

## VOTO

1. Cuidam os autos de processo do tipo desestatização (DES) relacionado à licitação a ser conduzida pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) para a conferência de autorizações de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz associadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), também conhecido como serviço de telefonia móvel, destinadas à implementação de redes móveis de 5ª geração, ou seja, em tecnologia 5G.
2. As licitações realizadas pela Anatel para outorga de uso de radiofrequências são regidas pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei 9.472/1997, uma vez que a Lei Geral de Concessões, Lei 8.987/1995, não se aplica ao setor de telecomunicações brasileiro por expressa disposição do art. 210 da LGT.
3. Antes de passar ao exame da matéria, registro que tanto o Ministério das Comunicações quanto a Anatel foram ouvidos em oitiva e, após a emissão da proposta de mérito da SeinfraCOM, tiveram novamente a oportunidade de se manifestar sobre as mencionadas propostas.
4. O Ministério Público junto ao TCU, representado pelo Procurador Rodrigo Medeiros de Lima, também se manifestou nos autos, após a proposta de mérito da SeinfraCOM.
5. Além disso, conforme será melhor detalhado ao final deste voto, a análise desta licitação relativa ao edital do 5G foi precedida de amplo diálogo processual, por meio de inúmeras reuniões com o Ministério das Comunicações, com a Anatel e com vários interessados no setor de telecomunicações, tanto as empresas quanto as entidades civis representativas das respectivas categorias e atividades econômicas, inclusive por meio da realização de painel de referência.

**I - Aspectos gerais**

6. Como todas as licitações de espectro de frequência realizadas até hoje pela Anatel com base no art. 163 e no art. 164, inciso I, da LGT, essa licitação do 5G oferecerá lotes compostos por blocos de frequência, que são bens públicos utilizados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações para prestar, em regime de autorização, nos termos do art. 131 da LGT, serviços como telefonia móvel e banda larga móvel. Historicamente, a Anatel costuma impor aos licitantes vencedores, nos editais de licitação de frequência para telefonia móvel, compromissos de ampliação desse serviço de telefonia, nos termos do art. 135, caput e parágrafo único, e do art. 136, § 3º, da LGT.
7. Esta é a primeira licitação em que o prazo da outorga foi determinado em vinte anos, sendo que, até então, o máximo estabelecido pela Anatel em seus editais era de quinze anos. O leilão está dividido em dezenas de lotes nacionais e regionais, que podem ser subdivididos nas rodadas subsequentes, caso não sejam ofertados lances na primeira rodada da licitação (peça 101, p. 2). Há, ainda, compromissos de abrangência e de investimentos que estão associados aos lotes e devem ser executados pelas licitantes vencedoras. A frequência de 26 GHz, a seu turno, poderá ser associada à prestação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Essas informações estão dispostas na Tabela 1, elaborada pela SeinfraCom:

Frequências	Lotes da 1ª rodada	Rodadas em caso de ausência de proponente vencedora	Compromissos
700 MHz	Lote A1	2ª Rodada	4G em localidades

	1 bloco nacional 10 + 10 MHz	Lotes A2 a A5 - 4 Blocos Regionais 10 + 10 MHz	4G em trechos de rodovias
		<b>3ª Rodada</b>	
		Lotes A6 a A7 - 2 lotes nacionais 5+5 MHz	
		<b>4ª Rodada</b>	
		Lotes A8 a A15 - 8 lotes regionais 5+5 MHz	
<b>3,5 GHz</b>	Lotes B1 a B4 4 blocos nacionais de 80 MHz	2ª Rodada Lotes D1 a D32 32 blocos regionais de 20 MHz	<u>Somente Lotes B1 a B4:</u> a) Limpeza da Banda C (Parabólicas e serviço fixo por satélite) b) Construção de Redes Públicas: b.1) Sete infovias da Rede do Programa Amazônia Integrada e Sustentável (País) no Norte Conectado b.2) Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal
	Lotes C1 a C8 8 blocos regionais de 80 MHz		<u>Lotes B1 a B4 e C1 a C8:</u> a) Atendimento com <i>Backhaul</i> a 1.280 localidades b) Compromissos de cobertura com 5G <i>release 16</i> (padrão <i>stand alone</i> )
<b>2,3 GHz</b>	Lotes Tipo E e F 8 blocos regionais de 50 MHz e 8 blocos regionais de 40 MHz	Não tem	4G em localidades 4G em municípios
<b>26 GHz</b>	Lotes Tipo G, H, I e J 5 blocos nacionais e 21 blocos regionais de 400 MHz	2ª Rodada 10 blocos nacionais e 42 regionais de 200 MHz	Sem compromissos associados

8. Para cada faixa de frequência, a Anatel elaborou um estudo de precificação. No caso das frequências de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz, calculou-se o preço mínimo dos lotes nacionais como a diferença entre o valor presente líquido (VPL) de cada faixa de frequência e o valor dos respectivos compromissos exigidos. Por sua vez, os lotes regionalizados foram calculados a partir de uma ponderação dos valores dos lotes nacionais da mesma faixa de frequência.

9. Em relação à faixa de frequência de 26 GHz, a Anatel, diferentemente do que sempre fez nas licitações anteriores e também na presente licitação para as outras faixas, não utilizou a metodologia de fluxo de caixa, mas sim calculou o preço mínimo com base na média dos valores das licitações ocorridas na Austrália, Finlândia, Grécia, Tailândia e Taiwan. Outra exceção no tocante à faixa de frequência de 26 GHz é que, diversamente das demais faixas, o edital do 5G não impõe nenhum compromisso de abrangência ou de investimento para essa faixa, de modo que o preço mínimo não sofre nenhum desconto e corresponde a 100% da valoração da faixa feita pela Anatel. Os valores calculados para as faixas de frequência e os respectivos preços mínimos para o período de outorga de vinte anos estão na Tabela 2, elaborada pela SeinfraCom:

R\$ milhões

Faixa de frequência	VPL individual do lote nacional (a)	Valor dos compromissos (b)	Preço mínimo individual do lote nacional (a – b)	Quantidade de blocos nacionais licitados	VPL de todos os lotes (c)	Valor dos compromissos (d)	Preço mínimo de todos os lotes (c – d)
700 MHz	2.205,89	2.055,84	150,05	1,00	2.205,89	2.055,84	150,05
2,3 GHz (50MHz)	4.816,86	4.371,31	445,55	1,00	4.816,86	4.371,31	445,55
2,3 GHz (40MHz)	3.853,49	3.497,05	356,44	1,00	3.853,49	3.497,05	356,44
3,5 GHz (nacional)	5.710,65	5.371,72	338,93	4,00	22.842,60	21.486,88	1.355,72
3,5 GHz (regional)	5.710,65	5.668,83	41,82	1,00	5.710,65	5.668,83	41,82
26 GHz [2]	791,30	-	791,30	8,00	6.330,43	-	6.330,43
<b>Total</b>	<b>23.088,84</b>	<b>20.964,75</b>	<b>2.124,09</b>	<b>16,00</b>	<b>45.759,92</b>	<b>37.079,91</b>	<b>8.680,01</b>

Notas: [1] Os valores exibidos na tabela correspondem aos montantes calculados pela Anatel para cada faixa de frequência, que considera todos os lotes da licitação como se fossem nacionais e, posteriormente, aplica uma ponderação para obter os valores para cada lote regionalizado.

[2] O valor da faixa de frequência de 26 GHz foi calculado por *benchmarking*, e não por VPL.

Fonte: Elaboração própria com base nos estudos da licitação enviados pela Anatel (peça 230).

10. Observa-se que a Anatel avaliou o total das faixas de frequências licitadas no presente certame em R\$ 45,6 bilhões, sendo que, após serem descontados os valores dos compromissos exigidos pelo edital, o preço mínimo da soma de todos os lotes é R\$ 8,68 bilhões. Isso significa que o conjunto de compromissos está precificado em aproximadamente R\$ 37,1 bilhões. Registre-se que a obra da rede privativa de comunicação está valorada em R\$ 1,0 bilhão, a obra da rede do Programa Amazônia Integrada e Sustentável (PAIS), em R\$ 1,5 bilhão, e a limpeza da faixa de 3,5 GHz, em R\$ 4,1 bilhões. Logo, os demais compromissos do edital, relacionados à ampliação da abrangência dos serviços de telecomunicações, totalizam cerca de R\$ 30,5 bilhões.

11. A análise efetuada pela SeinfraCom foi realizada de acordo com as seguintes seções, que serão também utilizadas no presente voto para o exame da matéria:

## **II - Portarias de diretrizes ministeriais e edital da licitação do 5G aprovado pela Anatel**

12. O processo administrativo no âmbito da Anatel que culminou na aprovação da minuta de edital para a licitação do 5G foi iniciado em 7/2/2018 (peça 96, p. 1). Inicialmente contava com uma quantidade menor de faixas de frequências, mas ao longo do tempo foram sendo acrescentadas novas faixas, resultando no maior certame já realizado pela agência, tanto em valor das faixas, quanto na quantidade de espectro ofertada. Com o intuito de estabelecer diretrizes para essa licitação, o então MCTIC editou a Portaria 418/2020/MCTIC, de 31/1/2020 (peça 68), afirmando que a Anatel deveria estabelecer procedimentos para a limpeza da faixa de frequência de 3,5 GHz, além de considerar na elaboração da licitação, consoante art. 2º do referido normativo (peça 68, p. 1):

a) incentivo ao compartilhamento de infraestrutura ativa e passiva entre os prestadores, incluindo postes, torres, dutos e condutos;

b) estabelecimento de compromissos de abrangência, nos termos do Decreto 9.612/2018, incluindo: o atendimento com banda larga móvel em tecnologia 4G ou superior, para cidades, vilas, áreas urbanas isoladas e aglomerados rurais, que possuam população superior a 600 habitantes, de forma complementar a outras políticas públicas vigentes; a cobertura de rodovias federais com banda larga móvel; e redes de transporte de alta velocidade, preferencialmente em fibra óptica, para municípios ainda não atendidos;

c) definição de prazos para a ativação dos serviços nas faixas licitadas que, se não atendidos, possibilitem o uso da faixa por terceiros interessados, com garantias de proteção;

d) modelagem que viabilize a manutenção ou o aumento dos níveis atuais de competição;

e) modelos de outorga de faixa de frequências, em caráter primário ou secundário, para operações de serviços de telecomunicações de interesse restrito; e

f) instituição de mecanismos que assegurem o atendimento de assinantes visitantes entre as redes das diferentes operadoras (*roaming*).

13. Em 29/1/2021, o MC editou a Portaria 1.924/2021/SEI-MCOM (peça 25), que, em que pese ter revogado a Portaria 418/2020/MCTIC, manteve as diretrizes acima descritas, agora com maior detalhamento. Ainda, a nova portaria estabeleceu quatro diretrizes adicionais para o leilão do 5G (peça 25, p. 1-2):

a) estabelecimento de obrigação de implantação do Programa Amazônia Integrada e Sustentável (Pais), que compõe o Programa Norte Conectado;

b) estabelecimento de obrigação de implantação de uma Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal, nos termos do art. 12, inciso I, do Decreto 9.612/2018, de propriedade da União, composta por rede móvel, limitada ao território do Distrito Federal, e rede fixa para atendimento aos órgãos públicos federais, complementar à rede de governo existente;

c) incentivo à cobertura de áreas rurais desassistidas; e

d) incentivo à utilização de rede de acesso aberta, de modo a promover interoperabilidade entre os equipamentos de diversos fornecedores.

14. Em 25/2/2021, por meio do Acórdão 63/2021 (peça 20), o Conselho Diretor aprovou a versão final da minuta do edital do 5G e de seus 22 anexos (peça 101), que foram encaminhados ao Tribunal junto ao estudo de precificação das faixas de frequência do certame, em 22/3/2021.

15. Analisada a minuta do edital, a SeinfraCOM propõe a expedição de determinações, recomendações e ciência que passo a apreciar, individualmente, a seguir.

#### ***Cláusula 12.5 da minuta do edital do 5G (a.1)***

16. O item 12.5 da minuta do edital do 5G prevê a criação de um regime de outorga no qual as frequências que porventura não recebam propostas por ocasião do leilão do 5G possam ser adquiridas, em caráter primário, durante o prazo de dois anos, sem realização de nova licitação nem de chamamento público, para a primeira empresa que se manifestar, mesmo que não seja a única interessada.

17. A SeinfraCOM, após analisar a matéria, propôs a seguinte determinação à Anatel:

a.1) exclua a cláusula 12.5 da minuta de edital para que seja retirada a possibilidade de outorga de uso de radiofrequências sem licitação nem chamamento público, de lotes não arrematados no leilão, para a primeira empresa que se manifestar, mesmo

que não seja a única interessada, por afronta aos arts. 91, 92, 164 e 165 da LGT c/c o art. 86 da Resolução Anatel 65/1998, ao dever de motivação dos atos administrativos, previsto no art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999, e aos princípios da isonomia e da publicidade, previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, e da razoabilidade, da proporcionalidade e da impessoalidade, previstos no art. 38 da LGT;

18. Estou de acordo com o entendimento da SeinfraCOM no tocante à inviabilidade jurídica dessa cláusula 12.5 na sua redação atual, pelos mesmos fundamentos que indicou, mas, conforme se verá mais adiante, sustentarei um encaminhamento ligeiramente diverso para esse tema. Em síntese, os argumentos da SeinfraCOM com os quais estou de acordo são os seguintes, com os ajustes e acréscimos que fiz:

a) Ofensa aos arts. 91 e 92 da LGT que prevê apenas duas hipóteses de inexigibilidade de licitação de frequência, que são a inviabilidade de disputa por haver apenas um único interessado que pode realizar o serviço e a desnecessidade de disputa quando a exploração do do serviço pode ser realizada por todos os interessados, sendo que ambas hipóteses de inexigibilidade de licitação de frequência ficam condicionadas à realização prévia de chamamento público e ao respeito aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e contraditório, conforme texto expresso da lei com o seguinte teor:

Art. 91. A **licitação será inexigível** quando, **mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada** inviável ou desnecessária.

§ 1º Considera-se **inviável** a disputa quando **apenas um interessado puder realizar** o serviço, nas condições estipuladas.

§ 2º Considera-se **desnecessária** a disputa nos casos em que se admita a **exploração do serviço por todos os interessados** que atendam às condições requeridas.

§ 3º O procedimento para verificação da inexigibilidade compreenderá **chamamento público para apurar o número de interessados**.

Art. 92. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, a **outorga de concessão dependerá de procedimento administrativo** sujeito aos **princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e contraditório**, para verificar o preenchimento das **condições relativas às qualificações** técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, à regularidade fiscal e às garantias do contrato.

Parágrafo único. As **condições** deverão ser **compatíveis com o objeto e proporcionais** a sua natureza e dimensão. (sem grifos no original)

b) Contrariamente ao art. 91, *caput*, da LGT que trata da inexigibilidade como única hipótese para não ser realizado certame licitatório, a cláusula 12.5, cria, sem autorização legal, nova hipótese de inexigibilidade a ser aplicada quando a licitação é deserta, ou seja, em que não teve nenhuma proposta apresentada, como justificativa para afastar a obrigatoriedade de licitação.

c) A previsão da cláusula 12.5 de que a frequência será conferida para o primeiro interessado que se manifeste nos dois anos seguintes ao fim da licitação do 5G, mesmo que não seja o único, difere do conceito de chamamento público, em que todos os interessados podem se manifestar durante um intervalo de tempo pré-definido, idêntico a todos e com ampla publicidade. Consoante o art. 86, § 2º, da Resolução Anatel 65/1998, esse prazo deve ser de, no mínimo, dez dias. E, havendo mais de um interessado, há obrigatoriedade de realização de licitação, garantindo a isonomia e a publicidade do procedimento de outorga de frequência.

d) Ofensa aos princípios da impessoalidade, da transparência, da isonomia e da segurança

jurídica, tendo em vista que a cláusula 12.5 não traz todos os requisitos subjetivos e objetivos que deveriam constar de um chamamento público, consoante exigido pelo art. 86, § 2º, da Resolução Anatel 65/1998, de modo que não há como os potenciais interessados saberem quais critérios deverão atender para obter determinado lote de frequências diretamente, pois a Anatel poderá recusar a outorga para alguns interessados, mesmo que eles se manifestem primeiro, ao mesmo tempo em que a agência poderá outorgar frequências a outros interessados, já que os critérios de análise, julgamento e recusa não estão explicitamente previstos na referida cláusula.

e) Ofensa ao princípio da isonomia, já que empresas que não sejam capazes de atender aos requisitos de habilitação e participação na licitação do 5G seriam beneficiadas, ao terem a oportunidade de adquirir lotes de frequência por preço igual ou inferior (descontado o ágio) ao de outros lotes do certame logo após o término da licitação e com a vantagem de não terem a obrigatoriedade de cumprir os compromissos de investimento previstos no edital do 5G para o respectivo lote.

f) Ofensa ao princípio da isonomia, tendo em vista que o texto do item 12.5 restringe sua aplicação somente para os lotes que não recebam propostas, resultando em um tratamento não-isonômico com os lotes que não forem arrematados por causa de desclassificação da proposta ou do proponente.

g) Descumprimento do dever de motivação dos atos administrativos, previsto no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999, tendo em vista que a inclusão da cláusula 12.5 na minuta do edital de 5G não foi precedida da exposição da motivação exigida pela legislação e pelo Acórdão Anatel 565/2018, nem foram considerados e discutidos os impactos jurídicos e competitivos da proposta de outorgar frequências, por vinte anos e renováveis sucessivamente, sem licitação ou chamamento público, à margem da LGT.

h) Risco de o prazo de 24 meses após a licitação do 5G para manifestação de interesse ser incompatível com a dinamicidade do mercado de telecomunicações e com a necessária atualização periódica dos estudos de precificação das faixas de frequência, especialmente ao se considerar que, no caso da frequência de 26 GHz, valorada pela agência em R\$ 6,3 bilhões, trata-se da primeira frequência em ondas milimétricas disponibilizada no Brasil e, como afirmado no próprio estudo apresentado pela Anatel, há elevado grau de incerteza na precificação dessa faixa (peça 230, p. 210).

19. Em resposta à diligência realizada por este Tribunal, a Anatel esclareceu que a cláusula 12.5 tem origem em proposta que a área técnica apresentou ao Conselho Diretor no Informe 4/2016/SEI/SOR, com base em análise feita por uma empresa de consultoria contratada pela agência para avaliar diversos aspectos de todos os tipos de outorgas da Anatel e para sugerir melhorias. (peça 192, p. 25-26). A Anatel afirmou ainda que a referida cláusula foi motivada pela necessidade de “analisar soluções que possibilitem com maior constância o uso do espectro sem que se recorra a processos de licitação” (peça 192, p. 25).

20. Compartilho do entendimento da SeinfraCOM no sentido de que a Anatel não pode afastar as disposições da LGT e criar, por edital, novas regras de contratação, ao arrepio da legislação de regência, ainda que os motivos sejam nobres, com vistas a buscar maior celeridade. No entanto, acrescento que as contratações públicas, além da celeridade, devem respeitar também diversas regras e princípios previstos tanto na legislação ordinária quanto na Constituição Federal que têm a finalidade de garantir a lisura, a isonomia, a economicidade, a segurança jurídica e a transparência dessas contratações.

21. Portanto, estou de acordo com a proposta de determinação da SeinfraCOM, mas com os acréscimos que faço ao final, de modo que a redação fique com o seguinte teor:

- Determinar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU e no art. 4º, inciso I, da Resolução-



TCU 315/2020, que exclua a cláusula 12.5 da minuta de edital da licitação do 5G para que seja retirada a possibilidade de outorga de frequências sem licitação nem chamamento público para a primeira empresa que se manifestar, mesmo que não seja a única interessada, por afronta aos arts. 91, 92, 164 e 165 da LGT c/c o art. 86 da Resolução Anatel 65/1998, ao dever de motivação dos atos administrativos, previsto no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999, e aos princípios da isonomia e da publicidade, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e da razoabilidade, da proporcionalidade e da impessoalidade, previstos no art. 38 da LGT, sem prejuízo, no entanto, de que a Anatel estabeleça no edital regra que prestigie a celeridade das contratações relativas às frequências que porventura não recebam propostas por ocasião do leilão do 5G, em caráter primário, a exemplo da atualização do plano de negócios e da realização de chamamento público, respeitados os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, em especial as regras e princípios incidentes na espécie, e adotadas as medidas de mitigação dos riscos apontados no relatório e voto que fundamentam esta deliberação no tocante ao prazo após o leilão.

***Ausência de exigência de garantia de execução para os compromissos de obras sob responsabilidade da EAF (a.2)***

22. Na minuta do edital do 5G não há a exigência de garantia de execução para os compromissos que a Anatel atribuiu à execução conjunta das proponentes vencedoras, por meio da denominada Entidade Administradora da Faixa de 3,5 GHz (EAF), valorados em R\$ 6,6 bilhões, que são a limpeza da faixa de frequência de 3,5 GHz, implantação da rede privativa e implantação da rede de infovias do Programa Amazônia Integrada e Sustentável (Pais).

23. Impende destacar que, consoante exposto na seção VII.2 da instrução da SeinfraCOM, a referida unidade técnica entendeu pela ilegalidade da inclusão, na minuta do edital do 5G, da implantação da rede privativa e da rede de infovias do País. Por isso, a Secretaria esclareceu que a sua constatação diz respeito apenas à limpeza da faixa de 3,5 GHz, embora os mesmos dispositivos fossem aplicáveis a qualquer compromisso que a Anatel estabelecesse nesses moldes.

24. Para melhor compreensão desse assunto, faço um esclarecimento sobre a Entidade Administradora da Faixa de 3,5 GHz (EAF). Diante da complexidade e materialidade dos compromissos a serem assumidos pelos vencedores dos lotes na faixa de 3,5 GHz, a Anatel optou por um instrumento que já havia sido utilizado em uma licitação anterior, transferindo a responsabilidade pela execução desses projetos a uma entidade privada, a chamada Entidade Administradora da Faixa de 3,5 GHz (EAF).

25. Essa entidade privada, a ser constituída pelas proponentes vencedoras dos lotes B1 a B4 e D33 a D36, será responsável pela operacionalização de todos os procedimentos relativos aos seguintes compromissos (peça 101, p. 33):

- a. migração do sinal de televisão aberta e gratuita por meio de parabólicas na banda C para a banda Ku;
- b. desocupação da faixa de 3.625 MHz a 3.700 MHz pelo Serviço Fixo por Satélite (FSS);
- c. implantação do Programa Amazônia Integrada e Sustentável (Pais); e
- d. implantação da Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal.

26. Portanto, a ausência dessa exigência de garantia contraria o disposto nos arts. 89, inciso IV, e 136, § 2º, da LGT e arts. 14, inciso XIII, e 91, caput e § 2º, da Resolução Anatel 65/1998.

27. Questionada em oitiva (peça 116, p. 25-33), notificação de incompletudes (peça 124, p. 10-11) e diligência (peça 168, p. 16), a Anatel afirmou que “constam expressamente de seu Anexo II [da minuta do edital do 5G] campos para preenchimento do valor da garantia do compromisso de aporte” na EAF (peça 143, p. 8-9).

28. Após analisar os argumentos da Anatel, a unidade técnica concluiu que as atuais garantias a que a Anatel se refere em sua manifestação são relacionadas com o pagamento, por parte das licitantes vencedoras, do valor de R\$ 6,6 bilhões para a EAF até 31/1/2022, o que significa que essas garantias serão liberadas ainda nos primeiros meses de funcionamento da EAF, sem que seja possível assegurar a efetiva conclusão da migração e desocupação, que são os compromissos exigidos.

29. Por esses fundamentos, a SeinfraCOM propõe, e eu estou de acordo, determinar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e no art. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, que:

a.2) inclua no edital de licitação do 5G a exigência das garantias de execução para todos os compromissos de que trata o art. 136 da LGT, incluindo os que serão executados conjuntamente pelas proponentes vencedoras por intermédio da EAF, em cumprimento aos arts. 89, inciso IV, e 136, § 2º, da LGT e aos arts. 14, inciso XIII, e 91, caput e § 2º, da Resolução Anatel 65/1998;

***Ausência de verificação, durante a licitação, do atendimento à condição de participação referente à limitação do espectro adquirido (a.3)***

30. A minuta inicial do edital de licitação do 5G previa que o controle de espectro seria concomitante ao certame, sendo descrito no respectivo Anexo III, intitulado pela Anatel de “Condições de participação na licitação”. Porém, após a consulta pública da minuta do edital do 5G, a área técnica da agência alterou seu entendimento e destacou que tal controle deveria ocorrer após a definição do resultado do certame (peça 240, p. 4).

31. No entanto, na Resolução Anatel 703/2018, a agência define os limites máximos de quantidade de espectro de frequências que uma mesma empresa pode deter. Isso porque os arts. 157 e 159 da LGT estabelecem que esse bem público é um recurso limitado, administrado pela Anatel, que deverá considerar, ao definir destinação das faixas de frequência, o emprego racional e econômico do espectro, bem como as atribuições, distribuições e consignações existentes.

32. Nesse contexto, em todas as licitações voltadas à outorga de uso de radiofrequência da agência, é realizado um controle das quantidades de espectro detidas pelas proponentes, suas coligadas, controladas ou controladoras. Tal controle evita que uma empresa adquira mais lotes do que o permitido pela regulamentação vigente. Além disso, visa a impedir que um lote seja arrematado por uma proponente que já tenha ultrapassado seu limite de espectro e que terá que devolvê-lo, após finalizadas todas as etapas do certame.

33. A SeinfraCOM entende que a ausência de previsão no edital do leilão do 5G do controle prévio de espectro representa um risco de quebra da igualdade e de restrição injustificada da competição entre os interessados no certame, bem como um uso ineficiente do espectro, violando os arts. 38, 89, caput e inciso I, 127, incisos II e VII, e 136, § 2º, da LGT e arts. 8º e 9º, § 3º, da Resolução Anatel 65/1998, porque:

a) enquanto todas as demais condições de participação são exigidas dos licitantes durante a sessão de abertura e julgamento das propostas, o controle de limite de espectro está sujeito a regra



própria, com prazo maior do que a duração da sessão de abertura, análise e julgamento das propostas, sem uma justificativa devidamente motivada, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999;

b) no rito definido pela minuta do edital do 5G, após o julgamento das propostas e definição das proponentes vencedoras, e antes do término da sessão, a comissão de licitação realiza diversas definições juntamente com as proponentes vencedoras, como a “escolha de municípios, localidades e rodovias referentes a compromissos listados” no texto do instrumento convocatório, nos termos do item 8.9 da minuta do edital (peça 101, p. 13). Logo, eventual devolução de lotes após essa seção impactará diretamente nessas definições, podendo trazer prejuízos tanto para os municípios que deixarão de ser atendidos, quanto para as demais proponentes vencedoras que foram impossibilitadas de escolher essas cidades;

c) o Conselheiro Relator da Anatel destacou, em sua manifestação, a “relevância que as proponentes realizem por sua própria conta, apesar de tal ressalva não constar expressamente no Edital, controle minucioso em relação ao total de radiofrequência por elas detido, anteriormente à sessão” (peça 16, p. 14). Ou seja, reconheceu a importância do controle prévio, o que implica, necessariamente, em uma avaliação com relação às frequências que tais empresas detêm e quais pretendem devolver. Nesse contexto, se as empresas já sabem quais frequências pretendem disputar e quais desejam devolver, bem como se o limite regulamentar de frequências já é conhecido, não se vislumbra qual seria a justificativa para não se exigir, ainda durante a sessão de julgamento, que houvesse uma manifestação formal acerca de quais frequências tais empresas devolverão à Anatel;

d) tendo em vista que esse dispositivo permite que a eventual desistência de lotes do 5G possa ocorrer após o término da sessão de julgamento, os lotes que forem devolvidos não poderão ser recolocados em disputa, mesmo que tenha havido outros interessados durante a sessão. Além de reduzir a arrecadação da União, tal situação ocasiona o uso ineficiente do espectro, que ficaria ocioso mesmo tendo empresas habilitadas manifestado interesse durante licitação, o que representa desacordo com o art. 127, incisos II e VII, da LGT.

e) há ainda o risco de insegurança jurídica, caso esse dispositivo não seja operacionalizado pela Anatel e uma ou mais empresas deixem devolver as frequências excedentes, permanecendo acima do limite estabelecido pela regulamentação da agência. Isso poderia ocorrer, por exemplo, caso tal dispositivo fosse questionado administrativa ou judicialmente, uma vez que não há previsão legal para que a aferição das condições de participação de uma licitação e as eventuais consequências do seu descumprimento ocorram somente após o seu término, e não durante o certame.

34. Por essa razão, a SeinfraCOM propõe determinar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e no art. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, que:

a.3) altere o item 2 do Anexo III (Condições de participação na licitação) da minuta de edital da licitação do 5G, de modo a impedir que proponentes arrematem faixas de frequência além dos limites quantitativos previstos na regulamentação, tendo em vista que a redação atual abre espaço para quebra da igualdade e restrição injustificada da competição entre os interessados no certame, bem como uso ineficiente do espectro, violando os arts. 38, 89, *caput* e inciso I, 127, incisos II e VII, e 136, § 2º, da LGT e arts. 8º e 9º, § 3º, da Resolução Anatel 65/1998, c/c o art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999;

35. Na manifestação que apresentou à proposta de mérito da SeinfraCOM, a Anatel divergiu da determinação sob o seguinte argumento:

Caso a interessada fosse obrigada a renunciar a alguma autorização de uso de radiofrequências em momento anterior ao certame, essa porção do espectro ficaria sem uso por um período de tempo maior, em prejuízo ao uso eficiente desse recurso

escasso. Ainda mais grave, caso a interessada não se sagra-se vencedora no procedimento licitatório, seria penalizada pela participação, o que não se considera razoável. De outro lado, caso não quisesse se sujeitar ao risco, a empresa deixaria de participar do certame para o lote ou conjunto de lotes correspondente, reduzindo o potencial de disputa da faixa.

36. No entanto, conforme bem esclarecido pela SeinfraCOM, na análise que fez da manifestação da Anatel, a proposta de deliberação não visa a impor que o controle de espectro seja realizado antes do início da sessão de abertura das propostas, mas sim que ocorra após o julgamento das propostas, ou seja, antes do término da sessão de abertura de propostas e julgamento, a exemplo da previsão contida na minuta do edital do 5G relativamente a várias outras definições acerca dos lotes de frequências que também serão resolvidas nesse intervalo, qual seja, após a conclusão do julgamento, mas antes do término da sessão de julgamento.

37. Além disso, como bem observou a SeinfraCOM, historicamente, esse controle é efetuado pela Anatel “durante a sessão de abertura, análise e julgamento das Propostas de Preço e de abertura dos Documentos de Habilitação”, de modo a possibilitar que nenhum lote seja retirado do certame por uma empresa que não pode adquiri-lo. Assim, existiam cláusulas prevendo tal controle nessa etapa nos dois últimos editais de licitação de frequências para implantação do 4G, quais sejam, o edital das frequências de 2,5 GHz e 450 MHz, de 2012 (peça 249, p. 48-49), e o edital da frequência de 700 MHz, de 2014 (peça 250, p. 40).

38. O Ministério Público junto ao TCU, a seu turno, representado pelo Procurador Rodrigo Medeiros de Lima, se manifestou no sentido de que “o Colegiado, em vez de acatar a proposta inscrita no item ‘a.3’ da instrução de mérito (peça 294, p. 260), delibere no sentido de recomendar à Anatel que a verificação dos limites quantitativos de espectro e oportunidade de saneamento das situações em que houver acúmulo irregular de espectro aconteçam em momento posterior à definição da licitante vencedora e anterior ao término da sessão (adjudicação) – evitando, assim, os riscos e inconvenientes apontados pela unidade técnica”.

39. Acolho a sugestão do Ministério Público no sentido de deixar mais claro que o controle da quantidade de espectro deve ser efetuado pela Anatel “durante a sessão de abertura, análise e julgamento das Propostas de Preço e de abertura dos Documentos de Habilitação”, conforme, aliás, sustentado pela própria unidade técnica. Por outro lado, com as devidas vênias, entendo mais adequado manter a proposta da SeinfraCOM como determinação, em vez de convertê-la em recomendação, tendo em vista os fundamentos apontados pela unidade técnica.

40. Desse modo, acolho a proposta da SeinfraCOM, com alguns ajustes, inclusive o sugerido pelo Ministério Público, no sentido de determinar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e no art. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, que:

- altere o item 2 do Anexo III (Condições de participação na licitação) da minuta de edital da licitação do 5G, a fim de que o controle da quantidade de espectro seja efetuado durante a sessão de abertura, análise e julgamento das Propostas de Preço e de abertura dos Documentos de Habilitação, isto é, após o julgamento das propostas, mas antes do término da sessão de abertura de propostas e julgamento, a exemplo da previsão contida na minuta do edital do 5G relativamente a várias outras definições acerca dos lotes de frequências que também serão resolvidas nesse intervalo, e a exemplo do que constou do edital das frequências de 2,5 GHz e 450 MHz, de 2012, e do edital da frequência de 700 MHz, de 2014, tendo em vista que a redação atual abre espaço para quebra da igualdade e restrição injustificada da competição entre os interessados no certame, bem como uso ineficiente do espectro, violando os arts. 38, 89, *caput* e inciso I, 127, incisos II e VII, e 136, § 2º, da LGT e arts. 8º e 9º, § 3º, da

Resolução Anatel 65/1998, c/c o art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999;

***Previsão editalícia de desistência imotivada das proponentes vencedoras de lotes de 26 GHz após o término da fase de lances e sem sanções (b.10)***

41. No que concerne à previsão constante do item 8.7.4, “b”, do edital relativamente à desistência imotivada das proponentes vencedoras de lotes de 26 GHz após o término da fase de lances e sem sanções, a SeinfraCOM formulou proposta no sentido de recomendar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU e no art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que:

b.10) altere o item 8.7.4, “b”, da minuta de edital da licitação do 5G para que conste expressamente que a hipótese de desistência imotivada e sem sanções dos lotes de frequência de 26 GHz somente se aplica aos casos em que os lotes precisem se redistribuídos e não seja alcançado o consenso entre as proponentes vencedoras envolvidas, conforme manifestado pela Anatel, por risco de infringência ao disposto no art. 89, inciso IV da LGT e nos arts. 14, inciso XIII, e 41 da Resolução Anatel 65/1998;

42. Pelos fundamentos apresentados pela SeinfraCOM e transcritos na íntegra no relatório que antecede este voto, estou de acordo com a proposta da unidade técnica. Registro que a Anatel, ao se manifestar sobre essa proposta afirmou que “não há divergência entre o entendimento da Agência e os apontamentos feitos pela área técnica do TCU, entendendo-se que dar maior clareza ao item 8.7.4 da minuta de Edital contribuiria para sua adequada aplicabilidade”.

43. Em decorrência desse assunto e de considerações feitas pela Anatel, a SeinfraCOM propôs dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que:

d.1) a alteração significativa de cláusulas editalícias, capaz de afetar as propostas dos licitantes, ainda que feitas por meio das respostas aos pedidos de esclarecimentos de licitantes, sem a devida republicação do edital e reabertura de prazos para apresentação de propostas, infringe a jurisprudência do TCU, em especial os Acórdãos 658/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Aroldo Cedraz, 2.179/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Subs. Weder de Oliveira, 702/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e 1.608/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler;

44. A Anatel, em sua manifestação sobre essa proposta, asseverou que “acata o apontamento realizado pela área técnica do TCU e reforça que quaisquer alterações de cláusulas editalícias serão promovidas consoante o rito definido no Edital e na regulamentação da Agência”.

45. O Ministério Público junto ao TCU posicionou-se “pela desnecessidade da expedição de ciência à Anatel (item ‘d.1’ da proposta de encaminhamento, peça 294, p. 265)”, por entender que “o ajuste recomendado, a cuja proposta aderimos, não se convola em “modificação apta a impactar na formulação das propostas de licitantes da faixa de frequência de 26 GHz” (peça 294, p. 30), por não frustrar expectativas legítimas de potenciais interessados”.

46. Com as vênias de estilo ao Ministério Público, acolho a proposta da SeinfraCOM, por seus próprios fundamentos, com a qual aquiesceu a Anatel, conforme transcrito no relatório que antecede este voto. Ressalto que fiz pequeno ajuste na redação proposta pela unidade técnica, a fim de que conste do acórdão com o seguinte teor:

- dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a alteração significativa de cláusulas editalícias, capaz de afetar as

propostas dos licitantes, ainda que feitas por meio das respostas aos pedidos de esclarecimentos de licitantes, sem a devida republicação do edital e reabertura de prazos para apresentação de propostas, ofende os princípios da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, conforme reconhecido pela jurisprudência do TCU, em especial os Acórdãos 658/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Aroldo Cedraz, 2.179/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Subs. Weder de Oliveira, 702/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e 1.608/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler.

***Demais riscos relevantes e irregularidades (b.1; b.2; b.3)***

47. Ainda sobre o edital, a SeinfraCOM propôs recomendar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c no art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que:

b.1) aperfeiçoe o texto da minuta do edital do 5G com vistas a clarificar a destinação dos valores ofertados pelas proponentes vencedoras que excederem as obrigações adicionais estabelecidas pela Cláusula 8.8 e anexos correspondentes, nos termos dos arts. 48, § 1º, 89, inciso III, e 164, inciso I, da LGT, visando a evitar que, por divergências interpretativas, parcela do ágio do lance vencedor deixe de ser arrecadado à União ou de ser convertido em compromissos;

b.2) aprimore o texto do item 1.3.1 do Anexo III da minuta do edital do 5G para permitir a disputa e arrematação dos 32 lotes regionais do tipo D de frequência de 3,5 GHz pelas proponentes vencedoras dos lotes do tipo C na região correspondente, visando a manter isonomia entre os vencedores de lotes nacionais e regionais e contribuir para o uso eficiente do espectro, nos termos dos arts. 127, incisos VI e VII, e 159, *caput*, da LGT;

b.3) aperfeiçoe o texto do item 5.2.1.2 da minuta do edital e do item 2.1 do anexo IV-A da minuta do edital do 5G para indicar quais serão as providências e os critérios de priorização adotados caso o montante ofertado pelas proponentes vencedoras dos lotes nacionais da faixa de 3,5 GHz seja menor do que o valor total a ser transferido para a EAF, visando a evitar que a prestação de serviços de 5G seja afetada pela falta de recursos financeiros suficientes para realizar a limpeza da faixa de frequência, se um ou mais lotes nacionais da frequência de 3,5 GHz não forem arrematados, em atenção ao art. 135, parágrafo único, da LGT e ao art. 3º, § 2º, da Portaria 1.924/2021/MCOM.

48. A Anatel não contestou o teor dos itens b.1 e b.3, tendo, em relação ao b.1 afirmado que “a recomendação está alinhada à lógica prevista pela Anatel e o aprimoramento do texto do item 8.8 da minuta de Edital contribuirá para ampliar a segurança jurídica do certame” e, no tocante ao b.3, dito que “avaliará a possibilidade de aperfeiçoar o texto do item 5.2.1.2 da minuta do Edital e do item 2.1 do anexo IV-A da minuta de Edital”.

49. Em relação ao item b.2, a Anatel trouxe alguns argumentos novos em relação ao que já havia apresentado em resposta à oitiva, nos quais contestou, inicialmente, a recomendação, mas, ao final, afirmou que “não seria impraticável” atender à eventual deliberação do TCU no sentido de possibilitar que os adquirentes de lotes regionais possam disputar os 20 MHz do lote de sobras nacional, que seria dividido pelas respectivas regiões ainda como lotes do tipo D, embora tenha alegado que “essa alteração não é tão simples”.

50. A SeinfraCOM, ao analisar as considerações da Anatel, entendeu que apesar de a Anatel ter trazido novos argumentos cerca do tema, tais elementos não são capazes de descaracterizar as

evidências apontadas na instrução de mérito. No entanto, reconheceu que há, de fato, erro material na redação da respectiva proposta de deliberação, uma vez que faz referência a “32 lotes regionais do tipo D” quando na verdade deveria ser “lotes regionais do tipo D a serem originados a partir da regionalização de eventual lote nacional de 20 MHz que não receba proposta”. Ou seja, a proposta de deliberação visa a que o lote nacional de 20 MHz seja dividido nos respectivos lotes regionais de frequência de 3,5 GHz, de modo que essa eventual sobra de frequência possa ser disputada e arrematada durante o leilão do 5G por adquirentes de lotes regionais. Por essa razão, a unidade técnica retificou a redação desse item b.2, nos seguintes termos:

b.2) aprimore o texto do item 1.3.1 do Anexo III da minuta do edital do 5G e **dos demais dispositivos necessários** para permitir a disputa e arrematação, pelas proponentes vencedoras dos lotes do tipo C na região correspondente, de lotes regionais do tipo D de frequência de 3,5 GHz **a serem originados a partir da regionalização de eventual lote nacional de 20 MHz que não receba proposta**, visando a manter isonomia entre os vencedores de lotes nacionais e regionais e contribuir para o uso eficiente do espectro, nos termos dos arts. 127, incisos VI e VII, e 159, *caput*, da LGT;

51. O Ministério Público manifesta-se integralmente de acordo com as propostas da SeinfraCOM relativas aos itens b.2 e b.3 e parcialmente de acordo em relação ao item b.1, por entender que, neste último caso, a recomendação deve ser substituída por determinação, tendo em vista a constatação de risco concreto, visível e previsível, a demandar atuação preventiva do TCU.

52. Pelos fundamentos apresentados pela SeinfraCOM, acolho sua proposta relativamente aos três itens.

53. Quanto ao item b.1, mantenho na forma de recomendação, tendo em vista que, embora compartilhe da louvável preocupação externado pelo Ministério Público, a Anatel se manifestou pelo seu acolhimento, ao afirmar que “*a recomendação está alinhada à lógica prevista pela Anatel e o aprimoramento do texto do item 8.8 da minuta de Edital contribuirá para ampliar a segurança jurídica do certame*”, motivo pelo qual entendo desnecessária a conversão desse item em determinação.

54. No caso do item b.2, sobre o qual há alguma controvérsia, ressalto que se trata de recomendação e que a própria Anatel reconheceu a viabilidade de ser colocada em prática, ainda que com alguma dificuldade. Importante, de qualquer modo, lembrar que, por se tratar de recomendação, o jurisdicionado não tem a obrigação de implementá-la, mas lembro também que, em homenagem à transparência dos atos públicos e ao dever de motivação, é relevante consignar, formalmente, as devidas justificativas no caso de sua não implementação.

### **III - Da precificação da faixa de frequência de 26 GHz**

#### ***Definição dos preços mínimos de lotes regionais (a.4.2)***

55. O estudo de precificação da frequência de 26 GHz é o único neste certame no qual a agência não utilizou a metodologia de fluxo de caixa, mas sim um benchmarking internacional, sob justificativa de que se trata de uma faixa com pouca utilização mundial e que ainda não há modelos de negócio consolidados para a sua utilização, consoante exposto no referido estudo

56. No que tange à precificação do presente certame, o estudo elaborado pela Anatel e enviado ao TCU em 22/3/2021 (peça 64, p. 203) calculava o preço dos lotes nacionais de frequência de 26 GHz



a partir de uma média entre os valores das licitações de 26 GHz e de 28 GHz ocorridas em quatro localidades: Finlândia, Grécia, Tailândia e Taiwan e, posteriormente, foi incluído pela agência o valor da licitação da frequência de 26 GHz da Austrália.

57. Assim, para calcular o preço mínimo de um lote nacional, a Anatel dividiu os valores das licitações realizadas por Austrália, Finlândia, Grécia, Tailândia e Taiwan pelas respectivas populações e quantidades de espectro ofertadas em MHz, convertendo os montantes em moeda local para o dólar com a cotação do PPC OCDE (e não pela taxa de câmbio do mercado), obtendo o valor de MHz/POP em dólar para essas localidades. Ainda, foi feita a proporção de valores para igualar o período de vigência das outorgas, uma vez que a maioria das localidades fixa prazo inferior ao brasileiro.

58. Como decorrência, a agência obteve o valor de 0,00411 para o preço por MHz/Pop em dólares, que, por sua vez, foi multiplicado pela cotação de 2,311 reais, pela população brasileira e pelos 3.200 MHz de espectro de frequência que está sendo licitado nessa faixa, resultando no valor de R\$ 6,33 bilhões para os oito lotes nacionais.

59. Ou seja, o preço mínimo da frequência de 26 GHz é a média dos valores das licitações de cinco localidades, ponderada pela população e quantidade de espectro licitado, utilizando como taxa de câmbio o PPC OCDE, com exceção de Tailândia e Taiwan, nos quais a Anatel usa a cotação da taxa de câmbio de mercado.

60. A partir dessa metodologia, a Anatel calculou o valor de um lote nacional, multiplicando o valor de 0,00411 pelo tamanho de cada lote nacional, que é 400 MHz. Assim, obteve-se o montante de R\$ 791,3 milhões por lote de frequência de 26 GHz. Para obter o preço mínimo dos lotes regionais, a Anatel, com base no preço do lote nacional, utiliza a proporção de preço por quantidade de frequência (em MHz) por população para o Brasil (R\$/MHz/Pop) (peça 271).

61. A SeinfraCOM entende que a utilização desse critério não considera as características socioeconômicas e os níveis de desenvolvimento distintos das regiões de cada lote. Assim, não consegue refletir adequadamente o valor da faixa em cada região. Para a Secretaria, no caso da faixa de 26 GHz, a metodologia utilizada para precificação (benchmarking) é um limitador para essa análise. No entanto, a unidade técnica vislumbra o risco de que a precificação dos lotes regionais seja distorcida em função da utilização do mesmo critério para regionalização dos preços, que depende essencialmente da população de cada região, sem considerar os seus aspectos socioeconômicos.

62. Por essa razão, a SeinfraCOM propôs determinar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU c/c no art. 4º, inciso II, da Resolução-TCU 315/2020, que, antes de publicar o edital para a licitação do 5G:

a.4.2) utilize critério para definição dos preços mínimos de lotes regionais que reflita o valor justo da faixa e, caso necessário, realize a adequação dos compromissos de abrangência na região de prestação do serviço, consoante o art. 9º, § 7º, do Decreto 9.612/2018 e a jurisprudência do TCU, que preconiza a valoração do ativo pelo seu preço justo e real (a exemplo dos Acórdãos 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, entre outros).

63. Colhida a manifestação da Anatel sobre essa proposta, que a contestou, a SeinfraCOM manteve a sua proposta pelos seguintes motivos.

64. Em relação ao argumento da Anatel de que a precificação por meio de lotes regionais não seria capaz de absorver os efeitos de quando um entrante compra mais de um lote ou possui operação em mais áreas do que naquelas em que venceu a licitação, pois os efeitos de ganhos de operações maiores não são capturados quando o cálculo é feito de maneira desagregada, a SeinfraCOM discorda



por entender que os lotes regionais devem ser precificados individualmente, de acordo com suas próprias características, ainda que possam ocorrer ganhos de escala para prestadoras que adquiram mais de um lote, pois, do contrário, se estaria precificando ganhos de escala que podem não ser materializados, e o valor regional não refletiria o seu valor justo conforme preconiza a jurisprudência do TCU.

65. Para a SeinfraCOM, ainda que o cálculo desagregado dos municípios por meio de proxies a partir de dados nacionais não seja a melhor prática, conforme argumentado pela agência, a própria Anatel o utiliza, tanto historicamente, quanto no estudo de precificação das faixas deste edital do 5G, de forma que não se justifica a resistência da agência em utilizar o mesmo método agora, a fim de comparar os valores dos lotes regionais.

66. Conclui a unidade técnica que frente às distorções identificadas nos preços dos lotes regionais, que não refletem a atratividade econômica de cada região, como a própria agência reconhece, a proposta de deliberação deve ser mantida, mesmo porque não se pretende determinar a forma com que a agência deve realizar o cálculo, apenas que esse seja realizado com critério que reflita o valor justo da faixa em cada região.

67. Com as devidas vênias da SeinfraCOM, deixo de acolher essa proposta de determinação, por entender que se trata de assunto envolto em substanciais incertezas no tocante às fontes de informação e que, conseqüentemente, comporta também mais de uma solução, a depender de cada caso concreto e de suas respectivas circunstâncias, conforme demonstrado pela Anatel na sua manifestação sobre a proposta de mérito da unidade técnica, da qual destaco os seguintes trechos que bem demonstro a controvérsia sobre o tema:

3.92. Não há dúvidas de que os valores obtidos quando do cálculo individual dos lotes em comparação com a divisão do valor nacional por meio da proporção R\$/MHz/Pop serão diferentes. A Anatel, em resposta apresentada para a SeinfraCOM por meio do Informe nº 81/2021/PRRE/SPR reconheceu que esse resultado já era conhecido e que a opção pela precificação por meio do coeficiente R\$/MHz/Pop tinha sido escolhida por outro motivo. Vejamos:

3.248. Desse modo, o resultado econômico da precificação não é o mesmo do lote nacional quanto tomados lotes regionais precificados independentemente. Quando se faz a precificação pelo lote nacional parte-se de uma mesma base para todas as divisões, garantindo que o preço da faixa de radiofrequência é o mesmo para todos. Assim, no cenário em que uma empresa compra todos os lotes regionais, economicamente, ela está percebendo os mesmos efeitos que uma empresa que compra o lote nacional, necessitando deter o mesmo poder de compra e sob as mesmas perspectivas. Entende-se que essa perspectiva é mais valiosa para o Estado do que uma eventual/suposta acuraria de se fazer uma consolidação regional.

3.93. Nesse caso, a premissa de precificação das regiões está dando prioridade a um princípio dentre outros: a isonomia de precificação de cada uma das faixas, vez que elas levariam em conta distintos fatores entre si cuja asserção não é garantida e cujo impacto gera distintas precificações para uma mesma faixa vendida em um mesmo certame. Esse princípio foi escolhido como prioritário porque existem incertezas em ambos os cenários e as projeções individuais para os municípios não são tão acurados, conforme informado no Informe nº 81/2021/PRRE/SPR:

3.245. A maior parte dos dados regionalizados possui curto histórico, de modo que os dados nacionais, cujo histórico é mais longo e cuja obtenção mais consolidada, são mais precisos. Dessa forma, considera-se mais prudente

trabalhar com os dados nacionais porque, no todo, qualquer discrepância entre regiões acaba sendo corrigida. A utilização dessas bases e, portanto, a realização do cálculo para o cenário nacional garantiria uma maior harmonização com o comportamento que se observa no mercado brasileiro como um todo, sem carregar impropriedades, vieses ou erros que eventualmente podem surgir em algumas premissas das séries desagregadas.

3.246. Foi opção da Anatel, em muitos casos, se utilizar de valores nacionais em detrimento dos regionais com vistas a dirimir possíveis inconsistências na apuração dos indicadores e se utilizar daqueles nos quais se possui maior confiança. Alterar tal utilização para uma opção regionalizada é um cenário cujo impacto não é possível de medir de antemão e cujo retrabalho é expressivo. A maior parte dos dados e métodos utilizados pela Anatel nos cálculos não está preparada para utilizar dados regionalizados/municipalizados de maneira direta, tendo em conta a opção explicada acima. Preparar métodos e leituras de dados individualizados requereria um esforço para o qual não se vislumbra garantia de benefícios, nem maior precisão.

3.247. Tudo isso implica no fato de que a regionalização do cálculo não necessariamente corresponderia a um resultado mais preciso para cada uma das regiões. Adicionalmente, a compensação tributária também é um fator que incide de maneira distinta quando aplicada no fluxo de caixa de uma operação nacional ou em fluxos de caixas regionais.

(...)

3.98. É preciso também destacar que a precificação de pedaços de faixas de espectro por meio de um valor médio em R\$/MHz/Pop a partir de um valor nacional já é costumeiramente utilizada pela Anatel para realizar cálculos do tipo. Essa modalidade de cálculo já foi, inclusive, aprovada pelo Tribunal de Contas em diversas outras licitações realizadas pela Anatel (vide Acórdãos nº 2222/2012-TCU-Plenário e nº 3238/2013-TCU-Plenário, referentes ao Edital nº 004/2012/PVCP/SPV-Anatel e Acórdãos nº 2301/2014-TCU-Plenário e nº 1729/2016-TCU-Plenário, referentes ao Edital nº 002/2014-SOR/SPR/CD-Anatel). Para o caso atual, esta metodologia foi inclusive objeto de Consulta Pública nº 9/2020 e apenas uma empresa apresentou uma contribuição no sentido de se fazer a precificação por meio de VPL regionalizado, mas sem informar quais bases de dados seriam mais adequadas para tal feito.

3.99. Essa mesma metodologia de divisão pelo valor do R\$/MHz/Pop é tradicionalmente utilizada em todo o mundo para divisão de valores de lotes em precificações.

3.100. Faz-se necessário destacar que para proceder com a individualização dos cálculos, não seria possível realizar o procedimento adotado pela SeinfraCOM, pelos motivos já abordados acima. Seria necessário evoluir a ferramenta de cálculo para incluir informações individualizadas dos municípios e regiões e, ainda mais desafiador, ajustar inúmeros dados de entrada que, atualmente, são calculados para os municípios por meio de *proxies* e que devem ser tomados de maneira direta em caso de individualização do cálculo.

3.101. Entendemos que seria possível alcançar um meio termo na distribuição dos valores regionais, em atenção ao ponto levantado pela SeinfraCOM, pelo emprego de um fator que também pondere o PIB per capita das regiões, de maneira a adicionar

ao coeficiente do R\$/MHz/Pop um componente de viés da atratividade econômica de cada região, mas, ainda assim, manter-se-ia os benefícios de utilizar dos melhores dados disponíveis e de capturar os efeitos de isonomia com o lote nacional e de operações que ocorrerão em mais de uma região concomitantemente.

3.102. Finalmente, a Anatel vem trabalhando no aprimoramento de suas bases de dados e na revisão do Modelo de Custos Bottom-Up, com apoio da consultoria da Axon Partners Group, oportunidade na qual será possível trabalhar com mais atenção em uma maior e melhor especificação dos dados segregados em granularidade municipal ou regional.

3.103. Dessa forma, solicitamos que, se for da melhor avaliação do Tribunal de Contas propor que os cálculos sejam realizados em granularidade regional ou municipal, com dados sendo obtidos de maneira direta, que essa tarefa fique como recomendação para as próximas precificações.

68. Portanto, dadas as dificuldades e incertezas apontadas pela Anatel, assim como as controvérsias sobre o tema, que admite soluções distintas para situações distintas, desde que devidamente justificadas, entendo que, neste caso concreto, a solução adotada pela Anatel está suficientemente justificada, ainda que possa não vir a ser aquela considerada ideal pela SeinfraCOM. Acrescento que, no presente caso, deve esta Corte de Contas adotar a autocontenção e prestigiar a deferência ao órgão regulador na opção escolhida, tendo em vista a razoabilidade da aludida escolha em relação especificamente às circunstâncias da presente licitação.

69. Pelas mesmas razões acima indicadas, deixo de fazer uso da possibilidade cogitada pela Anatel no sentido de expedir recomendação àquela agência no sentido de que “os cálculos sejam realizados em granularidade regional ou municipal, com dados sendo obtidos de maneira direta”, pois entendo, como disse, que se trata de providência a ser avaliada e devidamente justificada em cada caso concreto.

#### ***Tipo de taxa de conversão do dólar para as moedas locais no estudo de precificação da faixa de frequência de 26 GHz (a.4.5)***

70. Em relação ao tipo de taxa de conversão do dólar para as moedas locais no estudo de precificação da faixa de frequência de 26 GHz, a SeinfraCOM, pelas razões bem expostas e que foram reproduzidas na íntegra no relatório que antecede este voto, propõe determinar à Anatel que:

a.4.5) utilize o mesmo tipo de taxa de conversão do dólar para as moedas locais no estudo de precificação da faixa de frequência de 26 GHz, a exemplo das estimativas de paridade de poder de compra (PPC) divulgadas pelo FMI e da taxa de câmbio de mercado, tendo em vista que a ausência de estimativas, no estudo, quanto à PPC para Tailândia e Taiwan amplia as distorções da precificação e acarreta um risco de dano ao erário por subestimação do preço mínimo em, pelo menos, R\$ 2,12 bilhões, afrontando o dever de justa precificação dos ativos licitados nas desestatizações, consoante jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, e 2.212/2006-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e Decisões 849/2002, de relatoria do Min. Valmir Campelo, 230/2001, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e 319/2000, de relatoria do Min. Bento Bugarin;

71. A Anatel, em sua manifestação sobre essa proposta de encaminhamento, não a contestou e

informou que “diante da identificação de valores mais recentes para as variáveis do cálculo empreendido, bem como da integralidade do rol em termos dos países avaliados, as respectivas contas serão atualizadas com base nas estimativas de paridade de poder de compra (PPC) divulgadas pelo FMI”.

72. Também estou de acordo com a proposta da SeinfraCOM, pelos fundamentos indicados pela unidade técnica em sua instrução e reproduzidos no relatório que antecede este voto.

***Elaboração de estudos de precificação de outorga de autorização de uso de frequência (d.7)***

73. Em relação à elaboração de estudos de precificação de outorga de autorização de uso de frequência, incluindo as ondas milimétricas, a SeinfraCOM, pelas razões bem expostas e que foram reproduzidas na íntegra no relatório que antecede este voto, propõe dar ciência à Anatel que:

d.7) a elaboração de estudos de precificação de outorga de autorização de uso de frequência, incluindo as ondas milimétricas, que não sejam robustos e fidedignos, contendo fragilidades e irregularidades como as identificadas no estudo de precificação da frequência de 26 GHz, configura violação da metodologia preconizada pela jurisprudência do TCU, consoante disposto nos Acórdãos 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, e 2.212/2006-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e Decisões 849/2002, de relatoria do Min. Valmir Campelo, 230/2001, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e 319/2000, de relatoria do Min. Bento Bugarin.

74. Em sua manifestação sobre a proposta da SeinfraCOM, a Anatel fez as seguintes ponderações que cumpre reproduzir:

3.317. Na esteira da proposta, cabe reforçar a percepção da Agência quanto à validade plena da utilização de benchmarkings enquanto ferramental consagrado em processos de precificação em geral, e, no caso concreto, a opção mais adequada. Não por acaso, verifica-se a adoção generalizada do método nos leilões de radiofrequências milimétricas levados a cabo na cena internacional. Exatamente a persecução dos atributos de robustez e fidedignidade na valoração do recurso vem orientando tal preferência entre reguladores, de modo a despontar, conforme mapeamento empreendido pela ANATEL, como opção de precificação em mais de três quartos da amostra de países.

3.318. O estudo da metodologia de precificação proposta pela Agência discorre sobre o tema como segue: “Em linha com a União Internacional de Telecomunicações – UIT, a precificação do espectro pode ser efetivada por meio de diversas metodologias, igualmente válidas, como a realização de “concursos de beleza”, a cessão a taxas administrativas, a comparação de valores e a estimação de planos de negócios; cabendo ao regulador, na análise do caso concreto, selecionar aquela mais adequada. Como se observa do mapeamento de estratégias internacionais elencado anteriormente, os países exercem tal autonomia de modo marcante, sendo diversa a lista dos métodos adotados contexto a contexto”.

3.319. Verifica-se da abordagem que o arcabouço instrumental para estimativas não se resume à projeção do Valor Presente Líquido atrelada à exploração da faixa, como efetivado na precificação das demais faixas em licitação, senão que a metodologia se

insere em um rol de possibilidades, igualmente funcionais.

75. Concordo, na essência com as colocações da Anatel, por reconhecer certa margem dentro da qual o órgão regulador pode adotar soluções diversas e razoáveis, desde que devidamente justificadas. Exatamente por essa razão, entendo que as pertinentes análises feitas pela SeinfraCOM não caracterizam, neste caso, irregularidades que justifiquem uma decisão mais invasiva deste Tribunal.

76. No entanto, não posso deixar de reconhecer que a análise da SeinfraCOM apontou importantes questões que precisam ser consideradas pela Anatel em futuros editais, a fim de minimizar os riscos identificados pela unidade técnica, inclusive quanto ao modo de usar benchmarkings. Por esses fundamentos, acolho a proposta da SeinfraCOM, mas na forma de recomendação, a fim de que passe a constar com a seguinte redação:

- recomendar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que, na elaboração de estudos de precificação de outorga de autorização de uso de frequência, incluindo as ondas milimétricas, adote critérios que sejam robustos e fidedignos, atentando para os riscos e fragilidades identificados no estudo de precificação da frequência de 26 GHz, conforme descrito no relatório e voto que fundamentam esta deliberação, e nos termos da jurisprudência do TCU, consoante disposto nos Acórdãos 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, e 2.212/2006-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e Decisões 849/2002, de relatoria do Min. Valmir Campelo, 230/2001, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e 319/2000, de relatoria do Min. Bento Bugarin.

#### **IV - Análise da precificação das faixas de frequência de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz**

##### ***Preços mínimos dos lotes regionais para as faixas de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz (a.4.2)***

77. A SeinfraCOM aplica a este tema a mesma proposta de encaminhamento que fez relativamente aos preços mínimos da faixa de frequência de 26 GHz, no sentido de determinar à Anatel que:

a.4.2) utilize critério para definição dos preços mínimos de lotes regionais que reflita o valor justo da faixa e, caso necessário, realize a adequação dos compromissos de abrangência na região de prestação do serviço, consoante o art. 9º, § 7º, do Decreto 9.612/2018 e a jurisprudência do TCU, que preconiza a valoração do ativo pelo seu preço justo e real (a exemplo dos Acórdãos 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, entre outros).

78. Sobre o assunto apresentei detalhada análise anteriormente neste voto, quando tratei dos preços mínimos dos lotes regionais para a faixa de frequência de 26 GHz, oportunidade na qual expus os fundamentos pelos quais deixei de acolher essa proposta de determinação. Portanto, aplica-se neste ponto a mesma razão.



***Valor da taxa de depreciação utilizado para as torres e os cabos de fibra óptica na modelagem de fluxo de caixa para todas as faixas de frequência (a.4.1)***

79. A SeinfraCOM, em sua instrução, integralmente transcrita no relatório que antecede este voto, entendeu que a Anatel utilizou valores equivocados de depreciação para as torres metálicas e para os cabos de fibra óptica, considerados necessários na exploração das faixas de frequência a serem leiloadas. Por conseguinte, segundo a unidade técnica, o estudo de precificação das outorgas do edital do 5G apresentaria, como resultado, um nível de investimentos substancialmente superior ao necessário caso tivessem sido empregadas as normas e a literatura acadêmica predominante no setor.

80. Desse modo, a SeinfraCOM propõe determinar à Anatel que:

a.4.1) promova as devidas correções nos valores adotados de vida útil dos cabos de fibra óptica e das torres metálicas em sua modelagem, vez que a situação constatada afronta a jurisprudência do TCU, de que se deve ter a justa precificação dos ativos licitados nas desestatizações, a exemplo dos Acórdãos 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, e 2.212/2006-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e Decisões 849/2002, de relatoria do Min. Valmir Campelo, 230/2001, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e 319/2000, de relatoria do Min. Bento Bugarin.

81. Após analisar a manifestação da Anatel sobre essa proposta, que a contestou por diversos motivos de ordem técnica, a SeinfraCOM reconheceu haver erro material na redação original. Por essa razão, retificou a redação, que passou a ser a seguinte:

a.4.1. promova as devidas correções nos valores adotados de vida útil dos **ativos de infraestrutura (estações) e dos equipamentos de transmissão (backhaul)** em sua modelagem de precificação das faixas de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz;

82. O Ministério Público junto ao TCU se manifestou de acordo com a proposta da SeinfraCOM, já com a nova redação.

83. Importante reproduzir a observação da SeinfraCOM sobre a sua proposta de encaminhamento. Disse a unidade técnica o seguinte: “merece destaque o fato de que não é feito, no texto da proposta de encaminhamento, nenhuma especificação quanto aos valores que devem ser empregados ou mesmo à metodologia de cálculo. Propõe-se, tão somente, que os valores atualmente utilizados sejam revistos, haja vista as distorções constatadas em decorrência das simplificações utilizadas”.

84. Ressalto que as objeções trazidas pela Anatel a essa proposta de encaminhamento da SeinfraCOM foram muitas e não haviam sido apresentadas até então a este Tribunal, nem na resposta que forneceu à oitiva nem nas diversas reuniões que foram realizadas com a equipe técnica e o gabinete deste relator. Nesta oportunidade a contestação da Anatel foi elaborada em três frentes, intituladas: problemas de escopo, problemas de adequação com a prática contábil das empresas de telecomunicações e falta de aderência com os processos de editais ou outras precificações já auditadas pelo Tribunal.

85. Deixo, porém, de detalhar neste voto os aspectos técnicos levantados pela Anatel e com base nos quais diverge da proposta da SeinfraCOM, para, em vez disso, reproduzir o seguinte trecho de sua manifestação que me parece trazer subsídios suficientes para o deslinde da matéria:

3.73. A Anatel entende ser importante a manutenção da coerência com editais passados já realizados pela Agência e com recentes instrumentos de precificação



analisados pelo TCU.

3.74. Anteriormente, nos editais do 3G, 4G - 2,5 GHz e 4G – 700 MHz, a Anatel utilizou um valor comum de depreciação de 5 anos para qualquer item de Capex e o TCU aprovou esses cálculos.

3.75. Da mesma forma, quando do cálculo dos valores do TAC Algar e do TAC Tim, a Anatel também utilizou um valor de depreciação comum de 5 anos, objeto de acompanhamento pelos TCs 038.359/2019-7 (TAC Tim) e 038.355/2019-1 (Algar).

3.76. Subsequentemente, com a realização de evoluções no modelo de precificação de forma a deixá-lo mais completo, passou-se a segregar os itens de Capex de maneira mais detalhada e a se utilizar de referências mais específicas para a depreciação.

3.77. Dessa forma, o modelo de precificação do edital do 5G inaugura uma nova fase dos modelos de precificação da Agência, tornando-os mais completos.

3.78. Nesse sentido, entendemos que os valores utilizados atualmente já trazem maior confiabilidade nos valores dos VPLs se comparados com aquilo que o Tribunal já tinha validado no passado.

3.79. Isso aponta para a direção de que a Anatel tem se esforçado em tornar os mecanismos de precificação mais aderente às realidades do setor, e que o esforço atual já é suficiente para conferir maior robustez no processo.

3.80. Salientamos que as opções escolhidas pela Agência para a depreciação das estações e do backhaul são as mais adequadas para este momento, e que uma maior especificação por meio da desagregação do conjunto estações e backhaul poderá ser realizada em outras oportunidades, mas é inviável de se implementar no momento atual da precificação do edital do 5G.

3.81. Tendo em vista que esse tema não havia sido motivo de recomendação anterior do Tribunal, entendemos que a iniciativa particular da Anatel já se configura como suficientemente robusta para o estado atual de andamento do processo de precificação no Brasil. Inclusive, a Anatel é referência para diversos países no que diz respeito à esse tipo de precificação de negócios e infraestrutura de telecomunicações, tendo seus técnicos sido escolhidos pela UIT para produzir o material de referência no assunto: “ICT infrastructure business planning toolkit”. Ou seja, a área técnica da Anatel é reconhecida internacionalmente como referência de alto nível no assunto, equivalente ao bojo de literatura citado pela SeinfraCOM como literatura especializada na área, produzida pela UIT.

3.82. Complementarmente, informamos que se encontra vigente o trabalho da consultoria Axon Partners Group para revisão do Modelo de Custos Bohom-Up da Anatel, oportunidade na qual será possível trabalhar com mais atenção em uma maior e melhor especificação dos itens de Capex, inclusive com respeito aos valores de depreciação mais adequados para um maior nível de detalhamento de itens de infraestrutura.

3.83. Solicitamos, portanto, que se for da melhor avaliação do Tribunal de Contas propor um maior detalhamento dos itens de Capex, inclusive no que diz respeito aos valores de depreciação, que essa tarefa seja considerada como opção de recomendação para as próximas precificações.

86. Destaco, portanto, três questões desse trecho da manifestação da Anatel: primeira, aquele

órgão regulador sempre procedeu dessa maneira e, até então, o TCU não havia oposto qualquer objeção; segunda, é inviável implementar no momento atual da precificação do edital do 5G uma maior especificação por meio da desagregação do conjunto estações e backhaul, o que poderá ser feito em outras oportunidades; terceira, a Anatel tem adotado providências para aperfeiçoar o atual modelo, o que demonstra reconhecer a existência de oportunidades de melhoria.

87. Por esses motivos, entendo que a determinação proposta pela SeinfraCOM deve ser convertida em recomendação, com ajustes de redação, a fim de que passe a constar da seguinte forma:

- recomendar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que, para as próximas precificações de outorga de uso de espectro, aperfeiçoe o cálculo da depreciação, tendo em vista as análises constantes do relatório que fundamenta esta deliberação, a fim de aplicar a justa precificação dos ativos licitados nas desestatizações, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, e 2.212/2006-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e Decisões 849/2002, de relatoria do Min. Valmir Campelo, 230/2001, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e 319/2000, de relatoria do Min. Bento Bugarin.

***Sobreposição de investimentos para atendimento aos compromissos de abrangência por todas as proponentes vencedoras dos lotes nacionais (a.9)***

88. No tocante à sobreposição de investimentos para atendimento aos compromissos de abrangência por todas as proponentes vencedoras dos lotes nacionais a SeinfraCOM propõe determinar à Anatel que:

a.9) adote medidas a fim de corrigir a identificada distorção no direcionamento dos compromissos do item 7.4 do Anexo IV da minuta de edital para a faixa de 3,5 GHz, qual seja, imputar a todas as proponentes vencedoras dos lotes nacionais a mesma obrigação de atendimento de todos os municípios cuja operação foi considerada economicamente inviável, sem uma distribuição dessa obrigação entre as operadoras, gerando a sobreposição de investimentos da ordem de R\$ 13,5 bilhões em recursos da União, gastos de modo ineficiente e sem um retorno proporcional identificado para os interesses dos usuários.

89. O Ministério Público junto ao TCU se manifestou de acordo com a proposta da unidade técnica.

90. Entendo que a SeinfraCOM está certa quando afirma que a sobreposição de investimentos implica uma arrecadação menor de recursos da União. Não obstante, deixo de acolher a proposta de determinação, por concordar com a Anatel quando afirma que este assunto é uma questão regulatória, da competência da agência e do Poder Executivo. Acrescento, ainda, que o presente leilão do 5G é declaradamente não arrecadatória, o que significa dizer que a arrecadação não é prioridade nesta licitação. Para maior clareza, reproduzo, abaixo, trecho da manifestação da Anatel sobre a proposta da SeinfraCOM:

3.130. Os aspectos apontados na análise da área técnica do TCU, ainda que pautados pela legítima preocupação quanto ao bom uso de recursos públicos, adentram intrinsecamente na atividade regulatória da Anatel e nas competências do Poder Executivo de direcionar as políticas públicas do setor de telecomunicações.

3.131. Sobre a questão, nos termos expostos nos itens 3.230 a 3.232 do Informe nº 81/2021/PRRE/SPR, elaborado em atendimento à diligência do Tribunal constante do Ofício nº 29464/2021-TCU/Seproc, tem-se que a opção pela sobreposição do compromisso de instalação de ERBs 5G em todos os municípios do país decorre da estratégia de acelerar a implantação de redes móveis de 5ª geração no Brasil, ainda que potencialmente para o atendimento, no início, de nichos de mercado em áreas pouco atrativas, antecipando-se modelos de negócios híbridos que envolvam a combinação de aplicações 5G com serviços baseados em outras tecnologias. Deve-se destacar que essa modelagem privilegia, também, a busca por competição no setor de telecomunicações, diretriz estampada na própria LGT.

(...)

3.134. O ponto é que o estabelecimento de compromissos de investimentos decorre das necessidades e anseios da sociedade identificadas pelo Estado, cabendo ao formulador da política pública e ao órgão regulador o melhor juízo de valor quanto à relação custo-benefício da obrigação vis-à-vis os valores que deixarão de ser arrecadados no processo de outorga.

3.135. Tal situação não necessariamente acarreta menor recolhimento de valores ao Poder Público no médio prazo, destacando-se, no caso do 5G, o potencial arrecadatório decorrente do desenvolvimento de novas funcionalidades, novos serviços e novos negócios.

3.136. Além desses elementos, cumpre por fim mencionar que eventual alteração na atual lógica do compromisso de implantação de ERBs 5G nos municípios com população superior a 30 mil habitantes nesta etapa do processo tem o condão de trazer um impacto substancial ao desenvolvimento da licitação, considerando a reavaliação de obrigações e a rediscussão da premissa de realização de um certame não arrecadatório.

91. Portanto, como disse, por entender que se trata de uma questão eminentemente regulatória, não deve o TCU intervir nas escolhas do regulador, ainda que se trate de escolha que implica menor arrecadação, o que se justifica, no presente caso, pela circunstância de se tratar de uma licitação não arrecadatória. Desse modo, com as vênias de estilo, deixo de acolher a proposta de determinação formulada pela SeinfraCOM.

***Ausência de correspondência entre o estudo de precificação e os compromissos descritos no item 7.6 do Anexo IV da minuta de edital para municípios menores que 30.000 habitantes (a.4.3)***

92. Sobre a ausência de correspondência entre o estudo de precificação e os compromissos descritos no item 7.6 do Anexo IV da minuta de edital para municípios menores que 30.000 habitantes, a SeinfraCOM propôs determinar à Anatel que:

a.4.3) reveja o cálculo do item 7.13 do estudo de precificação, associado aos compromissos de abrangência estabelecidos no item 7.6 do Anexo IV da minuta de edital aprovada, de modo a refletir a exata medida das obrigações imposta às operadoras vencedoras no texto do edital; ou, alternativamente, promova a alteração dos compromissos de abrangência definidos no item 7.6 do Anexo IV da minuta de edital, para que reflitam o valor calculado para as obrigações no estudo de precificação, submetendo-se a alteração à nova aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel.

93. A Anatel acolheu o achado e entendeu ser possível promover a alteração proposta. Fez, contudo, ressalva, argumentando que essa modificação ampliará a carga regulatória a que as prestadoras regionais se sujeitarão, desestimulando sua participação.

94. A SeinfraCOM, no entanto, discorda da ressalva da Anatel, sob o argumento de que o estudo de precificação deve estar condizente com os termos do edital, especialmente neste caso concreto no qual estão precificadas obrigações de investimentos adicionais, na ordem de R\$ 4 bilhões de reais, sem que tais obrigações estejam previstas na minuta contratual, motivo pelo qual entende a unidade técnica que não é cabível que valores calculados como compromissos, com reflexo direto no preço mínimo, não correspondam ao que será exigido dos vencedores quando da execução do contrato, configurando-se um possível dano ao erário.

95. Além disso, a SeinfraCOM observa que a proposta de determinação faculta à Anatel a decisão por ampliar, ou não, esses compromissos no texto da minuta, pois o que a determinação expõe é a necessidade de que haja a correspondência entre o que é exigido pelo edital e o que é precificado como compromisso.

96. O Ministério Público junto ao TCU manifestou-se de acordo com a proposta da SeinfraCOM, mas entendeu cabível também dirigir determinação à Anatel, em termos análogos aos do item 9.2 do Acórdão 2.526/2015-Plenário, com a seguinte redação:

Determinar à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) que se abstenha de encaminhar a este Tribunal os estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental de que trata a IN TCU 81/2018 antes de que sejam definidas todas as questões que lhes são afetas, necessárias à feição final dos EVTEA da desestatização.

97. Pelos seus próprios fundamentos, acolho a proposta de determinação formulada pela SeinfraCOM, assim como com a proposta do Ministério Público junto ao TCU, mas com pequeno acréscimo, a fim de ressaltar as hipóteses em que o próprio Tribunal entenda pela conveniência de receber as informações preliminares. Desse modo, a redação fica com o seguinte teor:

Determinar à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) que se abstenha de encaminhar a este Tribunal os estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental de que trata a IN TCU 81/2018 antes de que sejam definidas todas as questões que lhes são afetas, necessárias à feição final dos EVTEA da desestatização, exceto se de modo diverso ficar convencionado com este Tribunal em cada caso.

#### ***Inconsistência nos quantitativos de ERBs definidos no estudo de precificação da Anatel para a faixa de 3,5 GHz. (a.4.4)***

98. A SeinfraCOM identificou uma distorção entre o quantitativo de estações rádio base (ERBs) calculado pela Anatel em relação à área urbana que efetivamente precisa ser coberta, segundo as premissas definidas pela agência, o que tem impactos na precificação dos compromissos de abrangência conduzida pela área técnica.

99. Ou seja, segundo a unidade técnica, a estimativa do investimento em infraestrutura de acesso na faixa de 3,5 GHz contém distorções relevantes que revelam uma superestimativa na quantidade de instalações frente à área urbana dos distritos-sede a serem cobertos e comparada com a realidade observada no setor, já ajustada pela diferença de frequência, o que pode impactar de forma decisiva os resultados obtidos na valoração da faixa de 3,5 GHz, bem como o cálculo de compromissos definidos no edital, gerando risco de dano ao Erário.

100. Por essa razão, a SeinfraCOM propõe determinar à Anatel que:

a.4.4) proceda à revisão do cálculo dos quantitativos de ERBs estimados para a cobertura da área urbana dos municípios na faixa de 3,5 GHz, de forma retratar de modo fidedigno a realidade verificada para o setor, em consonância com o art. 9º, §7º, do Decreto 9.612/2018 e com a jurisprudência do TCU que preconiza a valoração do ativo pelo seu preço justo e real (a exemplo dos Acórdãos 2.121/2017, de relatoria do Min. Bruno Dantas; 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler; 2.212/2006-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar; 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, entre outros).

101. A Anatel acolheu o achado, fazendo algumas considerações genéricas sobre as análises da SeinfraCOM, mas que, na opinião da unidade técnica, não têm a capacidade de descaracterizar as evidências apontadas na instrução de mérito.

102. Isso porque a agência reguladora argumenta que a metodologia utilizada pela SeinfraCOM não seria totalmente adequada para extrair juízo de valor de maneira geral acerca da quantidade de ERBs, alegando que “para refutar o valor encontrado pela Anatel, de forma geral, seria necessário apresentar um contrafactual mais robusto”.

103. A SeinfraCOM, no entanto, esclarece que a metodologia adotada pela UT na instrução de mérito foi utilizada para evidenciar a existência de problemas e distorções relevantes no cálculo das ERBs, que afetam a precificação e podem trazer um erro no VPL obtido para o certame e, nesse sentido, a metodologia alcançou sua finalidade ao demonstrar a dimensão dessas distorções por meio de exemplos, como reconhecido pela própria agência nos casos de Juína (MT) e Guaraí (TO), cabendo à Anatel definir a metodologia mais adequada para sua correção no contexto geral.

104. O Ministério Público junto ao TCU concordou com a proposta da SeinfraCOM.

105. Acolho a proposta da unidade técnica, por seus próprios fundamentos.

***Ausência, nos fluxos das faixas de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz, de previsão de receitas oriundas da transferência parcial da autorização de uso das radiofrequências adquiridas no leilão do 5G e que não estejam sendo utilizadas em determinadas regiões do país pelas proponentes vencedoras, no que se denomina mercado secundário, conforme permitido pelo art. 163, § 4º, da LGT desde a edição da Lei 13.879/2019 (b.4)***

106. A SeinfraCOM identificou que, em relação aos fluxos das faixas de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz, não há previsão de receitas oriundas da transferência parcial da autorização de uso das radiofrequências adquiridas no leilão do 5G e que não estejam sendo utilizadas em determinadas regiões do país pelas proponentes vencedoras, no que se denomina mercado secundário, conforme permitido pelo art. 163, § 4º, da LGT desde a edição da Lei 13.879/2019.

107. Desse modo, a unidade técnica, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, propõe recomendar à Anatel que:

b.4) nas próximas precificações de outorga de uso de espectro, considere as possíveis receitas oriundas da transferência parcial da autorização de uso das radiofrequências adquiridas e que não serão utilizadas pela operadora nas regiões em que a sua exploração direta não se lhe mostrar economicamente atrativa, conforme previsto pelo art. 163, § 4º, da LGT e em consonância com a jurisprudência do TCU que preconiza a valoração do ativo pelo seu preço justo e real, sem prejuízo de avaliar a possibilidade de inclusão de tais receitas na precificação do leilão do 5G;



108. A Anatel não apontou óbice a essa recomendação e ressaltou que “se mantém atenta a recomendação apresentada pelo Tribunal”. O Ministério Público junto ao TCU, a seu turno, aquiesceu à recomendação.

109. De igual modo, acolho a proposta de recomendação da SeinfraCOM, pelos fundamentos indicados em sua instrução e transcritos na íntegra no relatório que antecede este voto.

***Fragilidades na premissa sobre o comportamento da divisão da participação de mercado entre as operadoras existentes nas localidades a serem atendidas pelo leilão nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz (market share utilizado nos estudos) (b.5.5)***

110. Para estimar a demanda da rede de telecomunicações para todos os fluxos atrelados às faixas de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz e parte de seus compromissos, a Anatel fez uma estimativa de participação de mercado, dividindo o percentual de participação desse mercado entre as operadoras.

111. Assim, a Anatel estimou que, no prazo de vinte anos de outorga, haverá cinco prestadoras nos municípios considerados competitivos e naqueles potencialmente competitivos, de forma que o percentual de participação modelado para a operadora do estudo seria de 20% do mercado.

112. No entender da SeinfraCOM tal estimativa contrasta com o comportamento identificado em dados históricos divulgados pela própria agência em seu “Relatório de acompanhamento do setor de telecomunicações sobre telefonia móvel - 2º semestre de 2020” (peça 242, p. 24 a 40). A partir dessa premissa, a unidade técnica busca demonstrar as inconsistências das estimativas da Anatel. Assentada nesse entendimento, a SeinfraCOM propõe o seguinte encaminhamento:

b.5) considerando a jurisprudência pacífica do TCU de que se deve buscar a justa precificação dos ativos licitados nas desestatizações, a exemplo dos Acórdãos 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, e 2.212/2006-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e Decisões 849/2002, de relatoria do Min. Valmir Campelo, 230/2001, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e 319/2000, de relatoria do Min. Bento Bugarin, recomendar à Anatel que, antes de publicar o edital para a licitação do 5G:

b.5.5) adote medidas com vistas a considerar, na precificação das faixas de frequência e suas variáveis, o comportamento de market share compatível com o real perfil de competição existente na localidade, de modo a evitar distorções causadas pela premissa que considera o perfil de competição existente no distrito-sede do município como padrão para as respectivas localidades fora da sede e a buscar consonância com a jurisprudência do TCU que preconiza a valoração do ativo pelo seu preço justo e real;

113. A Anatel contestou o entendimento da Secretaria, tanto na oitiva quanto na sua manifestação relativa à proposta de mérito.

114. O MPTCU concordou com a proposta da SeinfraCOM.

115. Entendo que as divergências são de natureza eminentemente técnicas e prospectivas, relativas a eventos futuros e incertos.

116. Ora, havendo divergências entre questões técnicas incertas relativas a prognósticos, entendo que esta Corte deve ser deferente com o órgão regulador e prestigiar a sua posição técnica, exceto que contiver algum erro grave, o que a SeinfraCOM entende ter ocorrido neste caso.



117. Concordo com a análise empreendida pela SeinfraCOM, embora, como disse, se trate de questão que envolve estimativas, que são incertas. No entanto, como a proposta da SeinfraCOM não é de determinação, mas sim de recomendação que, pela sua própria natureza, não é cogente, o que significa que o jurisdicionado não está obrigado a colocá-la em prática, embora seja de bom alvitre que decline as suas razões para tanto, em homenagem ao princípio da transparência dos atos públicos e ao dever de motivação, entendo conveniente mantê-la como subsídio às avaliações da Anatel.

***Ausência de motivação, na precificação das faixas de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz, da premissa de se realizar todos os investimentos de rede necessários para atender 95% da área urbana já no primeiro ano de operação e para todos os municípios e localidades a serem cobertos. (b.5.4)***

118. Nos fluxos de caixa das faixas de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz, a Anatel considera, como premissa da modelagem, que a operadora irá atender 95% da área de todos os municípios e localidades já no primeiro ano de operação da rede, independentemente do perfil da proponente vencedora e do tamanho e atratividade comercial regiões a serem atendidas (peça 230, p. 47, 90 e 110). Contudo, essa meta de abrangência não está prevista na minuta de edital.

119. A SeinfraCOM entende que, ao contrário do que alega a entidade reguladora, não havendo tal obrigação no edital, os fluxos de caixas modelados pela Anatel devem estimar o comportamento real esperado do mercado, ou seja, devem buscar ser compatíveis com a realidade que se espera da atuação de uma operadora vencedora, conforme preconiza jurisprudência do TCU (a exemplo dos Acórdãos 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, e 2.212/2006-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e Decisões 849/2002, de relatoria do Min. Valmir Campelo, 230/2001, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e 319/2000, de relatoria do Min. Bento Bugarin).

120. Na opinião da unidade técnica, tal entendimento e jurisprudência evidenciam que, diferentemente do que alegou a Anatel (peça 189), não caberia modelar um suposto cenário ideal em que a nova entrante atuasse de forma hipotética a assegurar a maior otimização de uso da faixa se tal atuação é inviável ou impossível de ser concretizada nas reais condições do mercado existente.

121. Além disso, a SeinfraCOM constatou indícios de que a premissa da agência (considerar implantação de 95% de cobertura de todas as localidades já no ano 1 de operação) vai de encontro com o comportamento histórico do setor, o que implica riscos de distorção do modelo de precificação do leilão.

122. Por esses fundamentos, a Secretaria propõe a seguinte recomendação:

b.5) considerando a jurisprudência pacífica do TCU de que se deve buscar a justa precificação dos ativos licitados nas desestatizações, a exemplo dos Acórdãos 2.151/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1.079/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. José Jorge, 2.266/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, e 2.212/2006-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e Decisões 849/2002, de relatoria do Min. Valmir Campelo, 230/2001, de relatoria do Min. Valmir Campelo, e 319/2000, de relatoria do Min. Bento Bugarin, recomendar à Anatel que, antes de publicar o edital para a licitação do 5G:

b.5.4) adote medidas com vistas a corrigir as inconsistências de modelagem referentes à premissa de se considerar que todas as localidades e municípios brasileiros serão já atendidos no ano 1 de operação e com 95% de cobertura, premissa essa que se mostra incompatível com o real comportamento observado no setor de telecomunicações quanto à forma de operação e expansão de rede

das operadoras, além de improvável, segundo análise da própria agência, de modo respeitar a jurisprudência do TCU;

123. A Anatel contestou o entendimento da Secretaria, tanto na oitiva quanto na sua manifestação relativa à proposta de mérito.

124. O MPTCU concordou com a proposta da SeinfraCOM.

125. Entendo que as divergências são de natureza eminentemente técnicas e prospectivas, relativas a eventos futuros e incertos.

126. Ora, havendo divergências entre questões técnicas incertas relativas a prognósticos, entendo que esta Corte deve ser deferente com o órgão regulador e prestigiar a sua posição técnica, exceto que contiver algum erro grave, o que a SeinfraCOM entende ter ocorrido neste caso.

127. Concordo com a análise empreendida pela SeinfraCOM, embora, como disse, se trate de questão que envolve estimativas, que são incertas. No entanto, como a proposta da SeinfraCOM não é de determinação, mas sim de recomendação que, pela sua própria natureza, não é cogente, o que significa que o jurisdicionado não está obrigado a colocá-la em prática, embora seja de bom alvitre que decline as suas razões para tanto, em homenagem ao princípio da transparência dos atos públicos e ao dever de motivação, entendo conveniente mantê-la como subsídio às avaliações da Anatel.

#### **V. Uso do código Python para o cálculo da precificação das faixas de frequência de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz (b.6)**

128. Sobre o uso do código Python para o cálculo da precificação das faixas de frequência de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz a SeinfraCOM propõe recomendar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que:

b.6) na produção de ferramentas de precificação utilizando linguagens de programação, siga as boas práticas disseminadas na engenharia de software, em especial ao que se refere à produção de testes automatizados concomitantemente ao desenvolvimento do código fonte, visando a um produto final que possua todas as rotinas funcionando de forma confiável e de acordo com o previsto no estudo de precificação;

129. A Anatel não apresentou irrisignação quanto a essa recomendação e o MPTCU manifestou a sua anuência.

130. Pelos fundamentos apontados pela SeinfraCOM e transcritos no relatório que antecede este voto, acolho a proposta de recomendação acima transcrita.

#### **VI. Compromissos de abrangência relativos às faixas de frequência de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz**

##### ***Escolhas e precificação dos compromissos de abrangência das faixas de 700MHz e 2,3 GHz para atendimento de localidades, municípios e rodovias (d.2; d.3)***

131. A SeinfraCOM propõe dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que:

d.2) o critério estabelecido pela agência de priorizar investimentos dos recursos públicos oriundos do leilão do 5G em localidades que já têm acesso à banda larga móvel, incluindo a escolha daquelas com alto percentual de cobertura (até 95% da área geográfica) em tecnologia 4G, está em dissonância com o art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018;

d.3) a previsão, no edital de licitação do 5G, de procedimento que permita a livre escolha da ordem de atendimento dos compromissos de abrangência pelas proponentes vencedoras afronta as diretrizes da política pública setorial previstas no art. 9º, §2º, do Decreto 9.612/2018 e art. 2º, inciso II, alínea “a”, da Portaria 1.924/2021-MCOM, dado que não assegura que será respeitada a priorização do atendimento de regiões com maior população;

132. No tocante ao subitem d.2, a SeinfraCOM esclarece que o objetivo da proposta de deliberação é evitar a ocorrência de situações como a identificada na lista de municípios elegíveis para os compromissos 4G, em que o Distrito de Curado (Jaboatão dos Guararapes – PE) já conta com 94,9% de cobertura em 4G e, ainda assim, está em nível de prioridade superior a locais como o Distrito de Luziápolis (Campo Alegre - AL), que conta com 0,0% de cobertura em 4G (peça 294, p. 115-116).

133. Em relação ao subitem d.3, a SeinfraCOM observa que as listas de localidades inseridas pela Anatel nos anexos do edital foram ordenadas por ordem decrescente de população, priorizando teoricamente locais com mais habitantes conforme diretriz do art. 9º, § 2º, do Decreto 9.612/2018 e art. 2º, inciso II, alínea “a”, da Portaria 1.924/2021-MCOM.

134. No entanto, constatou a unidade técnica que o item 9 do Anexo IV da minuta de edital prevê procedimento específico em que as proponentes vencedoras revezar-se-ão no processo licitatório para escolher quais as localidades, municípios e rodovias preferem atender primeiro a partir da lista da Anatel, o que, na opinião da Secretaria, significa que não necessariamente será respeitada a ordem estabelecida nos normativos citados, em que devem ser priorizadas localidades com maior população, o que poderia implicar um descumprimento do arcabouço normativo.

135. A SeinfraCOM ponderou, no entanto, que, nos dois casos, trata-se de fatos cuja constatação depende dos resultados do certame e como está previsto o atendimento de todas as localidades, mitigando-se os riscos de permanecerem excluídas digitalmente algumas das localidades ao final dos vinte anos de outorga, a unidade técnica entende que as circunstâncias não exigem providências concretas e imediatas.

136. No entanto, sustenta a SeinfraCOM que, para fins do controle, é necessário induzir a prevenção de situações futuras análogas em que possa ocorrer a materialização da irregularidade se adotado novamente o critério de escolha de localidades, pelas operadoras, sem que estejam sendo priorizadas as regiões com maior população conforme estabelecido pelos normativos vigentes.

137. A Anatel não trouxe qualquer alegação que possa desestabilizar as duas propostas de ciência da SeinfraCOM, motivo pelo qual as acolho registrando que contam também com a anuência do MPTCU.

***Ausência de previsão editalícia de atualização de compromissos de abrangência ao longo do tempo para as faixas de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz (d.4; b.7)***

138. A SeinfraCOM propõe dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que:

d.4) a realização de investimentos com recursos do leilão do 5G em compromissos cujos projetos e localidades já estejam contemplados por outras ações regulatórias

vai de encontro ao art. 9º, § 6º, do Decreto 9.612/2018, como é o caso, por exemplo, dos municípios de Pernambuco e Minas Gerais contemplados no Termo de Ajustamento de Conduta formado com a operadora Tim e que também são objeto de compromissos da faixa de 2,3 GHz no certame;

139. A Anatel não apontou óbice a essa proposta da SeinfraCOM, ao passo que o MPTCU se manifestou de acordo.

140. Também estou de acordo com a proposta, pelos fundamentos apresentados pela unidade técnica.

141. Ainda sobre esse tema, a SeinfraCOM propõe recomendar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que:

b.7) estabeleça, no edital de licitação do 5G, revisão periódica das localidades a serem atendidas pelos compromissos de abrangência em tecnologia 4G e *backhaul* das faixas de 700 MHz, 2,3 GHz e 3,5 GHz, estabelecendo condições e regras que assegurem a substituição de metas antigas por metas atualizadas, com correspondência técnica e financeira com as originais, de modo a evitar a realização de investimentos públicos em localidades já atendidas (art. 2º, inciso I, alínea “a”, item 2, art. 5º, inciso I, e art. 9º, inciso I, alínea “a”, todos do Decreto 9.612/2018) ou até mesmo a sobreposição de dispêndio de recursos públicos por diferentes instrumentos regulatórios ao longo do tempo (art. 9º, § 6º, do Decreto 9.612/2018);

142. Acolho também essa proposta da SeinfraCOM, pelos fundamentos indicados pela unidade técnica e transcritos integralmente no relatório que antecede este voto, e também porque a manifestação da Anatel não foi suficiente para afastar a sua pertinência, como recomendação, assim como pelo fato de referida proposta contar com a anuência também do MPTCU.

### ***Possibilidade de compartilhamento de infraestrutura e de roaming e seus reflexos na efetividade da regionalização dos lotes do edital do 5G (b.8)***

143. A SeinfraCOM propõe recomendar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que:

b.8) antes da publicação do edital do 5G, adote medidas que visem corrigir a incompatibilidade entre as atuais condições do edital, que buscam a regionalização dos lotes de SMP e a participação de provedores regionais e novos entrantes, e as regras de compartilhamento de rede e de roaming existentes no próprio edital e no arcabouço normativo do setor, de modo a evitar que sejam criadas barreiras e limitações à operação de rede e aos usuários de provedores regionais, além evitar possível dissonância do edital com o art. 8º, inciso I, alínea c, e inciso II, alínea “b”, do Decreto 9.612/2018 e com o art. 2º, incisos I e VI, e art. 3º, § 6º, da Portaria 1.924/2021-MCOM;

144. Acolho também essa proposta da SeinfraCOM, pelos fundamentos indicados pela unidade técnica e transcritos integralmente no relatório que antecede este voto, e também porque a manifestação da Anatel não foi suficiente para afastar a sua pertinência, como recomendação, assim como pelo fato de referida proposta contar com a anuência também do MPTCU.

## **VII. Análise sobre os demais compromissos exigidos na faixa de frequência de 3,5 GHz**

***Estrutura de governança e aspectos de legalidade da EAF (a.6)***

145. A SeinfraCOM formulou duas propostas de encaminhamento sobre o tema, sendo a primeira uma determinação e a segunda uma recomendação, com o seguinte teor:

a) determinar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU e no art. 4º da Resolução-TCU 315/2020, que, antes de publicar o edital de licitação para a conferência de autorizações de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz, associadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal (leilão do 5G):

a.6) inclua, no edital, dispositivo vedando o remanejamento de saldos de recursos remanescentes entre os compromissos da EAF, de forma a evitar o desvio de finalidade dos recursos, em observância aos princípios da finalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da motivação, previstos nos art. 38 e 40 da Lei 9.472/1997 e no art. 8 da Resolução Anatel 65/1998; e em respeito aos limites estabelecidos no art. 3º, § 3º, c/c art. 2º, inciso II, da Portaria 1.924/SEI-MCOM;

b) recomendar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que:

b.9) promova os ajustes necessários na redação do item 4 do Anexo IV-A da minuta do edital, de modo a tornar claro e transparente que os radiodifusores, as exploradoras de satélite e as vencedoras dos lotes C1 a C8 e D1 a D32 terão o mesmo número de representantes que as proponentes vencedoras nos lotes Tipo B, em respeito aos princípios da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório, previstos nos arts. 19, *caput*, e 89, *caput* e inciso VII, c/c o art. 136, § 2º, da LGT e o art. 37, *caput*, da CF/1988;

146. Sobre a proposta de determinação a.6, o MPTCU assim se manifestou (com grifos do original):

Considerando que a unidade técnica, ora com o apoio deste *Parquet*, manifesta-se pela não inclusão dos compromissos relativos à Rede Privativa e ao País no âmbito da desestatização em análise, propõe a secretaria que se determine à Anatel que inclua, no edital em apreço, item expressamente vedando o remanejamento de saldos de recursos remanescentes entre os compromissos da EAF (peça 294, p. 260, item 'a.6').

Adiantando conclusões fundamentadas mais adiante neste pronunciamento, endossamos a conclusão da SeinfraCom sobre a não inclusão da Rede Privativa e do País entre os compromissos atribuíveis às futuras adjudicatárias do certame em análise.

Não obstante, com as licenças devidas à unidade técnica, o *Parquet* vem propor outro encaminhamento à questão.

Em caráter alternativo – isto é, na hipótese em que a tese pela não inclusão dos sobreditos compromissos não venha a ser adotada pelo Tribunal –, consideramos precedente, por princípio, a assertiva da Anatel no sentido de que as obrigações expressamente previstas no edital devem ser realizadas “antes de se destinar eventual saldo de um deles [*rectius*: dos recursos remanescentes na EAF] ao atendimento de outras necessidades” (peça 191, p. 13).



A plena conclusão das iniciativas de interesse público (e.g. obrigações contratuais expressas) antes de iniciados “projetos compatíveis” atende os princípios da continuidade e racionalidade administrativas – densificados, em outro campo, no art. 45 da Lei de Responsabilidade Fiscal (só se alocarão recursos a novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento).

Ademais, a priorização de obrigações contratuais expressamente definidas – em lugar de compromissos pendentes de especificação (viz “projetos compatíveis”) – valoriza a previsibilidade do acordo firmado, a estabilidade e coerência da política setorial e as expectativas de todos os agentes relacionados (usuários, fornecedores, operadoras de todos os portes etc.). É justamente nesse sentido a diretriz de que o **saldo** dos recursos, uma vez apurado, será empregado em projetos ancilares.

Por fim, é cabível anotar que a execução dos “projetos compatíveis” também consistirá em obrigação contratual, embora seu conteúdo exato só venha a ser definido posteriormente. Assim, convém assinalar a possibilidade de remanejamento de recursos entre eles.

Dessa forma, com as vênias de estilo, o Ministério Público de Contas opina por que, em vez de acolher o item ‘a.6’ da proposta de encaminhamento elaborada pela secretaria (peça 294, p. 260), delibere o Tribunal no sentido de determinar à Anatel que **explicita, no instrumento convocatório, a previsão de que os recursos geridos pela EAF poderão ser remanejados entre os compromissos finalísticos daquela entidade e que, uma vez atendidos esses compromissos, o saldo poderá ser remanejado entre os “projetos compatíveis” tratados no item 10 do Anexo IV-A do instrumento convocatório.**

147. Ou seja, o MPTCU no sentido de que está de acordo com a SeinfraCOM na hipótese de ser acolhida também as propostas de exclusão da rede privativa e da rede Pais. No entanto, caso essas propostas de exclusão não sejam, o MPTCU formula proposta alternativa.

148. Desse modo, considerando que defendo neste voto a manutenção da rede privativa e da rede Pais no edital do 5G, acolho a proposta alternativa do MPTCU, por seus próprios fundamentos.

149. No tocante à recomendação, a Anatel não apresentou objeções e o MPTCU se manifestou favoravelmente. Por essas razões e pelos fundamentos indicados pela SeinfraCOM na sua instrução, integralmente reproduzida no relatório que antecede este voto, acolho a proposta.

#### ***Custos de limpeza da faixa de 3,5 GHz (b.5.1; b.5.2; b.5.3; d.5; e.1)***

150. Em relação à limpeza da faixa de 3,5 GHz, acolho a proposta de encaminhamento da SeinfraCOM contida no subitem b.5.1, pelos seus próprios fundamentos, sobre a qual a Anatel não apresentou qualquer objeção, e que trata de recomendação a ser expedida àquela agência no sentido de que:

b.5.1) considere no cálculo dos preços dos equipamentos e serviços necessários à migração da TVRO a utilização da “média saneada”, ou outro método similar, dos valores coletados em pesquisa de preço, de modo a se descartar valores que apresentem grandes variações em relação aos demais; e

151. A SeinfraCOM propõe, também, as recomendações à Anatel constantes dos seguintes subitens:

b.5.2) considere na estimativa do número de beneficiários do kit de migração para a banda Ku a esperada queda do número de usuários do serviço de TVRO ao longo do tempo;

b.5.3) ao optar pela manutenção do preço médio dos equipamentos e pela desconsideração da esperada queda do número de usuários do serviço de TVRO, abstenha-se de incluir a margem operacional de 20% aos custos estimados, diante da sua redundância em relação às outras premissas conservadoras empregadas na metodologia;

152. Ambas as recomendações foram contestadas pela Anatel, mas a SeinfraCOM manteve as duas propostas. As divergências são de natureza eminentemente técnicas e prospectivas, relativas a eventos futuros e incertos, especialmente no tocante às projeções quanto ao número de beneficiários do kit de migração para a banda Ku.

153. Ora, havendo divergências entre questões técnicas incertas relativas a prognósticos, entendo que esta Corte deve ser deferente com o órgão regulador e prestigiar a sua posição técnica, exceto que contiver algum erro grave.

154. Nos dois casos ora analisados, concordo com a análise empreendida pela SeinfraCOM, embora, como disse, se trate de questões que envolvem estimativas e, portanto, são incertas. No entanto, como são apenas recomendações que, pela sua própria natureza, não são cogentes, o que significa que o jurisdicionado não está obrigado a colocá-las em prática, embora seja de bom alvitre que decline as suas razões para tanto, em homenagem ao princípio da transparência dos atos públicos e ao dever de motivação, entendo conveniente mantê-las como subsídio às avaliações da Anatel.

155. A SeinfraCOM propõe, ainda, dar ciência, respectivamente, à Anatel e ao Ministério das Comunicações que:

d.5) a ausência de mecanismos normativos que impeçam a codificação do sinal transmitido por satélite pelas radiodifusoras após a migração para a banda Ku pode prejudicar a efetividade da política prevista no art. 1º da Portaria 1.924/2021/SEI-MCOM de assegurar a manutenção do acesso à televisão aberta e gratuita por antena parabólica, bem como a ocorrência de dano ao erário, diante do desperdício de recursos públicos com a instalação dos kits de TVRO;

e.1) a ausência de mecanismos normativos que impeçam a codificação do sinal transmitido por satélite pelas radiodifusoras após a migração para a banda Ku pode prejudicar a efetividade da política prevista no art. 1º da Portaria 1.924/2021/SEI-MCOM de assegurar a manutenção do acesso à televisão aberta e gratuita por antena parabólica, bem como a ocorrência de dano ao erário, diante do desperdício de recursos públicos com a instalação dos kits de TVRO;

156. A Anatel e o Ministério das Comunicações argumentaram que, nas suas opiniões, o edital já contempla essa preocupação, pois, “conforme disposto no item 4.4 do Anexo IV-A, os canais de televisão, deverão ser disponibilizados de maneira aberta e gratuita, no satélite escolhido”, o que garantiria a efetividade da política.

157. De qualquer forma, o Ministério das Comunicações consignou que acompanhará eventuais problemas decorrentes da implementação da solução adotada no Edital e, se for o caso, promoverá as medidas necessárias para assegurar a continuidade da recepção da televisão aberta e gratuita.

158. Como se vê, a divergência não é sobre o teor da ciência, mas sim sobre a sua necessidade, porquanto a Anatel e o Ministério das Comunicações entendem que a questão já estaria resolvida no edital.

159. Como se trata de ciência, sem a exigência de qualquer providência específica e complexa, mas que apenas requer a atenção dos jurisdicionados para o assunto e, se for o caso, a adoção de medidas corretivas, acolho as propostas da SeinfraCOM.

***Implantação da rede privativa e do País (a.7 e subitens; a.8 e subitens)***

160. Em 29/1/2021, o MCOM editou a Portaria MCOM 1.924/2021 (peça 25), estabelecendo os tipos de compromisso de investimentos a serem considerados pela Anatel no edital de licitação do 5G. Dentre esses, encontra-se a obrigação de implantação do Programa Amazônia Integrada e Sustentável (País), que compõe o programa Norte Conectado, e a obrigação de implantação de uma rede privativa de comunicação da administração pública federal, de propriedade da União, nos termos do art. 12, inciso I, do Decreto 9.612/2018, conforme previsto no art. 2º, incisos VII e VIII, da referida portaria (peça 25, p. 1).

161. Na Nota Técnica Conjunta 5/2021/SEI-MCOM, de 22/2/2021 (peça 36), enviada pelo MCOM à Anatel para a subsidiar a inclusão do projeto de rede privativa no edital do 5G, o Ministério afirma que tanto o valor quanto as características do referido projeto foram definidos com base em estudos enviados pela empresa estatal Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras) em 29/1/2021. De acordo com o projeto elaborado pela área técnica da Telebras, a rede privativa consiste:

162. a) na obra de construção e operação de uma rede de telefonia móvel, no território do Distrito Federal, inicialmente em tecnologia 4G e para agentes públicos “dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário federais, forças de segurança e demais órgãos públicos, por adesão”. Ainda está incluso o fornecimento de solução criptográfica para uso nas comunicações entre os celulares, seja “por meio de modificação de software” do celular do usuário ou “por meio de acoplamento de dispositivo de hardware” ao celular;

163. b) na obra de construção e operação de uma rede de telefonia fixa e internet para atendimento aos órgãos públicos federais em todo o país, com foco nas capitais, visando a “expandir a capilaridade e a capacidade da rede já estabelecida da Telebras, para que o Estado brasileiro tenha controle e sigilo em seus dados garantidos”;

164. c) no fornecimento, manutenção e atualização de dispositivo criptográfico para ocupantes de cargos em comissão de Direção e Assessoramento Superiores (DAS), dos níveis 4, 5 e 6, ou somente 5 e 6, utilizarem nas comunicações por telefone fixo, que funcionará inclusive sobre redes fixas instaladas por operadoras privadas.

165. Analisada a matéria, a SeinfraCOM entendeu que há as seguintes irregularidades relativas à rede privativa, que foram objeto de oitiva à Anatel e ao MCOM, mas cujas respostas não alteraram a posição da Secretaria:

- a) Violação da LGT devido à inclusão ilegal como compromisso do edital de licitação do 5G;
- b) Violação do dever constitucional e legal de licitação para a aquisição de bens e serviços como a rede privativa de comunicação;
- c) Violação às regras orçamentárias e fiscais previstas na Constituição e nas normas de finanças públicas, em especial ao teto de gastos;
- d) Ausência de definição no edital das garantias de execução, sanções, características, especificações mínimas, obrigações, e compromissos associados à obra da rede privativa, bem como risco de dano ao erário de, no mínimo, R\$ 260 milhões na precificação da rede privativa;

- e) Incoerência entre o processo de desestatização da Telebras e a previsão de operação da rede privativa de acordo com o Decreto 9.612/2018;
- f) Ausência de definição no edital do instrumento jurídico para a transferência da rede privativa da associação privada EAF à União.

Por consequência, a SeinfraCOM propôs o seguinte encaminhamento para esse assunto:

a.7) determinar à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU e no art. 4º, inciso II, da Resolução-TCU 315/2020, que exclua da minuta de edital da licitação para a conferência de autorizações de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz associadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal, destinadas à implementação de redes móveis de 5ª geração (5G), aprovada pelo Acórdão 63/2021 do Conselho Diretor da Anatel, o compromisso de implantação da rede privativa de comunicação da Administração Pública Federal, valorado em R\$ 1,0 bilhão, porque a situação atual configura risco de dano ao erário de até R\$ 1,685 bilhão, devido às incertezas na fixação de “margem geral” de reserva de recursos e na precificação e viabilidade jurídica de transferência da propriedade da rede privativa, e configura ilegalidade devido à violação:

a.7.1) ao dever de que os compromissos inseridos nos editais de licitação de frequência da Anatel tenham relação com o objeto do certame e se enquadrem como de interesse da coletividade ou dos usuários dos serviços de telecomunicações, consoante os arts. 2º, incisos I e III, 135, *caput* e parágrafo único, e 136, § 3º, da LGT, bem como a jurisprudência do TCU, em especial o Acórdão 2.301/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que apreciou o edital de licitação da frequência de 700 MHz em 2014;

a.7.2) do dever constitucional e legal de licitação tanto para a aquisição de bens e serviços para a Administração Pública, quanto para a celebração de contratos administrativos de Parceria Público-Privada (PPP), previsto nos arts. 37, inciso XXI, e 175, *caput*, da CF/1988, nos arts. 2º, 3º e 7º da Lei 8.666/1993, Lei Geral de Licitações, nos arts. 1º e 2º, inciso II, da Lei 14.133/2021, Nova Lei Geral de Licitações, e nos arts. 10 e 12 da Lei 11.079/2004, Lei de PPP, bem como na jurisprudência do TCU, em especial no Acórdão 3.151/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro José Jorge, no Acórdão 2.301/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler e no Acórdão 1.336/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas;

a.7.3) às seguintes normas jurídicas orçamentárias e fiscais, devido à decisão do MCOM e da Anatel de destinar R\$ 1,0 bilhão, oriundo da licitação do 5G, diretamente à associação privada constituída pelas licitantes vencedoras, para executar, à margem do orçamento-geral da União, o projeto de rede privativa:

a.7.3.1) princípios constitucionais e legais que regem o orçamento público, em especial os princípios da universalidade e do orçamento bruto previstos nos arts. 2º, 3º, 4º e 6º da Lei 4.320/1964;

a.7.3.2) normas regentes da vinculação de receitas previstas no art. 2º, alínea “e”, da Lei 5.070/1966, Lei do Fustel, no art. 6º, inciso II, da Lei 9.998/2000, Lei do Fust, e no art. 8º, parágrafo único, da Lei Complementar 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF);

a.7.3.3) dever de estimar, previamente à licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras, o impacto orçamentário-

financeiro do aumento de despesas governamentais, a exemplo das despesas de atualização da rede privativa móvel de 4G para 5G e de manutenção e operação da rede privativa móvel e fixa, consoante art. 16, *caput*, incisos I e II e § 4º, inciso I, da LRF;

a.7.3.4) jurisprudência do TCU, a exemplo do Acórdão 1.437/2020-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, pelo qual foram apreciadas as Contas de Governo de 2019, considerando a ampliação de risco de enfraquecimento do Novo Regime Fiscal ('Teto de Gasto' e 'Subteto de Gasto'), previsto nos arts. 107 a 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT);

a.7.4) ao dever legal e regulamentar de especificar o objeto do certame licitatório, incluindo os respectivos compromissos exigidos, nos termos dos arts. 89, inciso III, e 136, §§ 2º e 3º, da LGT e do art. 14, inciso V, da Resolução Anatel 65/1998, devido à ausência de definição no edital e em seus anexos das características, especificações mínimas, obrigações e compromissos associados à obra de construção da rede privativa;

a.7.5) ao dever legal e regulamentar de exigir garantias de execução no edital de licitação e de prever sanção efetiva e tempestiva cabível em caso do descumprimento das especificações e de prazos para conclusão da obra da rede privativa, em descumprimento ao previsto nos arts. 89, incisos III e IV, e 136, § 2º, da LGT e nos arts. 14, incisos XII e XIII, e 90, incisos XI e XII, da Resolução Anatel 65/1998;

a.7.6) aos princípios da segurança jurídica e da integração da gestão de riscos, por não terem sido adotadas medidas para avaliar e estimar os impactos decorrentes do processo de desestatização da Telebras e da possível alteração do Decreto 9.612/2018 no compromisso de construir a rede privativa inserto na minuta de edital do 5G, previstos no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999, bem como ao art. 17, inciso II, do Decreto 9.203/2017, Decreto de Governança da Administração Pública Federal;

a.7.7) quanto à possibilidade de transferência da rede privativa construída pela associação privada EAF para a União:

a.7.7.1) ao dever legal do instrumento convocatório de identificar o objeto do certame e as condições de sua prestação, regulando o procedimento e fixando as cláusulas do contrato, nos termos dos arts. 89, inciso III, e 136, §§ 2º e 3º, da LGT e art. 14, inciso V, da Resolução Anatel 65/1998;

a.7.7.2) às normas que definem e regulamentam o instituto jurídico da doação de bens móveis para a Administração Pública, devido à ausência de definição no edital do 5G quanto ao instrumento jurídico por meio do qual será feita a transferência da rede privativa ao patrimônio da União e às vedações de que doações de bens móveis gerem despesas adicionais substanciais e sejam feitas em situação de conflito de interesses entre empresas privadas fiscalizadas e órgãos públicos fiscalizadores, consoante o art. 538 do Código Civil 2002, o art. 23, inciso V, do Decreto 9.764/2019 e o art. 16, inciso VI, da IN 5/2019 da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital (SEDGG) do Ministério da Economia;



d.8) dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, que, tendo em vista que, no caso da rede privativa e do País, o Gaispi, desempenhará atribuições que não são típicas da atuação finalística da Anatel, nem que estão inseridas dentro da área de competência da agência reguladora, constata-se que a criação do Gaispi e da estrutura de governança simplificada, nos moldes da minuta do edital do 5G, afronta ao entendimento do TCU, manifestado no Acórdão 2.301/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler;

e.2) dar ciência ao Ministério das Comunicações (MCOM), com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, que a diretriz para a inclusão, no edital de licitação para outorga de uso das faixas de radiofrequências de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz, do compromisso de implantação da rede privativa de comunicação da Administração Pública Federal, prevista no art. 2º, inciso VIII, da Portaria MCOM 1.924/2021, configura ilegalidade, em razão da inexistência de relação temática com o objeto da licitação e por não se enquadrar como de interesse da coletividade ou dos usuários dos serviços de telecomunicações, infringindo os arts. 2º, incisos I e III, 135, *caput* e parágrafo único, e 136, § 3º, da LGT, bem como a jurisprudência do TCU, em especial o Acórdão 2.301/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que apreciou o edital de licitação da frequência de 700 MHz em 2014.

166. Com as devidas vênias da SeinfraCOM, deixo de acolher o encaminhamento proposto, pelas razões apresentadas a seguir.

#### ***Inclusão da rede privativa como compromisso do edital de licitação do 5G (item a.7.1)***

167. No item a.7.1 a SeinfraCOM afirma ter havido violação ao dever de que os compromissos inseridos nos editais de licitação de frequência da Anatel tenham relação com o objeto do certame e se enquadrem como de interesse da coletividade ou dos usuários dos serviços de telecomunicações.

168. A unidade técnica, após destacar que não questiona a necessidade, ou não, de ser construída rede privativa para a administração pública federal, ou seu enquadramento como política pública da União ou atendimento do interesse público, ressalta que o seu questionamento é sobre a legalidade de sua inclusão como compromisso de edital de licitação de frequências para o serviço de telefonia móvel de 5G.

169. Isso porque entende que as obras de construção (implantação) da rede do PAIS e da rede privativa de comunicação não têm relação com o objeto da licitação, nem com a prestação do serviço de telefonia móvel ou qualquer outro serviço de telecomunicações prestados aos usuários em geral pelas empresas do setor, pois, como aponta o MC, a rede privativa de telefonia 4G e internet fixa destina-se em particular para “atividades de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais”.

170. Por essa razão, a SeinfraCOM conclui que a inclusão da obra de construção da rede privativa de comunicação em telefonia 4G e internet fixa da Administração Pública Federal como compromisso no edital de licitação do 5G representa violação dos arts. 2º, incisos I e III, 135, *caput* e parágrafo único, e 136, § 3º, da LGT, com o seguinte teor:

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

(...)

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

(...)

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

(...)

Art. 136. (...)

(...)

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

171. Em resposta à oitava realizada por esta Corte, o MCOM defende que o conceito de “interesse público” é amplo e que “foi identificado o risco da inexistência de uma rede privativa para que sejam realizadas as comunicações seguras necessárias à preservação da soberania nacional” e que “a rede privativa tem base no interesse da coletividade e visa defender o próprio Estado Democrático de Direito” e ainda que “a rede privativa encontra-se completamente aderente a essa estratégia de transformação digital para o atendimento público de serviços, porquanto pretende integrar não apenas as instituições de pesquisa, educação, saúde e segurança pública, mas toda a Administração Pública Federal”.

172. Alegou também que a rede privativa, embora use a tecnologia 4G, “será interconectada a outras redes (inclusive aquelas baseadas em tecnologia 5G) e, em combinação com as diretrizes normativas aplicáveis inclusive às redes públicas comerciais, contribuirá para elevar o nível de segurança geral das redes de telecomunicações instaladas no país. Tendo em vista que a infraestrutura de telecomunicações é insumo para as demais infraestruturas críticas, e que vários processos e atividades executados por pessoas e empresas dependem de serviços prestados pelo governo, a implantação da rede privativa terá um efeito sistêmico sobre o espaço cibernético brasileiro e sobre a segurança nacional”.

173. O MCOM ainda ressalta que é “dever do Estado a preservação integral da personalidade humana, da segurança, da justiça, do bem-estar social e da proteção de direitos fundamentais”, o que justifica, no entendimento do Ministério, “a intervenção governamental no sentido de promover a proteção de infraestruturas de redes de telecomunicações e a segurança cibernética”.

174. Nesse contexto, o MCOM afirma que “cada país define a melhor estratégia a ser adotada para a preservação da soberania nacional e dos interesses da coletividade”. Assim, na visão do Ministério, “a rede privativa não se trata, portanto, de um insumo para a Administração Pública, mas de uma necessidade de Estado para que se possa promover a introdução das redes de quinta geração no Brasil”.

175. Por fim, o Ministério relembra que a rede privativa teria sido a alternativa escolhida pelo MCOM, em vez da adoção de “medidas restritivas à camada física da rede de todas as redes públicas comerciais em operação no país”.

176. A Anatel, em resposta à referida oitava, afirma que “à Agência não cabe discutir o mérito dos compromissos decorrentes de políticas públicas estabelecidas, mas tão somente operacionalizar tais compromissos mediante emprego dos instrumentos disponíveis” a exemplo de “Editais de Licitação, Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), obrigações de fazer, entre outros”.

177. Ademais, a agência defende que não estaria abrangida pela sua competência a “verificação de higidez jurídica ou até fiscal da etapa anterior, de formulação das diretrizes” de políticas públicas, uma vez que isso é atribuição do Ministério das Comunicações e que, segundo o entendimento da

Anatel, o TCU exigiria apenas que houvesse “aderência de seus instrumentos às políticas vigentes”

178. A SeinfraCOM, na análise das respostas, ratifica seu pronunciamento anterior no sentido de que entende que não há pertinência temática entre a rede privativa proposta pelo MCOM e o edital de licitação de frequências para prestação do serviço de telefonia móvel em 5G, pois, segundo a unidade técnica, essa obra de rede privativa configura atividade-meio da Administração e não traz benefícios diretos em prol dos usuários de serviços de telecomunicações.

179. Enfatiza a SeinfraCOM que, embora o MCOM reitere que a rede privativa de comunicação seria essencial para a introdução do 5G no país, o anteprojeto apresentado pelo Ministério e o projeto original da Telebras não tratam de uma rede móvel em 5G, mas sim uma rede móvel em 4G que somente poderá ser usada no Distrito Federal (DF), uma rede de banda larga fixa e dispositivos de criptografia que funcionam em qualquer rede comercial e não exigem uma rede própria de telecomunicações, conforme descrito pela Telebras, o que significa que a maior parcela do valor fixado para a rede privativa é destinada à construção da rede de banda larga fixa, que funcionará somente em capitais e para alguns órgãos públicos. Desse modo, a unidade técnica reitera que não vislumbra pertinência temática entre a rede privativa proposta pelo MCOM e o edital de licitação de frequências para prestação do serviço de telefonia móvel em 5G.

180. No tocante à segurança das comunicações, a SeinfraCOM entende que não é possível assegurar que a implantação da rede privativa de banda larga fixa que somente atenderá a alguns órgãos e entidades públicos, sobretudo federais, e apenas nas suas unidades localizadas nas 27 capitais do país, bem como uma rede privativa móvel que somente atenderá ao Distrito Federal, resultaria em um nível maior de segurança nas comunicações. Isso porque, segundo a unidade técnica, há diversas fragilidades e irregularidades no modo como o MCOM e a Anatel definiram e incluíram esse projeto no edital do 5G, enfraquecendo o nível de segurança que uma rede privativa poderia atingir caso fosse contratada de acordo com a legislação vigente, tais como, resumidamente:

a) risco de as obras de construção da rede privativa não serem concluídas ou o trecho concluído não ter utilidade, tendo em vista a ausência de elementos mínimos que definam essa rede e assegurem se o valor alocado de R\$ 1 bilhão é suficiente para a construção de uma etapa funcional.

b) risco de que as especificações da rede construída estejam em desacordo com os interesses dos órgãos que pretendem utilizá-la, a ausência de projeto consistente;

c) risco de inviabilidade técnica ou financeira para a manutenção e operação da rede, em face da ausência de projeto consistente;

d) risco de impossibilidade jurídica de transferência da rede ao poder público, uma vez que as regras do edital não definem como a rede construída por uma associação privada será transferida à União e o instrumento da doação de bens móveis, posteriormente apontado pelo Ministério das Comunicações, não parece ser aplicável;

e) risco de não acompanhar os avanços tecnológicos a fim de manter-se como uma rede segura, haja vista que não há estimativa nem previsão de quem arcará com os custos associados a tais necessidades;

f) risco de baixa utilidade, uma vez que terá uma abrangência territorial limitada, pois a rede privativa fixa só vai funcionar em 27 cidades do país e a rede privativa móvel, no âmbito do DF;

g) risco de inefetividade da rede privativa no que tange ao nível mais elevado de segurança, já que os dados dessa rede também deverão trafegar por redes comerciais, como revelado pelo MCOM.

181. O Ministério Público junto ao TCU manifesta entendimento semelhante ao da unidade técnica.

182. Com as devidas vênias, tenho entendimento diverso.

183. A principal questão sobre a inclusão da rede privativa como compromisso do edital de licitação do 5G diz respeito a se saber se há, no caso, adequação com o disposto no art. 135 da LGT, com o seguinte teor, com grifos meus:

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

184. Conforme se depreende do texto do art. 135 da LGT, a faculdade conferida à Anatel deve atender a três condições:

- Primeira: ser usada apenas em caráter excepcional e não, portanto, rotineiramente;
- Segunda: ser motivada por relevantes razões de caráter coletivo;
- Terceira: que os compromissos sejam de interesse da coletividade.

185. Entendo que a primeira condição, relativa à excepcionalidade da faculdade conferida à Anatel evidencia que não se trata de expediente a ser usado por qualquer motivo, pois questões corriqueiras, comuns, e, portanto, ordinárias, evidentemente que não ensejam medidas excepcionais, mas, por coerência, motivam medidas também corriqueiras, comuns, ordinárias. No presente caso, não tenho dúvidas quanto à presença de situação excepcional, qual seja, a rede privativa, que, a meu ver, autoriza a Anatel fazer uso, também excepcional, da faculdade que lhe foi conferida pelo art. 135 da LGT, pois penso que a rede privativa não é uma questão ordinária, corriqueira, mas sim excepcional.

186. No tocante à segunda condição, também entendo atendida, porquanto a rede privativa é, inequivocamente, uma relevante razão de caráter coletivo, tendo em vista as inúmeras motivações e explicações técnicas trazidas aos autos pelo MCOM e reconhecidas pela SeinfraCOM e pelo MPTCU.

187. Por fim, entendo que a terceira condição, relativa à necessidade de os compromissos serem de interesse da coletividade, embora mais suscetível a múltiplas interpretações, também está suficientemente atendida, pelas seguintes razões.

188. Primeiro, porque a expressão “interesse da coletividade” é o que no direito se denomina conceito jurídico de conteúdo indeterminado, ou seja, fluído, cuja determinação se dá em cada caso concreto, consideradas as suas circunstâncias. Para tanto, é importante identificar, desde logo, as zonas interpretativas de certeza positiva e negativa e a zona de incerteza.

189. No presente caso, estou de acordo com a SeinfraCOM quando afirma que o art. 135 da LGT não autoriza, por exemplo, “incluir como compromisso em editais da Anatel qualquer atividade relacionada com a prestação de serviços públicos, como a compra de computadores para a Anatel ou até a construção de um novo prédio para a sede da Telebras”. Eis aqui a zona de certeza negativa, ou seja, aquela que oferece ao intérprete a certeza de que a hipótese não se enquadra nos limites da norma.

190. Também concordo com a SeinfraCOM quando recorre ao conceito de pertinência temática para identificar o limite da norma e invoca precedente firmado pelo Acórdão 2301/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler para exemplificar que a limpeza da faixa de frequência tem pertinência temática porque está diretamente relacionado com o objeto da licitação. Eis aqui a zona de certeza positiva, segundo a qual o intérprete tem certeza de que a hipótese se enquadra nos limites da norma.

191. No entanto, por ser a expressão “interesse da coletividade” um conceito jurídico indeterminado, há naturalmente uma zona de incerteza relativamente a hipóteses que não se enquadram facilmente nem da zona de certeza positiva nem na zona de certeza negativa. Entendo ser este o caso da rede privativa.

192. Nesse sentido, merece atenção a assertiva da SeinfraCOM no sentido de que a rede privativa “não traz benefícios diretos em prol dos usuários de serviços de telecomunicações” (grifei). Embora comporte controvérsias, como bem demonstrou o MCOM, trata-se de afirmação que pode ou não vir a se comprovar no futuro. Mas, ainda que se admita, desde logo, como correta essa afirmação da SeinfraCOM, surge uma segunda questão: somente benefícios diretos aos usuários estariam alcançados pela norma do art. 135? Em outras palavras: para fins de interpretação do art. 135 da LGT, somente haveria “interesse da coletividade” se os benefícios aos usuários fossem diretos? Ou ainda: para fins de interpretação do art. 135 da LGT, os benefícios indiretos não seriam do interesse da coletividade?

193. Pode-se argumentar que essas perguntas permitiam a extrapolação dos limites da norma ao infinito, pois, como bem observou a SeinfraCOM, tudo que a Administração Pública faz é do interesse da coletividade. É verdade, mas a delimitação do alcance da referida norma requer esse exercício mental, a fim de testarmos algumas hipóteses.

194. E, no presente caso, não entendo que a compra de computadores pela Anatel esteja no mesmo nível de interesse da coletividade do que a rede privativa. A primeira hipótese – compra de computadores – envolve, de fato atividade-meio, corriqueira, comum, ordinária que, por isso mesmo, não se enquadraria nos limites do art. 135 da LGT. A segunda hipótese – rede privativa – é uma medida excepcional, a ser adotada por relevantes razões de caráter coletivo, e que traduz uma escolha do Poder Executivo, na condição de formulador da política pública.

195. Digo isso porque o Poder Executivo, na busca de mais segurança cibernética, tem a opção de, em vez de implantar a rede privativa, adotar medidas restritivas ao mercado de telecomunicações, a partir, especialmente, da aplicação de restrições à camada física da rede de telecomunicações em sua totalidade. Essa opção, no entanto, implica elevados custos, conforme expôs o MCOM em sua resposta à oitiva deste Tribunal, da qual extraio o seguinte trecho:

124. Na tentativa de aferir o impacto dessas medidas restritivas ao mercado de telecomunicações, a GSMA Intelligence elaborou estudo que visa avaliar o impacto econômico da aplicação de restrições a fabricantes de equipamentos de 5G a toda rede de telecomunicações nos países da União Europeia. O estudo indica um acréscimo de cerca de US\$ 62 bilhões no custo de implantação das redes 5G na Europa e um atraso na disseminação da tecnologia de cerca de 18 meses.

(...)

129. No Brasil, a aplicação de restrições à camada física da rede de telecomunicações em sua totalidade, pode gerar impactos vultosos. Estudo da Telecom Advisory estima um acréscimo de até US\$ 104 bilhões no PIB nacional com a introdução do 5G no Brasil, em até 10 anos. Para se avaliar o impacto da medida restritiva, com base no estudo da Oxford Economics, onde a exclusão total de uma fabricante do mercado brasileiro poderia levar a um aumento nos custos de implantação de infraestrutura de telecomunicações de até 29%, estimou-se que a restrição poderia reduzir em até US\$ 30 bilhões os ganhos esperados sobre o PIB, com o advento do 5G.

(...)

131. Com relação ao prazo de massificação do acesso à tecnologia 5G, considerando os dados de despesa de capital (Capex) anual das empresas de telecomunicações no Brasil (US\$ 4,68 bilhões, em 2018, e US\$ 4,19 bilhões, em 2019), bem como o volume de investimentos associado à implantação do 5G, estima-se um prazo de 12 anos para massificar a tecnologia no país[33]. Todavia, ao considerar o cenário de exclusão de um fornecedor do mercado brasileiro e o acréscimo de custo decorrente da maior concentração de mercado, estima-se que o prazo para a massificação da



tecnologia aumentaria em 4 anos.

(...)

156. Baseado no estudo da Telecom Advisory [34] para projeções acerca dos impactos da implantação do 5G no Brasil, e aplicando-se o impacto na elevação do custo da infraestrutura na aplicação de medidas mais restritivas, análoga ao caso americano, calculado pela Oxford Economics[35], estima-se que esse tipo de restrição, aplicada a toda a rede comercial de telecomunicações resultaria em:

- impacto negativo de até US\$ 30 bilhões no PIB potencial brasileiro.
- aumento de até US\$ 15 bilhões para a universalização do 5G para o caso brasileiro.
- aumento no tempo de massificação do 5G de 12 para 16 anos.

157. O aumento de custo para a implantação do 5G resulta, inevitavelmente, em preços de serviços de telecomunicações mais elevados, redução de investimentos em áreas em que de menor viabilidade econômica ou em menor valor econômico de exploração das faixas de radiofrequência, e, conseqüentemente, em menor quantidade de compromissos de abrangência previstos no Edital do 5G.

196. Portanto, diante dessas circunstâncias acima expostas, entendo que a avaliação do Poder Executivo, na condição de formulador da política pública, quanto ao enquadramento da rede privativa como de “interesse da coletividade”, ainda que possa comportar controvérsias, conforme bem apontado pela SeinfraCOM, está dentro da zona de incerteza da interpretação da norma, motivo pelo qual entendo que, nesses casos, deve o TCU adotar a autocontenção e prestigiar as escolhas do formulador da política pública, porquanto feita dentro do espaço hermenêutico que o texto da norma permite e acompanhada das necessárias justificativas.

197. Com esses fundamentos, deixo de acolher a proposta da SeinfraCOM contida no item a.7.1.

198. Como decorrência lógica, fica prejudica a proposta de encaminhamento da unidade técnica contida no subitem e.2, no sentido de dar ciência ao Ministério das Comunicações, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que:

e.2) a diretriz para a inclusão, no edital de licitação para outorga de uso das faixas de radiofrequências de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz, do compromisso de implantação da rede privativa de comunicação da Administração Pública Federal, prevista no art. 2º, inciso VIII, da Portaria MCOM 1.924/2021, configura ilegalidade, em razão da inexistência de relação temática com o objeto da licitação e por não se enquadrar como de interesse da coletividade ou dos usuários dos serviços de telecomunicações, infringindo os arts. 2º, incisos I e III, 135, *caput* e parágrafo único, e 136, § 3º, da LGT, bem como a jurisprudência do TCU, em especial o Acórdão 2.301/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que apreciou o edital de licitação da frequência de 700 MHz em 2014;

***Supostos indícios de violação do dever constitucional e legal de licitação para a aquisição de bens e serviços como a rede privativa de comunicação (a.7.2)***

199. A proposta da SeinfraCOM contida no subitem a.7.2 de considerar ter havido violação do dever constitucional e legal de licitação tanto para a aquisição de bens e serviços para a Administração Pública, quanto para a celebração de contratos administrativos de Parceria Público-Privada (PPP), decorre da compreensão sustentada pela unidade técnica de que a rede privativa não se enquadraria no conceito de “interesse da coletividade” previsto no art. 135 da LGT e, por essa razão, não poderia ser incluída como compromisso no edital, mas, ao contrário, deveria ser objeto de licitação independente.

200. Considerando, no entanto, o entendimento que externei no item anterior, no qual admiti a razoabilidade da interpretação conferida ao art. 135 da LGT pelo MCOM, fica prejudicada a proposta da SeinfraCOM contida no subitem a.7.2.

***Supostos indícios de violação às regras orçamentárias e fiscais previstas na Constituição e nas normas de finanças públicas, em especial ao teto de gastos (a.7.3)***

201. A proposta da SeinfraCOM contida no subitem a.7.3 de considerar ter havido violação às regras orçamentárias e fiscais previstas na Constituição e nas normas de finanças públicas, em especial ao teto de gastos, decorre da compreensão sustentada pela unidade técnica de que a rede privativa não se enquadraria no conceito de “interesse da coletividade” previsto no art. 135 da LGT e, por essa razão, não poderia ser incluída como compromisso no edital, mas, ao contrário, deveria ser objeto de licitação independente.

202. Considerando, no entanto, o entendimento que externei no item anterior, no qual admiti a razoabilidade da interpretação conferida ao art. 135 da LGT pelo MCOM, fica prejudicada a proposta da SeinfraCOM contida no subitem a.7.3.

***Ausência de definição no edital das garantias de execução, sanções, características, especificações mínimas, obrigações, e compromissos associados à obra da rede privativa, bem como risco de dano ao erário na precificação da rede privativa (a.7.4; a.7.5)***

203. A SeinfraCOM propôs no subitem a.7.4 que o Tribunal considere ter havido violação ao dever legal e regulamentar de especificar o objeto do certame licitatório, incluindo os respectivos compromissos exigidos, nos termos dos arts. 89, inciso III, e 136, §§ 2º e 3º, da LGT e do art. 14, inciso V, da Resolução Anatel 65/1998, devido à ausência de definição no edital e em seus anexos das características, especificações mínimas, obrigações e compromissos associados à obra de construção da rede privativa;

204. O Ministério Público junto ao TCU anuiu a essa proposta.

205. O MCOM fez as seguintes considerações sobre o assunto:

6. Preliminarmente, deve-se salientar que, embora ainda não haja projeto básico definitivo ou projeto executivo concernente a ambas as obrigações [Rede privativa e PAIS] previstas no edital e na política pública, este Ministério não entende que se trata de incompletudes. O compromisso previsto no edital indica a alocação de recursos para execução desses projetos. Essa execução será precedida da elaboração de todos os projetos e estudos ulteriores necessários, oportunamente. O Ministério entende que os elementos aptos à compreensão do dimensionamento dos valores referentes a cada um dos compromissos encontram-se dispostos na documentação remetida anteriormente a esse Tribunal.

7. Em que pese o entendimento acima esposado, as características, as especificações e os elementos de anteprojeto (quantitativos, preços de referência e cronograma de

implantação) da Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal são apresentados em documento anexo a esta Nota, que complementa as informações apresentadas por meio da Nota Técnica Conjunta n.º 5/2021/SEI-MCOM (6557229), que subsidiou a elaboração da minuta de edital pela Anatel.

8. Cabe salientar que se trata de um anteprojeto. Tem caráter preliminar e não pretende refletir o projeto definitivo da Rede Privativa. Seu objetivo é servir de referência para o estabelecimento, na minuta de edital 5G, do valor do compromisso de implantação da Rede Privativa. Espera-se que órgão colegiado, no âmbito da Entidade Administradora da Faixa de 3,5 GHz (EAF), em consulta a gestores públicos de serviços de segurança, defesa e de outras áreas de governo, revise esse planejamento inicial e formate a versão final do projeto de implantação da Rede Privativa. (sem grifos no original)

206. Como se vê, o MCOM reconhece que não há um projeto suficientemente detalhado, mas sim um anteprojeto. No entanto, alega que as fragilidades apontadas pela SeinfraCOM tendem a ser superadas no âmbito da Entidade Administradora da Faixa de 3,5 GHz (EAF), em consulta a gestores públicos de serviços de segurança, defesa e de outras áreas de governo, mediante sua revisão e aperfeiçoamento.

207. Desse modo, compartilho das mesmas preocupações da SeinfraCOM e concordo que o atual anteprojeto não é o suficiente para o atendimento das exigências legais. Por essa razão, acolho as conclusões da SeinfraCOM, mas, considerando que se trata de fragilidades sanáveis e que, segundo o MCOM, tendem a ser superadas, entendo que essa irregularidade não justifica a exclusão da rede privada do edital do 5G, devendo, porém, constar como ciência ao MCOM e à Anatel e seus desdobramentos devem ser acompanhados por este Tribunal, em ação de controle específica. Por essa razão, entendo que o atual subitem a.7.4 da proposta da SeinfraCOM deve ser convertido em item do acórdão, como ciência, com a seguinte redação:

- dar ciência ao Ministério das Comunicações e à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a ausência de definição no edital e em seus anexos das características, especificações mínimas, obrigações e compromissos associados à obra de construção da rede privativa contraria o dever legal e regulamentar de especificar o objeto do certame licitatório, incluindo os respectivos compromissos exigidos, nos termos dos arts. 89, inciso III, e 136, §§ 2º e 3º, da LGT e do art. 14, inciso V, da Resolução Anatel 65/1998, motivo pelo qual este Tribunal, mediante ação de controle específica, acompanhará o assunto, a fim de verificar se foram adotadas as providências necessárias por quem de direito para a regularização das questões apontadas no relatório e voto que fundamentam esta deliberação;

208. No subitem a.7.5 a SeinfraCOM propõe ao Tribunal considerar ter havido violação ao dever legal e regulamentar de exigir garantias de execução no edital de licitação e de prever sanção efetiva e tempestiva cabível em caso do descumprimento das especificações e de prazos para conclusão da obra da rede privativa, em descumprimento ao previsto nos arts. 89, incisos III e IV, e 136, § 2º, da LGT e nos arts. 14, incisos XII e XIII, e 90, incisos XI e XII, da Resolução Anatel 65/1998;

209. O Ministério Público junto ao TCU manifestou-se de acordo com a proposta.

210. A Anatel apresentou as seguintes considerações sobre o tema:

3.34. No que se refere ao apontado nos itens b.1.2 e b.2.2, cumpre esclarecer as previsões existentes na minuta editalícia aprovada. O item 9.7 do edital exige garantia para o cumprimento dos compromissos previstos nos ANEXOS IV e IV-A, dentre eles a Rede Privativa e o PAIS (item 7.8 do ANEXO IV). Nesse sentido,

constam expressamente de seu Anexo II campos para preenchimento do Valor da garantia do compromisso de aporte decorrente dos projetos Programa Amazônia Integrada e Sustentável - PAIS e o Projeto Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal. Tal como ocorrerá no que se refere ao preço mínimo dos Lotes, esses campos têm seu preenchimento realizado na derradeira etapa que precede a publicação do Edital, concluídos os trabalhos de precificação.

3.35. À guisa de *enforcement*, a Cláusula 9.11 prevê que o não cumprimento total ou parcial dos Compromissos assumidos poderá implicar caducidade da Autorização para exploração do SMP ou extinção da Autorização para Uso de Radiofrequências, além da execução da(s) Garantia(s) de Execução de compromissos apresentada(s), proporcionalmente aos compromissos assumidos e não cumpridos. Adiante, a Cláusula 11.4 preconiza que caso ocorra descumprimento dos Compromissos assumidos, a Autorizada estará sujeita à execução da(s) garantia(s) apresentadas, assim como à instauração de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO no qual a Anatel decidirá pela sanção cabível à situação detectada, podendo implicar sanção de caducidade.

(...)

3.39. Por sua vez, tendo em vista que será uma Entidade que executará os compromissos se optou-se pela definição de garantia, a ser apresentada pelas vencedoras nos termos acima reportados. Além disso, a responsabilização de seus agentes, em caso de eventual descumprimento, dar-se-ia nas esferas civil e administrativa. (grifos diferentes do original)

211. Depreende-se das alegações da Anatel que a agência, de certo modo, reconhece a necessidade de aperfeiçoamento das questões levantadas pela SeinfraCOM, o que entende que será feito na etapa que precede a publicação do Edital, concluídos os trabalhos de precificação, sem prejuízo ainda da responsabilização de seus agentes, em caso de eventual descumprimento, nas esferas civil e administrativa.

212. Compartilho das mesmas preocupações da SeinfraCOM e concordo que ausência de previsão mais específica sobre as garantias de execução no edital de licitação e sobre as sanções efetivas e tempestivas cabíveis em caso do descumprimento das especificações e de prazos para conclusão da obra da rede privativa, contrariam o previsto nos arts. 89, incisos III e IV, e 136, § 2º, da LGT e nos arts. 14, incisos XII e XIII, e 90, incisos XI e XII, da Resolução Anatel 65/1998.

213. Por essa razão, acolho as conclusões da SeinfraCOM, mas, considerando que se trata de fragilidades que podem ser sanadas, conforme demonstrou a Anatel, entendo que essas irregularidades não justificam a exclusão da rede privada do edital do 5G, devendo, porém, constar como ciência à Anatel e seus desdobramentos devem ser acompanhados por este Tribunal, em ação de controle específica. Por essa razão, entendo que o atual subitem a.7.5 da proposta da SeinfraCOM deve ser convertido em item do acórdão, como ciência, com a seguinte redação:

- dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a ausência de previsão mais específica sobre as garantias de execução no edital de licitação e sobre as sanções efetivas e tempestivas cabíveis em caso do descumprimento das especificações e de prazos para conclusão da obra da rede privativa, contrariam o previsto nos arts. 89, incisos III e IV, e 136, § 2º, da LGT e nos arts. 14, incisos XII e XIII, e 90, incisos XI e XII, da Resolução Anatel 65/1998, motivo pelo qual este Tribunal, mediante ação de controle específica, acompanhará o assunto, a fim de verificar se foram adotadas as providências necessárias por quem de direito para a regularização das questões apontadas no

relatório e voto que fundamentam esta deliberação;

***Indefinição sobre a operação da rede e suposta incoerência entre o processo de desestatização da Telebras e a previsão de operação da rede privativa pela estatal, de acordo com o Decreto 9.612/2018 (a.7.6)***

214. No subitem a.7.6, a SeinfraCOM propõe ao Tribunal considerar ter havido violação aos princípios da segurança jurídica e da integração da gestão de riscos, por não terem sido adotadas medidas para avaliar e estimar os impactos decorrentes do processo de desestatização da Telebras e da possível alteração do Decreto 9.612/2018 no compromisso de construir a rede privativa inserto na minuta de edital do 5G, previstos no art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999, bem como ao art. 17, inciso II, do Decreto 9.203/2017, Decreto de Governança da Administração Pública Federal;

215. Sobre o assunto o MCOM esclarece que, “para conferir maior clareza e segurança jurídica, vislumbrando-se a perspectiva de operação da rede privativa da administração pública federal, iniciou-se procedimento para alteração” do Decreto 9.612/2018 “com vistas a contemplar que a implantação e implementação de redes de telecomunicações com o objetivo do atendimento das políticas públicas estabelecidas no texto possam ser executadas por outras entidades”. Assim, “o novo texto do Decreto disporá que a rede privativa da administração pública federal poderá ser implementada por outras entidades em que a estrutura de governança seja composta por órgãos públicos que façam uso da rede” (peça 137, p. 30).

216. Estou de acordo com a conclusão da SeinfraCOM no sentido de que não há como afastar a existência de insegurança jurídica, tanto para a Administração Pública, quanto para os licitantes, diante da manifestação do MCOM, registrada no Ofício 10679/2021/MCOM (peça 137, p. 30), enviado ao TCU, e, publicamente, reproduzida em diversas ocasiões, como na nota oficial publicada em 1º/2/2021 (peça 24), no sentido de que a atribuição de implantação e implementação de redes públicas de telecomunicações será alterada posteriormente à licitação do 5G.

217. Entendo, porém, que esse fato não justifica a determinação proposta pela unidade técnica de retirada da rede privativa do edital. Penso, no entanto, que a proposta formulada pela SeinfraCOM pode ser aproveitada na forma de ciência à Anatel, com a seguinte redação:

- dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a não adoção de medidas para avaliar e estimar os impactos decorrentes do processo de desestatização da Telebras e da possível alteração do Decreto 9.612/2018 no compromisso de construir a rede privativa inserto na minuta de edital do 5G contraria os princípios da segurança jurídica e da integração da gestão de riscos, previstos no art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999, bem como o art. 17, inciso II, do Decreto 9.203/2017, que dispõe sobre a Governança da Administração Pública Federal, motivo pelo qual este Tribunal, mediante ação de controle específica, acompanhará o assunto, a fim de verificar se foram adotadas as providências necessárias por quem de direito para a regularização das questões apontadas no relatório e voto que fundamentam esta deliberação;

***Ausência de definição no edital do instrumento jurídico para a transferência da rede privativa da associação privada EAF à União (a.7.7 e subitens)***

218. A SeinfraCOM propõe o seguinte encaminhamento sobre o assunto:



a.7.7) quanto à possibilidade de transferência da rede privativa construída pela associação privada EAF para a União:

a.7.7.1) ao dever legal do instrumento convocatório de identificar o objeto do certame e as condições de sua prestação, regulando o procedimento e fixando as cláusulas do contrato, nos termos dos arts. 89, inciso III, e 136, §§ 2º e 3º, da LGT e art. 14, inciso V, da Resolução Anatel 65/1998;

a.7.7.2) às normas que definem e regulamentam o instituto jurídico da doação de bens móveis para a Administração Pública, devido à ausência de definição no edital do 5G quanto ao instrumento jurídico por meio do qual será feita a transferência da rede privativa ao patrimônio da União e às vedações de que doações de bens móveis gerem despesas adicionais substanciais e sejam feitas em situação de conflito de interesses entre empresas privadas fiscalizadas e órgãos públicos fiscalizadores, consoante o art. 538 do Código Civil 2002, o art. 23, inciso V, do Decreto 9.764/2019 e o art. 16, inciso VI, da IN 5/2019 da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital (SEDGG) do Ministério da Economia;

219. Sobre o assunto, a Anatel afirmou “a transferência da propriedade à União decorre do dever jurídico assumido na licitação por meio da assinatura do Termo de Autorização, estando tal dever inserido no próprio objeto da associação”, uma vez que “os bens da União, nos termos do art. 20, inciso I, da Constituição Federal, são os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos” (peça 143, p. 6-7). Assim, na visão da Anatel, eventuais “elementos adicionais atinentes a essa operacionalização podem ser objeto de deliberação pelo” Gaispi, com base em definições a serem promovidas pelo Poder Executivo no uso de suas competências” (peça 143, p. 7).

220. O MCOM, com alguma variação, se manifestou em sentido semelhante.

221. O Ministério Público junto ao TCU, a seu turno, consignou o seguinte:

Por fim, quanto ao instrumento jurídico para tradição (ponto iii), entendemos que eventual doação não ofenderia o art. 23, inciso V, do Decreto 9.764/2019, porquanto:

a) despesas inerentes à fruição do bem doado, tais como as de operação e manutenção, não se equiparam a “despesas adicionais, presentes ou futuras, certas ou potenciais, tais como de responsabilidade subsidiária, recuperação de bens e outras”, já que não guarda qualquer relação de similaridade com os exemplos que delimitam a abertura da norma. Entendimento contrário implicaria na vedação de virtualmente toda doação em favor de ente público; e

b) a parte final do dispositivo restringe sua aplicação às situações em que as despesas tornem a doação antieconômica, o que não se comprova nos autos.

222. Assim como o MPTCU, também não identifiquei fragilidades no modelo previsto para a transferência à União da rede privativa, mediante doação. E, assim como a Anatel e o MCOM, entendo que as atuais regras do edital disciplinam a questão de modo satisfatório, especialmente ao se considerar, como bem lembrou a Anatel, que eventuais “elementos adicionais atinentes a essa operacionalização podem ser objeto de deliberação pelo” Gaispi, com base em definições a serem promovidas pelo Poder Executivo no uso de suas competências”.

223. Por esses fundamentos, deixo de acolher a proposta da SeinfraCOM neste ponto.

***Criação do Gaispi (Grupo de Acompanhamento da Implantação das Soluções para os Problemas de Interferência na faixa de 3.626 a 3.700 MHz) (d.8)***

224. A SeinfraCOM propõe ao Tribunal dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que:

d.8) a criação do Gaispi e da estrutura de governança simplificada, nos moldes da minuta do edital do 5G, afronta o entendimento do TCU, manifestado no Acórdão 2.301/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, tendo em vista que, no caso da rede privativa e do Pais, o Gaispi desempenharia atribuições que não são típicas ou de competência da Anatel;

225. Nos termos do item 3.2 do Anexo IV-A da minuta do edital de licitação do 5G, o Gaispi deverá estabelecer, “exclusivamente para as atividades relativas” ao Pais e à rede privativa, “estrutura de governança simplificada”, com a participação apenas da Anatel, do MCOM e das proponentes vencedoras (peça 101, p. 34).

226. A SeinfraCOM, no entanto, observa que não há definição acerca do que significaria tal simplificação e sobre qual seria o grau de preponderância da agência e do Ministério nas decisões nessa governança simplificada, denotando risco à segurança jurídica. Recorda-se a unidade técnica que, no modelo estabelecido para a limpeza da faixa de 3,5 GHz, em caso de ausência de consenso, a “decisão caberá ao Presidente do Grupo”, que será um Conselheiro da Anatel (peça 101, p. 35).

227. Por essa razão, entende a Secretaria que, a ser seguido o mesmo modelo, será a Anatel, com seu poder de voto decisivo, a responsável por definir e imputar a um ente privado (a EAF) as obrigações relativas à construção da rede privativa e do Pais, o que não encontra amparo nas competências da agência.

228. O Ministério Público junto ao TCU se manifestou de acordo com a proposta da Secretaria.

229. Acolho a proposta da SeinfraCOM, pelos seus próprios fundamentos, mas com ajustes, tendo em vista que se trata de questão ainda incerta que, a depender de como venha a ser conduzida, pode evitar os riscos apontados pela unidade técnica. Desse modo, a redação deve ficar com o seguinte teor:

- dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a criação do Gaispi e da estrutura de governança simplificada, nos moldes da minuta do edital do 5G, sem a definição acerca do que significaria tal simplificação e sobre qual seria o grau de preponderância da agência e do Ministério das Comunicações nas decisões nessa governança simplificada, significa risco à segurança jurídica e ao respeito aos limites das atribuições típicas e de competência da Anatel, na linha do entendimento do TCU, manifestado no Acórdão 2.301/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler;

***Rede de infovias do Pais (a.8 e subitens)***

230. O projeto de implantação do Programa Amazônia Integrada e Sustentável (Pais), que compõe o programa Norte Conectado, visa a ampliar o acesso à internet na região norte por intermédio da instalação de fibras ópticas sob o leito dos rios (peça 137, p. 6). Recorda-se que essa mesma nomenclatura é a utilizada na portaria que estabelece diretrizes para o leilão do 5G, assim como no texto da minuta do respectivo edital de licitação.

231. Após análise da matéria, a SeinfraCOM propôs determinar à Anatel, com fundamento no

art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU e no art. 4º da Resolução-TCU 315/2020, que, antes de publicar o edital de licitação para a conferência de autorizações de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz, associadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal (leilão do 5G):

a.8) exclua da minuta de edital o compromisso de implantação da rede de infovias do País, valorado em R\$ 1,5 bilhão, porque a situação constatada configura risco de dano ao erário de até R\$ 2,18 bilhões, devido às incertezas na fixação de “margem geral” de reserva de recursos e na especificação, construção, operação e viabilidade jurídica de transferência da propriedade da rede de infovias do País, e configura ilegalidade devido à violação:

a.8.1) do dever constitucional e legal de licitação para a aquisição de bens e serviços, previsto nos arts. 37, inciso XXI, e 175, *caput*, da CF/1988, nos arts. 2º, 3º e 7º da Lei 8.666/1993, nos art. 1º e 2º, inciso II, da Lei 14.133, Nova Lei Geral de Licitações e nos arts. 10 e 12 da Lei 11.079/2004, bem como na jurisprudência do TCU, em especial no Acórdão 3.151/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro José Jorge, e no Acórdão 2.301/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler;

a.8.2) às seguintes normas jurídicas orçamentárias e fiscais, devido à decisão do MCOM e da Anatel de destinar R\$ 1,5 bilhão, oriundo da licitação do 5G, diretamente à associação privada constituída pelas licitantes vencedoras, para executar, à margem do Orçamento-Geral da União, o projeto de rede de infovias do País:

a.8.2.1) princípios constitucionais e legais que regem o orçamento público, em especial os princípios da universalidade e do orçamento bruto previstos nos arts. 2º, 3º, 4º e 6º da Lei 4.320/1964, devido à destinação de recursos gerados por outorga para obras públicas por fora do processo orçamentário;

a.8.2.2) normas regentes da vinculação de receitas previstas no art. 2º, alínea “e”, da Lei 5.070/1966, Lei do Fustel, no art. 6º, inciso II, da Lei 9.998/2000, Lei do Fust, e no art. 8º, parágrafo único, da Lei Complementar 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), devido ao fato de que os valores arrecadados com o pagamento de outorga nas autorizações de frequência possuem destinação vinculada aos fundos setoriais de telecomunicações,

a.8.2.3) dever de estimar, previamente à licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras, o impacto orçamentário-financeiro do aumento de despesas governamentais, a exemplo das despesas de manutenção e operação de cada infovia, consoante o art. 16, *caput*, incisos I e II e § 4º, inciso I, da LRF;

a.8.2.4) jurisprudência do TCU, a exemplo do Acórdão 1.437/2020-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, pelo qual foram apreciadas as Contas de Governo de 2019, ampliando o risco de enfraquecimento do Novo Regime Fiscal (‘Teto de Gasto’ e ‘Subteto de Gasto’), previsto nos arts. 107 a 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT);

a.8.2.5) Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2021, Lei 14.144/2021, em face da existência da ação orçamentária 15UL “Implantação de Infraestrutura para os Projetos Norte e Nordeste Conectados, por Organização Social (Lei 9.637, de 15/5/1998)”, no Programa 2205 - Conecta Brasil, para custear o mesmo projeto de rede de infovias;

a.8.3) ao dever legal e regulamentar de especificar o objeto do certame licitatório, incluindo os respectivos compromissos exigidos, nos termos dos arts. 89, inciso III, e 136, §§ 2º e 3º, da LGT e art. 14, inciso V, da Resolução Anatel 65/1998, devido à ausência de definição no edital e em seus anexos das características, especificações mínimas, obrigações e compromissos associados à obra de construção da rede de infovias;

a.8.4) ao dever legal e regulamentar de exigir garantias de execução no edital de licitação e de prever sanção efetiva e tempestiva em caso do descumprimento das especificações e de prazos para conclusão da obra da rede de infovias, em descumprimento ao previsto nos arts. 89, incisos III e IV, e 136, § 2º, da LGT e arts. 14, incisos XII e XIII, e 90, incisos XI e XII, da Resolução Anatel 65/1998;

a.8.5) às normas que definem e regulamentam o instituto jurídico da doação de bens móveis para a administração pública, devido à ausência de definição no edital do 5G quanto ao instrumento por meio do qual será feita a transferência da rede de infovias do País ao patrimônio da União; e às vedações de que doações de bens móveis gerem despesas adicionais substanciais e sejam feitas em situação de conflito de interesses entre empresas privadas fiscalizadas e órgãos públicos fiscalizadores, consoante art. 538 do Código Civil 2002, art. 23, inciso V, do Decreto 9.764/2019 e art. 16, inciso VI, da IN 5/2019 da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital (SEDGG) do Ministério da Economia;

a.8.6) aos arts. 4º e 6º do Decreto 9.203/2017, devido à ausência de normativos e mecanismos destinados ao exercício de governança para a rede do País, o que já fora apontado nas recomendações dos itens 9.1.1.1 e 9.1.1.2 do Acórdão 2.641/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas;

### ***Criação de “margem geral” (a.8, caput)***

232. Na primeira parte do item a.8, a SeinfraCOM propõe que o Tribunal determine à Anatel que exclua da minuta de edital o compromisso de implantação da rede de infovias do País, valorado em R\$ 1,5 bilhão, porque a situação constatada configura risco de dano ao erário de até R\$ 2,18 bilhões, devido às incertezas na fixação de “margem geral” de reserva de recursos.

233. Entende a Secretaria que, com a criação de “margem geral” de R\$ 685,3 milhões na minuta do edital do 5G, não há como assegurar que, de fato, não será utilizado um valor superior a R\$ 1,5 bilhão para a obra de construção da rede de sete infovias do País. A unidade técnica recorda que a própria documentação encaminhada pelo MCOM aponta que já tinha sido incluída uma margem de reserva técnica de 5% dentro desse valor de R\$ 1,5 bilhão, o que não foi considerado pela Anatel ao prever futuras margens adicionais.

234. Ademais, a previsão, por parte da Anatel, de uma margem geral de R\$ 685,3 milhões que podem ser alocados em qualquer projeto, embora tenham sido calculados especificamente com base nas informações sobre a limpeza da faixa de frequência de 3,5 GHz, representa outro risco de dano ao erário, que pode resultar em aplicação ineficiente de recursos. Isso porque não há base legal para que a EAF remaneje recursos entre diferentes compromissos estabelecidos em edital aprovado pelo Conselho Diretor da agência, configurando, para além da ilegalidade, o risco de fragilizar o atendimento da política pública de limpeza da faixa de frequência e prejudicar diretamente os cidadãos que utilizarão os serviços de telefonia móvel em 5G e os atuais usuários de TVRO.

235. A SeinfraCOM registra ainda que os votos dos Conselheiros da agência assinalaram a importância de estimativas conservadoras apenas para a limpeza da faixa (peças 16, p. 64; 17, p. 13), o

que poderia ser obtido por intermédio de outras metodologias, como pesquisas de preço com mais fornecedores, em vez de aplicar um percentual genérico e de um quinto do valor calculado, isto é, de 20%, e que ainda foi submetido a outra margem de 5%, totalizando um acréscimo de 26% do respectivo valor.

236. Desse modo, entendo que procedem as preocupações da SeinfraCOM em relação à ausência de justificativa mais robusta para a margem geral de 26%, mas não vejo esse fato como suficiente para justificar a exclusão do Pais do edital do 5G. Penso, no entanto, que é possível a expedição de ciência à Anatel, com o seguinte teor:

- dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a previsão de margem geral de 26% carece de fundamentação suficiente, o que contraria o dever de motivação dos atos administrativos, previsto no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999, e significa a existência de risco de dano ao erário, caso a fundamentação não se revele correta.

### ***Suposta violação do dever constitucional e legal de licitação para a aquisição de bens e serviços como a rede do Pais (a.8.1)***

237. A exemplo do fez em relação à rede privativa, o entendimento da SeinfraCOM sobre uma suposta violação do dever constitucional e legal de licitar para a aquisição de bens e serviços como a rede Pais assenta-se na premissa de que a rede Pais não tem pertinência temática com o objeto da licitação do 5G, motivo pelo qual estaria havendo uma ofensa do já citado art. 135 da LGT.

238. Pela identidade da matéria, aplica-se a este item o que afirmo no item sobre a rede privativa em relação às possibilidades hermenêuticas do art. 135 da LGT, razão pela qual remeto o leitor àquele item.

239. Portanto, diante dessas circunstâncias acima expostas, entendo que a avaliação do Poder Executivo, na condição de formulador da política pública, quanto ao enquadramento da rede Pais como de “interesse da coletividade”, ainda que possa comportar controvérsias, conforme bem apontado pela SeinfraCOM, está dentro da zona de incerteza da interpretação da norma, inclusive no tocante à pertinência temática, motivo pelo qual entendo que, nesses casos, deve o TCU adotar a autocontenção e prestigiar as escolhas do formulador da política pública, porquanto feita dentro do espaço hermenêutico que o texto da norma permite e acompanhada das necessárias justificativas.

240. Desse modo, deixo de acolher a proposta da SeinfraCOM quanto ao subitem a.8.1.

### ***Supostos indícios de violação às regras orçamentárias e fiscais previstas na Constituição e nas normas de finanças públicas, em especial ao teto de gastos (a.8.2)***

241. Pelas mesmas razões, aplica-se ao subitem a.8.2., relativo a suposta violação às regras orçamentárias e fiscais previstas na Constituição e nas normas de finanças públicas, em especial ao teto de gastos, o que afirmo no tocante à rede privativa e ao item anterior, o que me leva a deixar de acolher este subitem.

### ***Supostas incompletudes na especificação do projeto da rede de infovias do Pais e divergências na estimativa do valor total dessa rede (a.8.3)***



242. A SeinfraCOM chama a atenção para as incompletudes na especificação do projeto da rede de infovias do País e para divergências na estimativa do valor total dessa rede.

243. Afirma a unidade técnica que há incompletudes no projeto de rede do País, como ausência de exigência de garantias de execução no edital de licitação, especificação insuficiente das infovias e cidades a serem atendidas, ausência de detalhamento de valores financeiros e de características de fibra, quilometragem e outros aspectos técnicos típicos de um projeto básico ou de um anteprojeto de uma obra de construção de rede de telecomunicações. Há ainda lacunas na estrutura de governança do País e do grupo de fiscalização da EAF que ficará responsável por executar e acompanhar esse projeto.

244. A Anatel, a seu turno, sustenta que “existem elementos norteadores desses compromissos” que “somente serão detalhados durante etapas posteriores do processo na esfera” do Gaispi, “o qual contará com a participação de representantes do MCOM, que, na posição de elaborador da política pública, poderá trazer ao debate os requisitos e demandas de toda a Administração direta, bem como dos entes vinculados ao referido Ministério” (peça 143, p. 7).

245. A agência também argumenta que o “regramento relativo à governança do Gaispi e da EAF” estaria contido “no bojo das regras editalícias, vez que o Anexo IV-A da minuta de Edital traz de forma expressa os papéis de ambos, bem como os contornos para sua constituição e atuação” (peça 143, p. 8).

246. Desse modo, compartilho das mesmas preocupações da SeinfraCOM e concordo que o projeto da rede País não é o suficiente para o atendimento das exigências legais. Por essa razão, acolho as conclusões da SeinfraCOM, mas, considerando que se trata de fragilidades sanáveis e que, segundo a Anatel, tendem a ser superadas, entendo que essa irregularidade não justifica a exclusão da rede País do edital do 5G, devendo, porém, constar como ciência à Anatel e seus desdobramentos devem ser acompanhados por este Tribunal, em ação de controle específica. Por essa razão, entendo que o atual subitem a.8.3 da proposta da SeinfraCOM deve ser convertido em item do acórdão, como ciência, com a seguinte redação:

- dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a ausência de definição no edital e em seus anexos das características, especificações mínimas, obrigações e compromissos associados à obra de construção da rede de infovias contraria o dever legal e regulamentar de especificar o objeto do certame licitatório, incluindo os respectivos compromissos exigidos, nos termos dos arts. 89, inciso III, e 136, §§ 2º e 3º, da LGT e art. 14, inciso V, da Resolução Anatel 65/1998, motivo pelo qual este Tribunal, mediante ação de controle específica, acompanhará o assunto, a fim de verificar se foram adotadas as providências necessárias por quem de direito para a regularização das questões apontadas no relatório e voto que fundamentam esta deliberação;

***Garantias de execução no edital de licitação e de previsão de sanção efetiva e tempestiva em caso do descumprimento das especificações e de prazos para conclusão da obra da rede de infovias (a.8.4)***

247. A SeinfraCOM propôs a seguinte redação para o subitem a.8.4, no tocante à ausência de previsão de garantias de execução no edital de licitação e de previsão de sanção efetiva e tempestiva em caso do descumprimento das especificações e de prazos para conclusão da obra da rede de infovias:

a.8.4) ao dever legal e regulamentar de exigir garantias de execução no edital de licitação e de prever sanção efetiva e tempestiva em caso do descumprimento das especificações e de prazos para conclusão da obra da rede de infovias, em descumprimento ao previsto nos arts. 89, incisos III e IV, e 136, § 2º, da LGT e arts. 14, incisos XII e XIII, e 90, incisos XI e XII, da Resolução Anatel 65/1998;

248. A Anatel apresentou as seguintes considerações sobre o tema, que são as mesmas que apresentou para a rede privada:

3.34. No que se refere ao apontado nos itens b.1.2 e b.2.2, cumpre esclarecer as previsões existentes na minuta editalícia aprovada. O item 9.7 do edital exige garantia para o cumprimento dos compromissos previstos nos ANEXOS IV e IV-A, dentre eles a Rede Privativa e o PAIS (item 7.8 do ANEXO IV). Nesse sentido, constam expressamente de seu Anexo II campos para preenchimento do Valor da garantia do compromisso de aporte decorrente dos projetos Programa Amazônia Integrada e Sustentável - PAIS e o Projeto Rede Privativa de Comunicação da Administração Pública Federal. Tal como ocorrerá no que se refere ao preço mínimo dos Lotes, esses campos têm seu preenchimento realizado na derradeira etapa que precede a publicação do Edital, concluídos os trabalhos de precificação.

3.35. À guisa de *enforcement*, a Cláusula 9.11 prevê que o não cumprimento total ou parcial dos Compromissos assumidos poderá implicar caducidade da Autorização para exploração do SMP ou extinção da Autorização para Uso de Radiofrequências, além da execução da(s) Garantia(s) de Execução de compromissos apresentada(s), proporcionalmente aos compromissos assumidos e não cumpridos. Adiante, a Cláusula 11.4 preconiza que caso ocorra descumprimento dos Compromissos assumidos, a Autorizada estará sujeita à execução da(s) garantia(s) apresentadas, assim como à instauração de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO no qual a Anatel decidirá pela sanção cabível à situação detectada, podendo implicar sanção de caducidade.

(...)

3.39. Por sua vez, tendo em vista que será uma Entidade que executará os compromissos se optou-se pela definição de garantia, a ser apresentada pelas vencedoras nos termos acima reportados. Além disso, a responsabilização de seus agentes, em caso de eventual descumprimento, dar-se-ia nas esferas civil e administrativa. (grifos diferentes do original)

249. Depreende-se das alegações da Anatel que a agência, de certo modo, reconhece a necessidade de aperfeiçoamento das questões levantadas pela SeinfraCOM, o que entende que será feito na etapa que precede a publicação do Edital, concluídos os trabalhos de precificação, sem prejuízo ainda da responsabilização de seus agentes, em caso de eventual descumprimento, nas esferas civil e administrativa.

250. Compartilho das mesmas preocupações da SeinfraCOM e concordo que ausência de previsão mais específica sobre as garantias de execução no edital de licitação e sobre as sanções efetivas e tempestivas cabíveis em caso do descumprimento das especificações e de prazos para conclusão da obra da rede Pais contrariam o previsto nos arts. 89, incisos III e IV, e 136, § 2º, da LGT e arts. 14, incisos XII e XIII, e 90, incisos XI e XII, da Resolução Anatel 65/1998.

251. Por essa razão, acolho as conclusões da SeinfraCOM, mas, considerando que se trata de fragilidades que podem ser sanadas, conforme demonstrou a Anatel, entendo que essas irregularidades não justificam a exclusão da rede Pais do edital do 5G, devendo, porém, constar como ciência à Anatel e ao Ministério das Comunicações e seus desdobramentos devem ser acompanhados por este Tribunal, em ação de controle específica. Por essa razão, entendo que o atual subitem a.7.5 da proposta da SeinfraCOM deve ser convertido em item do acórdão, como ciência, com a seguinte redação:

- dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a ausência de previsão mais específica sobre as garantias de execução no edital de licitação e sobre as sanções efetivas e tempestivas cabíveis em

caso do descumprimento das especificações e de prazos para conclusão da obra da rede Pais contrariam o previsto nos arts. 89, incisos III e IV, e 136, § 2º, da LGT e arts. 14, incisos XII e XIII, e 90, incisos XI e XII, da Resolução Anatel 65/1998, motivo pelo qual este Tribunal, mediante ação de controle específica, acompanhará o assunto, a fim de verificar se foram adotadas as providências necessárias por quem de direito para a regularização das questões apontadas no relatório e voto que fundamentam esta deliberação;

***Ausência de definição no edital do instrumento jurídico para a transferência da rede do Pais da associação privada EAF à União e para a operação da rede do Pais (a.8.5)***

252. A Unidade Técnica concluiu que a inclusão da obra de construção de rede de implantação do Pais com recursos do leilão do 5G apresenta ilegalidades devido à indefinição quanto aos instrumentos jurídicos a serem adotados para a transferência da rede do Pais à União e para a sua operação, somada aos indícios de que não foram corrigidas as fragilidades apontadas na auditoria operacional sobre o Programa Amazônia Conectada, apreciada por meio do Acórdão 2.641/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

253. No tocante ao uso do instituto da doação, aplica-se, neste item, tudo o que se disse em relação ao mesmo instituto quando usado para a rede privativa, motivo pelo qual remeto o leitor ao referido tópico da rede privativa neste voto e deixo de acolher a proposta contida no item a.8.5.

254. Já quanto às questões apontadas na auditoria operacional sobre o Programa Amazônia Conectada - PAC, apreciada por meio do Acórdão 2.641/2019-TCU-Plenário acerca das fragilidades do PAC, o MCOM informa que estão em fase final as tratativas entre o Ministério das Comunicações, o Ministério da Defesa e o Comando do Exército, para a edição de um Decreto relativo à criação de um comitê gestor dos programas PAC e Pais.

255. Segundo o MCOM, esse comitê gestor terá como atribuições, entre outras questões, acompanhar e monitorar a implantação dos Programas, e também propor a política de uso da infraestrutura implantada. Tal política de uso sobre a capacidade criada terá o propósito de manter a coordenação entre as ações interministeriais, além de promover o compartilhamento da capacidade instalada nas Infovias implantadas.

256. Como se vê, o MCOM reconhece que a matéria requer aprimoramentos que, segundo informa, já estão em andamento. Por esse motivo, embora compartilhe da mesma preocupação da SeinfraCOM, entendo que o assunto não justifica determinação para a exclusão da rede Pais do edital do 5G, mas sim a expedição de ciência, com o seguinte teor:

- dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a ausência de normativos e mecanismos destinados ao exercício de governança para a rede do Pais, o que já fora apontado nas recomendações dos itens 9.1.1.1 e 9.1.1.2 do Acórdão 2.641/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, contraria os arts. 4º e 6º do Decreto 9.203/2017, motivo pelo qual este Tribunal, mediante ação de controle específica, acompanhará o assunto, a fim de verificar se foram adotadas as providências necessárias por quem de direito para a regularização das questões apontadas no relatório e voto que fundamentam esta deliberação;

**VIII - Considerações sobre a ausência de compromissos no edital de 5G relacionados à conectividade das escolas públicas estabelecida em política pública**

257. A SeinfraCOM propõe a seguinte recomendação, em virtude da ausência de compromissos no edital de 5G relacionados à conectividade das escolas públicas estabelecida em política pública:

c) recomendar, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, ao Ministério das Comunicações e à Anatel que avaliem a conveniência e a oportunidade de incluir compromissos no edital do leilão do 5G que estabeleçam a obrigação da conectividade das escolas públicas de educação básica, com a qualidade e velocidade necessárias para o uso pedagógico das TIC nas atividades educacionais regulamentadas pela Política de Inovação Educação Conectada, estabelecida pela Lei 14.180/2021 e pelo Decreto 9.204/2017, de modo atender as obrigações de universalização de acesso à internet em banda larga de todas as escolas públicas brasileiras, previstas no Anexo da Lei 13.005/2014, no § 2º do art. 1º da Lei 9.998/2000 e no inciso VII do art. 2º da Lei 9.472/1997, e as competências estabelecidas na Lei 9.472/1997, no Decreto 9.204/2017 e no Decreto 10.747/2021;

258. O possível atendimento de escolas públicas via compromissos a serem estabelecidos no edital do 5G mostrou-se, ao longo da instrução do feito, um tema de premente debate diante da inegável relevância da conectividade para a educação nos dias de hoje e, também, diante da corrente situação dos estabelecimentos de ensino público brasileiros.

259. Como bem ponderado na instrução realizada, não cabe ao TCU definir as políticas públicas a serem inseridas nos instrumentos regulatórios, mas sim analisar aqueles compromissos que a agência escolheu, verificando a legalidade e a motivação das decisões, bem como a sua aderência às políticas públicas estabelecidas.

260. A despeito disso, e com mais acerto ainda, a área técnica do Tribunal sublinhou que se encontra vigente preceito legal voltado à universalização de acesso à internet com qualidade e capacidade adequados a todas as escolas de ensino básico até 2024, nos termos da Lei 14.180/2021, e que a própria política pública setorial dispõe de diretrizes alinhadas à conectividade de estabelecimentos educacionais. Daí a proposta de recomendação formulada para que o Ministério das Comunicações e a Anatel avaliem a conveniência e a oportunidade de ainda incluir no edital compromissos nessa linha.

261. Sem menoscabo da reconhecida premissa quanto ao desenho da competência desta Corte no caso sob exame, vislumbra-se que a recomendação a ser expedida pode receber contornos ainda mais concretos ao se apontar para a Agência uma possibilidade efetiva de endereçamento das metas no edital.

262. Explica-se.

263. A despeito da estruturação de um instrumento editalício voltado à consecução dos objetivos da política pública setorial, permanecem os lotes das faixas agrupadas sob o rótulo de 26 GHz sem contrapartidas dessa natureza.

264. Muito embora assista razão à Agência quanto a não ser oportuna a previsão de metas de cobertura ou prestação de serviço com a utilização dessas faixas, dada sua natureza e a atual fase de desenvolvimento tecnológico, não se verifica qualquer obstáculo à utilização dos valores a elas correspondentes para projetos voltados à conectividade de escolas.

265. E isso lançando-se mão de mecanismos de garantias, governança, acompanhamento e controle já previstos para outros compromissos editalícios.

266. Entende-se que isto já pode permitir um avanço no atendimento dos estabelecimentos de ensino e, simultaneamente, não haver que se cogitar de qualquer prejuízo para as demais metas de infraestrutura previstas e igualmente aderentes à política pública setorial.

267. Isto se daria, por exemplo, por meio da separação de valores a serem geridos pela Entidade Administradora da Faixa de 3,5 GHz (EAF), mas destinados a projetos de conectividade de ensino público, a serem selecionados pelo Grupo de Acompanhamento da Implantação das Soluções para os Problemas de Interferências na faixa de 3.626 a 3.700 MHz (GAISPI) que para esta matéria poderia porventura contar com a participação pontual do Ministério da Educação.

268. Ressalto, entretanto, que tal solução melhor parece se amoldar às hipóteses em que as vencedoras dos lotes da faixa de 26 GHz sejam igualmente vencedoras dos lotes nacionais licitados na faixa de 3,5 GHz. Isto pela própria natureza que os projetos de conectividade desses estabelecimentos possam requerer e, ainda, para que não se altere a composição central de governança da EAF, primordialmente voltada para a faixa de 3,5 GHz.

269. Dessa forma, faço pequeno ajuste na proposta de encaminhamento da SeinfraCOM, a fim de que passe a constar a seguinte redação:

c) determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, à Anatel e ao Ministério das Comunicações que inclua compromissos no edital do leilão do 5G que estabeleçam a obrigação da conectividade das escolas públicas de educação básica, com a qualidade e velocidade necessárias para o uso pedagógico das TIC nas atividades educacionais regulamentadas pela Política de Inovação Educação Conectada, estabelecida pela Lei 14.180/2021 e pelo Decreto 9.204/2017, especialmente por meio da destinação de valores decorrentes da aquisição de lotes na faixa de 26 GHz, e alocados em projetos concedidos, identificados, selecionados e precificados pelo Ministério da Educação, de modo atender as obrigações de universalização de acesso à internet em banda larga de todas as escolas públicas brasileiras, previstas no Anexo da Lei 13.005/2014, no § 2º do art. 1º da Lei 9.998/2000 e no inciso VII do art. 2º da Lei 9.472/1997, e as competências estabelecidas na Lei 9.472/1997, no Decreto 9.204/2017 e no Decreto 10.747/2021;

c.1) os projetos referenciados neste item terão como limites os valores arrecadados pela outorga de autorização de direitos de uso da faixa de 26 GHz;

c.2) a Anatel deverá estabelecer o prazo e o arranjo de governança necessários para a implementação do projeto tratado neste item;

c.3) esclarecer à Anatel que a presente determinação não enseja a necessidade de trâmite de retrabalho de instrução, a exemplo da rede privativa e da rede do País.

270. Faço ainda uma segunda proposta sobre o assunto, no sentido de:

- determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, à Anatel que sanções decorrentes de eventuais descumprimentos de obrigações editalícias sejam aplicadas na forma de sanção de obrigação de fazer relacionados a atendimento dos projetos referidos na alínea c, pelo prazo das outorgas, conforme previsto no art. 68 da Lei 9.784/1999.

271. Lembro que o citado art. 68 da Lei 9.784/1999 tem a seguinte redação:

Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza



pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa.

272. A exemplo da proposta anterior de determinação, esta também busca, de igual modo, dar continuidade aos investimentos em conectividade das escolas públicas de educação básica, com a qualidade e velocidade necessárias para o uso pedagógico das TIC nas atividades educacionais regulamentadas pela Política de Inovação Educação Conectada, estabelecida pela Lei 14.180/2021 e pelo Decreto 9.204/2017.

### **Propostas originárias exclusivamente deste relator**

Faço as seguintes propostas de inclusão no acórdão do TCU.

#### ***Possibilidade de antecipação de investimentos***

273. Proponho recomendar, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, à Anatel que:

- avalie a conveniência e a oportunidade de rediscutir a inclusão no edital de mecanismos que possibilitem a antecipação do uso da faixa de 3,5 GHz em áreas delimitadas, para exploração comercial, respeitada a viabilidade técnica operacional.

274. Faço essa proposta porque a possibilidade de antecipação das infraestruturas em 3,5 GHz foi aventada e discutida pela Anatel em diversas oportunidades da instrução processual e em atividades paralelas correlatas, tais como a realização de estudos técnicos e testes de campo sobre a convivência dos sistemas de radiocomunicação operando nessa faixa e em suas adjacências, dos quais resultaram a expedição de requisitos técnicos, condições operacionais e recomendações de práticas de mitigação de interferências prejudiciais.

275. Portanto, a implantação antecipada em espaços de maior adensamento urbano e grande demanda por conectividade, além de antecipar desejados investimentos na ampliação das infraestruturas das redes de acesso móvel, poderá contribuir para a adesão dos consumidores ao novo padrão tecnológico, bem como fomentar o surgimento de novos modelos e aplicações de serviços, sem com isso implicar riscos à continuidade do acesso à recepção do TVRO, caso obedecidos os parâmetros operacionais necessários.

276. Eis as razões pelas quais entendo conveniente e oportuna a recomendação que ora sugiro.

#### ***Redução das desigualdades regionais***

277. Proponho, também, recomendar, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, à Anatel que avalie a conveniência e a oportunidade de promover ajustes no edital, a fim de:

a) Permitir que as proponentes vencedoras dos lotes nacionais da faixa de 3,5 GHz possam, desde que verificados requisitos prévios, alterar total ou parcialmente a ordem de atendimento dos municípios constantes do compromisso de atendimento com Estações Rádio Base – ERB que permitam a oferta do SMP por meio de padrão tecnológico igual ou superior ao 5G NR *release 16* do 3GPP;

b) Estabelecer como requisito prévio para a alteração (i) a ausência de impactos para o preço mínimo dos lotes correspondentes às referidas metas, garantindo-se a equivalência de ônus; (ii) a manutenção da previsão de quantitativo de população anualmente atendida; (iii) a preservação do critério de densidade ERB/população de cada meta anual;

c) Estabelecer no cronograma de limpeza da faixa de 3,5 GHz a possibilidade de efetiva antecipação dos municípios objeto de alterações, avaliando-se a possibilidade de adiantamento da cobertura dos custos pelo eventual vencedor interessado.

278. Na forma aprovada pela Anatel, para os lotes nacionais, as metas começam pelas capitais de Estados e pelo Distrito Federal. Na sequência vêm municípios com populações superiores a 500 (quinhentos) mil, 200 (duzentos) mil, 100 (cem) mil e 30 (trinta) mil habitantes. O cronograma se inicia em julho de 2022 e segue até julho de 2029. Já para os lotes regionais, as metas se voltam aos municípios e localidades com população inferior a 30 (trinta) mil habitantes, com início a partir de dezembro de 2026, seguindo até dezembro de 2030.

279. Parece evidente que as capitais e maiores centros urbanos são a escolha óbvia para uma implementação espontânea da nova tecnologia. Ali por certo está abrigada a maior possibilidade de retorno dos investimentos. No entanto, a relegação absoluta dos municípios com menores populações para metas temporalmente mais distantes pode ter um viés perverso de manutenção das desigualdades entre o interior do País e os grandes centros, contrário ao espírito da Constituição, da Lei Geral de Telecomunicações e do Decreto vigente de políticas públicas.

280. Ressalto que a redução de desigualdades regionais é um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III, da Constituição Federal), também apresentado como princípio para a disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações (art. 5º da Lei nº 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações). Na mesma linha, o instrumento vigente de diretrizes para as políticas públicas setoriais, o Decreto nº 9.612/2018, consagra dentre seus objetivos a inclusão digital, observadas as desigualdades sociais e regionais (art. 2º, I, b).

281. Desse modo, sem a pretensão de que se inverta a decisão regulatória adotada pelo órgão competente, que contempla interesses legítimos do expressivo número populacional dos maiores centros, entendo que a recomendação ora proposta visa provocar a Anatel, a fim de que reflita, de modo detido, e decida de modo autônomo, acerca da conveniência e oportunidade de proceder a ajustes nos compromissos para torná-los mais flexíveis.

### ***Item 11.3 do Anexo IV do Edital***

282. O item 11.3 do anexo IV do edital tem a seguinte redação:

11.3. Antes do início da utilização efetiva das radiofrequências objeto deste Edital, poderá ser autorizado o uso de radiofrequências, faixa ou canal de radiofrequências em caráter secundário, a título oneroso, conforme regramentos dispostos no Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016.

11.3.1. Após o atendimento do município por terceiro interessado na forma do item 11.3 deste Anexo, caso a Proponente vencedora, autorizada na Subfaixa em caráter primário, decida atender o mesmo município utilizando a referida Subfaixa, esta deverá disponibilizar capacidade de rede ao terceiro interessado presente no município de forma isonômica e não discriminatória e em condições

remuneratórias que não inviabilizem o modelo de negócios adotado antes do uso da respectiva Subfaixa de Radiofrequências pela Proponente vencedora.

11.3.2 A Anatel arbitrará a decisão em conflitos existentes entre a Proponente vencedora e o terceiro interessado no relacionamento existente conforme item 11.1 e subitens deste Anexo.

11.3.3. A Autorização a terceiro interessado, nos termos do item 11.3 e subitens deste Anexo, não exime a Proponente vencedora do cumprimento das obrigações a ela estabelecidas, sem prejuízo da eventual execução das garantias e das sanções a serem aplicadas em face das disposições regulamentares.

11.3.4. Sempre que a definição do compromisso de abrangência depender da definição da população do município, área ou localidade, deve-se considerar a última informação publicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) anterior à data de publicação deste Edital.

283. Entendo que as disposições do item 11.3 podem produzir grave insegurança jurídica relativamente aos direitos que estão sendo adquiridos pela proponente vencedora, porquanto prevê que a avaliação sobre o assunto ficará totalmente a cargo da Anatel, sem, no entanto, que haja uma definição de critérios para a sua decisão. Essa disposição, portanto, tem, a meu ver, grande potencial para provocar a judicialização do edital.

284. Considerando, portanto, que o melhor tratamento para esse assunto deve ser buscado pela Anatel, no exercício de sua competência regulatória, entendo que seria conveniente e oportuno que essa questão fosse regulamentada pela Anatel em normativo próprio, a fim de reduzir o risco de insegurança jurídica e, por consequência, o risco de judicialização do edital.

285. Por essa razão, proponho inserir no acórdão a seguinte recomendação:

- recomendar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que regule em normativo próprio o disposto no item 11.3 do Anexo IV do Edital, a fim de prever regras regulatórias de uso secundário de espectro que reduzam os riscos de insegurança jurídica e de judicialização da matéria.

### **Das questões processuais relativas à presente fiscalização**

286. Os estudos técnicos da licitação foram encaminhados inicialmente pela agência ao TCU em 19/3/2021 (peça 46), porém foram posteriormente alterados de forma significativa pela Anatel, que informou que a primeira versão deveria ser desconsiderada (peça 53, p. 3) e encaminhou a nova versão dos estudos ao Tribunal em 22/3/2021 (peças 51-53).

287. Ato contínuo ao recebimento dos estudos, foram identificados pela SeinfraCOM diversos indícios de ilegalidade na inclusão dos compromissos das obras de construção da rede privativa e da rede de infovias do País, que motivaram, em 28/4/2021, oitiva à Anatel e ao MCOM, com fundamento no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU (peças 116 a 121).

288. Além disso, em 5/5/2021, foi formalizada a constatação de oito incompletudes relevantes nos documentos encaminhados pelo poder concedente, com materialidade estimada em pelo menos R\$ 28,4 bilhões, que impediam a Unidade Técnica do TCU de analisar e opinar sobre a precificação das frequências, a legalidade das previsões editalícias e a compatibilidade entre o estudo de precificação do certame do 5G e os dispositivos do edital, nos termos do art. 9º, § 2º, da IN-TCU 81/2018 e do art. 2º, caput, da Portaria-Segecex 17/2020 (peça 124). As oito incompletudes

foram descritas pela ausência de elementos de expressiva relevância e que deveriam ter sido encaminhados pela Anatel, de acordo com a IN-TCU 81/2018, juntamente com os demais documentos que integram os estudos.

289. Ressalte-se que essas incompletudes foram detalhadas e discutidas com a Anatel e o MCOM em reuniões ocorridas em 22/4/2021, 23/4/2021, 3/5/2021 e 4/5/2021, sendo que a primeira dessas reuniões contou com a presença do Ministro Relator Raimundo Carreiro, de representantes de Gabinetes de Ministros e Ministros-Substitutos do TCU e de Subprocuradores e Procuradores do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), além da participação de Conselheiros da Anatel (peça 222, p. 14-15).

290. Em 7/5/2021, o Ministro Relator manifestou-se de acordo com a análise feita por esta SeinfraCOM acerca das incompletudes, bem como com a proposta formulada, determinando informar a Anatel e o Ministério das Comunicações de que, nos termos do art. 9º, § 1º, da IN-TCU 81/2018, a contagem do prazo previsto no caput do citado artigo somente teria início a partir do recebimento por este Tribunal de todas as informações mencionadas em seu despacho (peça 129). A Anatel e o MCOM tiveram ciência formalmente dessa comunicação em 10/5/2021 (peças 131 e 133).

291. Em 25/6/2021, a Anatel encaminhou uma nova versão dos estudos de precificação das faixas de frequência de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz, saneando integralmente três incompletudes e apresentando justificativas para o não saneamento das demais cinco (peça 204). Ressalta-se, que conforme previsto na IN 81/2018 do TCU, e reforçado no despacho do Relator, o prazo de 75 dias começou a contar a partir da entrega desses documentos de saneamento parcial das incompletudes. Os argumentos apresentados foram analisados ao longo da instrução da SeinfraCOM, nas respectivas seções.

292. Registre-se que, desde a autuação do presente processo no TCU, foram realizadas as seguintes atividades (peça 222, p. 13-18):

a) expedição de dez diligências, sendo quatro para a Anatel (peças 29, 130, 176 e 183), três para o MCOM (peças 9, 30 e 180) e uma diligência para cada uma das seguintes secretarias do Ministério da Economia (peças 43 a 45): Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura (SDI), Secretaria de Orçamento Federal (SOF) e Secretaria do Tesouro Nacional (STN);

b) realização de mais de 20 reuniões (peça 222, p. 13-18) por esta área técnica e pelo gabinete do Ministro Relator com diversos órgãos, entidades governamentais e representantes da sociedade civil e do setor de telecomunicações envolvidos no processo de licitação do 5G;

c) participação no Painel de Referência da Fiscalização do processo de licitação do 5G, evento promovido e coordenado pelo relator nos dias 8 e 9/4/2021 e com degravação juntada aos presentes autos (peça 144) e que contou com a participação de integrantes do MCOM e da Anatel, bem como de Parlamentares e de associações que representam prestadoras de serviços de telecomunicações de pequeno, médio e grande porte;

d) participação no Painel Interno de Fiscalização do processo de licitação do 5G, em 17/6/2021, e com degravação juntada aos presentes autos (peça 207), que contou com a presença do Ministro Relator e de integrantes do MCOM e da Anatel, bem como de representantes da Advocacia-Geral da União (AGU), da Agência Brasileira de Inteligência (Abin), do Gabinete de Segurança Institucional (GSI), do Ministério da Defesa, das Secretarias de Orçamento Federal (SOF) e do Tesouro Nacional (STN) do Ministério da Economia e da Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras).

293. Portanto, como se vê, o trabalho que ora apresento a este Colegiado e à sociedade é resultado de intenso diálogo processual com as partes e também com representantes da sociedade civil e do setor de telecomunicações.

294. Parabenizo a SeinfraCOM, na pessoa de seu dirigente, Uriel de Almeida Papa, assim como o Coordenador-Geral da Área de Infraestrutura Manoel Moreira de Souza Neto e o Secretário-Geral de Controle Externo Leonardo Rodrigues Albernaz, pelo trabalho consistente que elaborou de forma célere e eficiente, em prazo 31 dias menor do que o prazo previsto na referida Instrução Normativa 81/2018 do TCU, o que significa que, em face da urgência e materialidade do objeto deste processo, a unidade técnica conseguiu realizar um trabalho de alta qualidade e muito bem fundamentado em prazo 41% menor do que o ordinário.

295. Parabenizo, também, a equipe do meu Gabinete, nas pessoas do Chefe de Gabinete Cláudio Souto Maior Gomes e do Assessor Odilon Cavallari de Oliveira que me assessoram na elaboração trabalho em tempo recorde e que ora apresento a Vossas Excelências.

296. Parabenizo, ainda, o Procurador Rodrigo Medeiros de Lima, pela celeridade e qualidade com que atuou neste processo.

297. Para uma visão mais abrangente e transparente, fiz constar do relatório que antecede este voto a cronologia deste processo no TCU.

Em face do exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação do Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2021.

RAIMUNDO CARREIRO  
Relator