração pública federal quanto a rede do PAIS são políticas públicas conhecidas e consagradas desde 2010, o fato é que o Edital de Licitação aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel passou por diversas instâncias de debate desde a publicação da Portaria n.º 1.924/SEI-MCOM no Diário Oficial da União de 29 de janeiro de 2021. O Aviso de Licitação foi publicado no D.O.U. do último dia 27 de setembro de 2021 e, nesse ínterim, foram diversas as oportunidades de debate e de manifestações públicas a respeito do assunto.

28. Nos dias 8 e 9 de abril de 2021, o Tribunal de Contas da União promoveu debates entre o Ministério das Comunicações, Anatel, representantes do Congresso Nacional e entidades representativas das prestadoras de serviços de telecomunicações de fabricantes de equipamentos acerca da, naquele momento, proposta de minuta de Edital que se encontrava sob a apreciação da Corte de Contas.

29. Também foram realizados diversos debates promovidos pelo Grupo de Trabalho 5G, instituído na Câmara dos Deputados por meio de Ato do Presidente da Câmara dos Deputados de 09/12/2020, que avaliou e acompanhou os desenvolvimentos da implantação da tecnologia 5G no Brasil, desde a edição do Edital pela Anatel, até a sua aprovação final pelo TCU. O grupo de Deputados participantes do referido Grupo de Trabalho, além de promover duas visitas técnicas à Anatel, realizou oito audiências públicas para a discussão de temas pertinentes ao certame e ao desenvolvimento da tecnologia 5G no país. As discussões, além dos Parlamentares, contaram com participação da Anatel, do Ministério da Comunicações, membros da Academia, instituições representativas de consumidores, prestadores de serviços de telecomunicações de grande e de pequeno porte, fabricantes de equipamentos, indústrias, agronegócio, segurança, entre outros.

30. Por fim, mesmo que assim não fosse, é oportuno consignar que a exigência de participação social, embora recomendável, não deve ser vista como uma necessidade para a edição de normas que regem políticas públicas ou mesmo para alteração do conteúdo do Edital, mesmo que para incluir novos projetos ou compromissos de abrangência anteriormente não contemplados em quaisquer desses instrumentos, como, inclusive, decorre dos arts. 8º e 9º do Decreto nº 10.411/2020, que colocam a participação social como uma alternativa do Poder Público e que entrará em vigor nos próximos dias:

“DECRETO Nº 10.411, DE 30 DE JUNHO DE 2020

Art. 8º O relatório de AIR **poderá** ser objeto de participação social específica realizada antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado.

Art. 9º Na hipótese de o órgão ou a entidade competente optar, após a conclusão da AIR, pela edição, alteração ou revogação de ato normativo para enfrentamento do problema regulatório identificado, o texto preliminar da proposta de ato normativo poderá ser objeto de consulta pública ou de consulta aos segmentos sociais diretamente afetados pela norma.

Parágrafo único. A realização de consulta pública será obrigatória na hipótese do art. 9º da Lei nº 13.848, de 2019.”

31. Veja-se ainda que o próprio TCU recomendou, em seu Acórdão nº 2032/2021-Plenário, que apreciou a proposta de Edital e os estudos de precificação, a inclusão de projeto de conectividade das escolas de educação básica da rede pública de ensino, conforme segue transcrito:

"9.3. recomendar ao Ministério das Comunicações e à Anatel que incluam compromissos no edital do leilão do 5G que estabeleçam a obrigação da conectividade das escolas públicas de educação básica, com a qualidade e velocidade necessárias para o uso pedagógico das TIC nas atividades educacionais regulamentadas pela Política de Inovação Educação Conectada, estabelecida pela Lei 14.180/2021 e pelo Decreto 9.204/2017, especialmente por meio da destinação de valores decorrentes da aquisição de lotes na faixa de 26 GHz, e alocados em projetos concedidos, identificados, selecionados e precificados pelo Ministério da Educação, de modo atender as obrigações de universalização de acesso à internet em banda larga de todas as escolas públicas brasileiras, previstas no Anexo da Lei 13.005/2014, no § 2º do art. 1º da Lei 9.998/2000 e no inciso VII do art. 2º da Lei 9.472/1997, e as competências estabelecidas na Lei 9.472/1997, no Decreto 9.204/2017 e no Decreto 10.747/2021, dando prioridade às regiões cujas escolas públicas apresentem os menores índices de conectividade, com vistas a reduzir as desigualdades regionais e sociais, conforme previsto no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal;

9.3.1. os projetos referenciados neste item terão como limites os valores arrecadados pela outorga de autorização de direitos de uso da faixa de 26 GHz;

9.3.2. a Anatel deverá estabelecer o prazo e o arranjo de governança necessários para a implementação do projeto tratado neste item;

9.3.3. esclarecer à Anatel que a presente recomendação não enseja a necessidade de trâmite de retrabalho de instrução, a exemplo da rede privativa e da rede do País."

32. Considerando que essa obrigação não constou da minuta de Edital submetida a escrutínio do TCU, extrapolando a mesma lógica adotada para afirmar que a rede privativa de comunicação da administração pública federal e a rede do PAIS não passaram por necessário debate público, estaria na mesma situação a conectividade das escolas da rede pública de ensino que foi contemplada também como um compromisso a ser atendido com os recursos oriundos do leilão da faixa de radiofrequência de 26 GHz.

33. No entanto, é fato também que a conectividade das escolas, assim como as diretrizes constantes da Portaria n.º 1.924/SEI-MCOM, passou pelo debate público, seja nos referidos estudos do 5G conduzidos pelo Congresso Nacional, seja nos debates travados no âmbito do Poder Legislativo que levaram a edição da Lei n.º 14.172, de 10 de junho de 2021, que dispõe

sobre a garantia de acesso à internet, com fins educacionais, a alunos e a professores da educação básica pública.

34. Destaca-se que a CGU aponta o seguinte:

*"Verifica-se, portanto, a necessidade de o Ministério das Comunicações promover participação social para discussão desses dois compromissos, **se ainda houver tempo hábil e não causar impacto no prazo do Leilão do 5G.**"*

35. Como consignado acima, o Edital foi publicado, e os seus prazos já estão correndo. Dessa forma, a realização de debates públicos para garantir uma participação social ainda maior quanto aos temas da Rede Privativa e do PAIS causaria relevante atraso para o certame, motivo pelo qual solicita-se que a referida recomendação não conste do Relatório de Auditoria.

36. Ademais, destaca-se que quando da edição de atos futuros, o Ministério observará os termos do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020."

Após o envio da versão preliminar do Relatório de Auditoria e da Reunião de Busca Conjunta de Soluções com o Ministério das Comunicações, realizada dia 9 de novembro de 2021, o Ministério se manifestou por meio da Nota Técnica nº 17563/2021/SEI-MCOM, de 16/11/2021, encaminhado à CGU por intermédio do Ofício nº 25526/2021/MCOM, de 17/11/2021, com o seguinte texto:

41. Especificamente quanto a esta temática, é oportuno, mais uma vez, registrar que o Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, estabelece a possibilidade de participação social, nos moldes suscitados pela CGU:

'Art. 8º O relatório de AIR poderá ser objeto de participação social específica realizada antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado.

Art. 9º Na hipótese de o órgão ou a entidade competente optar, após a conclusão da AIR, pela edição, alteração ou revogação de ato normativo para enfrentamento do problema regulatório identificado, o texto preliminar da proposta de ato normativo poderá ser objeto de consulta pública ou de consulta aos segmentos sociais diretamente afetados pela norma.

Parágrafo único. A realização de consulta pública será obrigatória na hipótese do art. 9º da Lei nº 13.848, de 2019.

Art. 10. O órgão ou a entidade competente poderá utilizar os meios e os canais que considerar adequados para realizar os procedimentos de participação social e de consulta pública de que tratam os art. 8º e 9º.

Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o caput garantirão prazo para manifestação pública proporcional à complexidade do tema.'

42. Como se observa, já há previsão normativa de um processo formal de análise de impacto regulatório, com previsão de ouvida da sociedade em duas oportunidades, atrelado à produção normativa do Ministério conforme previsão do Decreto nº 10.411/2020, ao qual serão, oportunamente, associados os demais elementos constantes da recomendação, como responsáveis, fluxogramas, etapas e riscos. Esses pontos são recomendações adjetivas que não estão em questionamento por parte da CGU, frise-se, dado que o achado diz respeito apenas à participação social.

43. De qualquer forma, destacamos que tais questões acessórias estão em estudo neste Ministério, como se comprova pelas minutas de fluxogramas anexas à presente nota, ainda em fase de discussão interna, e aqui apenas fornecidas a título de demonstração de evidências que apontem para a desnecessidade da recomendação.

44. Destacamos especialmente que o processo de discussão com a sociedade vem sendo amadurecido neste Ministério, como são exemplo os trabalhos do GT-SeAC, em que houve uma tomada de subsídios inicial e, posteriormente, uma discussão com a sociedade sobre uma minuta de Relatório, que segue, em suma, o processo e a estrutura de uma Análise de Impacto Regulatório. Todo o processo e as evidências associadas estão documentados no site <http://gov.br/mcom/gtseac>.

45. Dessa forma, em função do teor do Decreto nº 10.411/2020, que será observado por este Ministério na edição futura de atos normativos, da existência de estudos em fase avançada sobre fluxogramas, etapas e riscos, e considerando a prática de participação social neste Ministério evidenciada pelo GT-SeAC, solicita-se a exclusão da referida recomendação de auditoria”.

Análise da equipe de auditoria

Antes de tudo, é imperativo ressaltar que o Achado de Auditoria apresentado ao Ministério das Comunicações não contesta o mérito das políticas de Rede Privativa do Governo Federal e do PAIS, mas sim a falta de discussão pública sobre a imposição de obrigação aos vencedores do Certame do 5G para custear essas políticas.

Como informou o Ministério, a necessidade de uma Rede Privativa para o Governo Federal já havia sido estabelecida desde 2010 no Decreto n.º 7.175 e as carências de infraestrutura da Região Norte e Nordeste também foram alvo da política pública do PNBL desde a edição desse Decreto.

Não foi escopo da auditoria avaliar a participação social no estabelecimento dessas políticas. Independente disso, o objeto da presente auditoria era verificar se o ato regulatório/normativo que impôs os compromissos aos vencedores do Certame do 5G foram precedidos de debate público.

Esse objeto é pertinente ao caso em tela, pois, como apontado no Achado, os valores destinados para a implantação da Rede Privativa e do PAIS não serão utilizados para os outros compromissos de cobertura. O alinhamento com a sociedade civil dessa troca é salutar para o sucesso da implantação da tecnologia no país, como bem aponta o Guia Prático de Análise *Ex Ante* na Avaliação de Políticas Públicas da Casa Civil, e considerando os riscos de judicialização apontados neste Relatório de Auditoria.

Em relação às discussões públicas informadas pelo Ministério, registra-se que as boas práticas regulatórias indicam que o debate deve ser prévio à expedição do instrumento regulatório, e não posterior.

Os debates promovidos pelo TCU, nos dias 8 e 9 de abril de 2021, foram posteriores à edição da Portaria Mcom nº 1.924 de 29 de janeiro de 2021.

Nos autos do processo da Anatel (53500.004083/2018-79 e 53500.066038/2021-11), que registram toda a discussão sobre o Edital do 5G, não foi localizado apontamento de debate público que abordasse a inserção desses dois compromissos no Edital, nem anterior nem posterior à Portaria do MCom.

E quanto às discussões promovidas pelo Grupo de Trabalho 5G, instituído na Câmara dos Deputados por meio de Ato do Presidente da Câmara dos Deputados de 09/12/2020, não foi apresentada a documentação comprobatória de que as discussões públicas promovidas antes da expedição da Portaria nº 1.924/21 abordaram o fato que os dois compromissos iriam constar no Edital do 5G.

Quanto à recomendação do TCU, é oportuno registrar que o mérito sobre a inserção de compromissos de qualquer natureza em editais de outorga deveria ser suscitado pelos órgãos e entidades titulares da matéria, no caso a Anatel e o Ministério das Comunicações. E, independentemente de a inserção do compromisso de conectividade das escolas de educação básica da rede pública de ensino ter partido do Tribunal, seria salutar que a discussão pública sobre a questão fosse capitaneada pela pasta ministerial previamente a sua imposição, assim como instrui as boas práticas regulatórias nacionais e internacionais.

Assiste razão ao Ministério ao informar que a realização de participação social não é uma obrigação imposta pela lei na elaboração de atos regulatórios e normativos. Até porque, o Achado de Auditoria não acusa uma ilegalidade, mas um descumprimento de boas práticas regulatórias.

Isso, inclusive, está bem caracterizado no Achado, ao apresentar as boas práticas da OCDE e da Casa Civil sobre matéria de política pública e regulação, dando ênfase na importância da participação social na etapa de elaboração dos instrumentos regulatórios para o seu sucesso, e apontando que não há registro que esses dois importantes compromissos do Edital do 5G foram precedidos de debate público.

O Achado de Auditoria propõe como recomendação estabelecer um processo formal de Análise de Impacto Regulatório, incorporado as boas práticas nacionais e internacionais sobre o tema.

Sobre isso, após a Reunião de Busca Conjunta de Soluções, o Ministério propõe a retirada da recomendação, tendo em vista que o Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, já impõem ao Poder executivo Federal a adoção de uma processos de AIR, no qual se faculta a realização de discussão social sobre a matéria regulada. Inclusive, o MCom apresentou documentação comprobatório das discussões internas sobre todo o processo de AIR que será implementado.

Não obstante as providências já adotadas pelo Ministério, é importante salientar que o inciso II do art. 24 do Decreto nº 10.411/2020 estabeleceu o *vacatio legis* de 14 de outubro de 2021 para que os órgãos e entidades da administração pública federal adotem o AIR prévio a edição, alteração ou revogação de atos normativos. Ou seja, todos os órgãos e as entidades já têm que estar com o processo de AIR estabelecido para a produção normativa.

No entanto, como se nota da última manifestação do MCom, de 16 de novembro de 2021, o estabelecimento do processo do AIR ainda está em discussão interna. Por esse motivo, mantém-se a recomendação para que o gestor apresente a documentação comprobatória de efetiva implantação do processo de AIR, em consonância com o que estipula o Decreto nº 10.411/2020, com orientação para que o processo também abarque as boas práticas nacionais e internacionais sobre o assunto.

Achado nº 4 - Possibilidade de sinergia entre iniciativas federais, estaduais e municipais para implantação de redes privadas de telecomunicações.

Manifestação da unidade auditada

Esse Achado de Auditoria levado ao conhecimento do Ministério das Comunicações por meio da Solicitação de Auditoria nº 907254/08, de 30 de setembro de 2021. Em resposta, foi apresentada a Nota Informativa nº 1745/2021/MCOM, de 8 de outubro de 2021, com a seguinte manifestação:

“37. Sobre este tópico, foi apontada a necessidade de se observar eventuais sinergias entre iniciativas federais, estaduais e municipais para atendimento das necessidades de telecomunicações dos estados e municípios, de forma a se garantir a observância da economicidade de atos, ações, programas e iniciativas.

38. Nesse sentido foram apontados alguns projetos estaduais que pudessem ser coincidentes ou concorrentes com as iniciativas federais. Na verdade, o que se observa em relação aos programas citados, é uma complementariedade das ações e não sobreposição.

39. Antes de se analisar mais especificamente os casos apontados, vale uma breve descrição acerca do escopo e forma de implantação do projeto Cidades Digitais. O Projeto Cidades Digitais foi instituído por meio da Portaria N° 376, de 19 de agosto de 2011 e consiste na execução, pelo Ministério das Comunicações, de projetos de implantação de redes de fibra óptica interligando alguns órgãos públicos locais nas cidades selecionadas.

40. Os municípios atendidos foram selecionados por meio de processos seletivos ocorridos nos anos de 2012 e 2014 e, posteriormente, foram firmados Acordos de Cooperação Técnica entre

o Município e o Ministério, com o detalhamento da rede a ser implantada, plano de atividades e responsabilidades das partes.

41. Por meio dos pregões eletrônicos Nº - 12/2012 e Nº 17/2014, o Ministério das Comunicações realizou a contratação de empresas, ou consórcio de empresas, para a implantação das redes metropolitanas, incluindo o fornecimento de fibra óptica, o fornecimento de equipamentos e softwares necessários à sua implantação.

42. O projeto Cidades Digitais prevê ainda que, após a implantação, a rede é doada à prefeitura, que passa a ser responsável pela sua operação, manutenção e oferta de serviços utilizando a infraestrutura construída. É celebrado então um Termo de Doação com Encargos com as prefeituras contempladas pelo projeto cujo objeto é a transferência da propriedade da Rede Metropolitana instalada ao Município. O Termo de Doação com Encargos prevê, dentre outras questões, que os Municípios donatários comprometem-se a manter em funcionamento a Rede Metropolitana instalada no Município. Contudo, conforme dispositivo constante do referido termo de doação, a prefeitura pode firmar parcerias com governos estaduais, empresas públicas de Tecnologia da Informação, universidades, Institutos Federais, institutos de pesquisa, entidades privadas sem fins lucrativos que desenvolvam atividades pertinentes ao objeto, entre outros, para viabilizar a operação e manutenção da rede.

43. Outro ponto que vale mencionar é que não faz parte do escopo do projeto Cidades Digitais a implantação de backhaul, mas apenas de infraestrutura de rede metropolitana.

44. Analisando-se agora as sete localidades do quadro abaixo, apontadas como tendo interseção entre a política federal de Cidades Digitais e as iniciativas estaduais, observa-se a seguinte situação em cada caso:

- AM (Rede Estadual de Telecomunicação/Gasoduto Coari-Manaus) - trata-se de iniciativa de implantação de rede de longa distância para a interligação dos municípios de Coari e Manaus, através da expansão do cabeamento de fibra óptica já disponível na infraestrutura do gasoduto. A Telebras irá disponibilizar 383 quilômetros de um par de fibra óptica, entre as duas localidades. Ou seja, tal iniciativa se refere a disponibilização de backhaul nos municípios alvo da iniciativa, que se constitui ação complementar aos projetos de Cidades Digitais implantados nos municípios de Coari e Manacapuru.*
- Quanto ao CIASC - Centro de Informática e Automação do Estado de Santa Catarina S.A., importante inicialmente pontuar que se trata-se de uma empresa estatal que presta serviços aos municípios do estado de Santa Catarina, implantando redes ou expandindo as já existentes, sob demanda dos municípios. Esta empresa também presta diversos outros serviços, incluindo os de manutenção de redes, mediante pagamento pelos municípios. Ou seja, os municípios só contratam os serviços que têm necessidade, de forma a complementar e manter a infraestrutura que possuem.*
- Já o projeto do estado do Mato Grosso do Sul encontra-se ainda em fase de planejamento, não tendo que se falar em sobreposição às infraestruturas das Cidades Digitais. Reforça-se, conforme exposto acima, que o compartilhamento das redes das Cidades Digitais implantadas é incentivado, de forma a se garantir sustentabilidade das infraestruturas instaladas.*

45. Quanto à recomendação para o Ministério das Comunicações estabelecer uma rotina formal e periódica para conhecer quais são e em que estágio se encontram as diversas iniciativas estaduais e municipais, com o intuito de diminuir custos na implantação de redes de telecomunicações, informa-se que tal premissa já vem sendo observada. Pode-se citar como exemplo especialmente os projetos do Norte e Nordeste Conectados e Infovias Estaduais, onde a RNP vem ampliando a capilaridade e capacidade das redes por meio de acordos com os governos estaduais, com as companhias elétricas (CHESF, FURNAS, etc.), Telebrás, entre outros, além de sempre buscar o compartilhamento das redes com provedores, não só na implantação de novos trechos, mas no estabelecimento de acordos de utilização de redes já implantadas (swaps)."

Após o envio da versão preliminar do Relatório de Auditoria e da Reunião de Busca Conjunta de Soluções com o Ministério das Comunicações, realizada dia 9 de novembro de 2021, o Ministério se manifestou por meio da Nota Técnica nº 17563/2021/SEI-MCOM, de 16/11/2021, encaminhado à CGU por intermédio do Ofício nº 25526/2021/MCOM, de 17/11/2021, da seguinte forma:

"49. Destaca-se, em primeiro lugar, que quando um projeto de implantação de infovias regionais, estaduais e de redes metropolitanas é aprovado, é realizada articulação com os entes estaduais e municipais das regiões beneficiadas, no sentido de se buscar o compartilhamento de eventual infraestrutura existente no local e também o compartilhamento da que será implantada, para evitar sobreposição de investimentos e divisão dos custos de operação e manutenção. Isso é feito tanto com provedores privados quanto com órgãos estaduais e municipais.

50. Ou seja, a recomendação de se "explorar sinergia com iniciativas estaduais e municipais" têm sido buscada, caso a caso, embora não exista uma política pública tão ampla quanto a demandada pela Controladoria-Geral da União.

51. Pondera-se, por outro lado, que uma política nacional nos moldes propostos pela recomendação se revela bastante complexa, por envolver mais de 5 mil entidades da administração direta com demandas muito diversas de conectividade, tanto em abrangência territorial, quanto em capacidade instalada quanto em edificações conectadas. Acrescentar as entidades da administração indireta à conta elevaria o número de entidades afetadas.

52. Destaca-se que o planejamento seria bastante difuso, em áreas por vezes desprovidas de infraestrutura adequada, não contando este Ministério ou a Anatel com pessoal adequado para a formulação de projetos tão abrangentes.

53. Considerando que o cerne original do achado correspondia a uma possível sobreposição de investimentos, que se comprovou inexistir, é a presente manifestação para sugerir a exclusão do referido tema e da recomendação formulada."

Análise da equipe de auditoria

Os casos de sobreposição inicialmente observados pela equipe da CGU referentes ao programa federal de Cidades Digitais foram justificados pelo Ministério.

No caso de sobreposição do Cidades Digitais com a Rede Estadual de Telecomunicações do Amazonas – Gasoduto Coari-Manaus, foi alegado que a iniciativa estadual é para estabelecer *backhaul* e não ligação de órgãos locais.

Quanto ao Centro de Informática e Automação do Estado de Santa Catarina, o Ministério das Comunicações se limitou a informar que se trata de uma empresa estatal que presta diferentes serviços na área de Tecnologia da Informação e Comunicações. No entanto, quando questionado pela CGU, o Governo de SC não apresentou detalhamento dessa iniciativa da CIASC e, portanto, não há elementos acurados para determinar se há de fato sobreposição entre o Cidades Digitais e o programa estadual.

No caso do Mato Grosso do Sul, com bem apontou o Ministério, os pontos estaduais fazem parte de uma iniciativa que ainda está em planejamento e, portanto, não se pode falar em sobreposição. Muito embora, a nova proposta de recomendação que será apresentada a seguir poderá auxiliar o Governo do Estado do MS e a esfera federal na otimização de esforços.

Pelos motivos expostos, assiste razão ao Ministério ao informar que não existe elementos suficientes para alegar que há sobreposição do programa Cidades Digitais com as iniciativas estaduais, ou de qualquer iniciativa no setor de telecomunicações.

No entanto, o teor do Achado de Auditoria permanece apropriado, ao destacar a possibilidade de maior sinergia entre os esforços federais e estaduais para implantação de redes de telecomunicações para atender os mais diferentes objetivos.

O Ministério informa que quando da implementação de qualquer projeto de infraestrutura, já é realizada a interação com os entes estaduais e municipais, bem como provedores privados, para evitar sobreposição de investimentos e dividir os custos de operação e manutenção.

No entanto, alega o MCom que o desenvolvimento de uma política tão ampla quanto a demandada pela CGU se revelaria bem complexa, por envolver mais de 5 mil entidades da administração direta, sem contar as da administração indireta, com demandas muito diversas de conectividade, tanto em abrangência territorial, quanto em capacidade instalada e em edificações conectadas. O planejamento seria bastante difuso, considerando a dimensão de áreas desprovidas de infraestrutura adequada, sendo que o MCom e a Anatel não teriam pessoal adequado para a formulação de projetos tão abrangentes.

O Ministério sugere então a exclusão do Achado e da recomendação.

Não obstante à complexidade apontada pelo Ministério, a proposta de recomendação da CGU não impõe a confecção de uma política nacional estanque, que abarque todos os elementos e dimensões em um primeiro momento. A política pode ser desenvolvida por etapas, com uma fase inicial de orientação para construção de redes privadas, evoluindo para coordenação com entes estaduais e posteriormente, conforme a capacidade de recursos, com os entes municipais.

O MCom sugere a exclusão do Achado tendo em vista que a verificação inicial de sobreposição não foi evidenciada. No entanto, o Achado demonstra que o princípio da economicidade

previsto no art. 70 da Constituição Federal propõe a Administração Pública a buscar formas inovadoras, constantemente, para otimização do gasto pública.

Assim, apesar das solicitações do Ministério, mantém-se o Achado de Auditoria para evidenciar uma possibilidade de sinergia na otimização de gastos públicos com redes privadas.

Altera-se, no entanto, o texto da recomendação, para que o Ministério avalie a implantação da política nacional de redes privadas, que poderá ser realizada por etapas, conforme a capacidade institucional da pasta ministerial.