

USO DE RADIOFREQUÊNCIA. BEM PÚBLICO. POLÍTICA SETORIAL. FINALIDADE. PROIBIÇÃO EDITALÍCIA. OBSERVÂNCIA.

O conteúdo de uma norma não se exaure na literalidade do enunciado. Para alcançá-lo, é preciso ter em conta a finalidade a que se destina e os valores que busca realizar. Sendo lei do certame, o edital há de ser fielmente respeitado. É inadmissível criar proibição e permitir que, no passo seguinte, seja ela contornada.

NEGÓCIO JURÍDICO – FRAUDE À LEI - NULIDADE

Cumpra à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel rejeitar contrato nulo de exploração industrial de radiofrequências, não sendo possível autocomposição. Considerações.

## **I. Consulta**

1. A Associação Brasileira de Infraestrutura para as Telecomunicações, ABRINTEL, por meio do Sr. Luciano Stutz, formula consulta sobre a possibilidade jurídica de a Winity II Telecom Ltda. ceder à Telefônica Brasil S/A (Vivo) o uso de parte da radiofrequência da faixa de 700 MHz, de que é autorizatória, por ter se sagrado vencedora na licitação regida pelo Edital nº. 01/2021 – SOR/SPR/CD – Anatel, conhecido como Edital do 5G (5ª Geração).

2. Esclarece ser o espectro de radiofrequência bem público limitado, administrado pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, na forma da Lei 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações.<sup>1</sup> O uso depende, em regra, de autorização prévia da Agência. Havendo limitação técnica e interesse de uso superior ao que o bem comporta, a outorga é precedida de licitação.<sup>2</sup>

3. Narra que, em 2014, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel licitou o uso de radiofrequências na faixa de 700 MHz, para utilização no serviço de telefonia móvel.<sup>3</sup> Não houve proponente quanto a um dos lotes nacionais nem quanto a um dos lotes regionais. Os demais foram adjudicados à Claro S.A., à Tim Celular S.A., à própria Telefônica Brasil S.A. (Vivo) e à Algar Celular S.A. O quadro abaixo indica a extensão geográfica do uso obtido por cada qual:

<b>Prestadora</b>	<b>Frequências (MHz)</b>	<b>Área</b>
Claro S.A.	738 a 748/ 793 a 803	Brasil
TIM Celular S.A.	718 a 728 / 773 a 783	Brasil
Telefônica Brasil S.A. (Vivo)	728 a 738/ 783 a 793	Brasil
Algar Celular S.A.	708 a 718 / 763 a 773	Área coincidente com a concessão de telefonia fixa da Algar (isto é, algumas regiões de MG e SP)

4. Informa que, sete anos depois, em 2021, a Agência (Anatel) realizou nova licitação, com oferta sem precedentes, para outorgar o uso de radiofrequência nas faixas de 2,3 GHz, de 3,5 GHz, associada diretamente à tecnologia 5G, de 26 GHz, bem como na faixa de 700 MHz, esta remanescente da concorrência anterior. Esclarece que, além do pagamento pela autorização, as regras editalícias impuseram, como contrapartida, os chamados *compromissos de*

---

<sup>1</sup> Artigo 163.

<sup>2</sup> Artigo 164 da Lei Geral de Telecomunicações.

<sup>3</sup> Edital de Licitação no 002/2014/SOR/SPR/CD-Anatel.

*abrangência*, pelos quais vencedores se comprometem a levar, no prazo fixado, determinados serviços de telecomunicação a locais definidos pela Agência, tais como cobertura de telefonia móvel em rodovias e tecnologia 4G ou 5G em municípios menores. Destaca ter havido amplo debate sobre a minuta do edital, que foi submetida, inclusive, à consulta pública, em observância à disciplina legal.

5. A versão inicial do Edital do 5G permitia a participação de qualquer interessado na disputa pela faixa de 700 MHz. Posteriormente, o Conselho Diretor da Agência (Anatel) determinou à área técnica que revisasse, entre outros aspectos, os limites de uso de radiofrequências passíveis de aquisição.<sup>4</sup> Vedou-se, então, no primeiro lote relacionado à faixa de 700 MHz, a participação de operadoras que já detivessem autorização para o uso de radiofrequência em tal faixa<sup>5</sup>, com a finalidade expressa de *“evitar excessiva concentração de porções do espectro”*.

6. Ressalta a posição favorável, da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, à restrição na disputa, como medida para fomentar a concorrência no mercado de telefonia móvel, evitando excessiva concentração<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Análise n.º 241/2018/SEI/AD. Disponível em <<https://bit.ly/3dpjwFm>>.

<sup>5</sup> Informe n.º 33/2019/PRRE/SPR. Disponível em: Disponível em <<https://bit.ly/3dmt2Jo>>.

“VI - DOS LIMITES PARA AUTORIZAÇÃO (SPECTRUM CAP) E OUTRAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

Além desses limites, porém, a Resolução n.º 703 admite a adoção de outros, conforme artigo 2º:

*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.*

Nesse caso, para cada uma das faixas, sejam abrangidas ou não pelo artigo 1º da Resolução, observou-se oportuno associar um limite específico, a fim de evitar excessiva concentração de porções do espectro que estão sendo padronizadas para redes de nova geração. Com essa óptica, foi proposto o seguinte arranjo: Para a faixa de 700 MHz: em uma primeira rodada, somente admitir participação de quem não detenha autorização de uso de radiofrequências nessa faixa; caso não haja interessado, admitir ampla participação, em uma segunda rodada”.

<sup>6</sup> Parecer n.º 00270/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU. Disponível em <<https://bit.ly/3vVcKh6>>.

7. Enuncia que, na versão final do edital, adotou-se sistemática com o propósito declarado de atrair novos agentes para o mercado e de possibilitar a disponibilidade do insumo a prestadoras de pequeno porte (PPPs)<sup>7</sup>.

8. No tocante à faixa de 700 MHz, previu-se que, primeiro, se licitaria o Lote A1, correspondente ao uso *nacional* da porção disponível – um bloco de 10 + 10 MHz. Na ausência de vencedor, o objeto seria dividido em quatro lotes regionais (A2 a A5), de 10 + 10 MHz cada. Na forma do Anexo III, Claro, Vivo e Tim foram proibidas de participar dessas disputas, bem assim coligadas, controladas, controladoras ou sociedades que tivessem, por qualquer meio, em processo de transferência de controle societário com o grupo econômico de alguma delas.<sup>8</sup>

9. Apenas na hipótese de não existir vencedores para os lotes regionais de 10 + 10 MHz (A2 a A5), o uso da faixa voltaria a ser licitado com amplitude nacional, mas fracionado em dois lotes (A6 e A7), de 5 + 5 MHz cada. Na falta de vencedores para esses lotes, haveria então nova divisão do objeto licitado, em lotes regionais de 5 + 5 MHz (Lotes A8 a A15).

---

De acordo com o parecer da PFE, não foi encontrado óbice aos limites estabelecidos na proposta de edital *“uma vez que, além do atendimento ao spectrum cap estabelecido na regulamentação da Agência, observaram-se as características de cada faixa e o objetivo de evitar a excessiva concentração do espectro”*.

<sup>7</sup> [https://sei.anatel.gov.br/sei/publicacoes/controlador\\_publicacoes.php?acao=publicacao\\_visualizar&id\\_documento=5667032&id\\_orgao\\_publicacao=0](https://sei.anatel.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=5667032&id_orgao_publicacao=0)

<sup>8</sup> “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.” (Anexo III do Edital do 5G.)

10. A partir do Lote A6, o edital franqueou a participação de todos, sob a condição de que fossem observados os limites máximos de concentração de radiofrequência definidos em ato regulatório. Ou seja, nos termos do Edital do 5G, o acesso das três maiores operadoras ao espectro na faixa de 700 MHz somente seria possível se não houvesse interessados na aquisição dos Lotes A1 a A5 e se fossem, obviamente, vencedoras nos lotes subsequentes.

11. Conforme notícia, nem mesmo foram abertas as propostas dos lotes seguintes, pois três interessadas acudiram à concorrência do Lote A1 – uso *nacional* da faixa de 700 MHz, com bloco de 10 + 10 MHz. Classificaram-se a Winity II Telecom Ltda., a NK 108 Empreendimentos e Participações S.A. e VDF Tecnologia da Informação Ltda. A Winity, operadora nova de telefonia móvel, venceu a disputa, com proposta de preço de cerca de R\$ 1,4 bilhão – ágio de 805% do mínimo previsto no edital. As demais ofertaram R\$ 333 milhões e R\$ 318 milhões pela autorização.<sup>9</sup> Em 07.12.2021, a Anatel outorgou à vencedora o uso nacional da radiofrequência da faixa de 700 MHz - 10 + 10 MHz<sup>10</sup>.

12. Quanto à faixa de 3,5 GHz, própria à implementação da tecnologia 5G, a Anatel, em cumprimento à política pública do setor, também se preocupou em viabilizar a entrada de novos agentes no mercado, de modo a incrementar a competição. Além de 4 lotes nacionais (B1 a B4), criaram-se lotes regionais (C1 a C8) e impediu-se que os vencedores dos nacionais concorressem ao uso regional. O desfecho, salienta a Consulente, foi exitoso. As três maiores operadoras, Claro, Tim e Vivo (Telefônica) adquiriram o uso da frequência com abrangência nacional, ao passo que Sercomtel, Ligga, Brisanet, Unifique, Cloud2U e Algar

---

<sup>9</sup> Relatório do resultado disponível em:

[https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?eEP=-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw\\_9INcO7g3lhvirm4JxkHb1p6ks0HsWx9V4NHFYQfIKT W9owDdLx3e4EtBuwbeOhfNh\\_N95R7RFjUpjNIPuskKmSa\\_91x](https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP=-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO7g3lhvirm4JxkHb1p6ks0HsWx9V4NHFYQfIKT W9owDdLx3e4EtBuwbeOhfNh_N95R7RFjUpjNIPuskKmSa_91x).

<sup>10</sup> Ato publicado no DOU de 08.12.2021, Seção 3.

arremataram o uso regional, a significar que, das 6 operadoras regionais, 3 são novas no ramo de telefonia móvel no país.

13. Enfatiza que, em termos técnicos, a faixa de 3,5 GHz proporciona maior capacidade e desempenho, mas não assegura cobertura apta a viabilizar operação móvel na escala necessária para concorrer com os principais agentes do setor. Diz ser imprescindível às prestadoras de pequeno porte (PPPs) e aos entrantes no mercado ter à disposição frequências altas e baixas, de modo que possam combiná-las para ofertar o serviço em diferentes tecnologias.

14. Com relação ao 5G, acrescenta ser indispensável conjugar a operação de 3,5 GHz com frequências abaixo de 1 GHz, sendo a faixa de 700 MHz a única atualmente disponível. Aduz que, na sistemática do Edital do 5G, as frequências de 3,5 GHz e 700 MHz são complementares, mais um motivo a justificar a reserva dos primeiros lotes da faixa de 700 MHz a quem não detivesse outorga prévia nesse espaço de radiofrequência<sup>11</sup>.

15. Menciona ter a Winity anunciado ao mercado que atuaria no formato “rede neutra”, a indicar o foco no atacado, ou seja, na prestação de serviços a outras operadoras, que, valendo-se dos insumos disponibilizados por ela, realizam atendimento ao consumidor final. O modelo – afirma a Consulente – é compatível com a disciplina setorial e adequado à finalidade do edital, por permitir o compartilhamento do uso da faixa de radiofrequência com prestadoras de pequeno porte (PPPs) e com novos agentes, tais como os adquirentes da faixa

---

<sup>11</sup> Análise nº 13/2021/CB, disponível em <https://shorturl.at/bMPV6>. 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).

de 3,5 GHz. Em outras palavras: a rede neutra viabiliza aos vencedores da faixa 3,5 GHz combinar as operações com a de 700 MHz, mediante acordo de exploração industrial de redes, de maneira a torná-los competitivos.

16. A surpresa – enuncia – refere-se ao destinatário do compartilhamento. Não se esperava que a Winity, meses após a adjudicação do uso nacional da faixa de 700 MHz, repassasse, por contrato de aluguel de longo prazo (20 anos), 50% da sua capacidade (5 +5MHz) nos maiores centros urbanos brasileiros à Vivo – uma das prestadoras que a Anatel expressamente afastou da disputa do Lote A1. Winity e Vivo (Telefônica Brasil S.A) submeteram, em 08.08.2022, à anuência prévia da Anatel, entre outros instrumentos, o contrato de exploração industrial mediante o qual a primeira cederá, com exclusividade, 50% do uso de radiofrequência que adquiriu em 1.120 municípios, o que permitirá à Vivo ampliar a capacidade e a cobertura de sua rede móvel.

17. Instada a manifestar-se, a Procuradoria Federal Especializada da Anatel pronunciou-se contra a aprovação do negócio jurídico, por reputar que viola as regras e os objetivos do edital de licitação, em especial o item 1.1 do Anexo III, o qual vedou a participação da Vivo na disputa pelo uso que se pretende repassar. O órgão jurídico afirmou que, mesmo na ausência de proibição editalícia, hipótese admitida para efeitos argumentativos, a Anatel – no exercício do poder-dever de avaliar os efeitos positivos e negativos da operação, sob as ópticas regulatória e concorrencial – não poderia desconsiderar os objetivos do instrumento convocatório, de ampliar a competição, estimular a entrada de novos agentes e evitar a concentração de espectro na faixa de 700MHz.<sup>12</sup> Na mesma linha, opinou a área técnica da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

---

<sup>12</sup> Parecer n.º 00610/2022/PFE-ANATEL/PGF/AGU. Disponível em: <<https://bit.ly/3MybpEv>>.

18. A Consulente assevera que, em razão de manifestações contrárias ao acordo, o Conselheiro relator do feito propôs solução autocompositiva que *“preserve as políticas 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”*.

19. Esclarece, por fim, estar impedida de acessar uma série de documentos juntados aos autos, como informações contratuais relevantes e pareceres jurídicos dos professores Carlos Ari Sundfeld, Gustavo Binenbojm e Marçal Justen Filho, classificados de sigilosos pelas partes, com suposto amparo no artigo 39 da Lei Geral de Telecomunicações. Aduz que o sigilo dificulta a participação no debate.

20. Atualmente, o feito encontra-se pautado para ser apreciado pelo Conselho Diretor da Anatel na sessão de 1º. 09.2023.

21. A ABRINTEL honrou-me, então, com a consulta, formalizando os seguintes quesitos:

- a) A oferta, pela Winity, de 5 + 5 MHz, em caráter secundário, com exclusividade, para uma prestadora que já detenha direito de uso da faixa de 700 MHz, em caráter primário, é compatível com o Edital do 5G e com os princípios e regras que orientaram a disputa?
- b) A ANATEL pode aprovar acordo com essas características? Quais as consequências jurídicas caso se tenha a aprovação?
- c) A violação à ordem jurídica, caso existente, pode ser afastada em procedimento de autocomposição e conciliação intermediado pela Agência?

22. Contextualizada a controvérsia, examino os questionamentos. O trabalho é elaborado a partir de figuras do Direito. Não constitui petição advocatícia. Visa a esclarecer, à luz da legislação, as questões suscitadas.

## II. Princípio constitucional da publicidade.

23. Impõe-se observação prévia. Causa perplexidade a notícia de haver documentos e informações relevantes sigilosos por simples vontade das partes, sem que o Poder Público, a quem compete zelar pela observância à publicidade, exerça rigoroso escrutínio.

24. Na República Federativa do Brasil, na qual todo poder emana do povo, não há espaço, na gestão pública, para o mistério. Não há espaço para que informações aptas a influenciar decisões da Administração sejam postas sob sigilo, a menos que a restrição à divulgação tenha respaldo na própria Constituição.

25. A ideia de democracia pressupõe, como adverte Norberto Bobbio<sup>13</sup>, o exercício do poder público em público, a viabilizar a crítica e o controle social. A regra é a publicidade; o sigilo, a exceção, conforme decorre de múltiplos preceitos da Carta Maior. No artigo 1º, está consagrada a República, coisa pública (*res publica*), a revelar o direito dos cidadãos de acessar as informações de interesse coletivo e geral, para fiscalizar o poder exercido em seu nome. No rol das garantias constitucionais, prevê-se *“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”* (artigo 5º, inciso XXXIII). Igualmente, assegura-se o direito de petição aos poderes públicos em

---

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 98

defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (inciso XXXIV). Mais do que isso, o artigo 37 revela, em bom vernáculo e pedagogicamente, que a Administração Pública está submetida aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. O §3º do dispositivo reitera o direito de se obter informações sobre atos de governo, ao determinar a edição de lei a discipliná-lo – a Lei de Acesso à Informação, 12.527/2011. Densificando os comandos constitucionais, o diploma preconiza, independentemente de solicitação, a divulgação de informações de interesse público e o fomento à cultura de transparência do agir da Administração.

26. São numerosos os precedentes em que o Supremo Tribunal Federal, atento aos ditames constitucionais, assentou a necessidade de se imprimir publicidade à atuação estatal. No julgamento do MS 28.178, por exemplo, a Corte determinou ao Presidente do Senado Federal que franqueasse o acesso, de veículo de comunicação, a documentos comprobatórios do uso de verbas indenizatórias por parlamentares<sup>14</sup>. Na ocasião, o ministro Celso de Mello bem enunciou que o novo estatuto político brasileiro rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta. Na ADI 4638 MC, o Tribunal concluiu ser inadmissível a blindagem de juízes e de órgãos sancionadores, asseverando que decisões disciplinares relacionadas a magistrados devem ser tomadas à luz do dia, à luz da democracia<sup>15</sup>.

27. Mais recentemente, na ADI 5371, a envolver a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, o Supremo reiterou a obrigação de a Administração imprimir transparência máxima à condução de assuntos públicos. O sigilo, proclamou a

---

<sup>14</sup> STF – MS – 28.178. Tribunal Pleno. Relator ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento 04.03.2015. Publicação 08.05.2015.

<sup>15</sup> STF – ADI 4638 MC. Tribunal Pleno, de minha relatoria. Julgamento 09.02.2012. Publicação 30.10.2014.

Corte, só pode ser imposto em situações excepcionais, com fundamento em norma constitucional e “*com forte ônus argumentativo a quem deu origem à restrição ao direito fundamental à informação, observado o princípio da proporcionalidade*”. Na ocasião, firmou-se a tese de que “*os processos administrativos sancionadores instaurados por agências reguladoras contra concessionárias de serviço público devem obedecer ao princípio da publicidade durante toda a sua tramitação, ressalvados eventuais atos que se enquadrem nas hipóteses de sigilo previstas em lei e na Constituição*”.<sup>16</sup>

28. Evidentemente, a tônica da publicidade há de ser respeitada não só nos processos administrativos sancionatórios das agências, mas em qualquer ato ou procedimento. Não se desconhece o artigo 39 da Lei Geral de Telecomunicações, de acordo com o qual a Anatel deverá resguardar o segredo protegido e determinadas informações.<sup>17</sup> O preceito deve ser lido em consonância com a Constituição, não tendo o alcance pretendido pelas partes. Isso significa que podem ser colocados à sombra, fora dos olhos do público, apenas dados *absolutamente* sensíveis e estratégicos – como aqueles cuja divulgação levaria ao desrespeito à propriedade industrial ou à concorrência desleal, hipóteses que encontram fundamento constitucional. E isso na *exata* medida do necessário. Mais: quanto maior o sigilo, maior o ônus argumentativo a justificá-lo<sup>18</sup>.

29. Não é crível sustentar que pareceres jurídicos apresentem, em toda a extensão, registros sensíveis a ponto de autorizar que sejam mantidos, na íntegra, sob sigilo. Não é dado sonegar informações contratuais essenciais à

---

<sup>16</sup> STF – ADI 5371. Tribunal Pleno. Relator ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento 02.03.2022. Publicação 31.03.2022.

<sup>17</sup> Art. 39. Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca.

Parágrafo único. A Agência deverá garantir o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações, nos termos do regulamento.

<sup>18</sup> A propósito, ADPF 129.

aferição de prejuízo à livre concorrência ou a interesse de terceiros, apenas com invocação do permissivo legal, sem se demonstrar a relação de pertinência entre a situação concreta e a previsão normativa.

30. Cumpre à ANATEL disponibilizar o acesso a tais documentos, admitida eventual colocação de tarja preta apenas e tão somente sobre elementos efetivamente enquadrados nas exceções à publicidade respaldadas pela Constituição e, claro, desde que apresentada motivação idônea a tanto. Mostra-se insuficiente a mera referência ao dispositivo legal. Aqui vale lembrar a advertência do saudoso ministro Sepúlveda Pertence: *“a melhor prova da ausência de motivação de um julgado é que a frase enunciada, a pretexto de fundamentá-lo, por sua vaguidão, sirva para a decisão de qualquer outro caso”*<sup>19</sup>. É exatamente o que ocorre quando a justificativa para o sigilo limita-se a referências a preceito ou a frases abstratas, desvinculadas do caso concreto, a permitir que seja reproduzida em qualquer situação. Para que se tenha restrição legítima, incumbe ao Poder Público expor as razões fáticas, inerentes às informações que se pretende ocultar, e demonstrar o efetivo enquadramento no permissivo legal, que deve, necessariamente, ter base constitucional. Do contrário, a permanecer o sigilo injustificado, tal como se verifica, estará caracterizada a nulidade do procedimento administrativo, por violação à publicidade.

---

<sup>19</sup> STF – 1ª Turma. HC 76258. 1ª Turma. Rel. ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento 17.03.1998. Publicação 24.04.1998.

**III. Política setorial. Imperiosa observância à finalidade do ato. Vinculação ao edital. Fraude à lei. Uso privativo de bem público. Dever constitucional de licitar.**

31. Logo no artigo 1º, a Lei Geral de Telecomunicações estabelece competir à União, por meio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicação. Entre outros deveres, o artigo 2º impõe ao Poder Público: garantir a toda a população o acesso às telecomunicações, a preços razoáveis, em condições adequadas (inciso I); adotar medidas para promover a competição e a diversidade dos serviços (incisos III); bem assim criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento em ambiente competitivo (inciso V).

32. Em harmonia com os preceitos legais, o Decreto 9.612/18 – a par de determinar à Anatel a regulação assimétrica, com vista à expansão da oferta dos serviços em áreas onde inexistam *ou* à promoção da competição no setor – elege, como um dos objetivos da política pública de telecomunicações, promover mercado de competição ampla, livre e justa.

33. Por sua vez, o então Ministro das Comunicações, no exercício da competência conferida pelo artigo 87 da CF/88, editou a Portaria 418/2020, com diretrizes específicas para o certame licitatório em questão, determinando à Agência a adoção de modelo apto a manter ou a aumentar os níveis de competição do setor. Reiterou, ainda, na forma do Decreto, a necessidade de regulação assimétrica, adotando conjunção aditiva, para expandir os serviços e para promover a competição.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> 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;

Art. 3º - A Anatel deverá realizar os procedimentos administrativos para a viabilização de certames licitatórios para a expedição de autorizações de uso de Radiofrequências em caráter primário para as faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz.

34. A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, em cumprimento à política setorial, estabeleceu modelo engenhoso no Edital do 5G, para incrementar os níveis de competição no setor, sem descuidar da expansão dos serviços, a ser realizada por meio dos compromissos de abrangência. O desenho procurou atrair novos agentes para o mercado e dar oportunidade a prestadoras de pequeno porte. Para tanto, restringiu-se a participação das três principais operadoras na disputa.

35. Convém resgatar a sistemática adotada. Quanto à faixa de 700 MHz, com o objetivo de atrair mais um agente com abrangência nacional, previu-se, em primeira rodada, a licitação do Lote A1, correspondente ao uso *nacional* da porção disponível – um bloco de 10 + 10 MHz. Como se proibiu a participação de proponente que detivesse, por si, por controlada, controladora ou coligada, autorização de uso de radiofrequência nesse espectro e na mesma região geográfica, Claro, Tim e Vivo ficaram alijadas da disputa.

36. Estabeleceu-se, na ausência de interessados no Lote A1, o fracionamento do objeto em quatro lotes (A2 a A5), de modo a se licitar, em segunda rodada, o uso *regionalizado* das radiofrequências de 700 MHz, ainda em blocos de 10 + 10 MHz. Também em relação a esses lotes, vedou-se a participação de quem fosse autorizatária de uso na mesma região. Por terem, desde 2014, outorga para uso *nacional* da faixa de 700MHz (10 + 10MHz), as três operadoras, Claro, Tim e Vivo, estavam igualmente excluídas do certame.

37. Apenas se não houvesse vencedores para os lotes regionais de 10 + 10 MHz, se passaria, em terceira rodada, novamente à licitação do uso *nacional* da radiofrequência de 700 MHz, dessa vez dividido em dois lotes, A6 e A7, cada

---

(...)

§ 6º A Anatel deverá considerar, ainda, a diretriz de regulação assimétrica, prevista no inciso I, alínea "c", do artigo 8º do Decreto nº 9.612, de 2018, com vistas a incentivar a expansão da oferta de serviços em áreas onde eles inexistem e promover a competição no setor.

qual com 5 + 5 MHz. Por fim, na falta de licitantes, o objeto seria, em quarta rodada, segmentado em lotes *regionais*, em blocos de 5 + 5 MHz (A8 a A15).

38. Do Lote A6 em diante, qualquer interessado poderia participar, desde que respeitados os limites máximos de concentração de radiofrequência definidos em ato regulatório. Assim, apenas se não houvesse proponentes classificados nos Lotes A1 a A5, Claro, Tim e Vivo poderiam adquirir um dos lotes nacionais de 5 + 5 MHz ou um lote de 5 +5 MHz em cada região, de modo a se aterem ao teto de 15 + 15 MHz, na faixa de 700 MHz, fixado na Resolução Anatel 703/2018.<sup>21</sup>

39. Sagrou-se vencedora no Lote A1 a Winity, com proposta de preço de R\$ 1,4 bilhão, correspondente quase ao quádruplo da oferta da 2ª e 3ª colocadas, o que resultou no prejuízo da licitação dos demais lotes da faixa – A2 a A15.

40. Meses após a adjudicação do objeto, a Winity submeteu à Anatel contrato pelo qual comprometeu, a longo prazo, 50% de sua capacidade (5 + 5 MHz) nos maiores centros urbanos brasileiros, repassando-a à Vivo – uma das prestadoras que a Anatel expressamente afastou da disputa.

41. É preciso compreender a regra do edital. O conteúdo de uma norma – editalícia, regulatória, legal ou constitucional – não se exaure na literalidade do enunciado. Para alcançá-lo, há de se ter em conta a finalidade a que se destina e os valores que busca realizar<sup>22</sup>. O respeito à finalidade integra o respeito à própria

---

<sup>21</sup> Disponível em <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2018/1178-resolucao-703>.

<sup>22</sup> Conforme lecionam Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, “o conteúdo da norma (o significado genuíno) da lei exige, para que possa ser captado, que se tome em consideração quais são os fins e os valores que tratam de satisfazer as normas, de maneira que bem seria possível dizer que o sentido da instituição vem dado pela ideia de coerência do sistema: a previsão da fraude à lei trata de favorecer um todo coerente às regras e aos princípios que lhes justificam”. (ATIENZA, Manuel. MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. 1.ED. São Paulo: Marcial Pons, p. 58 - 59).

norma. O fim visado pela regra proibitiva era claro: impedir a participação das grandes operadoras como forma de viabilizar o ingresso e o desenvolvimento de entrantes no setor, prestigiando o valor da concorrência. É incoerente criar a proibição e, no passo seguinte, permitir ao vencedor da licitação que utilize mecanismo para superá-la, repassando metade do uso adquirido, nos principais centros urbanos, a quem estava impedido de obtê-lo diretamente.

42. Mostra-se, no ponto, pertinente a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero a propósito dos ilícitos atípicos. Nessa categoria, na qual se inserem o abuso de poder, a fraude à lei e o desvio de finalidade, *“estamos diante de casos, que a princípio parecem cobertos pelas regras permissivas, isto é, que prima facie, estão regulados pelas regras como condutas permitidas, mas que têm seus estados deônticos modificados (passando a estar proibidos), uma vez considerados todos os fatores”*.<sup>23</sup>

43. As condutas são proibidas porque, embora aparentemente legítimas e consentâneas com a literalidade da norma, invertem seu sentido, afastam-se da finalidade a que se destina e dos valores que a justificam, violando-a. Na fraude à lei, vulnera-se a norma de maneira oblíqua. Procurando abrigo na literalidade de um preceito, agente privado pratica ato para obter resultado

---

<sup>23</sup> ATIENZA, Manuel. MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. 1.ED. São Paulo: Marcial Pons, p. 27. Lecionam os autores que as três figuras têm em comum os seguintes elementos: a) uma ação aparentemente permitida por uma regra; b) a produção de um dano como consequência, intencional ou não, dessa ação; c) o caráter injustificado desse dano à luz dos princípios aplicáveis ao; d) a geração [em rigor, revelação] de outra regra que limita o alcance da primeira, ao qualificar como proibidos comportamentos que aparentavam ser permitidos. (p. 101)

vedado pela norma ou pelo ordenamento, sendo desnecessária, para a caracterização do ilícito no plano extrapenal, a intenção, o dolo de fraudar.<sup>24 25</sup>

44. É exatamente o que ocorre no caso sob consulta. O Edital do 5G tinha o propósito inquestionável de permitir a entrada e o desenvolvimento de novos agentes econômicos no mercado brasileiro, o que se reputou fundamental para fazer frente à (já existente) concentração no mercado, incrementada pela venda dos ativos móveis da Oi S.A. (Oi) para Claro, TIM e Vivo. Com esse objetivo, mirando o valor da *livre concorrência* (art. 170, IV, da CR/88), vedou expressamente a participação das três operadoras nos Lotes A1 a A5. Um entrante no setor elevaria a competição, quer atuasse no varejo, enfrentando diretamente as principais operadoras, quer no atacado, disponibilizando a faixa de radiofrequência de 700 MHz a prestadoras de pequeno porte (PPPs) e a novos

---

<sup>24</sup> ATIENZA, Manuel. MANERO, Juan Ruiz. *op. cit.* p. 64. A propósito, Heleno Torres pontua: “Com a edição do novo Código Civil, o direito brasileiro passou a garantir os limites legais da autonomia privada com uma regra geral de combate à *fraus legis expressa*, presente no art. 166, VI, segundo o qual “é nulo o negócio jurídico quando (...) VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa”. Resta saber qual a influência que a anima, aquela da teoria subjetivista, quando fala em “tiver por objetivo, ou de ordem objetivista, porquanto esta expressão não se vincula à vontade do sujeito, mas sim ao ato negocial, de tal modo que bastaria a sua constituição para que se justificasse a pretensão de terceiros prejudicados à ação anulatória própria, contra seus efeitos. Pensamos que tenha sido esta a opção do legislador, afinando-se com a doutrina mais recente, à qual nos filiamos, que reconhece na objetiva existência do ato fraudulento o motivo para sua qualificação. Diante da objetividade do agir em fraude à lei, tornar-se-ia despidendo buscar justificativa na boa-fé, na moral ou nos bons costumes, numa regressão à intencionalidade das partes, quando já se tenha diante de si declarações expressas de vontade, coincidentes em um dado negócio jurídico. (TORRES, Heleno Taveira. Teoria da simulação de atos e negócios jurídicos. In: Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin. (Org.). Obrigações e contratos. Obrigações: funções e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. 2. P. 547-609, p. 567)

<sup>25</sup> Conforme esclarecem Atienza e Manero, “a diferença entre o abuso de direito (por um lado) e da fraude à lei e desvio de poder (de outro) é que as duas últimas figuras pressupõem não apenas a existência de normas regulativas (e, em particular, de uma regra de permissão), mas, ademais, de uma norma que confere poder (um tipo de norma constitutiva que estabelece que se em determinadas circunstâncias um agente realiza determinada ação, então se produz um resultado institucional ou mudança normativa: um contrato, um ato administrativo, uma lei etc.). Na fraude e no desvio de poder, o *prima facie* coberto por uma regra de permissão é o uso do poder conferido por essa regra: quando os poderes normativos em uso são privado, a figura pertinente é a fraude à lei; quando se trata de poderes normativos públicos, trata-se de desvio de poder”. (ATIENZA, Manuel. MANERO, Juan Ruiz. *op. cit.*, p. 101-102).

agentes, como os adquirentes da faixa de 3,5 GHz, que dela necessitam para se tornarem competitivos.

45. O contrato para o qual a Winity pretende anuência conduz justamente ao resultado que a regra editalícia quis evitar. A pretensão pode até não ser contrária à letra da regra, mas é obstada, por violar a finalidade e, assim, o conteúdo dela. É preciso assegurar a coerência valorativa do sistema. Admitir que se contorne, por meio de artifício jurídico, o obstáculo imposto pelo edital significa frustrar a finalidade e o valor subjacente à proibição. É justamente o faz de conta, tão contrário à boa-fé indispensável à crença nas instituições. Merece, a todos os títulos, a glosa, a exclusão maior. O negócio jurídico em questão representa fraude ao edital e, por conseguinte, à lei imperativa, que lhe atribui caráter vinculante.

46. Sustenta-se, em defesa da legitimidade do contrato, que o uso da radiofrequência a ser repassado é diferente do adjudicado à Winity, para o qual a Vivo não poderia concorrer. Enquanto a licitante vencedora obteve o uso em *caráter primário*, o contrato prevê o uso *secundário*. Alega-se também que a Winity obteve autorização para uso *nacional* do bloco de 10 +10 MHz da faixa 700 MHz, ao passo que repassaria metade dessa capacidade (5 + 5MHz) em 1.120 municípios, o que a Vivo poderia alcançar na licitação dos Lotes A6 e seguintes, para os quais não havia restrição à participação. Advoga-se, ainda, haver cláusulas no edital a autorizar a negociação, bem assim pronunciamento da Anatel nessa linha, prévio ao certame, em resposta à dúvida suscitada por um interessado.

47. Os argumentos não convencem e apenas robustecem a caracterização da fraude.

### III.1. Uso primário X uso secundário

48. Uso primário e secundário estão definidos no artigo 3º do Anexo I da Resolução nº 671/2016, a qual veicula o Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências:

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;

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;

49. Observa-se que a diferença entre uso primário e secundário reside, em essência, na *extensão* da proteção contra interferência prejudicial. No primário, o uso da radiofrequência é totalmente protegido. Garante-se a primazia ao detentor da outorga. No secundário, assegura-se o direito à proteção, porém em menor extensão. Não há proteção quando a interferência provém de uso em caráter primário. Se causar interferência em serviço prestado por autorizatária de uso primário da radiofrequência, o uso secundário é que deve cessar. Se houver interferência mútua entre serviços prestados por detentores de uso secundário, as partes devem compor-se, para solucioná-la, já que nenhuma tem a primazia.

50. No caso, a Winity pretende ceder à Vivo o direito de uso “em caráter secundário” de 50% da faixa de 700 MHz. Caso realmente se cuidasse de uso secundário, a Vivo estaria, em primeiro lugar, sujeita a interferências provocadas pela própria Winity, detentora do uso primário. Caberia à Vivo interromper o serviço causador da interferência. Em segundo lugar, a cessionária não estaria a salvo de interferências provocadas por outras prestadoras que viessem a celebrar com a Winity contrato semelhante. Nessa hipótese, Vivo e

demais usuárias da radiofrequência em caráter secundário deveriam coordenar-se.

51. Não é disso que se cuida. Para evitar o cenário descrito, a Winity repassa à Vivo, *com exclusividade*, metade do uso da faixa de 700 MHz que lhe foi adjudicado. Isso significa que somente os serviços da Vivo irão trafegar pelas ondas de radiofrequências cedidas. Com o anúncio da Winity de que não prestará serviços valendo-se dessas faixas, garante-se à Vivo proteção contra qualquer interferência prejudicial, conforme ela própria reconhece, o que desnatura o caráter secundário do uso.<sup>26</sup> <sup>27</sup> Apesar de ser denominado secundário, por decorrer de contrato de exploração industrial, o uso cedido será, por força do instrumento firmado entre as partes, *exclusivo*, de modo que não será compartilhado e estará protegido de interferências prejudiciais, características próprias do uso primário.

52. O contrato não repassa, portanto, uso secundário, subsidiário, em segundo plano, mas a primazia do uso à Vivo, colocando-a a salvo de

---

<sup>26</sup> A afirmação de que a Winity, na qualidade de autorizatária do uso primário, comprometeu-se a não se valer do uso depende-se do seguinte trecho:

“40. A cessão do direito de uso do espectro de radiofrequências em caráter secundário para a Telefônica Brasil ocorrerá nas localidades em que não haja viabilidade para a construção de uma rede própria pela Winity, na medida em que estaria incorrendo em sobreposição de infraestrutura e arcando com custos que inviabilizariam uma atuação competitiva da Winity através da rede que irá construir. A sobreposição de infraestrutura, além de exigir vultosos investimentos, é desencorajada pela legislação federal e municipal, pela regulamentação setorial e pelo próprio edital do Leilão do 5G, em decorrência dos impactos urbanísticos e ambientais que dela decorrem.” (Formulário de Notificação de AC SEI n.º 1138184)

<sup>27</sup> Extrai-se do Informe 231/2022 CPRP/SCP:

“4.45. A WINITY atribuí à TELEFONICA 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 TELEFONICA, 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 TELEFONICA nos municípios abrangidos pelo acordo, sob pena de altos níveis de interferência. Porém, na hipótese de ociosidade, a TELEFONICA comprometer-se ia a ofertar cobertura ou capacidade a terceiros eventualmente interessados”. (Doc. SEI 9571585).

interferências, na medida em que a concessão é *com exclusividade*, comprometendo-se a cedente a não o conferir a terceiro nem tampouco a explorá-lo diretamente. Em outras palavras, embora rotulado de secundário, o uso cedido equipara-se, na essência, ao primário, pois imune a interferências, inclusive oriundas da própria Winity.

### III.2. Ausência de proibição à disputa dos Lote A6 e seguintes

53. Em prol da validade jurídica do contrato, articula-se com a previsão editalícia a permitir a participação da Vivo dos Lotes A6 e seguintes, correspondente ao uso, em caráter primário, do bloco 5 + 5 MHz da faixa de 700 MHz, com abrangência nacional ou regional. Como a cessão corresponde exatamente a 5 + 5 MHz, não haveria, sob essa óptica, violação ao instrumento convocatório.

54. O raciocínio é insubsistente.

55. Quem já detivesse outorga de uso nacional da faixa apenas poderia adquirir o uso em questão:

- (i) se não houvesse licitantes para o uso *nacional* da faixa (Lote A1);
- (ii) se não houvesse entrantes para o uso *regional* (Lotes A2 a A5); e
- (iii) se disputasse os Lote A6 e A7 com as grandes operadoras, em igualdade de condições, e se sagrasse vencedora, com a melhor proposta de preço, ou ainda se celebrasse com a adjudicatária de um desses lotes contrato de exploração industrial.

56. A cessão firmada representa drible não só à regra do edital que proibia a Vivo de participar do Lote A1, como também a que impunha, subsidiariamente, o certame do uso fracionado em lotes regionais (A2 a A5), consagrando o direito de novos entrantes disputarem o uso regional da faixa. Mais: desertos os lotes antecedentes, haveria licitação do uso *nacional* do bloco 5

MHz + 5MHz da faixa de 700 MHz, quando todas as grandes operadoras do setor, detentoras de outorgas de âmbito nacional (Claro, Tim e Vivo), teriam oportunidade de participar da disputa, de forma isonômica e republicana, o que deixou de ser observado.

57. Lograr o uso, por vias transversas, mediante interposta pessoa, constitui fraude à regra proibitiva do edital, ao direito de interessados concorrerem ao objeto fracionado (uso regional da radiofrequência), bem assim à norma constitucional que exige prévio procedimento licitatório para a outorga do uso privativo de bem público (art. 37, XXI). Longe de afastar a fraude à lei, o argumento apresentado evidencia que outros preceitos restaram vulnerados, a robustecer a invalidade do negócio jurídico celebrado.

### **III.3. Alcance dos itens 3.4, 3.4.1 e 3.6.2 do Edital do 5G e resposta da ANATEL à consulta formulada**

58. Eis os itens 3.4, 3.4.1 e 3.6.2 do edital, invocados na tentativa de legitimar o acordo de cessão:

**“3 - Compromissos para a Subfaixa de Radiofrequências de 708 MHz a 718 MHz e de 763 MHz a 773 MHz (Lotes A1 a A15) (...)**

3.4. Para o atendimento dos Compromissos de Abrangência listados nos itens 3.1 e 3.2 [relativos aos e subitens deste Anexo, a Proponente vencedora deverá utilizar o Serviço Móvel Pessoal - SMP, respeitadas as disposições regulamentares existentes para o serviço, e poderá utilizar outras Subfaixas para as quais detenham Autorização de Uso de Radiofrequências, bem como infraestruturas ou recursos de terceiros, ainda que de forma compartilhada.

3.4.1. Admite-se que os Compromissos de Abrangência listados nos itens 3.1 e 3.2 e subitens deste Anexo sejam implementados por terceiro(s), mediante acordo com a Proponente vencedora, a qual permanece como única responsável pelo compromisso perante a Agência. (...)

3.6. Para os Compromissos de Abrangência listados nos itens 3.1 e 3.2 e subitens deste Anexo, o cumprimento das obrigações se dará com a implantação de Estações Rádio Base – ERB que permitam a oferta do SMP por meio de padrão tecnológico tecnológico igual ou superior ao *Long Term Evolution – LTE Advanced release 10* do 3GPP. (...)

3.6.2. Para os Compromissos de Abrangência listados no item 3.2 e subitens deste Anexo, serão admitidas, além da utilização de ERBs próprias, de acordos que permitam usuários visitantes, operação virtual (MVNO) ou de compartilhamento de espectro (RAN-sharing) com outras operadoras que já disponham de cobertura nesse trecho ou em parte dele.”

59. As disposições referem-se a compromissos de abrangência. Até para evitar barreiras a novos agentes, o edital admitiu expressamente que vencedores do certame se desincumbissem do ônus da expansão dos serviços mediante acordos firmados com terceiros. O contrato de exploração industrial entabulado entre as partes não se destina, porém, ao cumprimento de compromissos de abrangência, conforme reconhece a própria Winity.<sup>28</sup>

60. De qualquer sorte, o formato de redes neutras e o consequente compartilhamento do uso da radiofrequência com outras operadoras dedicadas ao consumidor final mostram-se compatíveis com a disciplina setorial, ante as finalidades buscadas e o valor da livre concorrência. Previamente ao certame, o tema foi levado à apreciação da Anatel pela Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas, que formulou a seguinte indagação:

“Existe alguma barreira ou restrição regulatória estabelecida atualmente no âmbito da regulamentação (algum documento, norma, opinião ou entendimento da Anatel) relativa a operador que atue exclusivamente fazendo uso de licença de Serviço Móvel Pessoal (SMP) e possuindo, então, licença de espectro associada, em modelo

---

<sup>28</sup> É o que se depreende do Informe 231/2022 – CPRP/SCP:

“4.34 “A WINITY aponta que o Contrato de EIR não figura como um dos instrumentos empregados no cumprimento de compromissos de abrangência e de cobertura assumidos no Leilão do 5G. (Tarja preta na continuação)”. (Doc. SEI 9571585)

de negócios no atacado, ou seja, que não seja a empresa que presta o serviço ao consumidor final (similar ou idêntico ao modelo de negócios pretendido pela Highline descrito pelo Consórcio para compra da UPI Ativos Móveis da Oi)? Se afirmativo, quais seriam essas barreiras ou restrições e o amparo legal das mesmas?”

61. Em resposta, a Agência explicou:

“(…) 4. Percebe-se também que o artigo 154 da LGT, referenciado no inciso III do artigo 17 do RSMP, não contraria a possibilidade de um modelo de negócio focado no atacado, por meio da oferta de uma rede neutra. Isto porque, mesmo no atacado, este modelo consiste no uso daquela rede para prestação de um determinado serviço de telecomunicações, diferenciando-se do tradicional tão somente pelo fato de os clientes, neste caso, também serem prestadores de serviços de telecomunicações cujo objetivo é o atendimento em última instância do consumidor no mercado de varejo. Ou seja, a rede neutra é utilizada pelo seu detentor para a oferta de serviço de telecomunicações no atacado, o que acaba por viabilizar, por meio de um segundo agente, o atendimento no varejo ao usuário final.

5. Desta forma, esta área técnica não verifica restrições regulatórias expressas quanto à operação de redes neutras, em um modelo de atuação focado no mercado de atacado. [...]

8. Em tempo, é mister relembrar que o Edital de Licitação para autorização de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz - Edital do 5G (Item 2 da Agenda Regulatória 2021-2022), prevê a possibilidade de que os compromissos para a Subfaixa de Radiofrequências de 708 MHz a 718 MHz e de 763 MHz a 773 MHz (Lotes A1 a A15) de atendimento com SMP seja feito por meio de acordo com terceiros (vide os itens 3.4, 3.4.1, 5.2 e 5.2.1 do Anexo IV da Minuta de Edital)”.

62. Observa-se que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) afirmou a conformidade da atuação no atacado com a disciplina setorial. O modelo é apto a evitar a ociosidade de redes e o dispêndio de recursos. Além de facilitar o cumprimento dos compromissos de abrangência, a rede neutra permite

o compartilhamento do uso da radiofrequência de 700 MHz com prestadoras de pequeno porte (PPPs) e com novos agentes, tais como os adquirentes da faixa de 3,5GHz, de maneira a torná-los competitivos. Está, portanto, em perfeita consonância com a disciplina incidente.

63. Foi nesse contexto o esclarecimento prestado pela Anatel. À pergunta genérica – relativa à existência de restrições para que autorizatória do serviço móvel pessoal, com outorga de uso de radiofrequência, atuasse exclusivamente no segmento atacadista, a Agência respondeu não haver empecilho algum. Realmente, se a Winity desejar, pode restringir-se a prestar serviços a outras operadoras, sem atender diretamente consumidor final.

64. Em momento algum, a resposta sinaliza a possibilidade de se repassar o uso da radiofrequência a quem estava impedido, pelas regras editalícias, de obtê-lo. Vale invocar uma vez mais o que ressaltava o saudoso ministro Sepúlveda Pertence: *“na interpretação de qualquer texto normativo, mormente do texto constitucional, é impossível admitir a hermenêutica que, de um lado, afirma uma exigência e de outro permite que essa exigência seja fraudada (...)”*<sup>29</sup>. A heterodoxa cessão de uso, para dizer o mínimo, tem como efeito contornar a proibição editalícia, de modo a alcançar resultado que se quis evitar. Por frustrar a finalidade da vedação – de ampliar a competição no setor e evitar a concentração do espectro –, essa possibilidade foi rechaçada por potenciais interessados no certame. Se, no modelo de negócios, a Winity considerava repassar, *com exclusividade*, o uso da radiofrequência na faixa de 700 MHz a quem já o detivesse, deveria ter exposto à Anatel a dúvida real a ser dirimida. A boa-fé assim o exigia. O que não pode agora é, para justificar conduta ilícita, pretender valer-se de resposta genérica, consentânea com o ordenamento jurídico, na qual não se cogitou do cenário de fraude à lei.

---

<sup>29</sup> Por exemplo, na ADI 234.

#### IV. Consequência da fraude à lei: nulidade do negócio jurídico

65. Para ser reputado válido, o negócio jurídico há de apresentar, simultaneamente, agente capaz, objeto lícito e forma prevista ou não defesa em lei (art. 104 do Código Civil). Se for praticado por pessoa absolutamente incapaz, com objeto ilícito, sem observância de solenidade ou forma imperativa, em fraude à lei ou se for desconsiderada proibição legal, a consequência, consoante preconiza o artigo 166, do mesmo Código, é a nulidade do ato. É írrito, sem efeito.

66. Está configurada a fraude à lei, pois violada a norma de maneira oblíqua. O contrato de exploração industrial de redes, celebrado entre Winity e Vivo, conduz justamente ao resultado proibido pelo edital. Como demonstrado, a pretensão pode até não ser contrária à literalidade da regra proibitiva, mas é obstada por violar a finalidade, o valor subjacente, o conteúdo dela. É inaceitável vedar certo comportamento e, ato contínuo, permitir que a vedação seja contornada. Para assegurar a coerência valorativa do sistema, surge a fraude à lei como causa de nulidade dos negócios jurídicos. Porque contrário à norma editalícia e à legislação de regência, o acordo jurídico firmado revela-se nulo, por força dos artigos 37, XXI, da Constituição Federal, 89, VII, 164, I, da Lei 9472/1997, combinado com o artigo 166, VI, do Código Civil.

67. Em regra, a nulidade conduz à total ineficácia do negócio produzido em desconformidade com o ordenamento jurídico. Não se desconhece, no direito comum, o tratamento excepcional conferido, por exemplo, ao casamento putativo<sup>30</sup> (art. 1561, §2º, do Código Civil). O matrimônio

---

<sup>30</sup> Caio Mário da Silva Pereira, em trabalho clássico, lecionava sobre a eficácia excepcional do casamento putativo: “A teoria das nulidades oferece, já temos visto, peculiaridades marcantes em matéria de casamento. Ponto em que se destaca esta observação é este, do casamento putativo, que é o eivado por vício que o inquina de nulidade, mas que produz os efeitos de válido, em

formalizado em descompasso com os requisitos legais, embora nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, produzirá efeitos até o dia da sentença desconstitutiva<sup>31</sup>. A eficácia do ato nulo, porém, é rara e depende de disposição legislativa a assegurá-la. Silente o ordenamento, não se atribui valor eficaz a negócio produzido em fraude à lei imperativa.

68. Seja como for, a discussão sobre a eficácia de ato nulo é impertinente ao caso. O contrato de exploração industrial de redes em questão submete-se a condição suspensiva de eficácia – a prévia anuência da Anatel, como prevê o artigo 41 do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências. Por conseguinte, não produziu efeitos.<sup>32</sup>

69. Uma vez evidenciada a nulidade do negócio jurídico, fica obstada, no campo administrativo, a aprovação da Agência. Na seara jurisdicional, a providência adequada consiste em suprimir o resultado da declaração de vontade, por meio de juízo desconstutivo. A invalidade – do contrato e, por conseguinte, de eventual ato administrativo de aprovação – pode ser pronunciada por provocação de interessado e até mesmo de ofício, de forma incidental, como estabelece o art. 168, parágrafo único, da Lei Civil.

---

atenção à boa-fé de ambos ou de um dos contraentes” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Privado**. Volume V. 11ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 95)

<sup>31</sup> No domínio do Direito do Trabalho, a doutrina e a jurisprudência abrigam clássica exceção ao atribuir eficácia parcial ao contrato nulo, em razão da proibição ao enriquecimento sem causa, na forma do art. 884 do Código Civil.

<sup>32</sup> 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.

§ 3º Na exploração industrial que envolva a cessão de radiofrequências:

I - uma vez concedida a anuência pela Anatel, será expedida autorização dos recursos de radiofrequências integrantes da rede de outra prestadora de serviços de telecomunicações, em caráter secundário, pelo prazo previsto no contrato, quando não definido no ato de anuência prévia, sendo o preço público devido pela referida autorização definido pelo Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências.

70. Por se tratar de contrato sobre o uso privativo de bem público, com desrespeito a cláusulas editalícias, à exigência de licitação, ao princípio da isonomia e ao republicano, caracteriza-se a afronta à moralidade administrativa. Isso significa estar autorizado o ajuizamento de ação popular por qualquer cidadão, na forma do artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal.<sup>33</sup> O cabimento da ação, convém lembrar, independe da demonstração de prejuízo material, como assentou o Supremo na apreciação do Tema 836 da Repercussão Geral<sup>34</sup>.

## V. Impossibilidade de autocomposição

71. Resta avaliar a possibilidade de se tentar autocomposição, que *“preserve as políticas 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”*.

72. A consensualidade está presente nas esferas processual, penal e administrativa. A providência é positiva, entre outros aspectos, por oferecer a resolução pacífica de conflitos, permitir soluções criativas, ter custos relativamente reduzidos, ser célere e eficiente.

73. A atuação administrativa consensual ganhou relevo com a Lei 13.140/2015, a qual dispõe sobre mediação entre particulares e sobre

---

<sup>33</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

<sup>34</sup> Tema 836 da Repercussão Geral: *“Não é condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, dado que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material, moral, cultural ou histórico do Estado ou de entidade de que ele participe.”*

autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, e, em especial, com o advento da Lei 13.655/2018, que incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)<sup>35</sup>, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Eis o artigo 26 introduzido pelo diploma:

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.

§ 2º (VETADO).”

74. Extraem-se do dispositivo balizas a serem observadas, a evidenciarem a total inadequação do instituto à espécie.

75. Em primeiro lugar, não se trata de eliminar *irregularidade, incerteza jurídica* ou *situação contenciosa*. Irregularidade não há porque, no caso em apreço, cuida-se de *invalidade* do negócio jurídico por *fraude à lei* e à Constituição. Irregularidades são vícios irrelevantes, de ordem formal ou material, como, por exemplo, o desrespeito a regras de padronização. Aqui há *nulidade*. Repassar o uso equivalente ao primário a quem estava impedido de participar da licitação significa obter o resultado vedado pela norma, o que caracteriza *fraude*. A conduta desrespeita o caráter vinculante do instrumento convocatório, bem

---

<sup>35</sup> Decreto-Lei 4657/42.

como o direito de todos aqueles que, de boa-fé, cientes da impossibilidade de cessão de uso às principais operadoras do setor, Claro, Tim e Vivo, deixaram de participar da disputa ou ofertaram lances condizentes com a vedação e, com isso, saíram derrotados. O contrato viola também o direito dos entrantes de disputar o uso regional da radiofrequência da faixa de 700 MHz e o das grandes operadoras de concorrerem, em igualdade de condições, ao uso obtido, por via transversa, pela Vivo. Em última análise, o drible à proibição editalícia consiste em transgressão à regra da licitação pública, de assento constitucional, bem assim aos princípios republicano, da isonomia e da moralidade administrativa, que lhe servem de base. Daí se falar em *fraude à lei* e à *Constituição*.

76. Incerteza jurídica, a autorizar a composição, tampouco se verifica. O Edital 5G foi expresso ao impedir a participação das grandes operadoras nos Lotes A1 a A5, com a finalidade de viabilizar o ingresso e o desenvolvimento de entrantes no setor, promovendo a concorrência. A vedação orientou a conduta dos interessados e licitantes. A partir daí fizeram cálculos, tomaram decisões, ofertando ou não lances. Diferentemente da vencedora, segundo e terceiro colocados fizeram propostas próximas, de R\$ 333 milhões e R\$ 318 milhões, a evidenciar estrita obediência às normas do edital. Não havia nem há incerteza jurídica. Ainda que tivesse alguma dúvida, a Winity deveria tê-la formulado diretamente à Anatel, em momento oportuno, antes da licitação, de forma pública e transparente, em cumprimento ao dever de boa-fé. Assim não o fazendo, atuou por conta e risco, devendo responsabilizar-se por isso.

77. Situação contenciosa, igualmente, não se configura. Há um contrato *nulo* de exploração industrial de redes submetido à análise da ANATEL. Não existe conflito, propriamente dito, a ser solucionado. Ainda que se vislumbrasse situação contenciosa, não se trata de conflito a versar sobre direitos disponíveis

ou direitos indisponíveis que admitam transação, de modo a autorizar, na forma do artigo 3º da Lei 13.140/2015, eventual mediação e composição.

78. Em segundo lugar, a impedir a composição, incide o inciso III do §1º do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O compromisso aventado levaria ao descumprimento permanente do caráter vinculante do instrumento convocatório, do dever de boa-fé daqueles que contratam com a Administração, do direito de potenciais interessados que deixaram de acorrer ao certame em razão da proibição, da regra constitucional da licitação, a exigir igualdade de condições entre os concorrentes, além de resultar em violação perene aos princípios da moralidade administrativa, isonomia e ao princípio republicano. Em outras palavras, a persistir a cessão de *uso exclusivo* de radiofrequência a uma das grandes operadoras, não há como ajustar o negócio jurídico à legalidade.

79. Tendo lançado vedação no edital, aplicável de forma equânime a todos os potenciais interessados no certame, a Administração Pública feriria de morte o princípio da isonomia caso optasse por superar, após conhecido o vencedor do certame, a regra por ela própria estipulada. Ainda que todos os agentes do setor – segunda e terceiras colocadas no Lote A1, proponentes dos Lotes A2 a A5, Claro e Tim, como possíveis interessadas nos Lotes A6 e seguintes – concordassem com a cessão de uso *exclusivo* de radiofrequências à Vivo, a transgressão persistiria. Quantos deixaram de participar da licitação, ofertar lances porque não havia a alternativa de ceder onerosamente o uso do bem público às principais operadoras do mercado? Impossível saber. Impossível a correção da ilegalidade.

80. Por fim, em termos pedagógicos, a leitura seria péssima. Firmar acordo, em desobediência às premissas adotadas no edital, em arrepio a normas legais e constitucionais, passaria a mensagem de que a fraude compensa! As

proibições editalícias não são para valer, podendo ser contornadas, conforme as nuances do caso e da época. Seria promovida a ilegalidade, a inconstitucionalidade útil, comprometendo-se aspecto central da segurança jurídica: o caráter cogente do ordenamento.

## VI. Conclusão

81. Feitas as considerações necessárias, cabe responder, objetivamente, aos questionamentos formulados.

- a) A oferta, pela Winity, de 5 + 5 MHz, em caráter secundário, com exclusividade, para uma prestadora que já detenha direito de uso da faixa de 700 MHz, em caráter primário, é compatível com o Edital do 5G e com os princípios e regras que orientaram a disputa?

A resposta é negativa. A oferta pela Winity do uso secundário, com caráter exclusivo, de 5 +5 MHz na faixa de 700 MHz a prestadora que já detenha o direito de uso primário nessa faixa é incompatível com os princípios e regras que orientaram a disputa. Embora rotulado de secundário, o uso cedido equipara-se, na essência, ao primário, pois imune a interferências, inclusive oriundas da própria Winity. O Edital do 5G tinha o propósito inquestionável de permitir a entrada e o desenvolvimento de novos agentes econômicos no mercado brasileiro. Para tanto, vedou expressamente a participação das três maiores operadoras do setor. O contrato para o qual a Winity pretende anuência conduz justamente ao resultado que a regra editalícia quis evitar. É preciso assegurar a coerência valorativa do sistema. Admitir que se contorne, por meio de artifício jurídico, o obstáculo imposto pelo edital significa admitir a fraude à lei e à Constituição.

- b) A Anatel pode aprovar acordo com essas características? Quais as consequências jurídicas caso se tenha a aprovação?

A resposta é negativa. Por ter sido celebrado em fraude à lei e em fraude à própria Constituição, o contrato é nulo (artigo 166 do Código Civil), a impedir a aprovação da Anatel. Caso venha a ser aprovado, o ato administrativo da Agência e o negócio jurídico celebrado serão passíveis de desconstituição pelo Poder Judiciário, podendo ser impugnados, inclusive, por meio de ação popular.

- c) A violação à ordem jurídica, caso existente, pode ser afastada em procedimento de autocomposição e conciliação intermediado pela Agência?

A resposta é desenganadamente negativa. A violação à ordem jurídica não pode ser afastada em procedimento de autocomposição. Repassar o uso equivalente ao primário a quem estava impedido de participar da licitação significa obter o resultado vedado pela norma, o que caracteriza *fraude à lei e à Constituição*. Não se trata de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. Incide à autocomposição o óbice contido no artigo 26, §1º, inciso II, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), não havendo como ajustar o negócio jurídico à legalidade. Eventual acordo mostra-se inviável porque significaria placitar a fraude à lei e à Constituição.