



São Paulo/SP, 11 de agosto de 2023.

Ilmo. Sr.

ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE

Conselheiro Relator

Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL

Processo nº 53500.303019/2022-54

ASSOCIAÇÃO NEO, entidade sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 03.571.517/0001-29, com sede na Rua Samuel Morse, nº 74, conjunto 82 – Cidade Monções, São Paulo – SP, 04576-060, nos autos do processo de anuência prévia para aprovação de Contrato de Exploração Industrial de Radiofrequências (“Contrato de EIR”) e do Contrato de Cessão Onerosa de Meios de Rede (“Contrato de RAN Sharing”) submetido por Winity e Telefônica, vem, por intermédio de seus representantes legais, novamente amparada no exercício do direito constitucional de petição e com o escopo de contribuir para que essa d. Agência **adote a melhor decisão fundamentada e devidamente alinhada aos princípios da política pública que nortearam a realização do edital de 5G em prol do fomento à competição no segmento móvel**, tornar disponível o parecer emitido pelo ilustre professor Floriano de Azevedo Marques Neto, professor titular da Universidade de São Paulo e respeitado conhecedor do setor de telecomunicações, relacionado ao processo em relatoria por esse d. Conselheiro Relator.

No último dia 07 de agosto, a NEO subscreveu conjuntamente com ABRINTEL e TelComp manifestação que afasta as premissas utilizadas no relatório divulgado nos autos do processo em epígrafe para a adoção de eventuais remédios que poderiam ser aplicados a partir do julgamento da presente operação marcado para o dia de 18 de agosto de 2023. No entendimento das Associações já apresentado a essa Agência, como o interesse em foco não é disponível – na medida em que se está diante de flagrante não atendimento da política pública instrumentalizada no edital de 5G de fomento à competição no segmento móvel em razão do bloqueio ao acesso do único bloco de 700 MHz disponível – não há que se falar em tentativa de autocomposição por parte dessa Agência.

Como o cerne da problemática apresentada a esse Conselho Diretor da Agência está diretamente relacionado a questões jurídicas envolvendo o cumprimento e finalidade do próprio edital do 5G e, até mesmo, da possibilidade de autocomposição, faz-se necessário reforçar que já há um parecer subscrito pela d. Procuradoria Federal Especializada - PFE em que restou recomendado que, pela opinião daquele órgão jurídico, não se vislumbram providências a serem adotadas pela Agência quanto ao lote adquirido pela Winity e, mais ainda, que a operação apresentada viola, sim, “as regras e objetivos do Edital de Licitação, em especial do item

DS
RLD

DS
26

1.1, do Anexo III, não devendo portanto ser aprovada¹." Nesse sentido, destaca-se a ementa do referido Parecer devidamente transcrita abaixo, notadamente a partir do item 4 em diante:

EMENTA: 1. Dúvida jurídica acerca da necessidade de eventuais providências a serem adotadas quanto aos atos de adjudicação e homologação do Lote A1 do Edital nº 1/2021-SOR/SPR/CD-ANATEL. Memorando nº 55/2022/CPRP/SCP. 2. Pedido de anuência prévia para a celebração de acordo de compartilhamento com prestadora que estaria, de acordo com as condições de participação previstas na norma editalícia, impedida de obter a autorização de uso de radiofrequências a que se refere o Lote A1 e, ainda, pela existência de tratativas anteriores à realização do certame com esta prestadora. 3. A configuração do Lote A1 do certame em questão teve o claro objetivo de priorizar a participação de empresas que ainda não detivessem autorização de uso de radiofrequências na faixa em questão, com o objetivo de ampliar o número de competidores e evitando-se a concentração de espectro. 4. Os elementos constantes dos autos não permitem, por si só, concluir pela caracterização de ato ilícito pela prestadora Winity. Não se visualizam providências a serem adotadas pela Anatel quanto aos atos de adjudicação e homologação do Lote A1 do Edital nº 1/2021-SOR/SPR/CD-ANATEL. 5. A operação em questão, da forma em que apresentada a esta Agência, por envolver contrato de exploração industrial de radiofrequências para uso, em caráter secundário, pela Telefônica, da faixa de 713 MHz a 718 MHz e de 768 MHz a 773 MHz, de uso primário da Winity, viola as regras e os objetivos do Edital de Licitação, em especial seu item 1.1 do Anexo III, não devendo, portanto, ser aprovada pela Agência. 6. A competência para avaliar os efeitos positivos e negativos da operação, sob a ótica regulatória e concorrencial, constitui-se em poder-dever da Anatel. Nesse contexto, a Anatel não poderia desconsiderar os objetivos da Agência expressos no Edital de Licitação, no sentido de ampliar a competição, evitando-se concentrações de espectro na referida faixa, observando-se, assim, o interesse público e a ordem econômica, o que também impossibilitaria o deferimento do pedido, na forma ora apresentada à Agência. 7. Atribuição de acesso restrito ao presente Parecer, no SEI e no SAPIENS, nos termos do art. 7º, §3º da Lei nº 12.527/2011, c/c art. 3º, inciso XII, do Decreto nº 7.724/2012 (documento preparatório), bem como do art. 39, parágrafo único da LGT (informações econômico-financeiras sensíveis), ao menos, até a decisão a ser proferida pelo Conselho Diretor da Agência.

Não obstante a clareza da opinião jurídica emitida pela d. PFE, é fato que essa Agência ainda se empenha em tentar alcançar uma solução para a operação submetida a sua apreciação. Nesse sentido, e com o intuito de contribuir para a correta avaliação / decisão por parte dessa Agência, compartilha-se, por intermédio da presente manifestação, o parecer do ilustre Professor Floriano de Azevedo Marques Neto cuja ementa foi, assim, estruturada:

"Ementa: Operação que tem por objeto o compartilhamento de redes e radiofrequências entre a Winity II Telecom Ltda. ("Winity") e a Telefônica Brasil S/A ("Telefônica").

Operação que se situa no contexto de política pública setorial de expansão e promoção de competitividade no setor de telecomunicações, mediante acesso a bem público administrado pela Anatel.

Impossibilidade jurídica da Operação. Violação à vinculação ao edital. Ofensa a condição de uso e limite de espectro específicos definidos pelo instrumento convocatório. Ofensa às diretrizes de política pública estabelecidas para o edital, conforme motivação apresentada pela Anatel. Possibilidade de configuração do ilícito administrativo e penal de fraude ou frustração do processo licitatório.

Impossibilidade jurídica de viabilização da Operação por meio de concertação administrativa. A via consensual carece de instrumentalidade, pois contraria a finalidade pública prevista para a faixa de

¹ vide alínea e, do item 3 acerca da Conclusão do Parecer da PFE 610 /2022/PFE/ANATEL/PGF/AGU).



radiofrequências em questão. A celebração de acordo pela Anatel seria impedida por hipóteses de vedação e vinculação administrativa, estabelecidas pelo edital de licitação."

Com sua reconhecida e inquestionável capacidade técnica, o ilustre jurista não se furta a avaliar as competências da Anatel e do próprio CADE diante do caso concreto, as premissas da política pública setorial arquitetada pelo Edital do 5G, bem como o papel da faixa de 700 MHz para sua efetivação e as consequências jurídicas que decorrem do fato de a política ter sido fixada por edital de licitação, bem como a análise da operação do ponto de vista jurídica com suas conclusões, inclusive no que tange à possibilidade ou não de autocomposição.

Não satisfeito, o ilustre parecerista ainda se propõe a responder, de forma objetiva, questionamentos relacionados à operação em foco, os quais são transcritos a seguir juntamente com a resposta formulada para cada um deles:

- i. Qual a regra prevista no Edital 5G com relação à participação de empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz? Tal regra se aplicava a quais empresas?

Empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700 MHz só poderiam disputar a faixa caso nenhuma empresa não detentora de autorização se sagra-se vencedora. A regra se aplica a empresas que se sagraram vencedoras da Licitação nº 02/2014 em relação à faixa de 700 MHz, nomeadamente as principais operadoras móveis do país: Telefônica, Claro, Tim e Algar.

- ii. De acordo com os documentos que fundamentaram a aprovação do Edital 5G, em especial, manifestações da própria ANATEL e de órgãos de controle, qual a finalidade da referida regra?

A regra tinha a finalidade de assegurar que a faixa fosse adquirida por um entrante. A Anatel apresentou três motivos para tanto: (i) evitar concentração dessa faixa do espectro; (ii) evitar que empresas já detentoras de autorização na faixa de 700 MHz se destacassem demasiadamente das suas concorrentes; (iii) permitir uma nova operação de serviço móvel, com combinação dessa faixa, que garante cobertura, com outras faixas em porções maiores do espectro, que garantem capacidade.

- iii. Em virtude da referida regra, existiam lotes para os quais a Telefônica estava impedida de participar? Outras empresas também estavam impedidas de participar? Quais?

Sim, os lotes de 10 MHz + 10 MHz, nacional e regionais, que correspondem ao Lote A1 (nacional) e aos Lotes A2 a A5 (regionais). Todas as empresas detentoras de autorização na faixa de 700 MHz estariam impedidas de participar desses lotes, quais sejam: Telefônica, Claro, Tim e Algar.

- iv. As empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz poderiam ter disputado algum dos lotes do tipo A (i.e. 700MHz)? Em qual hipótese?

Poderiam ter disputado apenas lotes de 5 MHz + 5 MHz (Lotes A6 a A15). Tais lotes seriam licitados apenas se não houvesse vencedores para os Lotes de 10 MHz + 10 MHz. Noutras palavras, apenas se um novo player não se sagra-se vencedor para a faixa de 700 MHz.

- v. A Telefônica ou empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz poderia ter disputado, direta ou indiretamente, o lote A1 do Leilão?

Não. A regra editalícia é expressa quanto à impossibilidade de a Telefônica ou empresas detentoras de autorização na faixa de 700 MHz disputarem o Lote A1. Tal vedação certamente alcança a disputa direta, mas também a indireta. Eventual disputa indireta configuraria fraude à licitação, por desvirtuar clara exigência do edital.

- vi. Considerando que, no lote A1, houve a participação de três proponentes que ainda não eram detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz, caso alguma empresa detentora de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz tivesse participado (ou tentando participar) do referido lote, qual deveria ter sido a decisão da ANATEL?

Empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700 MHz não poderiam disputar o Lote A1 em nenhuma hipótese, havendo ou não proponentes. Se o fizessem, tais empresas seriam desclassificadas pela Anatel, com fundamento no item 8.4 do Edital, pelo fato de elas não satisfazerem as condições de participação.

- vii. A celebração dos Contratos de EIR e de RAN Sharing entre a Winity e a Telefônica implica violação (a) da regra prevista no Edital do 5G; (b) dos princípios que fundamentaram uma eventual restrição, conforme aplicável; e/ou (c) da legislação e regulamentação aplicável?

Sim. A regra editalícia era clara quanto à impossibilidade de a Telefônica acessar a faixa de 700 MHz na hipótese de uma empresa não autorizada disputá-la. Mais do que uma condição de participação, a regra estabelece um limite de espectro específico para a faixa, qual seja, a de que apenas empresas sem autorização podem usá-la. Os contratos em questão serviriam de meio para que a Telefônica acessasse objeto licitatório para o qual ela não satisfaz as condições necessárias, podendo implicar fraude a requisito licitatório. Além disso, a celebração do acordo é frontalmente contrária à motivação da Anatel, porque: (i) permitiria a concentração de espectro que a Agência quis evitar; (ii) faria com que a Telefônica se destacasse em relação às suas concorrentes detentoras de autorização na faixa de 700MHz, algo que a Agência também quis evitar; (iii) inviabilizaria a operação móvel de entrantes, porque lhes restringiria acesso à faixa crucial para garantir cobertura. Em suma, o acordo viabilizaria tudo aquilo que a Anatel queria evitar e inviabilizaria justamente aquilo que a Agência buscava alcançar. A legislação e a regulamentação aplicável seriam ofendidas, pois o acordo pode implicar (i) fraude ou frustração do processo licitatório, ante a burla de requisito editalício; (ii) violação de limite de espectro estabelecido pelo Edital do 5G.

- viii. Referida violação, caso existente, seria passível de afastamento e/ou mitigação por meio de procedimento de autocomposição e conciliação intermediado pela ANATEL?

Não. Eventual autocomposição em torno do acordo implicaria ofensa à finalidade pública envolvida, conforme motivação apresentada pela Anatel. Além disso, estaria impedida por hipótese de vedação legal e vinculação administrativa decorrentes do Edital.

- ix. Os Contratos de EIR e de RAN Sharing entre a Winity e a Telefônica consideram um uso com exclusividade de metade da capacidade da faixa de 700 MHz (5+5MHz) outorgada à Winity em aproximadamente 1.100 municípios brasileiros, em sua maioria com

população acima de 100.000 habitantes. Tal condição encontra respaldo no Edital ou nas políticas públicas setoriais estabelecidas pela Anatel?

Não. Os Contratos de EIR e de RAN Sharing assegurariam à Telefônica um uso em caráter de exclusividade e com proteção contra interferências. Nessas condições, há violação das regras editalícias porque: (i) a Telefônica acessaria objeto licitatório que ela não estava autorizada a disputar, desviando-se do requisito editalício; e (ii) seria ofendido o limite de espectro estabelecido para a faixa licitada, por força do qual esta só pode ser utilizada por empresas sem autorização na faixa de 700 MHz. A violação dessa regra implica, como consequência, desatendimento das políticas públicas setoriais estabelecidas pela Anatel. O Edital do 5G teve por objetivo, além de promover a expansão dos serviços e de infraestruturas, viabilizar maior grau de competição no setor de telecomunicações. Para tanto, e conforme delineado pela própria Anatel ao justificar a regra editalícia, é crucial que a faixa de 700 MHz licitada seja utilizada por empresas sem autorização nos 700 MHz. Nesse sentido, os Contratos de EIR e de RAN Sharing ofenderiam a política pública setorial estabelecida pela Anatel porque: (i) primeiro, prejudicariam os níveis de competição entre as operadoras já estabelecidas, ao permitir concentração da faixa de 700 MHz em benefício da Telefônica; (ii) segundo, e mais importante, restringem a capacidade de entrantes estabelecerem uma operação de serviço móvel viável.

- x. Conforme as manifestações constantes dos autos do processo em andamento perante a Anatel, a exclusividade de uso da radiofrequência nos municípios com maior população e maior PIB do Brasil restringiria a capacidade competitiva das PPPs de estabelecer uma operação do serviço móvel pessoal eficiente e rentável. As licitantes vencedoras dos lotes regionais de 3,5GHz, que, confiantes na efetividade do disposto no Edital 5G, se programaram com a perspectiva de ter acesso à frequência de 700 MHz, em condições técnicas e comerciais razoáveis, possuem direito subjetivo a questionar tal exclusividade?

Sim. As licitantes vencedoras dos lotes de 3,5 GHz tinham motivos para confiar que poderiam estruturar novas operações móveis fazendo uso da frequência de 700 MHz em condições técnicas e comerciais razoáveis. Esses motivos decorrem tanto da modelagem do Edital do 5G quanto das razões apresentadas pela Anatel para justificar as regras editalícias. Nesses termos, a confiança das licitantes vencedoras dos lotes de 3,5 GHz é legítima e, conseqüentemente, protegida pelo direito. Uma vez que a exclusividade em questão restringe o acesso à faixa de 700 MHz por parte dessas entrantes, violando a confiança legítima que depositaram na obediência das regras editalícias e na própria motivação da Anatel, elas têm o direito de questioná-la.

- xi. A celebração dos referidos Contratos e/ou, ainda, a celebração de pré-contratos com eficácia suspensa sujeita ao resultado do certame e de acordos de confidencialidade, antes da realização da licitação, podem configurar irregularidade ou ilicitude?

Sim. Nesse caso, poderia haver a configuração do ilícito administrativo e penal de fraude ou frustração do processo licitatório. Primeiro, porque tal situação comprovaria o objetivo de assegurar que o objeto licitatório fosse acessado por empresa que não cumpria os requisitos para tanto. Segundo, porque o acordo criaria vantagem competitiva para a licitante em comparação com as demais.

- xii. Eventual decisão favorável do CADE à celebração dos Contratos de EIR e de RAN Sharing entre a Winity e a Telefônica impacta a análise e conclusão acima?

Não. Está-se diante de uma política pública setorial, que busca a expansão dos serviços e a promoção de competição a partir de bem público administrado pela Anatel. A



avaliação do Cade, embora exigida por lei, tem enfoque distinto daquele necessário para a análise da Operação. Esta não deve ser analisada sob a ótica da legislação de defesa da concorrência, mas sim sob a ótica da organização dos mercados e políticas públicas de telecomunicações, que são de competência da Anatel.

- xiii. Caso a Winity venha a celebrar contratos similares àqueles pretendidos com a Telefônica com outra prestadora detentora de espectro na faixa de 700MHz, atribuindo um direito de exclusividade sobre a utilização dos 5+5MHz remanescentes, este arranjo também configuraria infração às regras do Edital e à política pública de uso do espectro estabelecida pela Anatel?

Sim. As regras do Edital do 5G e a política pública setorial estabelecida pela Anatel abrangem toda a faixa de 700 MHz cujo uso foi outorgado à Winity. Infringem tais regras e desatendem a política setorial quaisquer acordos que atribuam, a prestadora detentora de direito de uso na faixa de 700MHz, direito de uso exclusivo sobre a faixa de 700 MHz outorgada à Winity. Isso porque tais acordos incorreriam nos mesmos vícios da Operação. Em síntese: (i) permitiriam o acesso a objeto licitatório por empresa não autorizada a disputá-lo; (ii) ofenderiam o limite de espectro específico definido pelo Edital do 5G; (iii) permitiriam concentração da faixa de 700 MHz; (iv) desequilibrariam a competição em favor da prestadora beneficiada pelo acordo; (v) impediriam o acesso à faixa por entrantes, consequentemente impedindo a estruturação de novas operações móveis viáveis." (item 5 do Parecer – Resposta objetiva aos questionamentos)

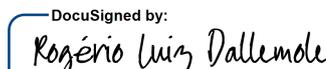
Ante todo o exposto e em linha do que foi sustentado pelo referido parecer, apesar do esforço despendido por essa Agência quanto ao caso concreto, a medida que se impõe é a reprovação da operação na forma apresentada pelas Partes.

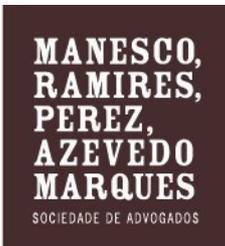
Atenciosamente,

Associação NEO TV:

DocuSigned by:

DE7A34ED1F1847F...
Rodrigo Schuch Wegmann da Silva
Diretor Geral

DocuSigned by:

6AEF8C0A1695440...
Rogério Luiz Dallemole
Diretor Administrativo e Financeiro



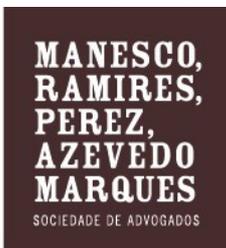
PARECER

Ementa: Operação que tem por objeto o compartilhamento de redes e radiofrequências entre a Winity II Telecom Ltda. (“Winity”) e a Telefônica Brasil S/A (“Telefônica”).

Operação que se situa no contexto de política pública setorial de expansão e promoção de competitividade no setor de telecomunicações, mediante acesso a bem público administrado pela Anatel.

Impossibilidade jurídica da Operação. Violação à vinculação ao edital. Ofensa a condição de uso e limite de espectro específico definidos pelo instrumento convocatório. Ofensa às diretrizes de política pública estabelecidas para o edital, conforme motivação apresentada pela Anatel. Possibilidade de configuração do ilícito administrativo e penal de fraude ou frustração do processo licitatório.

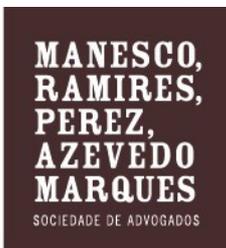
Impossibilidade jurídica de viabilização da Operação por meio de concertação administrativa. A via consensual carece de instrumentalidade, pois contraria a finalidade pública prevista para a faixa de radiofrequências em questão. A celebração de acordo pela Anatel seria impedida por hipóteses de vedação e vinculação administrativa, estabelecidas pelo edital de licitação.



São Paulo SP Av. Paulista, 287, 7º and., 01311-000, tel. (11)3068-4700 / Brasília DF SAUS, Quadra 1, Bloco N, sala 509, 5º and., 70070-941, tel. (61) 3223-7895 / Rio de Janeiro RJ Avenida Rio Branco, 01, sala 2006, 20º and., 20090-003, tel. (21) 2263-6041

Sumário

Consulta	2
1. As competências do órgão de defesa da concorrência e do regulador	7
setorial em face da política pública de telecomunicações	7
1.1. A bidimensionalidade da regulação econômica e a articulação de	7
competências entre reguladores.....	7
1.2. A política pública de expansão de redes de telecomunicações	13
2. A política pública promovida pelo Edital do 5G por meio do espectro de	
radiofrequências	17
2.1. A premissa de expansão e competição adotada pelo Edital e a	
alocação do espectro de radiofrequências	17
2.2. A destinação da faixa de 700 MHz a entrantes	21
2.2.1. As regras editalícias.....	21
2.2.2. A motivação para se destinar a faixa a entrantes	23
2.3. A vinculação ao Edital.....	27
3. Impossibilidade jurídica do acordo Winity e Vivo	32



3.1. O alcance restrito da decisão de aprovação do CADE.....	32
3.2. A ofensa à vinculação ao Edital	33
3.3. A impossibilidade de aprovação do acordo Winity e Vivo pela Anatel por meio de concertação administrativa	40
4. Conclusões.....	43
5. Resposta objetiva aos quesitos	47

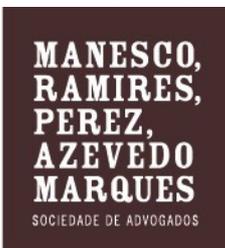
Consulta

O objeto da presente consulta é a viabilidade jurídica de acordo de compartilhamento de redes e radiofrequências entre a Winity II Telecom Ltda. (“Winity”) e a Telefônica Brasil S/A (“Telefônica”) (“Operação”).

A Winity sagrou-se vencedora do Edital de Licitação nº 1/2021SOR/SPR/CD-ANATEL (“Edital do 5G”), promovido pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, em relação ao Lote A1. Como decorrência disso, passou a deter autorização de uso de radiofrequências, em caráter primário, na faixa de radiofrequências de 700 MHz¹.

Recentemente, a Winity anunciou a intenção de celebrar com a Telefônica dois contratos de compartilhamento de infraestrutura. O primeiro, um Contrato de Exploração Industrial de Radiofrequências (“Contrato de EIR”). O segundo, um Contrato de Cessão Onerosa de Meios de Rede (“Contrato de RAN Sharing”).

¹ Mais especificamente, na subfaixa de 708 MHz a 718 MHz e de 763 MHz a 773 MHz, na forma dos Termos de Autorização n.º 81/2021, 82/2021 e 83/2021.



Por meio do Contrato de EIR, a Winity cederia à Telefônica, em 1,1 mil municípios, metade da capacidade de 700 MHz que lhe foi atribuída em decorrência do Edital do 5G. Já o Contrato de RAN Sharing teria por objeto a cessão de rede, da Telefônica para a Winity, em localidades que a Winity tem o compromisso de atender, também em decorrência do Edital do 5G.

Portais especializados no setor de telecomunicações noticiam² que, para a Winity, a Operação é crucial para viabilizar seu modelo de negócios e permitir o atendimento dos compromissos assumidos pela operadora junto à Anatel.

A Operação foi submetida à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade³ e da Anatel⁴.

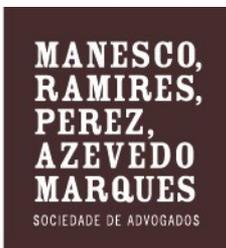
No Cade, a Operação foi aprovada sem restrições pela Superintendência Geral⁵. A decisão foi objeto de recurso, atualmente pendente de análise pelo conselho da autoridade antitruste⁶.

² “Ao Cade, Winity afirma que sua viabilidade depende de acordo com a Vivo”. Disponível em: <https://www.telesintese.com.br/winity-diz-ao-cade-que-sua-viabilidade-depender-do-acordo-coma-vivo/>. Acesso em: 14 jul. 2023.

³ Ato de Concentração nº 08700.008322/2022-35.

⁴ Processo nº 53500.303019/2022-54.

⁵ Despacho SG nº 620/2023: "Com fulcro no §1º do artigo 50 da Lei 9.784, de 1999, integro as razões do Parecer Nº 4/2023/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI 1231148) à presente decisão, inclusive quanto à sua motivação. Nos termos dos artigos 13, inciso XII, e 57, inciso I, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, combinados com os artigos 10, inciso XII, e 121, inciso I, do Regimento Interno do Cade, decido pela aprovação sem restrições do presente Ato de Concentração." ⁶ Despacho Decisório nº 17/2023/GAB5/CADE.



Na Anatel, a Procuradoria Federal Especializada – PFE⁶ e a Área Técnica⁷ posicionaram-se contrariamente à Operação.

A PFE assinalou que a Operação violaria regras e objetivos do Edital do 5G. O órgão jurídico destacou que o Edital do 5G priorizou, em relação aos 700 MHz, a participação de empresas que ainda não detivessem autorização de uso de radiofrequências nessa faixa. Isso, assinala a PFE, a fim de ampliar a competição no setor e evitar concentração do espectro. Ainda no entender da procuradoria, a possibilidade de compartilhamento de radiofrequências, prevista pelo Edital do 5G, deveria ser interpretada de forma sistemática com as demais regras editalícias, inclusive as condições de participação específicas para cada um dos lotes licitados. Nesse sentido, a Operação não seria possível porque implicaria concentração na

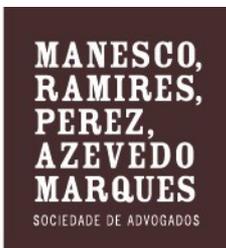
faixa de 700 MHz em favor da Telefônica, frustrando tanto as regras editalícias quanto as próprias intenções da Agência durante a elaboração do edital.

Concordando com o parecer proferido pela PFE, a Área Técnica entendeu que a celebração do Contrato de EIR esbarraria na regra do Edital do 5G que impedia a Telefônica de disputar o Lote A1. Segundo o corpo técnico, essa regra constitui exceção à regra geral que possibilita o uso secundário de espectro por meio de compartilhamento.

Após essas manifestações contrárias, o Conselheiro Relator da matéria oficiou a Winity e a Telefônica, propondo uma solução autocompositiva que “preserve as políticas

⁶ Parecer nº 00610/2022/PFE-ANATEL/PGF/AGU.

⁷ Informe nº 231/2022/CPRP/SCP, assinado pela Superintendência de Competição, pela Superintendência de Planejamento e Regulamentação, pela Superintendência de Outorga e Recursos à Prestação e pela Gerência de Monitoramento das Relações entre Prestadoras.



setoriais, assegure os interesses dos usuários e maximize a concretização das metas que devem ser atingidas com a execução da outorga resultante do Lote A1”⁸.

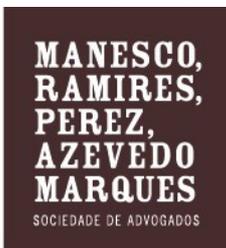
Diante do contexto acima narrado, foram apresentados os seguintes quesitos:

- i. Qual a regra prevista no Edital 5G com relação à participação de empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz? Tal regra se aplicava a quais empresas?
 - ii. De acordo com os documentos que fundamentaram a aprovação do Edital 5G, em especial, manifestações da própria ANATEL e de órgãos de controle, qual a finalidade da referida regra?
 - iii. Em virtude da referida regra, existiam lotes para os quais a Telefônica estava impedida de participar? Outras empresas também estavam impedidas de participar? Quais?
 - iv. As empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz poderiam ter disputado algum dos lotes do tipo A (i.e. 700MHz)? Em qual hipótese?
-
- v. A Telefônica ou empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz poderia ter disputado, direta ou indiretamente, o lote A1 do Leilão?
 - vi. Considerando que, no lote A1, houve a participação de três proponentes que ainda não eram detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz, caso alguma empresa detentora de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz tivesse participado (ou tentando participar) do referido lote, qual deveria ter sido a decisão da ANATEL?
 - vii. A celebração dos Contratos de EIR e de RAN Sharing entre a Winity e a Telefônica implica violação (a) da regra prevista no Edital do 5G; (b) dos princípios que fundamentaram uma eventual restrição, conforme aplicável; e/ou (c) da legislação e regulamentação aplicável?

⁸ Ofício nº 18/2023/AF-ANATEL, para a Winity, e Ofício nº 19/2023/AF-ANATEL, para a Telefônica.

- viii. Referida violação, caso existente, seria passível de afastamento e/ou mitigação por meio de procedimento de autocomposição e conciliação intermediado pela ANATEL?
- ix. Os Contratos de EIR e de RAN Sharing entre a Winity e a Telefônica consideram um uso com exclusividade de metade da capacidade da faixa de 700 MHz (5+5MHz) outorgada à Winity em aproximadamente 1.100 municípios brasileiros, em sua maioria com população acima de 100.000 habitantes. Tal condição encontra respaldo no Edital ou nas políticas públicas setoriais estabelecidas pela Anatel?
- x. Conforme as manifestações constantes dos autos do processo em andamento perante a Anatel, a exclusividade de uso da radiofrequência nos municípios com maior população e maior PIB do Brasil restringiria a capacidade competitiva das PPPs de estabelecer uma operação do serviço móvel pessoal eficiente e rentável. As licitantes vencedoras dos lotes regionais de 3,5GHz, que, confiantes na efetividade do disposto no Edital 5G, se programaram com a perspectiva de ter acesso à frequência de 700 MHz, em condições técnicas e comerciais razoáveis, possuem direito subjetivo a questionar tal exclusividade?
- xi. A celebração dos referidos Contratos e/ou, ainda, a celebração de précontratos com eficácia suspensa sujeita ao resultado do certame e de acordos de confidencialidade, antes da realização da licitação, podem configurar irregularidade ou ilicitude?
- xii. Eventual decisão favorável do CADE à celebração dos Contratos de EIR e de RAN Sharing entre a Winity e a Telefônica impacta a análise e conclusão acima?
- xiii. Caso a Winity venha a celebrar contratos similares àqueles pretendidos com a Telefônica com outra prestadora detentora de espectro na faixa de 700MHz, atribuindo um direito de exclusividade sobre a utilização dos 5+5MHz remanescentes, este arranjo também configuraria infração às regras do Edital e à política pública de uso do espectro estabelecida pela Anatel?

Para responder aos quesitos apresentados, o parecer foi estruturado em quatro partes.



Começo apresentando os fundamentos que devem orientar a definição de competências do Cade e da Anatel no presente caso (Item 1). Na sequência, apresento as premissas da política pública setorial arquitetada pelo Edital do 5G, o papel da faixa de 700 MHz para sua efetivação, e consequências jurídicas que decorrem do fato de a política ter sido fixada por edital de licitação (Item 2).

Trilhado esse percurso, passo a analisar concretamente a Operação do ponto de vista jurídico (Item 3). Por fim, apresentarei as principais conclusões deste parecer (Item 4) e responderei objetivamente aos quesitos (item 5).

1. As competências do órgão de defesa da concorrência e do regulador setorial em face da política pública de telecomunicações

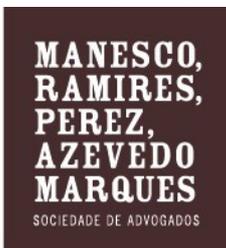
1.1. A bidimensionalidade da regulação econômica e a articulação de competências entre reguladores

O Cade e a Anatel exercem a função de regulação econômica. Em um sentido abrangente, a regulação econômica corresponde a toda forma de intervenção estatal sobre a economia que não seja pela via direta, isto é, pela assunção da exploração de atividade econômica⁹.

A regulação difere substancialmente da intervenção direta nos seus pressupostos, objetivos, instrumentos¹⁰. Difere nos pressupostos por ser muito mais pautada pela mediação que pela imposição de objetivos e comportamentos pelo exercício da autoridade, buscando sempre equilibrar os interesses existentes no subsistema regulado, tanto os dos agentes privados como os de ordem geral. Difere nos objetivos porque estes se deslocam

⁹ Marques Neto, Floriano de Azevedo, “Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador”, em: *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, coord. por Celso Fernandes Campilongo, Jean-Paul Cabral Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos (São Paulo: Max limonad, 2002), p. 96-118.

¹⁰ Cf. meu: Marques Neto, Floriano de Azevedo, *Agências Reguladoras Independentes* (Belo Horizonte: Fórum, 2009), p. 29-33.



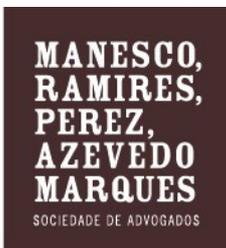
do Estado-Nação e passam a se identificar com os interesses da sociedade, sem a noção de incompatibilidade, típica da intervenção direta, entre interesses públicos e atuação privada. Difere nos instrumentos porque demanda mecanismos de intervenção capazes de viabilizar essa nova forma de relacionamento com os agentes econômicos, pautada pela mediação.

A regulação econômica pode se efetivar de duas maneiras distintas. Pode, por uma gama de motivos, restringir-se a um determinado setor da economia¹². Nesse caso, a regulação será setorial, como se passa nas telecomunicações, na energia elétrica, nos transportes, entre outros setores da economia. O exercício da regulação setorial fica a cargo de reguladores independentes, notadamente de agências reguladoras como a Anatel, a Aneel, a ANTT e Antaq, dentre outras.

A regulação pode também perpassar todos os setores da economia, de forma transversal, a fim de tutelar interesses centrais para toda a ordem econômica. Nesta configuração, a regulação será geral, sendo este o caso da defesa da concorrência e da proteção do consumidor. A competência para exercer a regulação geral fica a cargo, respectivamente, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC.

Há duas concepções sobre como regulação geral e setorial podem se relacionar. A primeira, que designo de unidimensional, entende que o campo da regulação deve ser ocupado preferencialmente pela regulação setorial, restando à

¹² Como disse em outra oportunidade: “[d]e fato. A regulação estatal sobre a economia pode se voltar para uma atividade econômica (em sentido amplo) cuja fruição seja considerada essencial para a coletividade a ponto dela ser titularizada pelo Estado como um serviço público, justificando sua prestação em regime de direito público (como ocorre com algumas atividades do setor de telecomunicações, energia elétrica e transportes). Pode se voltar a atividades, também relevantes, mas que não justificam a sua sujeição ao regime derogatório das regras de mercado, apesar de sujeitá-la a normas e padrões regulatórios (o que acontece no



setor de saúde e medicamentos, ou mesmo no setor financeiro). Pode decorrer do fato de que a atividade regulada envolva a utilização de um bem escasso, essencial à vida coletiva (como acontece com o setor de petróleo e gás e, mais recentemente, com os recursos hídricos). Pode, ainda, se voltar para setores da economia caracterizados como monopólios naturais e que, por isso, justificam uma maior intervenção estatal para combater os efeitos deletérios da atividade monopolizada. Em suma, vários e diversos podem ser os móveis a justificar uma maior incidência da atividade regulatória estatal sobre a economia. Assim como os móveis são distintos, os instrumentos, parâmetros e conceitos a serem utilizados na regulação setorial deverão diferir.” (Marques Neto, Floriano de Azevedo, “Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador”, em: Concorrência e regulação no sistema financeiro, coord. por Celso Fernandes Campilongo, Jean-Paul Cabral Veida da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos (São Paulo: Max limonad, 2002), p. 98).

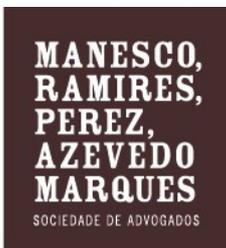
regulação geral, de forma residual, os espaços da ordem econômica que regulação setorial não disciplinar. Por essa ótica, a regulação setorial abarcaria a proteção do consumidor e defesa da concorrência, afastando a regulação geral sobre essas matérias.

Tenho comigo que a concepção mais adequada para se enxergar a relação entre regulação geral e setorial é aquela que chamo de bidimensional. Por essa concepção, regulação geral e setorial são vistas como planos que coexistem e se interrelacionam. Dessa forma, ainda que a regulação setorial discipline aspectos tutelados pela regulação geral, ela não a substitui. Em termos concretos, significa dizer que aqueles sujeitos à regulação setorial também se sujeitam à regulação geral.

Embora a existência de uma regulação setorial não afaste a incidência da regulação geral, faz- necessária uma calibragem, uma ponderação, nos casos em que a regulação geral incidir sobre um setor regulado. A convivência entre regulação geral e setorial exige preservação dos objetivos regulatórios em pauta. Por esse motivo, a regulação geral precisa sempre considerar as características econômicas do setor e as políticas públicas setoriais.

O direito brasileiro estabelece quatro modos de articulação entre regulação geral e setorial.

O primeiro modo é a articulação complementar. Nesse caso, há uma repartição clara entre as competências regulatórias, que pode ser tanto procedimental quanto operacional. No primeiro caso, determinado regulador atuaria em uma etapa do processo



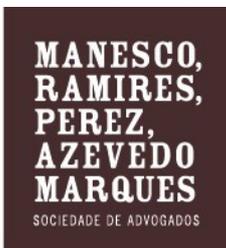
regulatório e o outro na etapa seguinte. No segundo, o regulador setorial opera de forma preventiva e para incentivar o vetor de interesse geral, ao passo que o regulador geral atua de forma reativa, sancionando descumprimentos ou obrigado a adoção de determinados comportamentos.

Outra possibilidade é a da articulação supletiva. Nesse caso, o regulador geral deve agir apenas se o regulador setorial for inerte ou omissivo. Aqui, há uma subsidiariedade e certa limitação da atuação do regulador geral em face dos parâmetros estabelecidos pelo regulador setorial.

Regulação geral e setorial também podem conviver em uma articulação concorrente. Diferentemente dos modelos anteriores, na articulação concorrente não há organização prévia das competências dos diferentes reguladores. Ambos atuarão paralela e simultaneamente, mas, para evitar prejuízos aos objetivos regulatórios, soluções para organização dessas competências devem ser construídas caso a caso.

Por fim, a convivência pode se dar em uma articulação por coordenação. Nesse caso, a competência é reservada para um dos reguladores, devendo este consultar, ouvir ou envolver a outra esfera regulatória no exercício dessa competência.

A forma de articulação aplicável a determinado setor é encontrada na lei. No caso da convivência entre defesa da concorrência e a regulação setorial de telecomunicações, a lei estabelece uma articulação complementar.



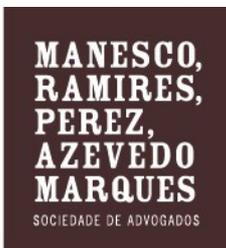
De um lado, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT prevê que as normas de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor, exigindo a submissão de atos de concentração econômica ao juízo do Cade¹¹. A Lei nº 13.848/2019 estabelece

que os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis por aplicar a legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, mediante análise de atos de concentração e apuração de infrações contra a ordem econômica. Nessa tarefa, o Cade pode solicitar subsídios aos reguladores setoriais¹⁴.

De outro, a LGT prevê que a Anatel é competente para prevenir infrações à ordem econômica, ressalvadas as competências do Cade¹². Também estabelece que a Anatel, visando promover competição efetiva e impedir concentração econômica de mercado, pode

¹¹ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 7º. As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de Telecomunicações. §1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica. §2º Os atos de que trata o § 1º serão submetidos à aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) §3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”

¹² Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.”



estabelecer restrições, limites ou condições a empresas quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações¹³⁻¹⁴.

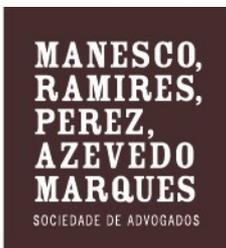
¹⁴ Lei nº 13.848/2019: “Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência). §1º. Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica. §2º. Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.”

Ou seja, tanto a Anatel quanto o Cade são competentes em matéria concorrencial no setor de telecomunicações. Essas competências são organizadas conforme o enfoque a ser privilegiado. Pelo que se depreende da LGT e da Lei nº 13.848/2019, a competência do Cade tem por enfoque a legislação de defesa da concorrência. A competência da Anatel tem por enfoque a organização do serviço e do mercado de telecomunicações, pelo manejo dos instrumentos que habilitam empresas e grupos econômicos a atuarem no setor (concessões, permissões e autorizações).

Grande parte dos casos, provavelmente a ampla maioria deles, exigirão que os dois enfoques sejam adotados. Considerando tanto especialização observada nas telecomunicações quanto a relevância econômica de seus agentes, impactos que operações no setor podem provocar nos mercados de forma geral tendem a decorrer de condições dos

¹³ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.”

¹⁴ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 97. Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário. Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.”



agentes no próprio mercado de telecomunicações. Nesses casos, será necessária a atuação tanto do Cade quanto da Anatel, em igual ordem de importância.

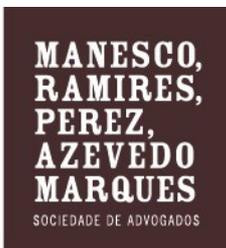
Mas isso nem sempre ocorrerá. É possível que determinada operação não provoque impactos significativos no mercado de telecomunicações, mas tenha o potencial de afetar a concorrência de forma geral. Seria o caso hipotético de uma operação que envolvesse agentes sem participação significativa no setor de telecomunicações, mas pertencentes a grupos econômicos com empresas de poder significativo concorrentes noutros setores. Nesse exemplo hipotético, a operação, embora não impactasse o setor de telecomunicações, poderia impactar outros setores nos quais tais grupos competissem entre si, por criar entre eles um vínculo societário e riscos competitivos daí decorrentes. Aqui, a decisão da Anatel, embora exigida por lei, não terá a mesma importância e relevância da decisão do Cade e do enfoque adotado por esse órgão.

O inverso também é possível. Uma operação, mesmo sem gerar impactos competitivos relevantes nos mercados sob a ótica da legislação de defesa da concorrência, pode provocar desorganização no setor de telecomunicações e em políticas públicas regulatórias. Nesses casos, a lógica se inverte: a decisão do Cade, embora exigida pela lei, tem enfoque estreito e exatamente por isso secundário diante da análise da Anatel.

1.2. A política pública de expansão de redes de telecomunicações

Como disse, a regulação compreende forma de intervenção do Estado sobre o domínio econômico distinta da intervenção direta. Ainda, difere substancialmente desta em seus pressupostos, objetivos e instrumentos. Além dessas características já delineadas anteriormente, a regulação entre nós se apresenta com caráter distributivo.

Na doutrina, encontra-se frequentemente uma distinção entre regulação econômica e regulação social. A primeira teria por objetivo preservar e garantir a reprodução de atividades econômicas, coibindo práticas nocivas dos agentes econômicos e corrigindo falhas de mercado. A segunda iria além, buscaria também atingir objetivos de ordem geral,



por exemplo a proteção do meio ambiente. Essa distinção, como pude assinalar noutra oportunidade,¹⁵ não é plenamente pertinente ao caso brasileiro.

No Brasil, a busca pelo equilíbrio promovida pela regulação exige que se articulem, além dos interesses do mercado regulado, interesses de ordem geral que não seriam atingidos apenas pela iniciativa dos agentes econômicos. O art. 170 da Constituição exige que a regulação, ao mesmo tempo, preserve as condições de

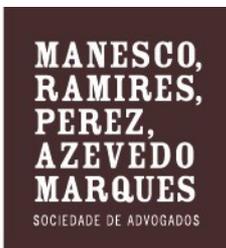
exploração e reprodução de atividades econômicas e implemente objetivos de ordem pública. Daí porque a impertinência de se distinguir, entre nós, regulação econômica de regulação social.

Os objetivos gerais a serem atingidos pelo regulador não são por ele definidos. Tal definição cabe ao legislador. Cabe aos reguladores manejarem suas competências para viabilizar o atingimento desses objetivos. E devem fazê-lo de modo que sejam absorvidos pelo setor regulado com o maior equilíbrio possível, atribuindo os ônus entre os diferentes atores, sopesando obrigações e vantagens, criando incentivos ou restrições.

Esse é o caso das telecomunicações, em que o corte redistributivo da regulação decorre de políticas e objetivos estabelecidos pela própria LGT.

A lei incumbe o regulador de organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo (art. 1º). Estabelece, dentre os deveres do Poder Público, o dever de estimular a expansão dos serviços de telecomunicações, em benefício da população (art. 2º, II), promovendo a competição e a diversidade de serviços (art. 2º, III). E atribui à Anatel, de forma ainda mais concreta, a competência para “implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações” (art. 19, I).

¹⁵ Cf. meu: Marques Neto, Floriano de Azevedo, “Regulação econômica e suas modulações”, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, 2009 (28).



Ou seja, a LGT estabelece, dentre outros objetivos de ordem geral, a expansão os serviços e o aumento da competição. E municia a Anatel de ferramentas e recursos regulatórios que devem ser manejados para atingi-los.

A expansão dos serviços tem sido buscada por meio de duas políticas públicas. A primeira decorre diretamente da própria LGT e se aplica ao serviço prestado em regime público. A segunda é resultado da ação criativa da Anatel, com amparo na LGT, e teve por escopo o serviço móvel, prestado em regime privado.

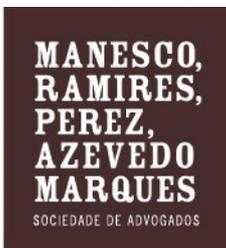
A primeira política em questão é a de universalização. Obrigações de universalização são atribuídas pela LGT aos serviços prestados em regime público,¹⁹ nomeadamente o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. As medidas para efetivar a universalização da telefonia fixa são elaboradas e propostas pela Anatel ao Presidente da República¹⁶. Ao Presidente, cabe avaliar e aprovar as medidas, consubstanciando-as, se aprovadas, em decreto¹⁷. A esse decreto se dá o nome de Plano Geral de Metas de Universalização – PGMU.

Ao longo dos anos, cinco PGMUs foram editados pelo Poder Executivo¹⁸. Evoluções na demanda da sociedade pelos serviços de telecomunicações provocaram mudanças nas metas de universalização estabelecidas. Priorizou-se cada vez mais a instalação infraestruturas de transporte para conexão em banda larga (backhaul) e de

¹⁶ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;”

¹⁷ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto: (...) III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;”

¹⁸ Decreto nº 2.592, de 15 de maio de maio de 1998 (PGMU I), Decreto nº 4.769, de 27 de junho de 2003 (PGMU II), Decreto nº 6.424, de 04 de abril de 2008 (altera o PGMU II), Decreto nº 7.512, de 30 de junho de 2011 (PGMU III), Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018 (PGMU IV) e Decreto nº 10.610, de 27 de janeiro de 2021 (PGMU V).



sistemas de acesso fixo sem fio, com paulatina redução das metas de instalação de Telefones de Uso Público – TUP (os chamados “orelhões”).

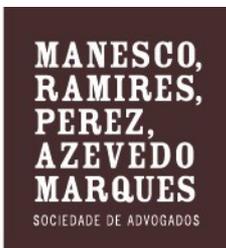
¹⁹ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público. §1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.”

Como disse, a política de universalização se aplicou e ainda se aplica apenas à telefonia fixa. Ocorre que as evoluções capturadas pelas revisões do PGMU não foram as únicas observadas na demanda por serviços de telecomunicações. Com os anos, a telefonia fixa perdeu espaço para a telefonia móvel. Mas, ao mesmo tempo em que o serviço móvel ganhava a preferência da sociedade, ele não era alcançado pela política de universalização, por ser prestado em regime privado.

Noutras palavras: embora o serviço móvel tenha de ser levado a toda gente, por sua importância e em função de deveres estabelecidos pela LGT, pelo fato de ser prestado em regime privado a política pública decorrente da lei não o abarca. Coube à Anatel, manejando seus recursos e competências, forjar uma política pública voltada para a telefonia móvel.

A LGT prevê que a Anatel pode, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelos interessados, de compromissos de interesse de coletividade.¹⁹ Com base nisso, em editais de licitação, como condição para a expedição de autorizações, a Agência passou a estabelecer compromissos de abrangência a serem assumidos pelos particulares. Por esses compromissos, os vencedores das

¹⁹ Lei Geral de Telecomunicações: “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.”



licitações se obrigam a levar o serviço móvel para localidades definidas pela Anatel, em prazo também fixado pela Agência.

A política pública em questão se estrutura em torno do espectro de radiofrequências, bem público que a lei incumbiu a Anatel de administrar²⁰ e que é

necessário para a prestação do serviço móvel. Por ser um recurso escasso e ao mesmo tempo indispensável para a execução de uma atividade com crescente lucratividade, o espectro de radiofrequências ganhou relevante valor econômico. Reconhecendo esse valor econômico, a Anatel atribuiu ao bem a função social de ser meio para expandir serviços relevantes. E a partir do permissivo legal da LGT,²¹ passou a atribuir o uso do espectro a particulares de radiofrequências mediante a assunção, por parte desses particulares, do dever de expandir o serviço móvel pessoal.

2. A política pública promovida pelo Edital do 5G por meio do espectro de radiofrequências

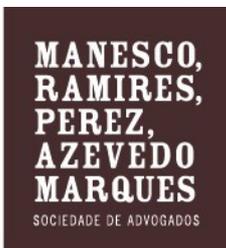
2.1. A premissa de expansão e competição adotada pelo Edital e a alocação do espectro de radiofrequências

Expansão de serviços e competição, objetivos de ordem geral buscados pela LGT, não são vetores fáceis de se compatibilizar. Há, claro, uma complementaridade entre eles. Uma política pró-competição eficiente pode levar, conseqüentemente, à expansão dos serviços. Isso se daria, por exemplo, como resultado da busca por novos mercados.

Essa complementaridade, no entanto, nem sempre se fará presente. A promoção da competição nem sempre levará à expansão dos serviços. Em alguns casos, faz-se necessária a adoção de medidas ou políticas voltadas especificamente à expansão dos

²⁰ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 157. O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.”

²¹ Lei Geral de Telecomunicações (art. 135).



serviços, que podem renunciar a uma maior competitividade. É o que geralmente acontece com serviços públicos anteriormente prestados em regime

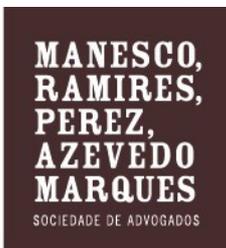
de monopólio, ou intensivos em investimentos de capital, como é o caso das telecomunicações²⁶.

Essa dinâmica entre expansão de serviços e promoção de competição se fez presente na política setorial que visou à expansão da telefonia móvel. Como disse, essa política se deu por meio de compromissos de abrangência impostos pela Anatel como condição, ou contrapartida, pelo uso de um bem público revestido de função social. Tais compromissos foram previstos em editais de licitação de radiofrequências.

Nos primeiros editais em que os compromissos foram previstos pela Anatel, disputaram e sagraram-se vencedoras as maiores operadoras de telefonia do país. Significativa porção do espectro leilado foi destinada aos grandes players que já atuavam no setor.

E assim o foi, a meu ver, por dois principais motivos. Primeiro, porque a expansão dos serviços em âmbito nacional demandaria grandes investimentos, que só os grandes players tinham envergadura para realizar. Segundo, porque o espectro de radiofrequências também é sinônimo de capacidade de atendimento.

²⁶ Pude abordar o tema em outra oportunidade. Na ocasião, disse o seguinte: “Haverá situações em que esse aumento de regulação não visará o aumento de competição e sim a preservação de um plexo mínimo de condições apto a assegurar que o agente antes monopolista tenha condições de implantar metas de ampliação de redes, de universalização do serviço ou mesmo possa fazer investimentos que, em situações de ampla e franca competição, não se mostrariam viáveis (não só à luz de critérios lastreados em custo de oportunidade, mas também por moderadas taxas de retorno). É que quando tratamos de utilidades públicas, a regulação econômica não pode se pautar apenas pelo prisma da competição. Os interesses da sociedade (os móveis da regulação estatal) enredados nessa atividade não são exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como redução de custos e livre opção pelos usuários. Há toda uma gama de interesses de universalização e de perenidade na fruição destes serviços (porquanto se considere ser relevante para a



coletividade que, como meta, todos os indivíduos possam se servir dessa utilidade) que justificam a preterição, ao menos transitória, de um regime de competição plena o qual tende a beneficiar sempre a parcela dos consumidores efetivos, em detrimento dos consumidores potenciais do serviço”. Ver meu: Marques Neto, Floriano de Azevedo, “Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural”, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2001 (223).

Dessa forma, pulverizar as porções do espectro licitadas poderia prejudicar a capacidade de investimentos as operadoras, bem como a própria capacidade do serviço para atender um número crescente de usuários.

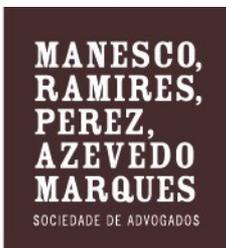
Fato é que, nesses editais, e por motivos justificados, a viabilização da expansão dos serviços ganhou prioridade em relação à promoção de uma ampla e franca competição entre diversos agentes.

A situação foi diferente no Edital do 5G. O cenário era outro, muito distinto daquele dos editais anteriores.

Após anos da política pública adotada pela Anatel, a telefonia móvel possuía relativo alcance. A capacidade das faixas de radiofrequência do 5G e as diferentes funcionalidades da quinta geração permitiam comportar diversos agentes. Noutro giro, muitos provedores regionais, após mostrarem-se capazes de expandir a banda larga fixa no país, ganharam envergadura de capital com aportes de fundos de investimento e ofertas iniciais de ações.

O cenário de expansão dos serviços era estável, as faixas licitadas permitiam comportar diversos operadores, e havia players com capacidade de investimento para ingressar na telefonia móvel. Para dizê-lo de outra forma: havia espaço para viabilizar maior competição com a entrada de novos agentes e novas operações de serviço móvel.

Além disso, a experiência de expansão regionalizada da banda larga fixa servia de inspiração. Se era difícil cogitar da introdução de um novo player nacional com a mesma envergadura das operadoras então existentes, a introdução de players regionais era uma possibilidade concreta.



O cenário foi percebido pelo Poder Executivo, que define políticas públicas para o setor. Refiro-me à Portaria nº 418/2020, por meio da qual o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações estabeleceu diretrizes para o Edital do 5G. O normativo estabeleceu que, no leilão de espectro, a Anatel deveria considerar, dentre outros elementos, modelagem que viabilizasse a manutenção ou o aumento dos níveis de competição²².

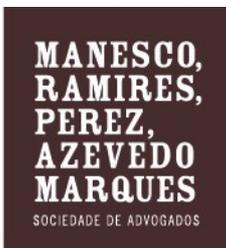
O Edital do 5G não seguiu à risca o caminho de seus antecessores de privilegiar apenas a expansão dos serviços. A expansão continuou sendo um objetivo, mas veio acompanhada da intenção de aumentar níveis de competição, por meio da entrada de novos agentes.

A combinação desses vetores foi traduzida na modelagem do edital. De forma mais específica, ela foi refletida na definição de critérios de participação para alocação do espectro de radiofrequência e dos respectivos compromissos de abrangência.

As principais faixas leiloadas (700 MHz e 3,5 GHz) miravam novos players. No caso da faixa de 700 MHz, como será adiante detalhado, houve destinação expressa. No caso da faixa de 3,5 GHz, a modelagem adotada inviabilizava, na prática, que vencedoras para lotes nacionais disputassem lotes regionais, abrindo espaço para novos players em relação a estas últimas.

Já os compromissos de abrangência priorizaram, para o serviço móvel, a expansão da quinta geração e o atendimento de áreas sem cobertura (municípios, localidades e rodovias) com, pelo menos, a tecnologia de quarta geração. Também foi privilegiada a instalação de infraestrutura física (backhaul) e a conectividade em escolas, demanda antiga da sociedade.

²² Portaria nº 418/2020 MCTIC: “Art. 2º. Nas licitações de espectro de que trata o art. 1º, a Anatel deverá considerar: (...) IV - modelagem que viabilize a manutenção ou o aumento dos níveis atuais de competição”. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-418-de-31-de-janeiro-de-2020-241105488>. Acesso em: 13 jul. 2023.



Como se pode ver, os compromissos fixados revelam que a expansão dos serviços continuou a ser perseguida. Mas a modelagem da alocação do espectro de radiofrequências indica que o Edital do 5G também teve a orientação de estimular a competição, especialmente por meio da entrada de novos agentes na telefonia móvel.

Conforme exposto adiante, para que todo o modelo seja viável, com a combinação de expansão de serviços e competição, o uso da faixa de 700 MHz leiloadada é crucial.

2.2. A destinação da faixa de 700 MHz a entrantes

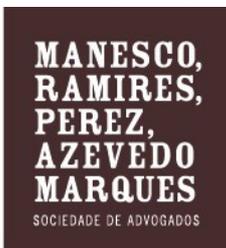
2.2.1. As regras editalícias

A faixa de 700 MHz correspondia ao Lote do tipo A. Para esse lote, o Edital do 5G adotou sistemática que privilegiava a destinação da faixa a novos agentes.

Primeiro, seria licitado o Lote A1, que compreendia toda a porção disponível para faixa de 700 MHz (10 MHz + 10 MHz) em âmbito nacional. Caso não houvesse vencedora para o lote nacional, a faixa seria segregada em lotes regionais, ainda em blocos de 10 MHz + 10 MHz (Lotes A2 a A5).

Os lotes de 10 MHz + 10 MHz, o nacional (A1) e os regionais (A2 a A5), só poderiam ser disputados por proponentes que (i) não detivessem autorização de uso de radiofrequências em caráter primário na faixa de 700 MHz; e (ii) que não estivessem em processo de transferência de controle societário com Grupo Econômico que já detenha autorização de uso de radiofrequências em caráter primário nessa faixa²⁸.

Trata-se de uma condição de participação. Interessados que já detivessem autorização de uso para a faixa de 700 MHz não poderiam sequer disputar os lotes de 10



MHz + 10 MHz (Lotes A1 a A5). Se tentassem fazê-lo, seriam desclassificados com fundamento no item 8.4 do Edital²³.

Com isso, estavam impedidas de participar as operadoras que obtiveram autorização de uso para a faixa de 700 MHz em decorrência da Licitação nº 2/2014SOR/SPR/CD-ANATEL (“Edital de 700MHz”). São elas as principais operadoras móveis do país: Claro, Tim, Telefônica Brasil e Algar²⁴. Em termos concretos, a regra tinha o claro objetivo de destinar a faixa de 700 MHz a novos agentes.

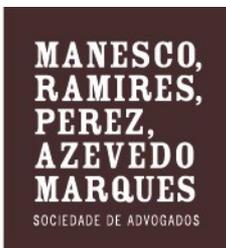
²⁸ Anexo III do Edital do 5G: “1. A uma mesma Proponente, suas controladas, controladoras ou coligadas, em uma mesma área geográfica, somente serão autorizadas as subfaixas de radiofrequências nas faixas dispostas neste Edital até os seguintes limites máximos: 1.1. Para os Lotes A1 a A5, aquele correspondente ao menor percentual estabelecido no artigo 1º, inciso I, da Resolução nº 703, de 1º de novembro de 2018, não se admitindo a participação de Proponente, suas controladas, controladoras ou coligadas que, na mesma área geográfica, já detenham autorização de uso de radiofrequências em caráter primário na faixa de 698 MHz a 806 MHz, ou que esteja em processo de transferência de controle societário respaldado por acordo, contrato ou qualquer outro instrumento jurídico, que tenha por objeto a alienação e/ou aquisição de ações ou do estabelecimento de direito de preferência para alienação e/ou aquisição de ações, com Grupo Econômico que já detenha autorização de uso de radiofrequências em caráter primário na faixa de 698 MHz a 806 MHz.”

Caso não houvesse vencedoras para os lotes regionais de 10 MHz + 10 MHz, a faixa seria novamente segregada em dois lotes nacionais de 5 MHz + 5 MHz (Lotes A6 e A7). Repetindo a sistemática adotada para os blocos de 10 MHz + 10 MHz, caso não houvesse vencedoras para os lotes nacionais de 5 MHz + 5 MHz, estes seriam divididos em lotes regionais de 5 MHz + 5 MHz (Lotes A8 a A15).

²³ Edital do 5G: “8.4. As Propostas de Preço apresentadas serão analisadas para fins de verificação do cumprimento das disposições deste Edital, sob pena de desclassificação. 8.4.1. Não será aberta a Proposta de Preço que não possuir garantia para sua manutenção ou que não atenda à totalidade das Condições de Participação e de Uso da Subfaixas de Radiofrequências de que trata o ANEXO III. 8.4.2. Abertos os invólucros relativos às Propostas de Preço das Proponentes, o seu conteúdo será rubricado pelos membros da CEL e representantes das demais proponentes presentes que queiram fazê-lo. 8.4.3. Eliminadas as propostas irregulares, as Propostas de Preço remanescentes serão classificadas conforme subitem 8.5.1 abaixo, divulgando-se a classificação obtida.”

²⁴ Conforme Aviso de Adjudicação para a Licitação nº 002/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL. Disponível

em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=318124&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=318124.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2023.



Os Lotes A6 a A15 poderiam ser disputados por quaisquer interessados, desde que observados os limites de espectro para a faixa, definidos pela Resolução nº 703/2018²⁵.

Em resumo, pelas condições de participação, a preferência para a faixa de 700 MHz era de novos players. As operadoras que já detinham autorização para a faixa, que eram as principais operadoras móveis do país, só poderiam disputar os 700 MHz em relação aos lotes de 5 MHz + 5 MHz. Ou seja, apenas se novos players não se apresentassem para a faixa nos lotes de 10 MHz + 10 MHz.

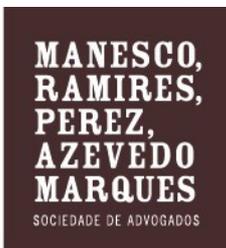
2.2.2. A motivação para se destinar a faixa a entrantes

Sempre houve clareza de que a faixa de 700 MHz leiloada no Edital do 5G deveria ser destinada a entrantes. Esse era o objetivo desde o início da construção do edital e nunca se alterou. Para justificar essa destinação, foram apresentados três motivos ao longo do processo.

O primeiro motivo apresentado tinha tanto uma perspectiva histórica quanto uma preocupação com os limites de espectro³².

A faixa licitada no Edital do 5G era remanescente do Edital de 700 MHz. Neste edital, o leilão se desdobrou em duas etapas. Na primeira, as licitantes poderiam adquirir um limite de 10 MHz + 10 MHz, que correspondia a apenas um lote. Caso algum lote restasse sem vencedor, haveria uma segunda rodada na qual as licitantes poderiam adquirir

²⁵ Resolução nº 703/2018: “Art. 1º Estabelecer que uma mesma Prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, sua(s) coligada(s), controlada(s) ou controladora(s), em um mesmo município, poderá deter faixas de radiofrequências, em caráter primário, de acordo com os seguintes limites: I - para faixas de radiofrequências abaixo de 1 GHz: até 35% (trinta e cinco por cento) do somatório do espectro das subfaixas listadas na Tabela I do Anexo a esta Resolução, podendo estender-se tal limite até 40% (quarenta por cento), mediante condicionamentos da Agência de ordem concorrencial e que visem ao uso eficiente do espectro;”



maiores porções de espectro, até o limite de 20 MHz + 20 MHz.³³ Esse procedimento refletia os limites de espectro definidos pela Resolução nº 625/2013, que estabelecia condições de uso para a faixa de 700 MHz²⁶.

Ou seja, inicialmente já se desejava que as operadoras detivessem autorização de uso para apenas um bloco de 10 MHz + 10 MHz na faixa de 700 MHz.

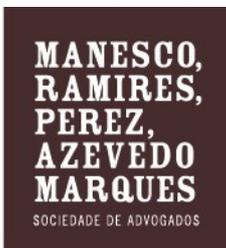
32. Informe nº 33/2019/PRRE/SPR.

33. Anexo II-D do Edital de 700 MHz: “1. A uma mesma Proponente, suas controladas, controladoras ou coligadas, em uma mesma área geográfica, somente serão autorizadas as subfaixas de radiofrequências nas faixas dispostas neste Edital até os seguintes limites máximos: 1.1. Na primeira rodada do item 8.3 do Edital, o limite máximo total é de 10 + 10 MHz em caráter primário para uma mesma Proponente, suas controladas, controladoras ou coligadas, em uma mesma área geográfica, conforme disposto no inciso I do artigo 5º do Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências na Faixa de 698 MHz a 806 MHz, aprovado pela Resolução nº 625, de 11/11/2013; 1.2. Os lotes não arrematados na primeira rodada, conforme item 8.3, deste Edital, serão novamente licitados na segunda rodada, sendo que o limite previsto no item “a.1” passa a ser de 20 + 20 MHz, conforme disposto no inciso II do artigo 5º do Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências na Faixa de 698 MHz a 806 MHz, aprovado pela Resolução nº 625, de 11/11/2013, resguardadas as demais condições estabelecidas neste Edital.”

A exceção ocorreria no caso de sobras, e apenas para evitar ineficiências no uso de um recurso escasso. Como a segunda etapa da licitação não ocorreu e a faixa restou remanescente, faria sentido seguir no Edital do 5G os mesmos critérios anteriormente cogitados, leiloando a faixa primeiramente para algum interessado sem direito de uso nos 700 MHz.

Ao lado desse racional histórico, foi também apresentada outra justificativa:

²⁶ Resolução nº 625/2013: “Art. 5º. As faixas de radiofrequências limites dos blocos estão listadas no Anexo A, devendo ser utilizados os sentidos de transmissão ali estabelecidos. § 1º A uma mesma prestadora, sua coligada, controlada ou controladora, em uma mesma área de prestação de serviço, somente serão autorizadas subfaixas de radiofrequências, observado o estabelecido a seguir: I - limite de (10 + 10) MHz para a subfaixa de 700 MHz; II - o limite estabelecido no inciso I poderá ser elevado, até o limite de (20 + 20 MHz), durante o procedimento licitatório, caso, no certame, haja radiofrequências remanescentes na área de prestação licitada; e, III - no caso específico de municípios com população abaixo de determinado patamar, poderá ser estabelecido em edital um limite de autorização de subfaixas de radiofrequências, em uma mesma área de prestação de serviço, acima do previsto no inciso I.”



a destinação da faixa para entrantes evitaria excessiva concentração dessa porção do espectro.

Na medida em que os debates evoluíram, novos motivos foram apresentados.

Além do desejo de evitar excessiva concentração de espectro, apresentou-se um segundo motivo, que externava preocupação com o nível de competição do setor. A destinação para entrantes evitaria que uma prestadora já detentora de autorização para a faixa de 700 MHz se destacasse demasiadamente de suas concorrentes. Aqui, vale lembrar que as autorizadas para a faixa eram as principais operadoras móveis do país. O objetivo era evitar que uma dessas operadoras obtivesse uma vantagem que desequilibrasse a competição em seu favor, o que ocorreria caso ela fizesse uso de porção adicional da faixa de 700 MHz²⁷.

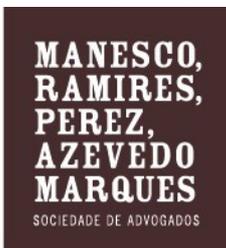
A possibilidade de que as detentoras disputassem a faixa em uma segunda rodada, apenas caso nenhum entrante se sagra-se vencedor na rodada anterior, seria admitida apenas para evitar ociosidade²⁸. Essa disputa ocorreria de forma mais equilibrada, porque a faixa seria leiloada em mais lotes, cada um com menor porção do espectro (blocos de 5 MHz + 5 MHz).

Passada a fase de consulta pública, foi apresentado um terceiro motivo, que destacava a centralidade da faixa de 700 MHz para fomentar competição no setor e viabilizar a política pública arquitetada pela Anatel. Na ocasião, destacou-se que a destinação da faixa de 700 MHz para entrantes era positiva do ponto de vista concorrencial por se tratar de uma faixa de cobertura para novas operadoras.

Como mencionei anteriormente, a modelagem adotada pela Anatel resultaria na destinação de parte da faixa de 3,5 GHz a entrantes. A faixa de 3,5 GHz confere maior

²⁷ Voto nº 38/2019/EC.

²⁸ Voto nº 38/2019/EC.



capacidade e desempenho, mas não garante a penetração e cobertura necessárias para uma operação móvel. Por esse motivo é que seria indispensável destinar a faixa de 700 MHz para entrantes. Ela complementaria a maior capacidade e desempenho da faixa de 3,5 GHz com maior cobertura, suportando, ambas combinadas, uma operação de serviço móvel.²⁹ Vale reproduzir, a esse respeito, a argumentação trazida pelo Conselheiro Relator na ocasião:³⁰

É importante lembrar que o certame em discussão disponibilizará faixas de espectro com distintas características físicas e significativas consequências para implementação de rede e prestação dos serviços.

Em comum, todas as autorizações de uso estão associadas ao SMP. Como já falado, a faixa de 700 MHz possui uma maior aptidão para possibilitar uma maior cobertura, por se tratar de uma frequência mais baixa, ao passo que a faixa de 3,5 GHz é melhor empregada no adensamento de redes. Logo, a operação efetiva de um potencial entrante com foco na oferta de 5G demandará pelo menos uma composição de espectro que permita oferecer cobertura (700 MHz e 2,3 GHz) e capacidade (3,5 GHz).

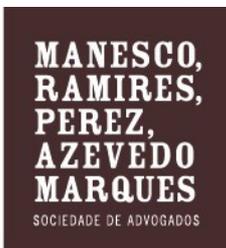
O Edital do 5G teve a orientação de, além de expandir o serviço móvel, aumentar a competitividade no setor. Pretendia alcançar este objetivo viabilizando a entrada de novos agentes. Essa é a política setorial que a Anatel pretende executar a partir do certame.

Para operacionalizar a entrada de novos agentes, a modelagem do Edital do 5G adotou regras a fim de lhes destinar porções do espectro. Mais especificamente, a faixa de 3,5 GHz e a de 700 MHz. A motivação da Anatel explicitou que destinar apenas a faixa de 3,5 GHz não seria suficiente, porque ela não conferiria a cobertura necessária para essas novas operações. A viabilização de novas operações móveis dependeria também da faixa de 700 MHz.

Partindo-se dessa motivação, chega-se à conclusão de que os objetivos da Anatel para a faixa de 700 MHz não podem ser reduzidos ao aspecto licitatório. Mais do que

²⁹ Informe nº 89/2020/PRRE/SPR e Análise nº 13/2021/CB.

³⁰ Análise nº 13/2021/CB.



justificar quem poderia ou não disputar a faixa no certame, a motivação da Anatel alcança o próprio uso da faixa.

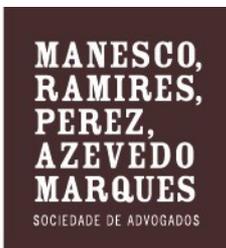
2.3. A vinculação ao Edital

O fato de a política pública ser consagrada por meio de edital de licitação atrai a incidência do princípio da vinculação ao ato convocatório.

O edital vincula as licitantes e o próprio Poder Público àquilo que nele constou. O Poder Público tem discricionariedade para modelar a licitação, mas essa discricionariedade se exaure com a formação do edital, ao qual o Poder Público passa a se vincular³¹. De igual maneira, os interessados têm ampla liberdade para decidir por participar da licitação, além de margem para elaborarem suas propostas. Mas, uma vez que participarem, assumem a responsabilidade pela adequação das propostas feitas e se vinculam às regras estabelecidas no edital. O edital constitui um marco em que a discricionariedade da Administração e as margens de liberdade dos particulares saem de cena para dar lugar a uma rigorosa vinculação.

A vinculação ao edital, além de deveres, manifesta direitos dos particulares licitantes. Aqueles que disputam uma licitação e se vinculam às regras editalícias tem direito a que essas regras sejam obedecidas e cumpridas pela Administração.

³¹ Sou acompanhado nesse entendimento por Marçal Justen Filho. Ver: Justen Filho, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas (São Paulo: Thomson Reutes, 2021), p. 119-120.



Há entendimento doutrinário de que esse direito dos particulares corresponde ao próprio dever de vinculação ao edital da Administração.³² Entendo que esse direito tem fundamento mais amplo. Decorre dos princípios segurança jurídica e da boa-fé³³, e vale para a vinculação da Administração ao Direito como um todo³⁴. Não só editais de licitação, mas todos os atos da Administração são capazes de gerar expectativas nos particulares. Essas expectativas, quando legítimas, são protegidas pelo direito, exigindo da Administração a garantia de previsibilidade de suas condutas e estabilidade de seus atos.

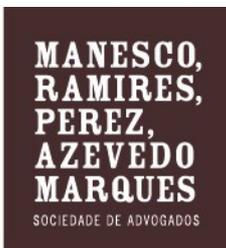
De forma mais específica, os particulares que disputam uma licitação confiam, legitimamente, que as regras do Edital serão seguidas pela Administração. Partem dessa premissa para elaborar suas propostas e, em última análise, estruturar seus próprios modelos de negócio. Daí porque, sendo essa confiança legítima protegida e assegurada pelo direito, a vinculação ao edital manifesta o direito dos particulares de que as regras editalícias sejam obedecidas pela Administração.

A vinculação ao edital tem características temporais que devem ser consideradas. Se uma determinada política pública setorial é arquitetada pelo regulador por meio de normas ou até mesmo atos de efeitos concretos, há certa margem para alterações posteriores, por atos de igual natureza e hierarquia que revogariam ou modificariam seus

³² Nesse sentido entende Jessé Torres Pereira Junior: “A vinculação da Administração às normas e condições do edital (vale também para a carta-convite), que a lei qualifica de estrita, acarreta pelo menos cinco consequências importantes: (...) (b) o descumprimento de disposição editalícia, pela Administração, equivale à violação do direito subjetivo dos licitantes de se submeterem ao certame segundo regras claras, previamente fixadas, estáveis e iguais para todos os interessados” Pereira Junior, Jessé Tores, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, (São Paulo: Renovar, 2009, p. 500-501).

³³ O fundamento legal para esses princípios se acha na Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999). Mais especificamente: o art. 2º, caput, exige obediência ao princípio da segurança jurídica; já a boa-fé é prevista pelo art. 2º, parágrafo único, IV.

³⁴ Estou acompanhado nesse entendimento por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Ver: Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, Curso de Direito Administrativo (Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 127-128).



antecessores. Isso não acontece com editais. A vinculação impede que atos posteriores alterem as regras estabelecidas. Uma tal alteração exigiria a publicação de um novo edital e, conseqüentemente, a realização de uma nova licitação. É possível que contratos decorrentes da licitação sejam alterados. Mas essas alterações têm limites e devem, no mínimo, buscar a adoção de soluções mais vantajosas, que não produzam danos, em razão da alteração do cenário fático.

Outra consequência produzida pelo edital diz respeito ao teor coercitivo de suas regras. Descumprir exigências editalícias e ofender o processo licitatório pode configurar ilícitos administrativos e penais, previstos em lei.

Em se tratando de um edital de licitação de radiofrequências e de uma política pública setorial, há peculiaridades que devem ser consideradas ao se falar em vinculação ao edital.

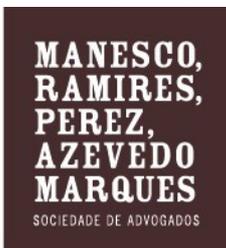
A primeira peculiaridade diz respeito ao teor e alcance das condições de participação para que interessados possam disputar e obter o direito de uso para faixas de radiofrequências.

Como disse anteriormente, o espectro de radiofrequências é um bem público administrado pela Anatel³⁵. Essa administração contempla a expedição de

normas⁴⁴ e a edição de atos de outorga e de extinção do direito de uso de radiofrequências.³⁶ Dada a escassez e relevância que possui o espectro de radiofrequências,

³⁵ Lei Geral de Telecomunicações (art. 157).

³⁶ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;”



a LGT também atribui à Anatel o dever de sempre buscar o uso mais eficiente e adequado do espectro, podendo a Agência restringir o uso de determinadas faixas³⁷.

No exercício de suas competências, a Anatel executa um planejamento e estabelece uma destinação para as diferentes faixas do espectro, fixando quais serviços poderão ser prestados em quais faixas. Além disso, estabelece condições de uso para faixas e limites para a quantidade de espectro que uma mesma operadora, ou seu grupo econômico, pode deter (spectrum caps).

A destinação de faixas, isto é, a definição de quais serviços serão prestados em quais faixas, é feita por normas. Já a definição de limites de espectro pode ser feita tanto por normas quanto por editais de licitação.

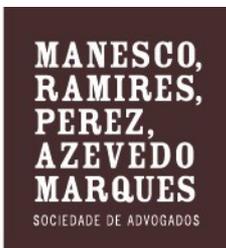
Normas editadas pela Anatel podem estabelecer condições de uso e limites gerais e abstratos para faixas do espectro. Mas os editais de licitação podem estabelecer condições de uso e limites específicos para a porção do espectro objeto

⁴⁴ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;”

da licitação. Nesses casos, as regras editalícias, por sua especificidade e visando os objetivos do processo licitatório, prevalecem sobre as regras gerais e abstratas das resoluções. Além disso, a vinculação ao edital reveste essas regras editalícias de perenidade em relação à faixa licitada; elas perduram e prevalecem ainda que os limites fixados em resoluções sejam alterados.

Assim é para que a Anatel possa gerir de forma mais eficiente o espectro. Essa possibilidade permite que a Anatel, no momento de construir o edital que efetivamente

³⁷ Lei Geral de Telecomunicações: “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.”



resultará na alocação de faixas de radiofrequências a particulares, possa considerar o contexto de mercado ou definir políticas setoriais arquitetadas em torno deste bem público.

No caso da faixa de 700 MHz, a Resolução nº 703/2018 estabelece limites de espectro de forma geral e abstrata³⁸, mas prevê que editais de licitação “poderão adotar limites de espectro mais restritivos”³⁹.

Os limites de espectro são traduzidos para a linguagem dos editais de licitação na forma de condições de participação. Essas condições estabelecem, nos editais, limites para que uma mesma interessada, ou seu grupo econômico, possa obter direito de uso para determinada faixa. Para tanto, podem reproduzir os limites da regulamentação ou estabelecer limites específicos.

Ou seja, diferentemente do que ocorre em editais de licitação de forma geral, as condições de participação definidas em editais de licitação de radiofrequências não se limitam a dizer quem pode ou não disputar o objeto

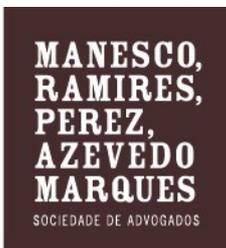
licitado. Dizem em que termos aquele objeto (a faixa de radiofrequências) pode ser utilizado, em quais condições e até quais limites.

Outra peculiaridade, como mencionei, decorre do fato de estarmos diante de uma política pública setorial. Nesse caso, as regras editalícias não devem ser compreendidas apenas a luz de valores típicos de procedimentos licitatórios – competitividade, proposta mais vantajosa, isonomia. A esses valores somam-se os objetivos, as diretrizes, os valores da política pública viabilizada pelo edital. Noutras palavras, as regras editalícias devem ser

³⁸ Resolução nº 703/2018 (art. 1º).

³⁹ Resolução nº 703/2018: “Art. 2º Editais de licitação poderão adotar limites de espectro mais restritivos do que aqueles aqui estabelecidos, inclusive quanto a faixas de radiofrequências acima de

3 GHz.”



compreendidas também com base nas finalidades da política pública na qual se inserem. Essas finalidades são aquelas delineadas pelo Poder Público na motivação por ele apresentada.

Por essa razão, nos casos em que um edital de licitação é instrumento para viabilizar políticas públicas, a vinculação às suas regras alcança também os valores e objetivos da política pública em questão. A motivação administrativa, ao delinear esses valores e objetivos, mais do que simplesmente justificar a tomada de determinada decisão, passa a vincular o Poder Público na tomada de decisões futuras acerca do edital. Na aplicação de regras do edital, o Poder Público não pode desviar-se da motivação por ele apresentada.

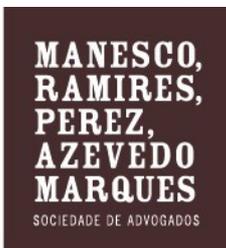
3. Impossibilidade jurídica do acordo Winity e Vivo

3.1. O alcance restrito da decisão de aprovação do CADE

Como disse anteriormente, tanto o Cade quanto a Anatel têm competência para garantir a concorrência no setor de telecomunicações. Essa sobreposição de competências é organizada pela legislação com base no enfoque a ser privilegiado em determinado caso concreto. Dois são os possíveis enfoques: garantia da legislação de defesa da concorrência e organização do mercado e das políticas públicas do setor de telecomunicações.

Grande parte dos casos requer a adoção desses dois enfoques em mesmo grau de importância. Mas há casos em que um dos enfoques deve ser privilegiado sobre o outro.

O caso relatado é de uma política pública setorial de expansão dos serviços de telecomunicações e promoção de competitividade no setor. Essa política pública setorial é viabilizada pela função social atribuída a um bem público administrado pela Anatel – o espectro de radiofrequências. Por se estar diante de uma política pública setorial, a decisão do Cade, embora exigida por lei, tem alcance restrito.



O enfoque a ser privilegiado não é a legislação de defesa da concorrência. Pelo fato de uma das partes envolvidas ser entrante no setor, o acordo entre elas não tem o potencial de desequilibrar a competição do ponto de vista do poder de mercado. Além disso, do ponto de vista da legislação de defesa da concorrência, não se vislumbra nenhuma concentração de mercado ilegítima, tampouco infração à ordem econômica.

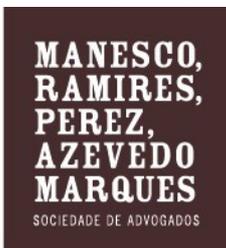
Mas não é isso que está em questão no presente caso. O enfoque a ser privilegiado é o de garantia da política pública setorial. Isso exige que o caso seja avaliado pela ótica de quem, e em que termos, deve fazer uso do bem público em torno do qual a política pública foi estruturada. Essa avaliação não se dá pelo enfoque da defesa da concorrência, mas sim pelo enfoque da política pública em concreto, definida no Edital do 5G nos termos da motivação apresentada pela Anatel.

Por essa razão, a necessária adaptação da incidência da regulação geral no presente caso exige que se privilegie a análise do regulador setorial, em respeito à articulação complementar definida pela legislação. Em termos concretos, a aprovação da Operação por parte do Cade não condiciona a análise da Anatel. O enfoque adotado pelo órgão de defesa da concorrência não é pertinente para a análise da matéria.

3.2. A ofensa à vinculação ao Edital

O acordo entre Winity e Telefônica representaria violação à vinculação ao edital. Isso por dois motivos. Primeiro, porque ofenderia o limite de espectro específico definido pelo Edital do 5G para a faixa de 700 MHz. Segundo, porque o compartilhamento, embora possível à luz do Edital do 5G, deve ser analisado caso a caso com base nas diretrizes da política pública por ele estabelecida, as quais seriam desatendidas pela Operação.

Como disse anteriormente, editais de licitação podem estabelecer limites de espectro específicos, na forma de condições para participação. Foi o que fez o Edital do 5G em relação à faixa de 700 MHz. Segundo o limite definido pelo edital, a faixa licitada deve ser utilizada preferencialmente por empresas que não detenham autorização de uso para a



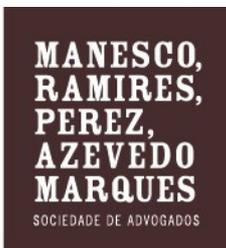
faixa de 700 MHz. Ela só poderia ser utilizada por empresas já autorizadas caso nenhuma empresa não autorizada fizesse esse uso, para se evitar ociosidade do espectro. Para esse uso é que deveriam ser observados os limites gerais da Resolução nº 703/2018.

Repito: as condições de participação, nesse caso, não se limitam a estabelecer quem poderia disputar ou não a faixa. Estabelecem, na forma de limite de espectro, quem pode deter uso da faixa e em que termos. A Operação conferiria à Telefônica uso da faixa licitada em violação ao limite de espectro definido pelo Edital do 5G.

Alguns poderiam rebater esse argumento afirmando que a Operação garantiria à Telefônica um uso em caráter secundário, ao passo que os limites de espectro se aplicam apenas ao uso em caráter primário. Nesse sentido, o Edital do 5G vedaria o uso em caráter primário por parte da Telefônica, mas não o uso em caráter secundário por meio de contrato de compartilhamento. A meu ver, essa resposta teria amparo apenas em uma interpretação maliciosa do texto da regulamentação, e mesmo assim esbarraria na motivação que fundamentou a política pública setorial envolvida, também revestida pela vinculação ao edital.

A distinção entre uso em caráter primário e uso em caráter secundário não é pertinente ao presente caso e pode até mesmo confundir. Segundo a regulamentação, uso em caráter primeiro é aquele que garante proteção contra interferência prejudicial em toda e qualquer hipótese⁴⁰. O uso em caráter secundário é aquele em que se garante proteção contra interferência prejudicial exceto se essa interferência for proveniente do uso em

⁴⁰ Regulamento de Uso do Espectro: “Art. 3º. Para os efeitos deste Regulamento, além das definições constantes da legislação e da regulamentação, aplicam-se as seguintes definições: (...) XXVIII - uso em caráter primário: uso de radiofrequências caracterizado pelo direito à proteção contra interferência prejudicial;”



caráter primário. Também se considera uso em caráter secundário aquele associado a contrato de exploração industrial⁴¹.

O uso da Telefônica em razão da Operação seria secundário pelo fato de formalmente decorrer de contrato de exploração industrial. Mas ele seria, justamente por força do instrumento contratual, uso exclusivo, isto é, sem compartilhamento e protegido contra interferências prejudiciais. É o que se colhe das manifestações de Winity e Telefônica, assim reproduzidas pela Área Técnica:

4.45. A WINITY atribuí à TELEFÔNICA o mandato de coordenação com eventuais interessados, com o objetivo de assegurar a viabilidade técnica, eficiente e livre de interferências. Frisa, ainda, que a sustentabilidade e a viabilidade econômica de seu modelo de negócios dependem da contratação dos clientes detentores de infraestrutura já existente.

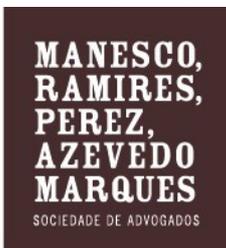
4.46. Já a TELEFÔNICA, apesar de reconhecer a possibilidade formal de ingresso de novos interessados no compartilhamento, aponta o cenário de inviabilidade técnica do compartilhamento dos 5+5 MHz disponibilizados à TELEFÔNICA nos municípios abrangidos pelo acordo, sob pena de altos níveis de interferência. Porém, na hipótese de ociosidade, a TELEFÔNICA comprometer-se ia a ofertar cobertura ou capacidade a terceiros eventualmente interessados.

4.47. Pondera, outrossim, que nos 1.120 (mil, cento e vinte) municípios do acordo, a WINITY poderia firmar quaisquer acordos com os 5+5 MHz remanescentes e, para os outros aproximados 4.300 (quatro mil e trezentos), os 10+10 MHz estariam integralmente disponíveis os estariam integralmente disponíveis. (grifei)

Winity e Telefônica destacam que essa exclusividade seria essencial para a viabilidade do acordo. Novamente:

4.48. Sobre a aparente exclusividade, a WINITY pondera que, em se tratando da menor largura tecnicamente viável, cada bloco de 5+5MHz seria passível de ser utilizado apenas por uma operadora em cada localização geográfica. Do contrário, a utilização simultânea de um bloco estreito de espectro por mais de

⁴¹ Regulamento de Uso do Espectro: “Art. 3º. Para os efeitos deste Regulamento, além das definições constantes da legislação e da regulamentação, aplicam-se as seguintes definições: (...) XXIX - uso em caráter secundário: uso de radiofrequências caracterizado pelo direito à proteção contra interferência prejudicial, exceto quando proveniente do uso em caráter primário, ou uso subsidiário de radiofrequências associado a contrato de exploração industrial;”



uma rede em uma mesma região geográfica resultaria em níveis de interferência muito elevados, inviabilizando totalmente o uso do espectro.

4.49. Sendo assim, a exclusividade prevista no Contrato de EIR estaria, na visão da WINITY tecnicamente justificada e seria essencial às garantias de serventia do Contrato de EIR e demais documentos integrantes do acordo.

4.50. Frisa a TELEFÔNICA que cada conjunto de frequência somente seria passível de ser utilizado, em uma mesma localidade, por apenas uma operadora, como ocorre habitualmente nos casos de exploração industrial de radiofrequências, pois o uso do mesmo espectro por mais de uma operadora ao mesmo tempo em uma mesma localização geraria níveis de interferência muito altos, capazes de inviabilizar o uso do espectro.

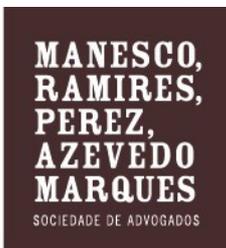
4.51. A cessão exclusiva seria, então, não somente uma decorrência lógica, como uma essencialidade técnica para a própria viabilidade do Contrato de EIR e da operação como um todo, alcançando o bloco de 5+5 MHz nas faixas de 723 a 728 MHz e de 778 a 783 MHz (após o remanejamento desejado). (grifei)

Apesar de ser formalmente considerado uso secundário, por decorrer de contrato de exploração industrial, o uso da faixa de 700 MHz garantido pelo Contrato de EIR à Telefônica é um uso exclusivo, com todas as características de uso primário.

Além disso, o objetivo da definição de limites para o uso de espectro é evitar a concentração excessiva de um bem público escasso e essencial nas mãos de um mesmo agente. A concentração pode se dar em função de autorizações de uso em caráter primário, mas também pode decorrer de contratos de compartilhamento que assegurem ao agente um uso nas mesmas condições de um uso primário, por mais que este uso seja, formalmente, secundário.

Portanto, sim, a Operação violaria o limite de espectro definido pelo Edital do 5G para a faixa de 700 MHz.

Além disso, a Operação ofenderia a violação ao edital porque prejudicaria a política pública que o Edital do 5G pretende executar, indo frontalmente contra a motivação apresentada pela Anatel e, conseqüentemente, violando a confiança legítima dos demais licitantes.



É verdade que a exploração industrial de radiofrequências é permitida pela regulamentação. No entanto, sua efetivação depende de autorização da Anatel, que deverá considerar se os efeitos positivos superam impactos em outros objetivos regulatórios⁴².

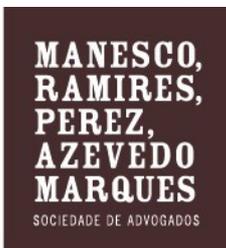
Em relação à faixa de 700 MHz, não se está diante de um compartilhamento similar àqueles já praticados no setor. Há, para esta faixa, uso bem específico

definido pelo Edital do 5G, e em razão de uma política pública que difere daquela de editais anteriores.

Editais anteriores, como mencionei acima, tinham foco claro na expansão dos serviços. O compartilhamento de faixas licitadas nesses editais era analisado a partir de dois principais vetores: eficiência no uso do espectro e atendimento dos compromissos de abrangência. O caso do Edital do 5G é diferente. A esses dois vetores, acrescenta-se um terceiro: promoção da competitividade via entrada de novos operadores. Não basta que a faixa seja utilizada de forma eficiente e para atender compromissos de abrangência, ela deve também ser utilizada para viabilizar novas operações móveis.

Embora previsto pela regulamentação e pelo Edital do 5G, o compartilhamento deve ser analisado com base nessas regras e diretrizes de política estabelecidas para a faixa de 700 MHz. O compartilhamento da faixa com empresa estabelecida no setor e autorizada na faixa de 700 MHz desnatura o objetivo de se destinar a faixa a novas operações de telefonia móvel, aumentando a competição no setor. Descontrói a política pública promovida pelo Edital do 5G e ataca toda a motivação da Anatel.

⁴² Regulamento de Uso do Espectro: “Art. 41. A exploração industrial de rede de acesso por rádio e a exploração industrial de radiofrequências, previstas no art. 14, seguirão os procedimentos estabelecidos neste artigo. (...) §2º. A Anatel analisará os pedidos caso a caso, para averiguar se os efeitos positivos da exploração industrial superam seus eventuais impactos em outros objetivos regulatórios, podendo negar ou anuir de forma parcial, impondo limitações geográficas ou temporais, entre outras.”



Ainda, a modelagem do Edital do 5G, aliada à motivação da Anatel, têm o potencial de gerar, nos entrantes que disputaram a faixa de 3,5 GHz a fim de estruturarem novas operações, a confiança legítima de que poderiam fazer uso da faixa de 700 MHz. Como dito anteriormente, a faixa de 700 MHz é crucial para novas operações móveis de entrantes. Estes, por sua vez, encontraram na modelagem do edital e na motivação da Anatel razões mais que suficientes para confiarem que a faixa lhes estaria disponível. De forma mais direta: licitantes disputaram a faixa de 3,5 GHz confiantes de que conseguiriam fazer uso da faixa de 700 MHz para estruturar suas operações móveis.

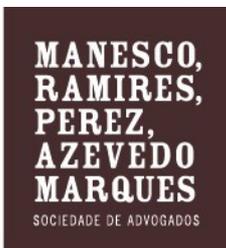
Além disso, entendo que a concretização da Operação poderia configurar o ilícito administrativo⁴³⁻⁴⁴ e penal⁴⁵ de frustrar ou fraudar a licitação.

O Edital do 5G estabeleceu condição de participação que impedia a Telefônica de disputar a faixa de 700 MHz no caso de um novo operador disputá-la. Três novos operadores disputaram a faixa, tendo a Winity se sagrado vencedora. Isso significa que a Telefônica não teria meios de obter acesso à faixa de 700 MHz por meio do Edital do 5G. No entanto, por meio do Contrato de EIR, a Telefônica teria acesso e faria uso dessa faixa, nas mesmas condições que lhe seriam asseguradas caso tivesse disputado e vencido o certame. Além disso, o objetivo de destinar a novos operadores o acesso à faixa de 700 MHz constou expressamente da motivação apresentada pela Anatel.

⁴³ Lei nº 14.133/2021: “Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;”

⁴⁴ Lei nº 12.846/2013: “Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: (...) IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;”

⁴⁵ Código Penal: “Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.”



Pela forma como se desenrolaram os fatos, a Operação teria o resultado prático de permitir que a Telefônica, empresa não autorizada a disputar a faixa de 700 MHz, acesse essa faixa por intermédio de terceiro, este sim autorizado a disputá-la.

Portanto, de um lado, a Operação representaria fraude à licitação por dois motivos.

Primeiro, porque o resultado prático produzido representaria burla a um

requisito licitatório, mais especificamente a uma condição de participação. Segundo, porque o Contrato de EIR frustraria o resultado almejado pelo Edital do 5G, qual seja, que a faixa de 700 MHz seja utilizada para viabilizar novas operações móveis, conforme motivação apresentada pela Anatel.

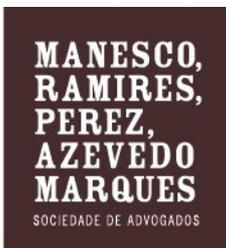
A maquinação de se utilizar instrumentos jurídicos legítimos para se desviar da finalidade da lei – no caso, das regras estabelecidas por edital de licitação – é antiga. Pontes de Miranda há muito tempo já a usava de exemplo:⁴⁶

2. "AGERE CONTRA LEGEM" E "IN FRAUDEM LEGIS AGERE". - A lei pode proibir ou determinar; e a cada aparição do seu suporte fático incide. Por exemplo, a) os atos jurídicos dos absolutamente incapazes são nulos (art. 5.º e 145,1); o ato jurídico que não revestir a forma prescrita em lei é nulo (arts. 82,130 e 145, EI). Se alguém, absolutamente incapaz, pratica o ato, a lei incide, e a consequência é a nulidade. Idem, quanto ao que tinha de ir ao tabelião, para a escritura pública, se o negócio jurídico se fez em escrito particular. Toda regra jurídica cogente leva consigo a sanção invalidante (art. 145, IV e V). Porém há algumas regras jurídicas que, além de estabelecerem a sanção de nulidade, ou outra sanção, têm em consideração algum resultado prático que elas vedam, ou preestabelecem. Tais regras jurídicas são subclasse, comum, das regras jurídicas proibitivas e impositivas (cogentes). São as regras jurídicas cogentes, fraudáveis, isto é, suscetíveis de violação indireta. A lei proíbe aos pais a venda aos filhos (art. 1.132): A vende a B, para que B transfira ao filho; A não vendeu ao filho, simulando vender a B: A vendeu a B, que pode ser, por exemplo, cônjuge do filho.

(...)

A fraude à lei consiste, portanto, em se praticar o ato de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser aplicada a regra jurídica fraudada. Aquela não incidiu, porque incidiu essa; a fraude à lei

⁴⁶ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito Privado: parte geral, Tomo I (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012) p. 104-110.



põe diante do juiz o suporte fático, de modo tal que pode o juiz errar. A fraude à lei é infração da lei, confiando o infrator em que o juiz erre. O juiz aplica a sanção, por seu dever de respeitar a incidência da lei (= de não errar).

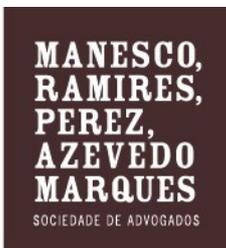
Mas não só por isso a fraude ou frustração do procedimento licitatório poderia se configurar. Estruturar um modelo de negócios considerando a presença de um cliente âncora, que seria uma das grandes operadoras do país, poderia garantir vantagem competitiva a uma licitante em relação a outras. Aqui, importante destacar que a intenção de que a faixa fosse utilizada por novos operadores estava clara desde o início. É dizer: uma legítima interpretação do edital levaria licitantes a, na elaboração de suas propostas, não dar como certa a possibilidade de compartilhamento da faixa com as grandes operadoras do país.

Nesse cenário, amparar um modelo de negócios no compartilhamento da faixa de 700 MHz com uma das grandes operadoras do país poderia permitir que determinada licitante apresentasse proposta de preço muito mais robusta que suas concorrentes. O fato de que as negociações entre Winity e Vivo se iniciaram antes da realização da licitação, e o elevado ágio oferecido pela Winity em comparação às suas concorrentes, indicam o potencial desequilíbrio competitivo provocado por essa estratégia.

3.3. A impossibilidade de aprovação do acordo Winity e Vivo pela Anatel por meio de concertação administrativa

A Administração Pública pode se valer de instrumentos consensuais no exercício de suas atribuições. O fundamento legal para tanto é o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que estabelece:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.



§1º. O compromisso referido no caput deste artigo:

- I. - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
- II. – (VETADO);
- III.- não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
- IV.- deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Como se pode ler no caput do dispositivo, a celebração de compromisso é possível para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. Ou seja, o escopo é amplo, abrangendo diferentes tipos de acordo⁴⁷.

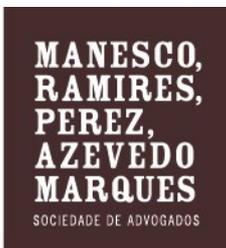
Além de permitida pelo direito, a consensualidade é também importante instrumento para que a Administração Pública possa alcançar suas finalidades de forma mais eficiente, a partir da legitimidade e maior aceitabilidade decorrentes do acordo.

Tenho comigo uma concepção bastante ampliada sobre o que pode ser objeto de consenso. Entendo que é passível de acordo qualquer objeto de direito administrativo, com poucas exceções.

Em primeiro lugar, uma vez que os acordos são instrumentais e voltados a atingir determinadas finalidades públicas, sua celebração será inviável nos casos em que essa instrumentalidade não se apresentar. Isso poderá acontecer tanto se o acordo não for apto a alcançar a finalidade pública em questão, quanto se ele contrariar essa finalidade. Um acordo carecedor de instrumentalidade estaria em

desacordo com o art. 26, §1º, I, da LINDB, por incompatibilidade com os interesses gerais.

⁴⁷ Ver: Palma, Juliana Bonacorsi de, Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador, Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 190-197.



Em segundo lugar, não caberá acordo nas hipóteses de vedação legal, de vinculação administrativa⁴⁸. Nesses casos, há uma restrição forte à autonomia da Administração Pública, incapaz de comportar qualquer margem para acordo. Um acordo que esbarra nessas hipóteses estaria em desacordo com o art. 26, §1º, III, da LINDB, por seu conteúdo ofender, conforme o caso, dever ou direito prestigiado em regra de ordem geral.

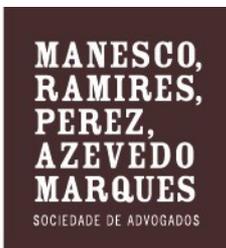
A celebração de acordo para viabilizar a Operação esbarraria nessas duas exceções.

A finalidade pública que envolve a faixa de 700 MHz é extraída da motivação apresentada pela Anatel para justificar as condições para se disputar essa faixa. Como destaquei anteriormente, três são os motivos: evitar a concentração dessa faixa de espectro, evitar que uma autorizada nessa faixa tenha a competição desequilibrada demasiadamente em seu favor, e viabilizar a entrada de novos operadores na telefonia móvel. A faixa de 700 MHz desempenha papel central para viabilizar a política pública de promoção de competitividade executada pelo Edital do 5G.

Sendo essa a finalidade pública, o uso da faixa, de um lado, deve privilegiar entrantes e, de outro, não pode se dar por operadora já autorizada na faixa de 700 MHz. Nesse sentido, um acordo para viabilizar a Operação não alcançaria as finalidades públicas identificadas no caso concreto pela própria Anatel. Muito ao contrário, desconsideraria e até mesmo ofenderia essas finalidades. O objeto desse

acordo se encaixa na primeira exceção a que me referi acima. Ofende, portanto, o art. 26, §1º, I, da LINDB.

⁴⁸ Ver: Palma, Juliana Bonacorsi de. Sanção e Acordo na Administração Pública (São Paulo: Malheiros, 2015), p.148-188.



Mas não é só. Há clara regra editalícia que, na forma de limite de espectro específico, impede o acesso à faixa de 700 MHz por empresas já autorizadas nessa faixa. Essa regra impõe vedação para as operadoras já autorizadas, inclusive porque a utilização da faixa por elas desnaturaria o resultado que o Edital do 5G quer alcançar. Também constitui hipótese de vinculação, nesse caso não só para as vencedoras do certame como também para a Anatel.

Dessa forma, o acordo também esbarraria na segunda exceção a que me referi anteriormente. Implicaria afastamento de dever previsto em regra de ordem geral, aquela do Edital do 5G. Isso, por dois motivos. Primeiro, por viabilizar uma situação vedada pelo edital, qual seja, o uso da faixa de 700 MHz em contrariedade ao limite de espectro definido. Segundo, por ofender hipótese de vinculação ao edital, nos termos que delineei anteriormente. Dessa forma, o acordo está também impedido pelo art. 26, §1º, III, da LINDB.

Por tudo isso, embora considere louvável e recomendável que a Administração Pública empregue instrumentos consensuais, entendo que a Operação não pode ser viabilizada por meio de concertação administração.

4. Conclusões

Considerando o raciocínio exposto acima, sintetizo abaixo as conclusões firmadas ao longo deste parecer:

- i. A regulação econômica tem caráter bidimensional. A regulação setorial de telecomunicações convive com a regulação geral de defesa da concorrência e com ela se relaciona em modelo de articulação complementar.
- ii. A legislação estabelece que tanto a Anatel quanto o Cade têm competência em matéria concorrencial no setor de telecomunicações. A articulação dessas competências sobrepostas se dá com base no enfoque a ser privilegiado caso a

- caso. O enfoque do Cade é a legislação de defesa da concorrência. O da Anatel é a organização do mercado de telecomunicações e as políticas públicas setoriais.
- iii. Os editais de licitação de radiofrequências têm sido instrumentos para a efetivação de políticas públicas setoriais. Mais especificamente, para a expansão do serviço móvel, prestado em regime privado e, portanto, não alcançado pela política de universalização prevista na LGT.
 - iv. A execução dessa política pública se estrutura em torno de um bem público administrado pela Anatel: o espectro de radiofrequências. Reconhecendo o valor econômico desse bem e sua escassez, a Anatel atribuiu ao espectro de radiofrequências a função pública de atuar em prol da expansão dos serviços. Nesse sentido, expede autorizações de uso com a condição de que as autorizadas atendam compromissos regulatórios, levando o serviço móvel a determinadas localidades em determinado prazo, ambos fixados pela Anatel.
 - v. O Edital do 5G também foi instrumento para efetivação de uma política pública setorial. No entanto, diferentemente de seus antecessores, não focou apenas na expansão dos serviços. Procurou, também, aumentar os níveis de competição do setor, por meio da entrada de novos agentes e da viabilização de novas operações móveis.
 - vi. Para que a política pública de expansão e competição arquitetada pelo Edital do 5G seja efetivada, a faixa de 700 MHz desempenha um papel crucial. Em combinação com a faixa de 3,5 GHz, que confere capacidade, a faixa de 700 MHz conferiria a cobertura necessária para viabilizar uma nova operação móvel.
 - vii. Em razão disso, a faixa foi destinada a novos operadores. Ela só poderia ser disputada por operadores já autorizados nos 700 MHz se nenhum novo operador se apresentasse.
 - viii. Essa destinação para novos operadores foi justificada pela Anatel com base em três motivos. Primeiro, evitar concentração dessa porção do espectro. Segundo,

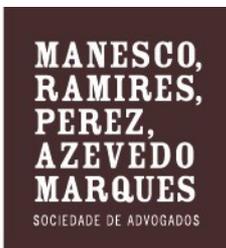
evitar que uma empresa já autorizada na faixa de 700 MHz se destacasse demasiadamente de suas concorrentes. Terceiro, e demonstrando a imperatividade de que a faixa seja usada por entrantes, viabilizar uma nova operação móvel, conferindo-lhe a cobertura necessária. ix. As regras estabelecidas para a faixa de 700 MHz são revestidas pela força da vinculação ao edital. Vinculam tanto os particulares que disputaram o certame como a própria Anatel. Por se tratar de vinculação ao edital, as regras perduram e não podem ser simplesmente alteradas por ato posterior.

Tal alteração demandaria a realização de nova licitação.

- x. O fato de estarmos diante de um edital de licitação de radiofrequências que efetiva uma política pública setorial traz duas peculiaridades:
 - a. Primeiro, exige que as condições de participação sejam entendidas como limites de espectro específicos para a faixa de 700 MHz licitadas. Ou seja, mais do que dizerem quem poderia disputar a faixa na licitação, as condições de participação dizem quem pode usar a faixa, em que termos e até quais limites. Esse limite de espectro específico é revestido pela perenidade da vinculação ao edital. Perdura ainda que os limites gerais da Resolução nº 703/2018 sejam alterados.
 - b. Segundo, exigem que as regras editalícias não sejam entendidas apenas com base em valores característicos de licitações em geral – competitividade, melhor proposta, isonomia. Elas devem ser entendidas também com base nas diretrizes de política pública estabelecidas.
- xi. A decisão do Cade de aprovar a Operação tem alcance restrito. Por se tratar de uma política pública setorial arquitetada com base no uso de um bem público administrado pela Anatel, a articulação complementar exige que se privilegie o enfoque do regulador setorial. Dessa forma, a decisão do Cade não condiciona nem deve influenciar a análise da Anatel. A análise da Anatel, por sua vez, deve

se pautar pelas diretrizes de política pública e de uso da faixa de 700 MHz estabelecidas no Edital do 5G.

- xii. A Operação representaria violação à vinculação ao edital. Primeiro, porque violaria o limite de espectro definido pelo Edital do 5G para a faixa de 700 MHz. Segundo, porque atentaria contra as finalidades de política pública que devem orientar o uso da faixa, inclusive em caso de compartilhamento.
 - a. A esse respeito, descabe invocar, em defesa da Operação, que o uso da faixa de 700 MHz pela Vivo se daria em caráter secundário. Por mais que formalmente o uso seja considerado secundário, materialmente o Contrato de EIR asseguraria à Vivo um uso equivalente ao uso primário.
 - b. Além disso, por tornar a faixa de 700 MHz indisponível para entrantes, admitir a concretização da Operação implicaria violação da boa-fé e da segurança jurídica, por ofender a confiança que entrantes vencedoras na faixa de 3,5 GHz depositaram, legitimamente, na efetiva utilização da faixa de 700 MHz para viabilização de suas novas operações móveis.
- xiii. Além disso, a Operação também teria o potencial de configurar fraude ou frustração da licitação. Em primeiro lugar, porque resultaria no acesso, pela Vivo, de objeto licitatório que ela não poderia acessar por meio do Edital, o que faria mediante acordo com terceiro, este sim autorizado a disputá-lo. Noutras palavras, o acordo representaria burla a uma regra editalícia. Em segundo lugar, porque um modelo de negócios suportado por uma cliente âncora que seria uma das maiores operadoras do país teria o potencial de desequilibrar a competição. Permitiria que uma licitante apresentasse proposta muito superior a outras que, em interpretação mais legítima e acertada do edital, não baseassem suas propostas nesse modelo.
- xiv. A Operação não pode ser viabilizada por meio de concertação administrativa. Um acordo a esse propósito ofenderia a finalidade pública definida e atribuída pela



própria Anatel à faixa de 700 MHz, desnaturando a política pública setorial do Edital do 5G. Além disso, ofenderia vedação

legal, na forma de limite de espectro específico, e violaria hipótese de vinculação.

5. Resposta objetiva aos quesitos

Tendo em vista todo o exposto acima, passo a responder objetivamente aos questionamentos:

- i. Qual a regra prevista no Edital 5G com relação à participação de empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz? Tal regra se aplicava a quais empresas?

Empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700 MHz só poderiam disputar a faixa caso nenhuma empresa não detentora de autorização se sagra-se vencedora.

A regra se aplica a empresas que se sagraram vencedoras da Licitação nº 02/2014 em relação à faixa de 700 MHz, nomeadamente as principais operadoras móveis do país: Telefônica, Claro, Tim e Algar. ii. De acordo com os documentos que fundamentaram a aprovação do Edital 5G, em especial, manifestações da própria ANATEL e de órgãos de controle, qual a finalidade da referida regra?

A regra tinha a finalidade de assegurar que a faixa fosse adquirida por um entrante. A Anatel apresentou três motivos para tanto: (i) evitar concentração dessa faixa do espectro; (ii) evitar que empresas já detentoras de autorização na faixa de 700 MHz se destacassem demasiadamente das suas concorrentes; (iii) permitir uma nova operação de serviço móvel, com combinação dessa faixa, que garante cobertura, com outras faixas em porções maiores do espectro, que garantem capacidade.

- iii. Em virtude da referida regra, existiam lotes para os quais a Telefônica estava impedida de participar? Outras empresas também estavam impedidas de participar? Quais?

Sim, os lotes de 10 MHz + 10 MHz, nacional e regionais, que correspondem ao Lote A1 (nacional) e aos Lotes A2 a A5 (regionais). Todas as empresas detentoras de autorização na faixa de 700 MHz estariam impedidas de participar desses lotes, quais sejam: Telefônica, Claro, Tim e Algar.

- iv. As empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz poderiam ter disputado algum dos lotes do tipo A (i.e. 700MHz)? Em qual hipótese?

Poderiam ter disputado apenas lotes de 5 MHz + 5 MHz (Lotes A6 a A15). Tais lotes seriam licitados apenas se não houvesse vencedores para os Lotes de 10 MHz + 10 MHz. Noutras palavras, apenas se um novo player não se sagrasse vencedor para a faixa de 700 MHz.

- v. A Telefônica ou empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz poderia ter disputado, direta ou indiretamente, o lote A1 do Leilão?

Não. A regra editalícia é expressa quanto à impossibilidade de a Telefônica ou empresas detentoras de autorização na faixa de 700 MHz disputarem o Lote A1. Tal vedação certamente alcança a disputa direta, mas também a indireta. Eventual disputa indireta configuraria fraude à licitação, por desvirtuar clara exigência do edital.

- vi. Considerando que, no lote A1, houve a participação de três proponentes que ainda não eram detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz, caso alguma empresa detentora de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700MHz tivesse participado (ou tentando participar) do referido lote, qual deveria ter sido a decisão da ANATEL?

Empresas detentoras de autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700 MHz não poderiam disputar o Lote A1 em nenhuma hipótese, havendo

ou não proponentes. Se o fizessem, tais empresas seriam desclassificadas pela Anatel, com fundamento no item 8.4 do Edital, pelo fato de elas não satisfazerem as condições de participação. vii. A celebração dos Contratos de EIR e de RAN Sharing entre a Winity e a Telefônica implica violação (a) da regra prevista no Edital do 5G; (b) dos princípios que fundamentaram uma eventual restrição, conforme aplicável; e/ou (c) da legislação e regulamentação aplicável?

Sim. A regra editalícia era clara quanto à impossibilidade de a Telefônica acessar a faixa de 700 MHz na hipótese de uma empresa não autorizada disputá-la. Mais do que uma condição de participação, a regra estabelece um limite de espectro específico para a faixa, qual seja, a de que apenas empresas sem autorização podem usá-la. Os contratos em questão serviriam de meio para que a Telefônica acessasse objeto licitatório para o qual ela não satisfaz as condições necessárias, podendo implicar fraude a requisito licitatório. Além disso, a celebração do acordo é frontalmente contrária à motivação da Anatel, porque: (i) permitiria a concentração de espectro que a Agência quis evitar; (ii) faria com que a Telefônica se destacasse em relação às suas concorrentes detentoras de autorização na faixa de 700MHz, algo que a Agência também quis evitar; (iii) inviabilizaria a operação móvel de entrantes, porque lhes restringiria acesso à faixa crucial para garantir cobertura. Em suma, o acordo viabilizaria tudo aquilo que a Anatel queria evitar e inviabilizaria justamente aquilo que a Agência buscava alcançar. A legislação e a regulamentação aplicável seriam ofendidas, pois o acordo pode implicar (i) fraude ou frustração do processo licitatório, ante a burla de requisito editalício; (ii) violação de limite de espectro estabelecido pelo Edital do 5G.

- viii. Referida violação, caso existente, seria passível de afastamento e/ou mitigação por meio de procedimento de autocomposição e conciliação intermediado pela ANATEL?

Não. Eventual autocomposição em torno do acordo implicaria ofensa à finalidade pública envolvida, conforme motivação apresentada pela Anatel. Além disso, estaria impedida por hipótese de vedação legal e vinculação administrativa decorrentes do Edital.

- ix. Os Contratos de EIR e de RAN Sharing entre a Winity e a Telefônica consideram um uso com exclusividade de metade da capacidade da faixa de 700 MHz (5+5MHz) outorgada à Winity em aproximadamente 1.100 municípios brasileiros, em sua maioria com população acima de 100.000 habitantes. Tal condição encontra respaldo no Edital ou nas políticas públicas setoriais estabelecidas pela Anatel?

Não. Os Contratos de EIR e de RAN Sharing assegurariam à Telefônica um uso em caráter de exclusividade e com proteção contra interferências. Nessas condições, há violação das regras editalícias porque: (i) a Telefônica acessaria objeto licitatório que ela não estava autorizada a disputar, desviando-se do requisito editalício; e (ii) seria ofendido o limite de espectro estabelecido para a faixa licitada, por força do qual esta só pode ser utilizada por empresas sem autorização na faixa de 700 MHz. A violação dessa regra implica, como consequência, desatendimento das políticas públicas setoriais estabelecidas pela Anatel. O Edital do 5G teve por objetivo, além de promover a expansão dos serviços e de infraestruturas, viabilizar maior grau de competição no setor de telecomunicações. Para tanto, e conforme delineado pela própria Anatel ao justificar a regra editalícia, é crucial que a faixa de 700 MHz licitada seja utilizada por empresas sem autorização nos 700 MHz. Nesse sentido, os Contratos de EIR e de RAN Sharing ofenderiam a política pública setorial estabelecida pela Anatel porque: (i) primeiro, prejudicariam os níveis de competição entre as operadoras já estabelecidas, ao permitir concentração da faixa de 700 MHz em benefício da Telefônica; (ii) segundo, e mais importante, restringem a capacidade de entrantes estabelecerem uma operação de serviço móvel viável.

- x. Conforme as manifestações constantes dos autos do processo em andamento perante a Anatel, a exclusividade de uso da radiofrequência

nos municípios com maior população e maior PIB do Brasil restringiria a capacidade competitiva das PPPs de estabelecer uma operação do serviço móvel pessoal eficiente e rentável. As licitantes vencedoras dos lotes regionais de 3,5GHz, que, confiantes na efetividade do disposto no Edital 5G, se programaram com a perspectiva de ter acesso à frequência de 700 MHz, em condições técnicas e comerciais razoáveis, possuem direito subjetivo a questionar tal exclusividade?

Sim. As licitantes vencedoras dos lotes de 3,5 GHz tinham motivos para confiar que poderiam estruturar novas operações móveis fazendo uso da frequência de 700 MHz em condições técnicas e comerciais razoáveis. Esses motivos decorrem tanto da modelagem do Edital do 5G quanto das razões apresentadas pela Anatel para justificar as regras editalícias. Nesses termos, a confiança das licitantes vencedoras dos lotes de 3,5 GHz é legítima e, conseqüentemente, protegida pelo direito. Uma vez que a exclusividade em questão restringe o acesso à faixa de 700 MHz por parte dessas entrantes, violando a confiança legítima que depositaram na obediência das regras editalícias e na própria motivação da Anatel, elas têm o direito de questioná-la.

- xi. A celebração dos referidos Contratos e/ou, ainda, a celebração de précontratos com eficácia suspensa sujeita ao resultado do certame e de acordos de confidencialidade, antes da realização da licitação, podem configurar irregularidade ou ilicitude?

Sim. Nesse caso, poderia haver a configuração do ilícito administrativo e penal de fraude ou frustração do processo licitatório. Primeiro, porque tal situação comprovaria o objetivo de assegurar que o objeto licitatório fosse acessado por empresa que não cumpria os requisitos para tanto. Segundo, porque o acordo criaria vantagem competitiva para a licitante em comparação com as demais.

- xii. Eventual decisão favorável do CADE à celebração dos Contratos de EIR e de RAN Sharing entre a Winity e a Telefônica impacta a análise e conclusão acima?

Não. Está-se diante de uma política pública setorial, que busca a expansão dos serviços e a promoção de competição a partir de bem público administrado pela Anatel. A avaliação do Cade, embora exigida por lei, tem enfoque distinto daquele necessário para a análise da Operação. Esta não deve ser analisada sob a ótica da legislação de defesa da concorrência, mas sim sob a ótica da organização dos mercados e políticas públicas de telecomunicações, que são de competência da Anatel.

- xiii. Caso a Winity venha a celebrar contratos similares àqueles pretendidos com a Telefônica com outra prestadora detentora de espectro na faixa de 700MHz, atribuindo um direito de exclusividade sobre a utilização dos 5+5MHz remanescentes, este arranjo também configuraria infração às regras do Edital e à política pública de uso do espectro estabelecida pela Anatel?

Sim. As regras do Edital do 5G e a política pública setorial estabelecida pela Anatel abarcam toda a faixa de 700 MHz cujo uso foi outorgado à Winity. Infringem tais regras e desatendem a política setorial quaisquer acordos que atribuam, a prestadora detentora de direito de uso na faixa de 700MHz, direito de uso exclusivo sobre a faixa de 700 MHz outorgada à Winity. Isso porque tais acordos incorreriam nos mesmos vícios da Operação. Em síntese: (i) permitiriam o acesso a objeto licitatório por empresa não autorizada a disputá-lo; (ii) ofenderiam o limite de espectro específico definido pelo Edital do 5G; (iii) permitiriam concentração da faixa de 700 MHz; (iv) desequilibrariam a competição em favor da prestadora beneficiada pelo acordo; (v) impediriam o acesso à faixa por entrantes, consequentemente impedindo a estruturação de novas operações móveis viáveis.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

É o parecer.

São Paulo, 20 de julho de 2023

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Floriane de Azevedo Marques Neto', written in a cursive style.

Floriane de Azevedo Marques Neto
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Certificado de Conclusão

Identificação de envelope: 118E3CC438C142928EF329EC14CC7AB6

Status: Concluído

Assunto: Complete com a DocuSign: Petição Complementar NEO_Anatel_(Rev_MG).docx, 230728 CADM Parecer - r...

Envelope fonte:

Documentar páginas: 60

Assinaturas: 2

Remetente do envelope:

Certificar páginas: 5

Rubrica: 10

Ellen Barbosa Abreu

Assinatura guiada: Ativado

RUA SAMUEL MORSE, 74, 8º ANDAR, CONJ 82 -

Selo com Envelopeld (ID do envelope): Ativado

CIDADE MONÇÕES

Fuso horário: (UTC-03:00) Brasília

SP, SP 04576-060

juridico@associacaoneo.com.br

Endereço IP: 189.102.172.187

Rastreamento de registros

Status: Original

Portador: Ellen Barbosa Abreu

Local: DocuSign

10/08/2023 10:54:05

juridico@associacaoneo.com.br

Eventos do signatário**Assinatura****Registro de hora e data**

Rodrigo Schuch Wegmann da Silva

DocuSigned by:

Enviado: 10/08/2023 11:01:03

rodrigo@associacaoneo.com.br



Visualizado: 10/08/2023 14:56:55

Diretor Geral

DE7A34ED1F1847F...

Assinado: 10/08/2023 14:57:08

Nível de segurança: E-mail, Autenticação da conta (Nenhuma)

Adoção de assinatura: Desenhado no dispositivo

Usando endereço IP: 177.129.106.26

Termos de Assinatura e Registro Eletrônico:

Não oferecido através do DocuSign

Rogério Luiz Dallemole

DocuSigned by:

Enviado: 10/08/2023 14:57:12

rogerio@associacaoneo.com.br



Visualizado: 10/08/2023 15:33:47

Diretor

6AEF8C0A1695440...

Assinado: 10/08/2023 15:34:04

ASSOCIAÇÃO NEOTV

Adoção de assinatura: Estilo pré-selecionado

Nível de segurança: E-mail, Autenticação da conta (Nenhuma)

Usando endereço IP: 201.27.158.203

Termos de Assinatura e Registro Eletrônico:

Aceito: 23/01/2018 18:44:16

ID: 64313869-7323-4290-b0a7-e22a5f1c5c0b

Eventos do signatário presencial**Assinatura****Registro de hora e data****Eventos de entrega do editor****Status****Registro de hora e data****Evento de entrega do agente****Status****Registro de hora e data****Eventos de entrega intermediários****Status****Registro de hora e data****Eventos de entrega certificados****Status****Registro de hora e data****Eventos de cópia****Status****Registro de hora e data**

Mônica Carvalho Gandolphi

Copiado

Enviado: 10/08/2023 15:34:09

monica@associacaoneo.com.br

Diretora de Relacionamento com Associados

ASSOCIAÇÃO NEO

Nível de segurança: E-mail, Autenticação da conta (Nenhuma)

Termos de Assinatura e Registro Eletrônico:

Não oferecido através do DocuSign

Eventos com testemunhas	Assinatura	Registro de hora e data
--------------------------------	-------------------	--------------------------------

Eventos do tabelião	Assinatura	Registro de hora e data
----------------------------	-------------------	--------------------------------

Eventos de resumo do envelope	Status	Carimbo de data/hora
--------------------------------------	---------------	-----------------------------

Envelope enviado	Com hash/criptografado	10/08/2023 11:01:03
------------------	------------------------	---------------------

Entrega certificada	Segurança verificada	10/08/2023 15:33:47
---------------------	----------------------	---------------------

Assinatura concluída	Segurança verificada	10/08/2023 15:34:04
----------------------	----------------------	---------------------

Concluído	Segurança verificada	10/08/2023 15:34:09
-----------	----------------------	---------------------

Eventos de pagamento	Status	Carimbo de data/hora
-----------------------------	---------------	-----------------------------

Termos de Assinatura e Registro Eletrônico		
---	--	--

CONSENTIMENTO PARA RECEBIMENTO ELETRÔNICO DE REGISTROS ELETRÔNICOS E DIVULGAÇÕES DE ASSINATURA

Registro Eletrônicos e Divulgação de Assinatura

Periodicamente, a ASSOCIAÇÃO NEOTV poderá estar legalmente obrigada a fornecer a você determinados avisos ou divulgações por escrito. Estão descritos abaixo os termos e condições para fornecer-lhe tais avisos e divulgações eletronicamente através do sistema de assinatura eletrônica da DocuSign, Inc. (DocuSign). Por favor, leia cuidadosa e minuciosamente as informações abaixo, e se você puder acessar essas informações eletronicamente de forma satisfatória e concordar com estes termos e condições, por favor, confirme seu aceite clicando sobre o botão “Eu concordo” na parte inferior deste documento.

Obtenção de cópias impressas

A qualquer momento, você poderá solicitar de nós uma cópia impressa de qualquer registro fornecido ou disponibilizado eletronicamente por nós a você. Você poderá baixar e imprimir os documentos que lhe enviamos por meio do sistema DocuSign durante e imediatamente após a sessão de assinatura, e se você optar por criar uma conta de usuário DocuSign, você poderá acessá-los por um período de tempo limitado (geralmente 30 dias) após a data do primeiro envio a você. Após esse período, se desejar que enviemos cópias impressas de quaisquer desses documentos do nosso escritório para você, cobraremos de você uma taxa de R\$ 0.00 por página. Você pode solicitar a entrega de tais cópias impressas por nós seguindo o procedimento descrito abaixo.

Revogação de seu consentimento

Se você decidir receber de nós avisos e divulgações eletronicamente, você poderá, a qualquer momento, mudar de ideia e nos informar, posteriormente, que você deseja receber avisos e divulgações apenas em formato impresso. A forma pela qual você deve nos informar da sua decisão de receber futuros avisos e divulgações em formato impresso e revogar seu consentimento para receber avisos e divulgações está descrita abaixo.

Consequências da revogação de consentimento

Se você optar por receber os avisos e divulgações requeridos apenas em formato impresso, isto retardará a velocidade na qual conseguimos completar certos passos em transações que te envolvam e a entrega de serviços a você, pois precisaremos, primeiro, enviar os avisos e divulgações requeridos em formato impresso, e então esperar até recebermos de volta a confirmação de que você recebeu tais avisos e divulgações impressos. Para indicar a nós que você mudou de ideia, você deverá revogar o seu consentimento através do preenchimento do formulário “Revogação de Consentimento” da DocuSign na página de assinatura de um envelope DocuSign, ao invés de assiná-lo. Isto indicará que você revogou seu consentimento para receber avisos e divulgações eletronicamente e você não poderá mais usar o sistema DocuSign para receber de nós, eletronicamente, as notificações e consentimentos necessários ou para assinar eletronicamente documentos enviados por nós.

Todos os avisos e divulgações serão enviados a você eletronicamente

A menos que você nos informe o contrário, de acordo com os procedimentos aqui descritos, forneceremos eletronicamente a você, através da sua conta de usuário da DocuSign, todos os avisos, divulgações, autorizações, confirmações e outros documentos necessários que devam ser fornecidos ou disponibilizados a você durante o nosso relacionamento. Para mitigar o risco de você inadvertidamente deixar de receber qualquer aviso ou divulgação, nós preferimos fornecer todos os avisos e divulgações pelo mesmo método e para o mesmo endereço que você nos forneceu. Assim, você poderá receber todas as divulgações e avisos eletronicamente ou em

formato impresso, através do correio. Se você não concorda com este processo, informe-nos conforme descrito abaixo. Por favor, veja também o parágrafo imediatamente acima, que descreve as consequências da sua escolha de não receber de nós os avisos e divulgações eletronicamente.

Como contatar a ASSOCIAÇÃO NEOTV:

Você pode nos contatar para informar sobre suas mudanças de como podemos contatá-lo eletronicamente, solicitar cópias impressas de determinadas informações e revogar seu consentimento prévio para receber avisos e divulgações em formato eletrônico, conforme abaixo: To contact us by email send messages to: paula.benetati@neotv.com.br

Para nos contatar por e-mail, envie mensagens para: ASSOCIAÇÃO NEOTV

Para informar seu novo endereço de e-mail a ASSOCIAÇÃO NEOTV:

Para nos informar sobre uma mudança em seu endereço de e-mail, para o qual nós devemos enviar eletronicamente avisos e divulgações, você deverá nos enviar uma mensagem por e-mail para o endereço paula.benetati@neotv.com.br e informar, no corpo da mensagem: seu endereço de e-mail anterior, seu novo endereço de e-mail. Nós não solicitamos quaisquer outras informações para mudar seu endereço de e-mail. We do not require any other information from you to change your email address.

Adicionalmente, você deverá notificar a DocuSign, Inc para providenciar que o seu novo endereço de e-mail seja refletido em sua conta DocuSign, seguindo o processo para mudança de e-mail no sistema DocuSign.

Para solicitar cópias impressas a ASSOCIAÇÃO NEOTV:

Para solicitar a entrega de cópias impressas de avisos e divulgações previamente fornecidos por nós eletronicamente, você deverá enviar uma mensagem de e-mail para paula.benetati@neotv.com.br e informar, no corpo da mensagem: seu endereço de e-mail, nome completo, endereço postal no Brasil e número de telefone. Nós cobraremos de você o valor referente às cópias neste momento, se for o caso.

Para revogar o seu consentimento perante a ASSOCIAÇÃO NEOTV:

Para nos informar que não deseja mais receber futuros avisos e divulgações em formato eletrônico, você poderá:

- (i) recusar-se a assinar um documento da sua sessão DocuSign, e na página seguinte, assinalar o item indicando a sua intenção de revogar seu consentimento; ou
- (ii) enviar uma mensagem de e-mail para paula.benetati@neotv.com.br e informar, no corpo da mensagem, seu endereço de e-mail, nome completo, endereço postal no Brasil e número de telefone. Nós não precisamos de quaisquer outras informações de você para revogar seu consentimento. Como consequência da revogação de seu consentimento para documentos online, as transações levarão um tempo maior para serem processadas. We do not need any other information from you to withdraw consent. The consequences of your withdrawing consent for online documents will be that transactions may take a longer time to process.

Hardware e software necessários:**

- (i) Sistemas Operacionais: Windows® 2000, Windows® XP, Windows Vista®; Mac OS®
- (ii) Navegadores: Versões finais do Internet Explorer® 6.0 ou superior (Windows apenas); Mozilla Firefox 2.0 ou superior (Windows e Mac); Safari™ 3.0 ou superior (Mac apenas)
- (iii) Leitores de PDF: Acrobat® ou software similar pode ser exigido para visualizar e imprimir arquivos em PDF.
- (iv) Resolução de Tela: Mínimo 800 x 600

(v) Ajustes de Segurança habilitados: Permitir cookies por sessão

** Estes requisitos mínimos estão sujeitos a alterações. No caso de alteração, será solicitado que você aceite novamente a divulgação. Versões experimentais (por ex.: beta) de sistemas operacionais e navegadores não são suportadas.

Confirmação de seu acesso e consentimento para recebimento de materiais eletronicamente:

Para confirmar que você pode acessar essa informação eletronicamente, a qual será similar a outros avisos e divulgações eletrônicos que enviaremos futuramente a você, por favor, verifique se foi possível ler esta divulgação eletrônica e que também foi possível imprimir ou salvar eletronicamente esta página para futura referência e acesso; ou que foi possível enviar a presente divulgação e consentimento, via e-mail, para um endereço através do qual seja possível que você o imprima ou salve para futura referência e acesso. Além disso, caso concorde em receber avisos e divulgações exclusivamente em formato eletrônico nos termos e condições descritos acima, por favor, informe-nos clicando sobre o botão “Eu concordo” abaixo.

Ao selecionar o campo “Eu concordo”, eu confirmo que:

(i) Eu posso acessar e ler este documento eletrônico, denominado CONSENTIMENTO PARA RECEBIMENTO ELETRÔNICO DE REGISTRO ELETRÔNICO E DIVULGAÇÃO DE ASSINATURA; e

(ii) Eu posso imprimir ou salvar ou enviar por e-mail esta divulgação para onde posso imprimi-la para futura referência e acesso; e (iii) Até ou a menos que eu notifique a ASSOCIAÇÃO NEOTV conforme descrito acima, eu consinto em receber exclusivamente em formato eletrônico, todos os avisos, divulgações, autorizações, aceites e outros documentos que devam ser fornecidos ou disponibilizados para mim por ASSOCIAÇÃO NEOTV durante o curso do meu relacionamento com você.