

À

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL

A/C: Conselho Diretor da ANATEL

Ilmo. Sr. Conselheiro Relator Alexandre Freire

Ref.: Processo Administrativo SEI nº 53500.303019/2022-54 – Manifestação acerca do Parecer juntado sob SEI n. 10696362

WINITY II TELECOM LTDA. (“WINITY”) e TELEFÔNICA BRASIL (“TBRASIL”, e, em conjunto com WINITY, as “PARTES”), já qualificadas nos autos do processo administrativo em referência, em resposta conjunta à petição protocolada pela **ASSOCIAÇÃO NEO** nos autos sob SEI nº 10696362 e ao parecer jurídico a ela anexado, vêm se manifestar nos termos abaixo expostos.

1 Ao longo de 12 meses de debates nos autos do processo, foi possível disponibilizar diversos fatos, evidências, informações e documentos sobre o conjunto de contratos celebrados entre WINITY e TBRASIL (“**Acordo**”) e sua licitude, com destaque (i) para o fato de que a própria ANATEL fez constar expressa e especificamente do Edital do 5G que a adjudicatária do espectro estava autorizada a celebrar acordos nos moldes do que foi apresentado à Agência com o objetivo de cumprir as contrapartidas assumidas e garantir o uso mais eficiente do espectro a ela outorgado pela agência no âmbito do referido certame; (ii) que tal escolha foi analisada e validada de maneira prévia e clara pelo Tribunal de Contas da União (“**TCU**”); e (iii) que a opinião de renomados publicistas brasileiros acostados aos autos, os Professores Carlos Ari Sundfeld, Gustavo Binenbojm e Marçal Justen Filho¹, endossa a integral aderência do Acordo ao Edital do 5G, à legislação e regulamentação aplicáveis, além de outros pareceres (a exemplo do Professor Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo).

¹ Pareceres do Professor Carlos Ari Sundfeld (Doc. SEI nº 9121164), do Professor Gustavo Binenbojm (Doc. SEI nº 9557151) e do Professor Doutor Marçal Justen Filho (Doc. SEI nº 9998667).

2 Não obstante, a Associação NEO – que teve seu pedido de ingresso como terceiro interessado indeferido² – optou por se manifestar após o fim do prazo de instrução processual, apresentando, em 11/08/2023, um parecer datado de 20/07/2023, elaborado pelo Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto (“**Parecer NEO**”).

3 Para surpresa das Partes, mesmo sem que a Associação NEO ou o parecerista em questão sequer tenham analisado a íntegra dos contratos celebrados por WINITY e TBRASIL, constam de tal manifestação e do Parecer NEO acusações de que “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” e de que “a celebração do acordo (...) permitiria a concentração de espectro que a Agência quis evitar” e “inviabilizaria a operação móvel de entrantes, porque lhes restringiria acesso à faixa crucial para garantir cobertura”.

4 Como será demonstrado, os documentos intempestivamente juntados aos autos contêm uma grande quantidade de erros, além de utilizarem fatos incompletos, informações improcedentes, premissas equivocadas. Não bastasse, ignora fatos e informações disponíveis nos autos (como uma manifestação da ANATEL avaliando o modelo de negócio utilizado pela WINITY) e no Parecer da Superintendência-Geral do CADE, chegando a conclusões que talvez sejam convenientes para alguns associados da Associação NEO, mas que não correspondem à realidade. Procura, em verdade, reavivar discussões descabidas e já superadas nos autos e em outras esferas.

5 É o que se passa a expor.

I. O Parecer NEO defende uma falsa reserva de mercado que não estava prevista no Edital do 5G

6 Como ponto de partida de sua análise, o Parecer NEO reafirma regra expressamente disposta no Edital do 5G. O propósito, entretanto, não é esclarecer as regras estabelecidas pela ANATEL para o desenrolar do certame, mas lançar bases para, posteriormente, valendo-se de incabível análise ampliativa das restrições

² Cf. itens 6.31 e 6.33 da Análise nº 53/2023 do Ilmo. Conselheiro Relator, que fundamentou o Acórdão nº 126, de 07 de junho de 2023, o ingresso da NEO TV como terceiro não foi admitido porque “*não demonstra interesse jurídico específico na causa (...) [e] apresenta feição econômica, e não jurídica*”.

dispostas no Edital do 5G, extrapolar determinadas restrições para além do âmbito da própria licitação. **A inadequação de tal pretensão não é difícil de descortinar.**

7 De fato, conforme aponta o Parecer NEO, nos termos do Edital do 5G, buscou-se um modelo licitatório dirigido a atrair possíveis entrantes para a aquisição da faixa de 700MHz então licitada, privilegiando, num primeiro momento, a participação de agentes econômicos que ainda não detivessem outorga para exploração em caráter primário de radiofrequência nesta faixa do espectro. Assim, adotou-se sistemática de leilão em lotes sucessivos, em que:

- a) primeiro, se tentaria outorgar a faixa de 700MHz em blocos nacionais e regionais de 10 MHz + 10MHz (Lotes A1 a A5), cuja disputa estaria vedada a possíveis interessados que já detivessem outorga em caráter primário na faixa de 700MHz;
- b) depois, caso não houvesse interessados nos Lotes A1 a A5, a faixa de 700MHz seria oferecida em lotes nacionais e regionais de 5MHz + 5Mhz (Lotes A6 a A15), cuja disputa, conforme o próprio Parecer NEO reconhece, estaria franqueada a *“quaisquer interessados, desde que observados os limites de espectro para a faixa, definidos pela Resolução nº 703/2018”*.

10 Nada obstante, tal privilégio conferido a possíveis novos agentes pelo Edital do 5G, nitidamente restrito aos primeiros dos sucessivos lotes da licitação, não pode de forma alguma ser estendido para além de seu escopo original. Tampouco autoriza afirmar tenha o Edital do 5G criado ou mesmo pretendido criar novas limitações ao uso do espectro pelos agentes do setor, para além daquelas já expressamente dispostas na Resolução n.º 703/2018.

11 O Parecer NEO, entretanto, sustenta, de forma equivocada, que ao limitar a participação de determinados agentes na disputa dos primeiros lotes relativos à faixa de 700MHz, a ANATEL e o Edital do 5G teriam buscado, na verdade, reservar essa faixa a novos entrantes. O suposto objetivo do Edital do 5G, como defendido pelo Parecer NEO, teria sido impedir, de forma peremptória e irrestrita, que determinados agentes, por deterem outorga para o uso primário de espectro na faixa de 700MHz, viessem a acessar qualquer parcela da faixa então leiloadada, fosse na própria licitação ou depois dela, por meio de relações de atacado com outras operadoras.

12 O desacerto de tal raciocínio não poderia ser mais evidente. A LGT, a regulamentação ou mesmo o Edital do 5G não contêm tal proibição, engendrada apenas pela fértil imaginação da Associação NEO, como espinha dorsal da tese por ela

esposada e sem a qual seu parecer não sobrevive. O próprio Edital do 5G admitia a participação dos agentes detentores de direito de uso primário de espectro na faixa de 700MHz na disputa pelo espectro então leiloado nessa faixa, já a partir do lote A6. Trata-se de clara e inegável demonstração de que nunca existiu no Edital do 5G, ou fora dele, uma pretensão de reservar o uso de tal faixa apenas a novos entrantes, nem mesmo no âmbito restrito da própria licitação, muito menos para além dela.

13 O Parecer NEO erra, ainda, ao tentar sustentar que a presente operação, ora submetida à anuência prévia da ANATEL, poderia ensejar alguma forma de burla ao procedimento licitatório. A operação, atinente à contratação de relações de atacado entre a WINITY e a TBRASIL, é em tudo posterior ao encerramento da licitação e com ela absolutamente inconfundível. Esse ponto foi exaustivamente abordado em diversos pareceres jurídicos elaborados especificamente sobre a operação, e será aprofundado adiante, mas é importante consignar desde já a premissa equivocada que pauta o racional ali desenvolvido.

14 Além disso, não se pode perder de vista que a TBRASIL efetivamente não participou da disputa para aquisição do direito de uso da faixa de 700MHz na primeira rodada da licitação, e a WINITY, que venceu a disputa pelo Lote A1 (10MHz + 10MHz em âmbito nacional), é um entrante, um novo agente econômico que até então não dispunha de outorga na faixa de 700MHz, exatamente como pretendido pela ANATEL ao desenhar o Edital do 5G. Portanto, a regra editalícia em comento foi perfeitamente respeitada e o seu propósito inteiramente satisfeito.

15 Finalmente, não há que se confundir o uso de radiofrequências em caráter primário com o uso em caráter secundário. A Resolução ANATEL nº 671/2016 (Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências – RUE) traz as definições aplicáveis a cada caso. Pelo art. 3º, XXVIII, da Resolução, uso em caráter primário é "uso de radiofrequências caracterizado pelo direito à proteção contra interferência prejudicial"; e pelo inciso XXVIX, uso em caráter secundário é o "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".

16 Essa distinção é fundamental no presente caso, uma vez que o Acordo não produziu situação equivalente à aquisição do espectro em caráter primário. Isto porque, a TBRASIL não terá o direito de exploração: (i) em caráter primário, (ii) em âmbito nacional (e sim em apenas 20% dos municípios), (iii) de todo o bloco de 10 + 10

MHz adquirido pela WINITY (mas apenas de 5 + 5 MHz); e (iv) nem terá o direito de ceder ou dispor do espectro. De fato, conforme acertadamente observado pelo ilustre Professor Carlos Ari Sunfeld, em parecer acostado aos autos:

“Os acordos deixaram expresso que a cessão do direito de uso secundário de radiofrequências se restringe à capacidade que a Telefônica Brasil podia ter obtido diretamente, em licitação, como autorizatária, caso a primeira etapa tivesse sido frustrada (no caso da consulta, será cedido contratualmente apenas o uso secundário, no limite 5+5 MHz e limitada a certas regiões que representam cerca de 20% dos municípios em que a Winity detém o direito de exploração do espectro).

A cessão realizada para uso secundário, por envolver somente determinadas localidades, é menor, em termos geográficos, que a extensão que poderia ter sido obtida pela Telefônica Brasil caso obtivesse a própria autorização de uso na licitação, uma vez que esta teria abrangência nacional. Ademais, o acordo não impede a Winity de usar diretamente ou de ceder a terceiros o uso secundário da capacidade remanescente do espectro vinculado a essa autorização, o que preserva a possibilidade de a faixa de 700 MHz atender a novos prestadores além da Telefônica Brasil.

Portanto, a Telefônica Brasil não será a controladora, de fato e definitiva, da totalidade da autorização da Winity”. (Parecer do Professor Carlos Ari Sunfeld, pp. 31-32)³

17 Assim, conforme adiante detalhado, não há se falar em fraude ou violação à vinculação ao Edital do 5G, muito menos em atentado contra uma suposta “política pública” de destinação da faixa de 700MHz pela presente operação.

³ No mesmo sentido, manifestou-se o Professor Gustavo Binenbojm: “Daí decorre a possibilidade, à luz do Edital, do uso exclusivamente secundário da radiofrequência, na forma negociada entre a Consulente e a Winity. Decorre também que, autorizado o uso secundário à Telefônica em razão do contrato de exploração industrial de radiofrequência, não haverá, a princípio, segundo a Consulente, ociosidade da radiofrequência que permita a posterior outorga, pela ANATEL, do uso secundário do mesmo espectro a terceiros porventura interessados. Isso, em primeiro lugar, porque o art. 19 do RUE se refere a uma situação específica em que não há uso efetivo (primário ou secundário) da radiofrequência. Nos casos em que há exploração industrial de radiofrequência (como na hipótese em análise, em que há uso secundário do espectro), sequer caberia a um terceiro pretender obter o direito de uso secundário com base no referido dispositivo. E, em segundo lugar, porque a proteção contra interferências, garantida pelo contrato de exploração industrial de radiofrequências, nessa situação de autorização já outorgada à Consulente, atrairia o teor do art. 17 do RUE, segundo o qual a Agência deve negar autorizações de uso de radiofrequência sempre que necessário “para evitar o comprometimento da utilização do espectro de radiofrequência”. Ora, se à ANATEL incumbe zelar pelo não comprometimento da utilização do espectro, não pode ser ela a promover o seu uso prejudicial.”. (Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, p. 29)

II. O Parecer NEO alega que a operação representaria violação à vinculação ao Edital do 5G porque atentaria contra as finalidades de política pública que devem orientar o uso da faixa, inclusive em caso de compartilhamento

18 **O argumento desenvolvido pelo Parecer NEO é incorreto**, por decorrer de uma concepção equivocada não apenas das disposições da legislação, mas também da própria regulamentação e do Edital do 5G. Talvez ainda mais grave do que conferir uma interpretação absolutamente errada à legislação, seja desconsiderar, de forma proposital, o posicionamento da própria ANATEL sobre o modelo de negócio adotado pela WINITY – um aspecto fático que jamais deveria ser deixado de lado.

19 **De fato, causa estranheza o Parecer NEO ignorar uma manifestação expressa da ANATEL previamente à realização do certame confirmando não haver “restrições regulatórias expressas quanto à operação de redes neutras, em um modelo de atuação focado no mercado de atacado” (Ofício nº 74/2021/PRRE/SPR-ANATEL – SEI nº 7182649, resposta à Consulta formulada pela TelComp, de 03.08.2021).**

20 Ou seja, em momento prévio à licitação, por provocação de uma associação que tradicionalmente representa as empresas entrantes, o órgão regulador expressamente reconheceu que seria possível: (i) que uma empresa adquirisse as radiofrequências exclusivamente para, posteriormente, comercializá-las no atacado junto a outras operadoras; (ii) o atendimento dos compromissos de abrangência através da contratação por meio de acordo com terceiros⁴ e (iii) ausência de previsão expressa na resposta avalizada pelo regulador de que havia restrição para a comercialização

⁴ “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 lembrar 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 14, 3.41, 5.2 e 5.2.1 do Anexo IV da Minuta de Edital)**.” (destacou-se)

dessa faixa no mercado de atacado para empresas já detentoras da frequência de 700 MHz.

21 A operação ora objeto de prévia anuência por parte da ANATEL se insere exatamente nesse contexto. De fato, o modelo de atuação desenvolvido pela WINITY se pauta, exatamente, em atuar como uma rede neutra, ou seja, que atua no atacado tendo como clientes outras prestadoras de telecomunicações.

22 Não há qualquer inovação no entendimento da ANATEL sobre o assunto, ao contrário do que, surpreendentemente, o Parecer NEO dá a entender. É fato que a WINITY tem direito de ceder o uso da radiofrequência em caráter secundário a qualquer player do mercado, no que se inclui a TBRASIL. Entender em sentido contrário, como pretende o Parecer NEO, significaria, na prática, uma vedação absoluta à celebração de quaisquer acordos do gênero durante todo o período de vigência da autorização de uso da radiofrequência adquirida pela WINITY, o que não faz qualquer sentido.

23 O direito à exploração industrial das radiofrequências é amplamente assegurado pelo arcabouço normativo setorial e, de forma específica, pelo Edital do 5G. De fato, a LGT prevê explicitamente a possibilidade de contratação em atacado de elementos de rede entre operadoras (arts. 154 e 155). A regulamentação também disciplina, fartamente, essa hipótese – como, por exemplo, o Regulamento Geral dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução Anatel nº 73/1998 – ao prever que a utilização dos recursos de rede de outra prestadora, caracterizará “a exploração industrial” (art. 62).

24 Não é diferente na regulamentação que trata especificamente do SMP (art. 17, inciso III, da Resolução Anatel nº 477/2007) e da exploração de radiofrequência (art. 14 e 41 da Resolução Anatel nº 671/2016). A Portaria MCTIC nº 418/2020, também citada pelo Parecer NEO, menciona explicitamente o compartilhamento de espectro como objetivo de política pública setorial⁵ – evidenciando, mais uma vez, uma leitura parcial da legislação.

25 Portanto, longe de haver alguma vedação ao modelo de negócio adotado pela WINITY, em verdade a legislação aplicável claramente o comporta e, para além

⁵ “Art. 2º Nas licitações de espectro de que trata o art. 1º, a Anatel deverá considerar: I - incentivo ao compartilhamento de infraestrutura ativa e passiva entre os prestadores, incluindo postes, torres, dutos e condutos;”

disso, houve manifestação formal da ANATEL, em mais de uma circunstância, favorável a ele.

26 O Edital do 5G, nesse sentido, não trouxe novidade alguma para além daquilo que, há anos, já estava previsto na legislação e no entendimento externado pela ANATEL. De fato, **constou do próprio Edital do 5G autorização expressa do compartilhamento de radiofrequências, bem como a possibilidade de uso de rede de terceiros, por meio de exploração industrial, para o adimplemento dos compromissos de interesse da coletividade**⁶. Igualmente, os próprios Termos de Autorização contêm previsão similar (Cláusula 1.3)⁷.

27 O entendimento sobre o modelo regulatório foi reiterado, como não poderia deixar de ser, ao longo do processo licitatório. A Comissão Especial de Licitação reiterou tal possibilidade ao fornecer o esclarecimento n. 078 – ao Edital nº 1/2021-SOR/SPR/CD-ANATEL⁸. Igualmente, no esclarecimento n. 241 uma operadora pediu a confirmação de que “o Edital não deveria trazer novas regras sobre o uso secundário de radiofrequência, em adição à disciplina da Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016”, sendo que a Comissão Especial de Licitação confirmou que “é correto o entendimento”. Assim, a ANATEL confirmou que a Resolução nº 671/2016 é o único instrumento normativo responsável por disciplinar o direito de uso das radiofrequências no Leilão do 5G, não tendo havido limitação ou alteração desse regime, inclusive para o direito de uso em caráter secundário.

28 Posteriormente à licitação, de forma expressa e formal, a Superintendência de Planejamento e Regulamentação da ANATEL, em duas diferentes manifestações, ratificou o direito à exploração industrial e esclareceu que em seu amplo escopo se insere, também, a possibilidade de contratação do direito uso do espectro em caráter secundário:

“Nesse contexto, é inegável que o espectro de radiofrequências é um recurso integrante de diversas redes de telecomunicações, particularmente aquelas voltadas à exploração de serviços de telecomunicações que têm em sua concepção a característica da mobilidade. **Sendo o espectro um recurso de rede, não há dúvidas que ele pode ser objeto de acordos entre prestadoras**

⁶ Edital do 5G, Anexo IV, itens 3.4., 3.4.1., 3.6.2.

⁷ Vide Termos de Autorização nº 81/2021 (SEI nº 7758470), 82/2021 (SEI nº 7758484) e 83/2021 (SEI nº 7758490).

⁸ “2) Ainda, no caso do item 3.6.2., é correto afirmar que o Edital 5G tornou obrigatória a exploração industrial das redes e espectro das outras operadoras, sejam elas também proponentes vencedoras e ou demais operadoras de mercado? (...)

2) Não é correto o entendimento. O item 3.6.2 permite que a vencedora cumpra a obrigação por meio 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".

que detenham sua autorização e prestadoras que dele pretendam se utilizar.”⁹ (grifou-se)

29 **Portanto, o Edital do 5G em nada alterou a legislação e a regulamentação aplicáveis, ao contrário do que sugere o Parecer NEO.**

30 Para além da ANATEL, é importante destacar o posicionamento dos órgãos de controle sobre o assunto. No âmbito do procedimento instaurado perante o TCU para avaliação do Edital do 5G, restou confirmada a possibilidade de prestadora de SMP adotar modelo atacadista baseado na cessão do uso secundário do espectro arrematado, conforme se depreende a partir do Acórdão nº 2032/2021 – Plenário:

3.66. Sabe-se, no caso concreto, que é pouco provável que a proponente vencedora de cada faixa entre em operação na totalidade dos municípios viáveis logo no primeiro ano da outorga, mas, sob o ponto de vista do uso eficiente do espectro, foi feita a precificação considerando a premissa de que, a partir do momento em que o uso da faixa está autorizado, a proponente vencedora iniciará a exploração. **Se a prestadora não tiver a intenção de explorar a faixa, ela poderá explorá-la no segmento atacadista, transferir parte de sua autorização de uso de radiofrequências, ou compartilhar sua rede de acesso, a seu critério.** (grifou-se)

53 Conforme será mais bem explicado adiante, fosse a intenção da ANATEL impedir a celebração de acordos de cessão de uso de radiofrequências em caráter secundário em 700 MHz com empresas que já detivessem autorização nessa faixa, (i) isso deveria ter constado de forma expressa no Edital do Leilão do 5G (e não constou, nem de forma implícita); ou (ii) a Resolução Anatel nº 703/2018 deveria ter sido antes alterada, para que fosse incluído o uso secundário na limitação de concentração do espectro. Não restando caracterizada nenhuma dessas duas hipóteses, deve prevalecer o que está previsto no Edital do 5G, no termo de autorização da WINITY e na regulamentação setorial, que expressamente admitem a cessão do uso em caráter secundário do espectro conforme previsto no Acordo.

54 **Havendo a permissão para o compartilhamento do espectro 700 MHz no Edital do 5G, sem vedação à celebração com empresas que já detivessem autorização nessa faixa, o Acordo é aderente à regulamentação e ao Edital do 5G.**

III. O Parecer NEO também alega que a operação teria o potencial de configurar fraude à licitação, pois (i) resultaria no acesso, pela

⁹ Ofício nº 41/2022/PRRE/SPR-ANATEL (SEI nº 8275102) e Ofício nº 47/2022/PRRE/SPR-ANATEL (SEI nº 8377538).

TBRASIL, de objeto licitatório que ela não poderia acessar por meio do Edital e (ii) porque um modelo de negócios suportado por uma cliente âncora teria o potencial de desequilibrar a competição.

55 Novamente, o argumento do Parecer NEO é equivocado, por se pautar preponderantemente por um racional alheio às regras postas pela legislação, pela regulamentação e pelo edital. Não se pode concluir que regras restritivas, tão específicas como as sustentadas pelo parecer, decorram de princípios e presunções não expressos no Edital do 5G, como procura fazer o parecer.

56 De fato, não há no Edital regras expressas que impeçam: (i) as operadoras vedadas de participar da disputa das primeiras rodadas do certame de celebrarem posteriormente contratos de atacado com as empresas vencedoras; e (ii) o compartilhamento de elementos de rede na forma adotada pelo Acordo submetido à ANATEL, em tudo conforme a regulamentação. Inexistente vedação, presume-se lícito o compartilhamento pretendido pela TBRASIL e WINITY.

57 Como antecipado, o Acordo submetido à anuência prévia não produziu situação equivalente à participação e adjudicação à TBRASIL do Lote A1. Por meio da presente operação, a TBRASIL não terá o direito de exploração: (i) em caráter primário (que continua sendo da WINITY), (ii) em âmbito nacional (e sim em apenas 20% dos municípios), tampouco (iii) de todo o bloco de 10 + 10 MHz em faixa de 700 MHz da WINITY, mas apenas de 5 + 5 MHz. O próprio Edital do 5G admitia às operadoras incumbentes a possibilidade de adquirir o direito de uso primário sobre o faixa de 5 + 5 MHz caso as primeiras rodadas resultassem desertas. Ou seja, o Edital do 5G não continha uma vedação absoluta às suas participações na disputa pela faixa de 700 MHz ou mesmo seu acesso a parcelas menores da faixa licitada.

58 Neste ponto, os pareceres jurídicos de autoria de eminentes especialistas em Direito Público (Carlos Ari Sunfeld, Gustavo Binenbojm e Marçal Justen Filho), compartilhados com a ANATEL em caráter sigiloso, eliminam qualquer dúvida, conforme se extrai das conclusões a seguir:

“1. A operação negociada entre a Winity e a Telefônica Brasil é compatível com a regulamentação vigente e com o edital do Leilão do 5G?

Sim, a operação em análise é perfeitamente compatível com o edital e a regulamentação vigente. A exploração comercial de rede de atacado de telecomunicações constituída a partir de direito de uso de radiofrequências obtido por meio de autorização era — e ainda é — admitida na regulamentação.

Segundo manifestação expressa da ANATEL, ela podia ser implementada a partir do Leilão do 5G. Os direitos de uso secundário de radiofrequência cedidos contratualmente à Telefônica Brasil pela Winity na faixa de 700 MHz observam inclusive os limites que se aplicam à Telefônica quanto ao acúmulo de capacidade como autorizatória de SMP (uso primário). **Não havia qualquer restrição no edital que impedisse a realização desse tipo de contratação.** Também é plenamente compatível com a regulamentação vigente a celebração de acordos para exploração industrial de redes e de radiofrequência.” (Parecer do Professor Carlos Ari Sundfeld, pp. 59-60)

“1) Existe alguma regra da regulamentação vigente ou do Edital do Leilão do 5G que obste a operação negociada entre Telefônica e Winity?

Não. **Inexiste vedação jurídica à operação negociada entre a Consulente e a Winity.** Dentro de um ambiente privado orientado pela liberdade de iniciativa, protegido, no Brasil, na Constituição (art. 1º, IV e art. 170), na Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) e na própria LGT (art. 5º), é papel do Estado preservar, no maior grau possível, o direito das empresas de estruturarem seus próprios negócios de forma livre. Mais que isso: **o modelo comercial analisado neste estudo encontra amparo expresso tanto no art. 154 da LGT, como na regulamentação setorial (arts. 60 da Resolução ANATEL nº 73/1998 e 14 e 41 do RUE) e no Edital do Leilão do 5G (itens 3.4 e 3.4.1 do Anexo IV do Edital).**” (Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, pp. 41-42).

“c) Não havendo restrições no Edital de licitação ou na regulamentação em vigor na data do Leilão 5G ou da publicação dos Termos de Autorização do Direito de Uso das radiofrequências licitadas pela Anatel, seria legal ou legítimo que a Anatel estabelecesse restrições a tal uso posteriormente, quando da análise de contratos da Consulente com clientes, com a alegada intenção de promover a competição no mercado brasileiro de serviços de telecomunicações?

Não. Essa solução é incompatível com a ordem jurídica vigente. A sistemática da licitação impõe observância ao disposto nas regras do Edital. **Estabelecer tal restrição, infringe a eficácia vinculante do Edital, que não contemplou tal previsão.** É incompatível com o princípio da legalidade, inclusive em vista da ausência de previsão regulatória sobre o tema. Além de infringir a autonomia inerente à atividade econômica, o que não encontra respaldo na própria Lei de Liberdade Econômica. **Enfim, não é cabível que a Anatel pretenda exercitar uma avaliação fundada em conveniência e oportunidade. Sendo titular de competência discricionária técnica, qualquer solução restritiva da autonomia empresarial dependeria não apenas de norma legislativa**

autorizadora, mas também da fixação de parâmetros objetivos de atuação.”

(Parecer do Professor Marçal Justen Filho, p. 41)

59 Realmente, se o objetivo do Edital do 5G fosse impedir que operadoras nacionais tivessem qualquer acesso à outorga, mesmo via contratos de atacado, após a licitação, isso deveria ter sido explicitado no Edital de forma clara desde o início. Vale lembrar que eventuais restrições à livre iniciativa devem ser excepcionais, claras e interpretadas restritivamente, e não ampliativamente, como pretende o Parecer NEO.

60 Soma-se a isso o fato de que, em linha com o entendimento acima dos referidos pareceristas, não se pode interpretar o Edital do 5G de forma isolada e incompatível com a regulamentação setorial. Com efeito, a regulação setorial (e, aliás, o próprio Edital) já autoriza a oferta do direito de uso secundário sobre o espectro para outros *players* – que é a natureza de uma operação de atacado –, e regula o uso e compartilhamento de meios de rede fixa e móvel, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações¹⁰ e do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução n. 671, de 3 de novembro de 2016, da ANATEL¹¹. Além disso, conforme antecipado acima, a própria ANATEL se manifestou no sentido de que esse modelo de negócio é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser adotado por eventuais vencedores de licitações.¹² Ou seja, a contratação do uso do espectro em caráter secundário tem sido estimulada pelo regulador setorial.

61 Nesse contexto, a busca por um cliente-âncora por uma operadora que pretende atuar no mercado de atacado como prestadora de rede neutra e viabilizar um modelo eficiente para cumprimento de obrigações de cobertura jamais poderia ser considerada ilícita. Vale lembrar, neste ponto, que a ANATEL optou por fazer com que o Leilão do 5G não fosse puramente arrecadatório, mas que privilegiasse a assunção de compromissos de expansão de rede, cobertura de localidades e rodovias e outras

¹⁰ “Art. 154. As redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito.”

¹¹ Conforme previsões dispostas no art. 3º, inciso XXIX, 14 e 41 da Resolução nº 671/2016 – Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências da Anatel. Por exemplo, *vide*: “Art. 14. Podem ser permitidas, mediante anuência prévia, a partir de fundamentação técnica submetida às áreas competentes da Anatel, e observando o interesse público e a ordem econômica, a exploração industrial de rede de acesso por rádio e a exploração industrial de radiofrequências entre concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações, desde que atendidas as condições mencionadas neste Regulamento.”

¹² *Vide* Ofício n. 74/2021/PRRE/SPR-ANATEL, de 3 de agosto de 2021.

contrapartidas que não seriam voluntariamente assumidas por operadoras de telefonia móvel.¹³

62 A fim de conferir mais condições ao efetivo cumprimento dessas contrapartidas, o Edital do 5G autorizou explicitamente a possibilidade de compartilhamento de infraestrutura de terceiros.¹⁴ Adicionalmente, o Edital do 5G ainda exige que a cobertura oferecida pelo vencedor no contexto do cumprimento das contrapartidas seja disponibilizada a outras operadoras em formato de *roaming*, o que também incentiva ainda mais o desenvolvimento de acordos de compartilhamento de redes entre prestadoras.¹⁵

63 Importante destacar que o desenvolvimento de uma operação de atacado no mercado móvel, como pretendido pela WINITY, é repleto de desafios, visto que a aquisição de direitos de uso de radiofrequência em leilão não é suficiente, por si só, para viabilizar sua atuação com cobertura nacional, especialmente para uma entrante, como é o caso da WINITY. Para que seja viável, a WINITY precisará garantir que seu modelo de negócios atenda diferentes clientes corporativos no atacado (que é o seu principal objetivo) e, ao mesmo tempo, crie condições para que a empresa (i) cumpra as obrigações estabelecidas no Edital do 5G mencionadas acima, as quais exigem elevados investimentos em infraestrutura, e (ii) honre os pagamentos referentes à sua outorga do direito de uso primário na faixa de 700 MHz.

64 E diante (i) do volume de recursos que seria necessário para construção de uma nova rede móvel, (ii) da inviabilidade econômica da oferta de cobertura com rede própria para atender os compromissos do Edital do 5G e (iii) das dificuldades com duplicação ineficiente de infraestrutura em regiões com alta demanda de tráfego, a solução mais eficiente para a viabilidade do modelo de negócios almejado pela WINITY foi a estruturação de parcerias de longo prazo com clientes âncora. Esses clientes, além de contarem com uma infraestrutura já estabelecida que poderá ser acessada pela

¹³ O edital do Leilão do 5G prevê o compromisso de cobertura de 1.185 trechos de rodovias, que totalizariam 31,4 mil km. Outros 1.164 trechos (equivalentes a 4,3 mil km) seriam adicionados às obrigações mediante conversão de ágio em obrigações adicionais, somando mais de 35 mil km de rodovias ainda não cobertas e que deverão receber cobertura.

¹⁴ “3.4. Para o atendimento dos Compromissos de Abrangência listados nos itens 3.1 e 3.2 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.”

¹⁵ Conforme estabelecido pelo item 3.5 do edital do Leilão do 5G: “3.5. A Proponente vencedora é obrigada a atender, nas mesmas datas e áreas indicadas nos itens 3.1 e 3.2 e subitens deste Anexo, com voz e dados, por meio da tecnologia existente, os Usuários visitantes de outras Autorizadas do SMP, exceto onde essa(s) Autorizada(s) já disponha(m) de prestação do SMP, respeitado o padrão de tecnologia.”

WINITY para cumprir parte das contrapartidas assumidas perante a ANATEL de forma mais eficiente, proporcionam um volume de tráfego suficiente para tornar a operação da rede de atacado viável economicamente. Isso permitirá que a WINITY consiga levar cobertura para regiões que não seriam economicamente viáveis isoladamente, além de compartilhar sua rede com *players* regionais e de menor porte.

65 Assim, a negociação com clientes âncora endereça os desafios identificados, ao (i) permitir a possibilidade de utilização de infraestrutura existente para fins de cumprimento das obrigações editalícias, (ii) evitar a duplicação de infraestrutura em áreas de maior demanda e limitações urbanísticas e, ainda, (iii) garantir maior eficiência espectral com a imediata utilização deste recurso por *players* estabelecidos. Entendimento de que a prévia mitigação da exposição a esses riscos por parte da WINITY seria potencialmente irregular não só prejudicaria a elaboração de sua proposta e sua participação na própria licitação, limitando a competição nesse certame, como também inviabilizaria seu funcionamento e os inúmeros benefícios que seu modelo de negócios pode produzir para o setor de telecomunicações.

66 Como já amplamente demonstrado pela WINITY ao longo do processo, com o seu projeto, a WINITY expandirá, e muito, os serviços e a rede de telecomunicações em nosso país, levando-os para regiões remotas em que não há – ou há de forma muito precária – serviços de telefonia móvel. A WINITY levará cobertura a 625 localidades e mais de dois mil trechos de rodovias, disponibilizando sinal de internet a seis milhões de pessoas em áreas remotas do Brasil e em 55 mil quilômetros de estradas, onde trafegam cerca de 7,8 milhões de veículos diariamente. Não por acaso, em linha com a missão institucional da WINITY em investir em conectividade e inclusão digital, foi lançado, em 11/8/2023, o Novo Programa de Aceleração de Crescimento do Governo Federal, que prevê mais de R\$ 27 bilhões de investimento nessa área – um dos principais subeixos apresentados no programa. A aprovação do Acordo permitirá que a WINITY contribua decisivamente para a execução da política pública de expansão da conectividade e inclusão digital, o que é sacramentado pela inclusão do projeto no Novo PAC.

IV. O Parecer NEO sustenta que a anuência prévia solicitada não pode ser viabilizada considerando a aplicação de mecanismos de autocomposição.

67 Constou do Parecer NEO alegação de que a solução autocompositiva – amplamente utilizada em mercados regulamentados, inclusive pela ANATEL em outras oportunidades recentes - seria ilegal e não poderia ser utilizada no presente caso sob pena de contrariar as finalidades de política pública que deveriam orientar o uso da faixa de radiofrequências, inclusive em caso de compartilhamento. O argumento, todavia, é incorreto.

68 O modelo de atuação desenvolvido pela WINITY se pautava exatamente em atuar como uma rede neutra, ou seja, que atua no atacado tendo como clientes outras prestadoras de telecomunicações. O Parecer NEO ignora uma manifestação pública, formal e expressa da ANATEL previamente à realização do certame no sentido de que entende não haver *“restrições regulatórias expressas quanto à operação de redes neutras, em um modelo de atuação focado no mercado de atacado”*¹⁶.

69 Para além disso, a solução de autocomposição iniciada pela ANATEL – que em momento algum foi questionada pelos associados da Associação NEO que são terceiros interessados neste processo, durante os mais de 4 meses em que perdurou – almeja buscar uma solução adequada para as condicionantes referentes à anuência prévia requerida pelas partes do processo. Não se trata, portanto, de ato voltado a corrigir uma suposta violação ao Edital que jamais existiu, conforme demonstrado nos autos.

70 Fato é que foi feita uma escolha de política pública no Edital do 5G de privilegiar a entrada de uma nova operadora. Tal escolha foi bem-sucedida, tendo a WINITY, uma empresa que não pertencente a qualquer grupo econômico detentor de Poder de Mercado Significativo, preparado um plano de negócios robusto e bem estruturado focado no compartilhamento de rede e atuação no atacado, que resultou em uma proposta competitiva no Leilão do 5G.

71 Tal proposta, como preconiza a avaliação feita pelo TCU, levou em consideração todos os fatores de desenvolvimento de negócios na faixa de 700MHz – inclusive a possibilidade de cessão do direito de uso em caráter secundário em algumas regiões, como bem frisou o TCU – e possibilitou o atendimento de todos os compromissos de abrangência que haviam sido cogitados pela ANATEL, além de

¹⁶ Ofício nº 74/2021/PRRE/SPR-ANATEL, resposta à Consulta formulada pela TelComp, de 03.08.2021.

viabilizar arrecadação substancial pelo governo federal (uma preocupação recorrente expressada pelo TCU ao analisar o Edital do 5G).

V. Conclusão e Pedidos

72 Os exemplos abordados acima demonstram que os argumentos consignados na manifestação da Associação NEO e no Parecer NEO, carecem de fundamento fático e partem de premissas que não correspondem à realidade.

73 Não se pode alegar que o Contrato de EIR é inadmissível, quando, na verdade, o Edital do 5G permite expressamente o compartilhamento e a prestação de serviços por terceiros como forma válida de cumprir compromissos de abrangência e cobertura. A tese de que o Edital do 5G seria instrumento de política setorial que vedaria de maneira absoluta qualquer uso do espectro por operadora já existente, é irreconciliável com o próprio Edital do 5G.

74 Diante do exposto, **a WINITY e a TBRASIL requerem a essa ANATEL que reconheça a falta de fundamento, impertinência e intempestividade da manifestação da Associação NEO e do Parecer NEO e aprove os contratos de Exploração Industrial de Radiofrequências e de RAN Sharing celebrados entre WINITY e TBRASIL, podendo inclusive tal aprovação ser condicionada aos compromissos assumidos formalmente pelas Partes do processo, caso a ANATEL entenda pertinente tal condicionamento.**

75 Sendo o que cumpria para o momento, a WINITY e a TBRASIL se mantêm à inteira disposição para prestar eventuais esclarecimentos que porventura se fizerem necessários e aproveitam o ensejo para renovar seus protestos de elevada estima e consideração.

Nesses termos,
pedem deferimento.

De São Paulo para Brasília, em 14 de agosto de 2023.

DocuSigned by:
Eduardo Carnalhões
EE1434B08CD145F...

WINITY II TELECOM LTDA.

DocuSigned by:
Ana Capdeville Fogliano
F1341CDC26E3492...

TELEFÔNICA BRASIL S.A.