EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DA 3ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 1ª REGIÃO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PROCESSO Nº 1043563-46.2020.4.01.3400

INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL e **OUTRAS**, nos autos da ação civil pública com pedido de tutela antecipada que movem em face da **UNIÃO FEDERAL** e **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL,** por intermédio de seus procuradores, vêm respeitosamente a Vossa Excelência, tendo em vista a R. Decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada, opor ***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO***, com fundamento nos arts. 1.022 e seguintes do Código de Processo Civil, bem como nos fatos e direito a seguir articulados:

I – CONTRADIÇÃO E OMISSÃO QUANTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1. Vossa Excelência, ao indeferir o pedido de tutela antecipada formulado pelas Entidades Autoras, por meio da R. Decisão ID 317039883, asseverou, resumidamente, que a princípio não estariam configurados os pressupostos autorizadores da concessão da pretensão liminar, em suma, pela equivalência entre o teor dos dispositivos impugnados do Decreto 10.402/2020 no que tange à metodologia introduzida na Lei Geral de Telecomunicações pela Lei 13.879, aprovada em outubro de 2019; o que afastaria o argumento de que o poder regulamentar do Poder Executivo estaria extrapolando o princípio da legalidade.

2. É certo que com relação aos parágrafos 2º e 3º, do art. 5º, do Decreto 10.402/2020 há equivalência, o que, com todo o respeito, não implica necessariamente em se entender que a metodologia econômica apresentada pela ANATEL no contexto da Consulta Pública nº 5, instalada para editar as normas que orientarão o processo de adaptação das concessões para autorizações, esteja de acordo com a LGT e com os princípios estabelecidos pelo art. 37 da Constituição Federal, quando trata das licitações.

3. Destaque-se que no item II.5 da petição inicial, as Autoras asseveraram expressamente que: "A interpretação pretendida pela ANATEL é flagrantemente inconstitucional, pois viola as garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido expressas no inc. XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal, na medida em que defende que as regras de um contrato administrativo, resultado de um processo licitatório ocorrido há mais de 20 anos, que envolveu vultosos recursos públicos que superam a casa do R$ 100 bilhões, poderiam ser alteradas por uma lei posterior".

4. Ou seja, a despeito de a Lei 13.879/2019 ter estabelecido um regime para adaptações de concessões para autorizações, o processo deve ser orientado com respeito às garantias constitucionais, sob pena de serem violados os princípios da licitação, com desrespeito aos princípios da impessoalidade e moralidade, uma

vez que as regras que balizaram a concorrência na ocasião dos leilões de privatização em 1998, estariam sendo modificadas em benefício de determinados grupos econômicos, contra as disposições expressas no art. 37 da Constituição Federal.

5. Aduza-se que as Autoras arguiram também como fundamento para a pretensão antecipatória o fato de que há decisões específicas proferidas tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Tribunal de Contas da União relativamente aos bens reversíveis, que estão sendo frontalmente violadas pela metodologia econômica proposta pela ANATEL.

6. Nessa direção, vale fazer menção à manifestação da ANATEL na parte em que se refere às decisões judiciais proferidas em ações civis públicas ajuizadas pela PROTESTE – Associação dos Consumidores, na medida em que é equivocada quanto à ação n. 0011396-13.2008.4.01.3400/DF. Isto porque, ainda que a ação tenha sido extinta sem julgamento do mérito, o pedido relativo à tutela antecipada foi provido e transitado em julgado.

7. Tanto é assim que, por determinação do TRF-1, que impôs condição para revogar a liminar, a ANATEL e concessionárias foram obrigadas a reintroduzir nos aditivos contratuais a cláusula que deixava incontroversa a reversibilidade do *backhaul*, conforme a R. Decisão da lavra do I. Desembargador Federal Antonio Ezequiel da Silva, juntada aos autos e transcrita na inicial.

8. Quanto àquela ação, Excelência, merece destaque o fato de que a ANATEL retirou dos aditivos contratuais a cláusula que estabelecia a reversibilidade do *backhaul*, naquela época avaliado em mais de R$ 3 bilhões (três bilhões de reais), depois de o contrato ter sido publicado no diário oficial e sem avisar ao Poder Executivo:

23. Diante desse questionamento, a ANATEL insistiu na tese da reversibilidade implícita, sem justificar o que lhe impede de deixar expressa a questão, senão apenas alegação de melhor técnica jurídica redacional.

24. Contudo, atento ao fato de que compete, legalmente, à ANATEL dispor sobre as concessões na área de telecomunicações, cabe-lhe, para não atrasar ou impedir a execução do programa *"backhaul"*, restabelecer o item XIV do artigo 3º dos aditivos contratuais, por ela mesma proposto, ou assumir, nos autos e perante a História, a responsabilidade expressa pela irreversibilidade de tal infraestrutura, pactuando-a explicitamente,

25. Até que isso ocorra, DENEGO A SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA aqui impugnada.

9. Merece também destaque a afirmação da ANATEL, admitindo que a Ação Civil Pública 0029346-30.2011.4.01.3400/DF foi julgada procedente quanto à obrigação de realizar os inventários dos bens reversíveis, com decisão confirmada pelo TRF-1, mas admitindo que ela não cumpriu até hoje o preceito judicial.

10. Ainda que a decisão não tenha transitado em julgado, o certo é que os recursos pendentes de julgamento não possuem efeito suspensivo e, portanto, a obrigação deveria estar sendo cumprida; inclusive porque já foi instaurado o respectivo incidente de cumprimento provisório de sentença. Veja-se a gravidade da fala da ANATEL:

> Sobre o ponto, vale registrar, como explicitado em item anterior, que a Anatel não possui a referida lista de bens reversíveis, correspondentes aos contratos celebrados em junho de 1998 e dezembro de 2005, uma vez que o leilão relativo à privatização do setor não foi conduzido por esta Agência, mas sim pelo BNDES.
>
> Nesse contexto, a pretendida metodologia de cálculo do valor econômico da adaptação apresentada nesta ação, além de não possuir qualquer amparo legal, sequer tem condições de ser implementada pela Anatel ante a inexistência do inventário de bens reversíveis de cada uma das concessionárias à época em que se iniciou a concessão.

11. Ora, Excelência, se a própria Agência admite que a metodologia de cálculo indicada por esta ação – e que corresponde ao que determinam o Poder Judiciário e o TCU - não pode ser "implementada ante a inexistência do inventário de

bens reversíveis", não pode prevalecer a presunção da legalidade dos atos administrativos quanto à metodologia apresentada pela ANATEL.

12. Até porque a presunção de legalidade quanto aos atos administrativos é *juris tantum*; ou seja, não é absoluta e depende de ser confirmada sua legalidade pela confrontação com a Constituição Federal e com a legislação de modo geral.

13. Frise-se ainda, Excelência, que a própria ANATEL entra em contradição com declarações feitas à imprensa de que, nas palavras do superintendente de Controle de Obrigações da Agência, Carlos Baigorri: "A gente nunca teve um conjunto de informações tão apurado sobre a questão dos bens reversíveis"[1].

14. Sendo assim, diante das afirmações contraditórias e erráticas feitas na manifestação da Agência nesses autos e as declarações públicas, emerge claro o grau de insegurança a que está submetido o processo de avaliação dos bens reversíveis.

15. Ademais, a R. Decisão ora embargada deixou de fazer referência não só quanto ao fundamento de que a lei nova não pode retroagir, mas também quanto ao fato de que a metodologia econômica estabelecida pela ANATEL está em desconformidade gritante com a decisão judicial proferida em ação civil pública e com as determinações do TCU.

16. Ressalte-se que os critérios da metodologia impugnada é que orientarão o trabalho da empresa de consultoria em vias de contratação pela Agência, para realizar a valoração econômica das concessões, o que poderá resultar em prejuízo bilionário para a União Federal e no comprometimento das políticas públicas de ampliação da infraestrutura de telecomunicações que dá suporte ao acesso a Internet e à inclusão digital.

[1] https://www.telesintese.com.br/anatel-entrega-levantamento-dos-bens-reversiveis-ao-tcu/. Acesso em 17 de setembro de 2020.

17. Sendo assim, os presentes Embargos, tendo em vista os efeitos infringentes hoje admitidos expressamente no § 2º, do art. 1.023, do Código de Processo Civil, têm como escopo destacar os fundamentos invocados com a inicial de modo que, supridas as omissões e contradições indicadas, seja reexaminada a decisão de indeferimento da tutela antecipada.

II – A Obscuridade e Omissão quanto ao pedido referente aos dispositivos de renovação das radiofrequências

18. Já no que diz respeito ao parágrafo único do art. 6º e o art. 12, do Decreto 10.402/2020, forçoso reconhecer que estes dispositivos vão para além do que estabeleceu o § 2º, do art. 144-A, da LGT e, mais, violam frontalmente o que está expresso no art. 48 da mesma lei das telecomunicações. Veja-se o teor destes dois dispositivos:

> Art. 48. A concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações **E DE USO DE RADIOFREQÜÊNCIA, PARA QUALQUER SERVIÇO, SERÁ SEMPRE FEITA A TÍTULO ONEROSO,** ficando autorizada a cobrança do respectivo preço nas condições estabelecidas nesta Lei e na regulamentação, constituindo o produto da arrecadação receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL.
>
> Art. 144-A: § 2º. Ressalvadas as obrigações previstas nos incisos I e II, o processo de adaptação previsto no inciso IV dar-se-á de forma não onerosa, **MANTIDOS OS PRAZOS REMANESCENTES DAS AUTORIZAÇÕES DE USO DE RADIOFREQUÊNCIAS.** (Incluído pela Lei nº 13.879, de 2019)

19. A despeito de a LGT ser clara quanto ao fato de que **a outorga de radiofrequência deve se dar sempre a título oneroso** e que **o processo de adaptação deve respeitar os prazos das autorizações**, os dispositivos do Decreto impugnados estabelecem um regime distinto. Veja-se:

> Art. 6º O termo único a que se refere o inciso IV do caput do art. 144-A da Lei no 9.472, de 1997, será definido pela Anatel e deverá conter, entre outros elementos:
> (...)
> Parágrafo único. Os termos de autorização de uso de radiofrequências detidos pelo grupo econômico da concessionária **FICARÃO VINCULADOS AO TERMO ÚNICO A QUE SE REFERE O CAPUT**.

20. Destarte, o parágrafo único do art. 6º, do Decreto 10.402, ao vincular as autorizações de uso de radiofrequências às autorizações com licenças únicas para exploração de serviços de telecomunicações, que serão celebradas por prazo indeterminado, está viabilizando que um recurso público escasso, de alto interesse público e estratégico para a ampliação do acesso aos serviços de telecomunicações e a Internet seja também outorgado sem limite temporal, o que contraria os dispositivos transcritos da LGT, bem como os princípios que devem ser observados pela administração pública, conforme art. 37, da Constituição Federal.

21. Ocorre que, além do parágrafo único do art. 6º, referido na inicial, também o art. 12, do Decreto 10.402/2020, reforça a ilegalidade apontada, conforme se pode verificar por seu inteiro teor:

> Art. 12. No exame dos pedidos de prorrogação de outorgas regidos pelo disposto nos art. 99, art. 167 e art. 172 da Lei nº 9.472, de 1997, inclusive aquelas vigentes na data de publicação da Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019, ainda que já tenham sido objeto de prorrogação, a Anatel considerará:

I - a expressa e prévia manifestação de interesse por parte do detentor da outorga;

II - o cumprimento de obrigações já assumidas;

III - aspectos concorrenciais;

IV - o uso eficiente de recursos escassos; e

V - o atendimento ao interesse público.

22. Sendo assim, importante reconhecer que o parágrafo único do art. 6º e o art. 12, do Decreto 10.402/2020, não reproduzem as disposições da LGT; ao contrário, estão em desacordo com as disposições legais, em razão do que requerem as Autoras haja pronunciamento de Vossa Excelência quanto a este aspecto.

23. Oportuno frisar a importância que as radiofrequências têm para a ampliação do acesso aos serviços de telecomunicações e Internet, motivo pelo qual os referidos dispositivos trarão forte impacto para o interesse público.

24. O modo como a ANATEL e o Poder Executivo vêm conduzindo os regimes de outorga das radiofrequências tem preocupado também o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, ante os sérios problemas concorrenciais, como se noticiou no último dia 28 de agosto no site Telesintese[2]:

CADE DEFENDE IMPOSIÇÃO DE CONDICIONAMENTOS PARA RENOVAÇÃO DE FREQUÊNCIAS

Para o órgão antitruste, as licenças de uso de frequências já são altamente concentradas e propõe que a Anatel condicione a renovação à novas metas de expansão de serviços e adoção de novas tecnologias.

O órgão de defesa da concorrência brasileiro defendeu junto a Anatel que as renovações sucessivas de frequências, previstas Lei *13.879/*2019, não se dê de forma automática, mas mediante "o cumprimento de condições e requisitos". Para o Cade, as licenças de uso de

[2]Disponível em <https://www.telesintese.com.br/cade-defende-imposicao-de-condicionamentos-para-renovacao-de-frequencias/ >. Acesso em 17 de setembro de 2020.

frequências já são "altamente concentradas" nas grandes empresas de celular e a instituição acredita que o ingresso da tecnologia 5G deve aumentar a demanda por esse bem escasso e essencial.

Embora reconheça que a Anatel já adote mecanismos que mitigam as condutas anticompetitivas, como o estabelecimento de limites à quantidade de espectro que cada empresa pode possuir, **considera que, devido a alta concentração do mercado, a Anatel não pode abrir mão de uma atuação mais ativa. Assim, propõe que a renovação das autorizações esteja condicionada à formulação de novas metas de expansão de serviços e oferta de novas tecnologias**.

25. Por isso, requerem as Autoras haja pronunciamento de Vossa Excelência quanto a este ponto - referente ao parágrafo único do art. 6º e o art. 12, do Decreto 10.402/2020, que deixou de ser analisado pela R. Decisão sobre o pedido de liminar.

III – O PEDIDO

26. Pelo exposto, esperam as Autoras sejam admitidos estes Embargos de Declaração e aos mesmos se dê provimento para que sejam supridas a omissão e a obscuridade acima apontadas, de modo a se atribuir ao recurso efeitos infringentes para que seja deferida a tutela antecipada, suspendendo-se a metodologia econômica da ANATEL, bem como o parágrafo único do art. 6º, e o art. 12, do Decreto 10.402/2020.

Termos em que,
pedem deferimento.

São Paulo, 18 de setembro de 2020

FLÁVIA LEFÈVRE GUIMARÃES
OAB/SP 124.443

CHRISTIAN TÁRIK PRINTES
OAB/SP 316.680
ADVOGADO DO IDEC

MICHEL ROBERTO OLIVEIRA DE SOUZA
OAB/SP 323.983
ADVOGADO DO IDEC