
DA MULTIDESTINAÇÃO DA FAIXA DE 2,5 GHZ DECORRENTE DA RESOLUÇÃO Nº 544/2010 E SEUS EFEITOS NOS CASOS DE TRANSFERÊNCIA DE AUTORIZAÇÕES

*MULTI-DESTINATION OF THE 2,5 GHZ RADIO FREQUENCY BAND
PROVIDED BY THE RESOLUTION Nº 544/2010 AND ITS EFFECTS IN
CASE OF AUTHORIZATION TRANSFER*

*Patrícia Ferreira de Holanda Cavalcanti
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução. a) Do cenário regulatório à época da edição da Resolução nº 544/2010. b) Das mudanças implementadas pela Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010. c) Da multidestinação da faixa de 2,5 GHz em caráter primário. d) Efeitos da transferência de outorga. f) Conclusão. Referências.

RESUMO: No exercício de sua competência legal de administrar o espectro de radiofrequências, bem público limitado, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL editou a Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, que modificou a destinação de radiofrequências nas faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, alterando o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz. Essa norma regulamentar previu uma multidestinação da faixa de 2,5 GHz, anteriormente destinada para o MMDS, para a prestação de outros serviços, inclusive em caráter primário. A excepcionalidade da medida, no entanto, não cuidou de uma questão relevante: quais os efeitos da transferência de apenas uma das autorizações para pessoas jurídicas distintas. De fato, essa multidestinação não permite a conclusão de que seria possível a prestação, por parte de duas pessoas jurídicas distintas, na mesma faixa, de diferentes serviços em caráter primário.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução nº 544/2010. Multidestinação. Faixa de Radiofrequências. Caráter Primário. Pessoas Jurídicas Diversas.

ABSTRACT: In exercising its legal competence of managing the radio spectrum, a limited public good, the Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL edicted the Resolution nº 544, August, the eleventh, 2010, that modified the destination of radio frequency bands between 2.170 MHz and 2.172 MHz and between 2.500 MHz and 2.690 MHz. This regulatory rule provided a multi-destination of the 2,5 GHz radio frequency band, previously destined to MMDS system, for providing other services, including in primary character. The exceptionality of this measure, however, didn't consider a relevant question: which are the effects of the transfer of only one authorization to different legal entities. In fact, this multidestination do not allow the conclusion that it would be possible the services, by two different legal entities, using the same radio frequency band, of different services in primary character.

KEYWORDS: Resolution nº 544. Multi-destination. Radio Frequency bands. Primary Character. Different Legal Entities.

INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por força do art. 157 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), possui competência para a administração do espectro de radiofrequências. A lei objetiva garantir o uso racional e econômico deste bem público, já que o espectro é um recurso limitado e, com isso, deve ser utilizado da forma mais eficiente possível.

Para tanto, a Agência pode alterar a destinação das faixas de radiofrequências quando observar que não está ocorrendo o uso eficiente do espectro. E foi no exercício dessa competência que foi editada a Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, que modificou a Destinação de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, republicando, com alterações, o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz.

A modificação da destinação da faixa de 2,5 GHz decorreu da constatação, pela Agência, do uso ineficiente do espectro destinado ao Serviço de Distribuição Multiponto Multicanal – MMDS e a ampliação da demanda por serviços de banda larga, cujo atendimento se tornou possível em razão da alteração realizada. A norma editada pela Agência previu, em razão do significativo encolhimento da faixa destinada ao MMDS, a possibilidade de outorga, aos então ocupantes da faixa de autorização para o uso de radiofrequências, em caráter primário, para os outros serviços para os quais a faixa passou a ser destinada.

Passados quase cinco anos da edição da Resolução nº 544/2010, ainda podem ser observadas peculiaridades decorrentes da excepcional multidestinação da faixa em caráter primário. Nesse aspecto, questão interessante surge na hipótese de transferência de um dos serviços detidos pelas prestadoras de MMDS que ocupavam a faixa, conjuntamente com o direito de uso de radiofrequências. Nesse caso, é importante avaliar a possibilidade de prestação simultânea de dois serviços em caráter primário, por duas pessoas jurídicas distintas na mesma faixa de radiofrequências.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar o cenário vigente à época da edição da norma, bem como os efeitos da transferência de uma das outorgas das prestadoras de MMDS que obtiveram autorização para o uso de radiofrequências para a prestação de outros serviços em caráter primário por força da norma em questão.

a) Do cenário regulatório à época da edição da Resolução nº 544/2010

O espectro de radiofrequências é definido pelo art. 4º, XXI do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução nº 259, de 19 de abril de 2001 da seguinte forma:

Art. 4º Para os efeitos deste Regulamento, considera-se:

[...]

XXI - espectro de radiofrequências: bem público, de fruição limitada, cujo uso é administrado pela Agência, que corresponde a uma parte do espectro eletromagnético abaixo de 3000 GHz, que se propaga no espaço sem guia artificial e que é, do ponto de vista do conhecimento tecnológico atual, passível de uso por sistemas de radiocomunicação

A Lei nº 9.472/97 definiu, em seu art. 157, que o espectro de radiofrequências é um recurso público limitado e incumbiu à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a sua administração.

A respeito da escassez do espectro, Guilherme Leno Costa¹ esclarece:

A razão de o legislador ter caracterizado o espectro de radiofrequências como recurso limitado ou “escasso” consiste na possibilidade do uso simultâneo de uma mesma faixa de radiofrequência, numa mesma área geográfica, resultar em interferência prejudicial, o que impossibilita ou prejudica a transmissão, emissão ou recepção dos sinais. Além disso, do ponto de vista das aplicações, existem faixas de radiofrequências preferidas em detrimento de outras, outro motivo pelo qual as tornam um recurso escasso para o atendimento de todos os interessados em explorá-las.

Justamente por tratar-se de um recurso escasso, cabe à Agência Reguladora estabelecer a destinação das faixas de radiofrequências, de forma a buscar a utilização mais adequada e efetiva desse bem. Para tanto, a legislação garante até mesmo que seja promovida a modificação da destinação de radiofrequências ou faixas. A LGT é expressa nesse sentido:

Art. 159. Na destinação de faixas de radiofrequência serão considerados o emprego racional e econômico do espectro, bem como as atribuições, distribuições e consignações existentes, objetivando evitar interferências prejudiciais.

¹ COSTA, Guilherme Leno. Administração e uso do espectro de radiofrequências no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 5968, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=38311>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

Parágrafo único. Considera-se interferência prejudicial qualquer emissão, irradiação ou indução que obstrua, degrade seriamente ou interrompa repetidamente a telecomunicação.

Art. 160. A Agência regulará a utilização eficiente e adequada do espectro, podendo restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas, considerado o interesse público.

Parágrafo único. O uso da radiofrequência será condicionado à sua compatibilidade com a atividade ou o serviço a ser prestado, particularmente no tocante à potência, à faixa de transmissão e à técnica empregada.

Art. 161. A qualquer tempo, poderá ser modificada a destinação de radiofrequências ou faixas, bem como ordenada a alteração de potências ou de outras características técnicas, desde que o interesse público ou o cumprimento de convenções ou tratados internacionais assim o determine.

Parágrafo único. Será fixado prazo adequado e razoável para a efetivação da mudança.

A faixa de 2,5 GHz era ocupada originalmente pelas prestadoras de Serviço de Distribuição Multiponto Multicanal – MMDS, uma das modalidades de Serviços Especiais regulamentados pelo Decreto nº 2.196, de 08 de abril de 1997, utilizado para a transmissão de sons e imagens. Todavia, no exercício de suas funções regulatórias, a Agência passou a verificar o declínio da utilização do sistema utilizado para a exploração deste serviço, em decorrência de sua estagnação tecnológica, que permite um baixo número de canais, não existindo perspectivas de crescimento e expansão da prestação do serviço.

Por outro lado, foi constatado que a faixa em questão poderia ser utilizada de forma mais eficiente por outros serviços, notadamente o Serviço de Comunicação Multimídia, destinando-se à exploração de tecnologias mais modernas. Concluiu a Agência, portanto, que o redimensionamento da faixa destinada ao MMDS e a destinação a outros serviços implicaria em maior eficiência do uso do espectro de radiofrequências, atendendo ao interesse público.

Foi justamente nesse cenário de declínio progressivo do MMDS que a Agência entendeu por reavaliar e redimensionar o espectro de radiofrequências. Os parâmetros para a realização da mudança de destinação da faixa de 2,5 GHz foram definidos pela Agência e consolidados na Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, cujas mudanças serão adiante especificadas.

b) Das mudanças implementadas pela Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010

A edição da Resolução nº 544/2010, que modificou a destinação de radiofrequências nas faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, republicando, com alterações, o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, decorreu justamente do exercício do dever de administração do espectro de radiofrequências atribuído à Anatel.

Anteriormente, a Resolução nº 429, de 13 de fevereiro de 2006, que aprovou o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, já vislumbrando o declínio da exploração do MMDS, determinou a manutenção das faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz para o MMDS e destinou as subfaixas de 2.500 MHz a 2.530 MHz e de 2.570 MHz a 2.650 MHz ao Serviço de Comunicação Multimídia – SCM.

Em outras palavras, a Agência entendeu por destinar a faixa em questão também para a prestação do SCM, um serviço de banda larga, visando uma utilização mais eficiente do espectro.

Posteriormente, com a edição da Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, foram adotadas outras medidas para a melhor utilização da faixa que era destinada ao MMDS. A mencionada Resolução alterou a destinação de Radiofrequências nas faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz com o objetivo de aumentar a eficiência do uso do espectro, considerando, sobretudo, a baixa atratividade do MMDS e a valorização da faixa de 2,5 GHz, reservando disponibilidade para serviços móveis e de banda larga.

Isso porque foi verificado, sobretudo, um crescente aumento na demanda por serviços de banda larga móvel e de acesso fixo sem fio, que poderiam ser explorados mediante a utilização da faixa de 2,5 GHz e o declínio da prestação do MMDS. Considerou-se a ineficiência no uso do espectro, já que os 190 MHz anteriormente destinados àquele serviço atendiam menos de 400 (quatrocentos) mil assinantes.

Ademais, a tendência à facilitação e à ampliação do acesso à banda larga também estava refletida na regulamentação internacional, incluindo-se recomendações da CITEL (Inter-American Telecommunication Commission) e da UIT (União Internacional de Telecomunicações).

A modificação da destinação da faixa também teve por objetivo o atendimento das determinações do Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, que instituiu o Programa Nacional de Banda Larga – PNBL, que determinou, em seu art. 1º, que o objetivo de fomento e difusão do uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e

comunicação deveriam promover a massificação do acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga, acelerar o desenvolvimento econômico e social; promover a inclusão digital e aumentar a autonomia tecnológica e a competitividade brasileiras.

Ademais, o art. 6º da mesma norma atribuiu à Agência a implementação e execução da regulação desses serviços, orientadas, dentre outras diretrizes, pela gestão de infraestrutura pública e de bens públicos, inclusive de radiofrequências, para reduzir os custos do serviço de conexão à Internet em banda larga e a ampliação *da oferta de serviços de conexão à Internet em banda larga na instalação da infraestrutura de telecomunicações, observando as políticas estabelecidas pelo Ministério das Comunicações.*

No entanto, considerando a ocupação da faixa em questão, ideal para a prestação dos serviços de banda larga, pelo MMDS, foi editada a mencionada Resolução nº 544/2010, promovendo um redimensionamento da faixa para que fosse possível a massificação dos serviços de banda larga.

Essa preocupação foi retratada na Análise nº 529/2010-GCJR², de 30.07.2010, que assim fundamentou a aprovação da proposta regulamentar que resultou na edição da Resolução nº 544/2010:

3.2.4.12. Do contexto, denota-se como essencial a necessidade de se atender a crescente e acelerada demanda por serviços móveis – banda larga (dados) e voz. Para tanto, o Brasil conta atualmente com apenas 555 MHz de espectro destinados ao SMP (355 MHz – Res. 454/2006; 200 MHz – Res. 537/2010), sendo que estudos baseados na metodologia recomendada pela UIT indicam que o Brasil deve necessitar de 980 MHz até 2015 e de 2.060 MHz até 2020 para atendimento desta demanda.

3.2.4.13. Verifica-se, portanto, a necessidade premente de se destinar adicionalmente ao SMP, cerca de 425 MHz até 2015, para o atendimento da demanda por serviços móveis. Relevante destacar que em 2014 o Brasil deve sediar a Copa do Mundo de Futebol, sendo assim, o serviço móvel deve dispor da capacidade adequada para o atendimento desta demanda adicional e representativa.

3.2.4.14. Nesse sentido, há que se ponderar que destinando toda a faixa de 2,5 GHz ao SMP, ou seja, 190 MHz, conforme proposto, ainda assim há insuficiência de espectro para atender à rápida e expressiva demanda por serviços móveis – banda larga (dados) e voz.

² Análise nº 529/2010-GCJR, de 30.07.2010. Processo nº 53500.002612/2007. Relator: Conselheiro João Batista de Rezende.

3.2.4.15. Já o serviço MMDS, conforme comentado, este vem experimentando, no mundo, estagnação e declínio, independentemente das alterações ora propostas pela Agência na destinação da faixa. No Brasil, entre junho de 2009 e 2010 o número de assinantes sofreu redução de 11,97%, correspondentes a 46.105 mil assinantes.

3.2.4.16. Admitindo-se o mesmo crescimento dos demais serviços de TV por Assinatura, cerca de 18,2% ao ano, o serviço atingiria tímidos 560 mil e 782 mil assinantes em 2013 e 2015, respectivamente.

[...]

3.2.4.19. O sistema no qual se baseia o MMDS, tem dado mostras de não receber incentivos para sua consolidação, especialmente, fora do mercado das Américas, haja vista que não é usado em 14 países da Europa – dentre eles: Espanha, Itália, UK, Portugal, França e Alemanha, bem como em 10 países da Ásia – dentre eles: Japão, Austrália, Índia e Hong-Kong. Portanto, deve faltar escala mundial ao serviço, o que amplia as incertezas tecnológicas e mercadológicas acerca do mesmo.

3.2.4.20. Do contexto, depreende-se com facilidade que o serviço MMDS não faz uso eficiente do espectro, vez que atualmente 190 MHz do espectro de radiofrequências na faixa de 2,5 GHz é utilizado para atender apenas 339 mil assinantes, que representam também apenas 3,05% do total de assinantes de TV por Assinatura.

3.2.4.21. Ademais, conforme já comentado nos subitens 3.2.1.7. a 3.2.1.8. anteriores, existem opções aos assinantes do MMDS no Brasil, que contam atualmente com 8 (oito) prestadores de DTH e mais 103 prestadores de serviços de TV a Cabo, para atendê-los. Vale notar, ainda, que cerca de 70% dos assinantes de MMDS, pertencem a empresas que possuem outorgas de DTH ou TV a Cabo, como Telefônica, Net e SKY, sendo que já se pode observar um movimento natural de migração de assinantes para os outros serviços, em especial DTH, como também de crescimento da base de assinantes dos outros serviços, mais focados pelos grupos.

Como pode ser observado dos termos da Análise proferida pelo Conselheiro Relator, a edição da Resolução nº 544/2010 decorreu de um cenário no qual a demanda por serviços de banda larga crescia de forma acelerada, considerando, inclusive, a proximidade da realização da Copa do Mundo de Futebol, sediada pelo Brasil. Por outro lado, constatou-se

que a prestação do MMDS não faria jus ao uso eficiente do espectro, encontrando-se em declínio.

A conduta adotada pela Agência atingiu diretamente os interesses dos operadores de MMDS que exploravam este serviço na faixa de 2,5 GHz. Apesar de não ter sido extinta a possibilidade de prestação deste serviço, que continuou a poder ser prestado, em caráter primário, na parte central da faixa de 2,5 GHz.

A redução decorrente do redimensionamento da faixa foi significativa, eis que a destinação para o MMDS, que era de 190 MHz, passou a ser de apenas 50 MHz. Em outras palavras, 140 MHz, antes destinados à prestação do MMDS passaram a ser destinadas à utilização de outros serviços, racionalizando a utilização do espectro.

Nesse aspecto, a regulamentação editada pela Agência permitiu às prestadoras do MMDS a migração, sem quaisquer ônus, para a faixa de 25 GHz ou 37 e 38 GHz, desde que solicitada no prazo de 12 (doze) meses após a publicação da Resolução nº 544/2010, observada a regulamentação vigente. Essa possibilidade foi prevista no §4º do art. 10 da Resolução:

Art. 10. Estabelecer que as autorizações de uso de radiofrequências na faixa de 2.500 MHz a 2.690 MHz, para prestação do MMDS, observado o previsto no art. 3º, passam a observar os seguintes critérios e condições:

[...]

§ 4º Os atuais detentores de autorização para explorar o MMDS poderão solicitar à Agência, em até 12 (doze) meses após a publicação desta Resolução, autorização de uso de radiofrequências, nas mesmas áreas de prestação de serviço atuais, para remanejamento de sistemas, no todo ou em parte, em um dos seguintes conjuntos de subfaixas de radiofrequências, observada a regulamentação vigente para as subfaixas:

I - de 25,350 GHz a 25,475 GHz e de 25,475 GHz a 25,600 GHz; ou

II - de 37,646 GHz a 37,814 GHz e de 38,906 GHz a 39,074 GHz.

§ 5º Estabelecer que a alteração de características técnicas das estações dos sistemas do MMDS já autorizados para atendimento ao estabelecido nos §§ 1º a 4º acima, será a título não oneroso.

[...]

§ 7º Fica estabelecido o prazo máximo de 30 de junho de 2013 para a efetivação do remanejamento para quaisquer das alternativas previstas nos incisos do § 4º anterior.

§ 8º A opção de que trata o § 4º implicará a extinção, por renúncia, por parte do detentor das autorizações existentes de uso de radiofrequências para a prestação do MMDS contidas nas faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e nas subfaixas de 2.500 MHz a 2.570 MHz e de 2.620 MHz a 2.690 MHz, com efeitos a partir de 1º de agosto de 2013.

§ 9º No caso específico de exercício da opção supracitada no § 4º, o prazo de vigência das autorizações de uso das novas radiofrequências será o prazo remanescente das respectivas autorizações de uso de radiofrequências existentes, preservando-se o respectivo direito à prorrogação destas, quando aplicável, mantidas as demais disposições dos respectivos Termos de Autorização.

§ 10. Os prazos estabelecidos nos §§ 4º e 7º deste art. são improrrogáveis e o não cumprimento dos mesmos implicará o decaimento do direito, com a correspondente extinção da autorização de uso da radiofrequência, no caso do § 7º.

A Resolução nº 544/2010 também inovou ao possibilitar a outorga de uso de radiofrequências para a exploração dos demais serviços para os quais a faixa passou a ser destinada às empresas que ocupavam a faixa para a prestação do MMDS, independentemente da realização de procedimento de licitação. E essa excepcional multidestinação da faixa trouxe questões peculiares, em especial quando ocorre a transferência de uma das outorgas para pessoa jurídica diversa.

Esses aspectos serão objeto de análise específica nos tópicos seguintes.

c) Da multidestinação da faixa de 2,5 GHz em caráter primário.

Como forma de minorar os prejuízos sofridos pelos prestadores de MMDS em razão do redimensionamento da faixa de 2,5 GHz destinada àquele serviço, a Resolução nº 544/2010 previu a possibilidade de autorizar-se a exploração dos outros serviços para os quais a faixa passou a ser destinada para aqueles que exploravam o MMDS.

Nesse aspecto, convém verificar o que dispõe o art. 14 da Resolução nº 544/2010, que possibilitou a opção de prestação de outros serviços aos prestadores do Serviço de MMDS já ocupantes da faixa de 2,5 GHz, nas

subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz e de 2.620 MHz a 2.630 MHz (10 + 10 MHz), bem como na subfaixa de 2.570 MHz a 2.620 MHz (50 MHz), observados os requisitos legais:

Art. 14. Observado o § 3º do art. 3º e os §§ 4º a 10 do art. 10, poderá ser outorgado, o uso de radiofrequências aos prestadores de MMDS autorizados até a data de publicação desta Resolução nas subfaixas de radiofrequências a seguir indicadas, para a prestação dos demais serviços a que a subfaixa esteja destinada, mediante solicitação do interessado e observado o que segue.

§ 1º Nas subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz e de 2.620 MHz a 2.630 MHz, a solicitação do interessado deve ocorrer em até 12 (doze) meses após a data de publicação desta Resolução, sendo que a entrada em operação comercial deve ocorrer em até 18 (dezoito) meses após a outorga da correspondente autorização.

§ 2º Na subfaixa de 2.570 MHz a 2.620 MHz a entrada em operação comercial deve ocorrer em até 18 (dezoito) meses após a outorga da correspondente autorização.

§ 3º Nas subfaixas de 25,350 GHz a 25,475 GHz e de 25,475 GHz a 25,600 GHz e nas subfaixas de 37,646 GHz a 37,814 GHz e de 38,906 GHz a 39,074 GHz, a solicitação do interessado deve ocorrer em até 12 (doze) meses após a data de publicação desta Resolução, sendo que a entrada em operação comercial deve ocorrer em até 18 (dezoito) meses após a outorga da correspondente autorização.

§ 4º Os prazos estabelecidos nos §§ 1º a 3º deste artigo. são improrrogáveis e o não cumprimento dos mesmos implicará o decaimento do direito e a extinção da correspondente autorização de uso da radiofrequência.

§ 5º O prazo de vigência das autorizações de uso das radiofrequências para a prestação dos demais serviços será o prazo remanescente das autorizações de uso de radiofrequências para prestação do MMDS na faixa de 2.500 MHz a 2.690 MHz existentes na data de publicação desta Resolução, preservando-se o respectivo direito à prorrogação da autorização de uso das radiofrequências, quando aplicável, observada a regulamentação.

§ 6º As outorgas de uso das radiofrequências para a prestação dos demais serviços para os quais a faixa esteja destinada, devem observar as seguintes diretrizes:

I - Sem prejuízo das demais disposições legais e regulamentares, a solicitação somente será aprovada pela Agência se atender ao interesse público, não prejudicar a competição no setor e maximizar o uso eficiente do espectro.

II - A Agência poderá determinar a devolução de parte da subfaixa de radiofrequência, caso se configure potencial prejuízo à competição, em especial quando decorrente da concentração de meios como infraestruturas de suporte à prestação de serviços.

III - A outorga de uso de radiofrequências para prestação dos demais serviços para os quais a faixa esteja destinada em caráter primário se dará de forma onerosa, mediante o pagamento de preço público e condições de pagamento estabelecidos pela Anatel, sendo o preço público correspondente ao Valor Presente Líquido (VPL), calculado pelo Método do Fluxo de Caixa Descontado, ou ao valor calculado de acordo com o disposto no Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências (PPDUR), aprovado pela Resolução nº 387, de 3 de novembro de 2004, e alterações posteriores, o que for maior.

Como pode ser observado da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, a possibilidade de outorga do uso de radiofrequências nas subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz e de 2.620 MHz a 2.630 MHz (blocos de 10 + 10 MHz) e de 2.570 a 2.620 MHz (blocos de 50 MHz) para a prestação dos demais serviços a que as subfaixas estejam destinadas foi restrita aos prestadores de MMDS autorizados até a data de publicação da Resolução, o que ocorreu no Diário Oficial da União de 16.08.2010.

Ademais, a norma exige, ainda, a expressa manifestação de interesse dos prestadores no prazo improrrogável de 12 (doze) meses no caso das subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz a 2.620 MHz a 2.630 MHz e 18 (dezoito) meses no caso das subfaixas de 2.570 MHz a 2.620 MHz, contados da data da publicação da Resolução. Em ambos os casos, a entrada em operação comercial deveria ocorrer em até 18 (dezoito) meses após a outorga da autorização correspondente, sob pena de decaimento do direito e a extinção da correspondente autorização de uso da radiofrequência.

Essa possibilidade foi prevista pela Agência em razão do redimensionamento da faixa utilizada para a prestação de MMDS, tratando-se, portanto, de hipótese excepcional em que se admite a exploração de outros serviços na faixa de radiofrequência antes associada ao MMDS, sem a realização de procedimento licitatório.

Em outras palavras, a previsão regulamentar em questão foi uma espécie de “reparação” às empresas que exploravam o MMDS na faixa no momento em que foi alterada a sua destinação. Considerando que a prestação do MMDS encontrava-se sem perspectivas de ampliação, a possibilidade de outorgar-se autorização para a exploração dos outros serviços aos quais a faixa também passou a ser destinada conferiu maior amplitude negocial ao viabilizar a utilização dos blocos de radiofrequências para a exploração do SCM, do SMP, do STFC e do SLP.

De fato, a previsão regulamentar permitiu a expansão dos negócios das exploradoras do MMDS, conciliando a necessidade de uso eficiente do espectro de radiofrequências com os interesses daquelas prestadoras.

É importante observar que a autorização para a exploração dos outros serviços aos quais a faixa passou a ser destinada foi concedida em caráter primário, exceto quanto ao STFC, à qual foi destinada em caráter secundário.

Quanto a esse aspecto, a Análise nº 529/2010-GCJR, que analisou a Proposta de Resolução para Republicação, com Alterações, do Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, consignou que a Agência ficaria impedida de licitar as faixas em questão para a prestação de outros serviços.

Por esta razão, concluiu-se pela conveniência e oportunidade da previsão de possibilidade de outorga do uso das faixas em questão aos demais detentores de MMDS para a prestação dos demais serviços aos quais a faixa passou a destinar-se em caráter primário. Isso porque, considerando que a faixa não poderia ser licitada para os demais serviços, restando configurada a impossibilidade de prestação de outros serviços na faixa, permitir-se a outorga dos demais serviços seria consagrar o uso eficiente do espectro.

Nos termos do Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução nº 259/01, o uso de radiofrequências em caráter primário é caracterizado pelo direito à proteção contra interferências prejudiciais. Isso significa que a prestadora que possui o direito de uso de radiofrequências em caráter primário poderá acionar a Anatel para que cessem eventuais interferências na exploração do serviço.

Essa multidestinação em caráter primário de uma mesma faixa de radiofrequências não é um procedimento comum. Ao contrário, justificou-se pela excepcional situação do redimensionamento da faixa de 2,5 GHz antes destinada à prestação do MMDS e da previsão regulamentar de autorizar-se a prestação de outros serviços na faixa àquelas empresas que já a ocupavam para a prestação do MMDS.

Importante observar, ainda, que a ausência de procedimento licitatório prévio à autorização de uso das radiofrequências em caráter primário para a

prestação dos demais serviços para os quais a faixa passou a ser destinada também deve ser considerada uma excepcionalidade, amparada pelo Conselho Diretor da Agência na impossibilidade de licitar a faixa para a prestação de outros serviços.

Percebe-se, assim, que a multidesinação da faixa de 2,5 GHz promovida pela Resolução nº 544/2010 insere-se em um cenário de excepcionalidade. Com isso, os efeitos decorrentes de eventual transferência de uma das outorgas devem ser analisados com cautela e à luz da própria singularidade da medida adotada pela Agência, consoante será adiante explicitado.

d) Efeitos da transferência de outorga

A transferência da outorga de serviços de telecomunicações, assim como a transferência de controle acionário de suas prestadoras, é uma prática rotineira no setor e que depende de anuência da Agência Nacional de Telecomunicações, seja de forma prévia, seja *a posteriori*, a depender do serviço objeto do pedido.

No caso do MMDS, como anteriormente exposto, considerando a existência de operadores deste serviço na faixa objeto de redimensionamento, a Anatel, por meio da edição da Resolução nº 544/2010, permitiu, excepcionalmente, que essas prestadoras autorizadas até a data da publicação da referida Resolução solicitassem a associação das subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz, 2.570 MHz a 2.620 MHz e de 2.620 MHz a 2.630 MHz aos demais serviços aos quais a faixa passou a ser destinada.

Considerando que o Conselho Diretor da Agência promoveu a desvinculação entre a autorização de uso de radiofrequências para a exploração do MMDS e a autorização de uso de radiofrequências para os demais serviços aos quais a faixa está destinada³, tem-se que os operadores do MMDS que receberam a outorga para os demais serviços não são obrigados a continuar com a exploração do MMDS, podendo renunciar ou mesmo transferir a outorga daquele serviço sem a necessária extinção da autorização decorrente da Resolução nº 544/2010.

Nesse cenário, é possível que uma empresa renuncie à outorga do MMDS, mantendo o direito de uso de radiofrequências associados ao SCM outorgado por força da Resolução nº 544/2010. Pode também transferir a autorização para a prestação de algum dos serviços, mantendo a outra outorga. Um exemplo dessa possibilidade seria a transferência da outorga do Serviço de Acesso Condicionado - SeAC decorrente da adaptação do

3 Análise nº 694/2012GCER, de 26 de outubro de 2012. Processo nº 53500.019693/2011. Relatora: Conselheira Emília Maria Silva Ribeiro Curi.

MMDS, por força do art. 37, §6º da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, com a manutenção da outorga para a prestação do SCM.

Nesse ponto, surge uma interessante questão decorrente da multidestinação da faixa em caráter primário: e na hipótese de transferência de um dos serviços detidos pelas prestadoras de MMDS que ocupavam a faixa, conjuntamente com o direito de uso de radiofrequências, como fica a possibilidade de prestação simultânea de dois serviços em caráter primário?

Na realidade, a eventual transferência das radiofrequências associadas ao serviço que foi transferido para outra empresa não permite que a mesma faixa continue associada ao serviço que remanesceu com a prestadora original. Em outras palavras, pode ocorrer a transferência do serviço, mas, uma vez transferidas as radiofrequências associadas, a cedente ficará sem radiofrequências para a utilização em caráter primário.

Pode a empresa transferir um dos serviços, desde que eles não exijam o uso de radiofrequências. Por outro lado, uma vez transferido o direito de uso de radiofrequências em caráter primário para outra empresa, não poderá a prestadora cedente continuar a utilizar a faixa em questão para a prestação do serviço remanescente.

De fato, a multidestinação dos 50 MHz em caráter primário autorizada pela Resolução nº 544/2010 não permite o entendimento de que seria possível, mesmo após a transferência das radiofrequências para outra empresa, que a mesma faixa permaneça associada, em caráter primário, ao serviço que remanesceu com a prestadora cedente.

Não se pode olvidar que a faixa de radiofrequência é um bem jurídico único e que não perde essa característica pela circunstância de ter sido destinada em caráter primário para mais de um serviço por força da Resolução nº 544/2010. Na realidade, trata-se de um único bem cujo direito de uso foi vinculado a dois serviços de telecomunicações distintos, enquanto detido por uma única pessoa jurídica.

Seria até mesmo ilógico que duas empresas distintas possam ocupar a mesma faixa, prestando dois serviços distintos, em caráter primário, sobretudo considerando que sempre se apontou que o bloco de 50MHz já era insuficiente ou pouco atrativo para a prestação apenas do MMDS.

Importante recordar que, como anteriormente ressaltado, o uso de radiofrequências em caráter primário garante proteção contra eventuais interferências prejudiciais na prestação do serviço que a utilize.

Não é possível que empresas distintas operem serviços diferentes, ambos em caráter primário, em uma mesma faixa de radiofrequências. A multidestinação dos 50 MHz em caráter primário decorreu de uma situação excepcional e a outorga dos demais serviços aos quais a faixa está destinada em caráter primário foi realizada apenas às empresas que

operavam o MMDS no momento da publicação da Resolução nº 544/2010, afetadas, portanto, pelo redimensionamento da faixa.

No momento em que uma das outorgas para a prestação do serviço, acompanhadas das radiofrequências correspondentes é transferida para um terceiro que não era autorizado a prestar o MMDS, não mais se pode falar em multidesignação da faixa em caráter primário.

Nesse aspecto, deve-se questionar o que aconteceria no caso de interferência prejudicial (circunstância que não se pode deixar de considerar). Assim, a qual empresa seria concedida a proteção contra interferências prejudiciais no caso de existir conflito? Quando a exploração dos dois serviços é realizada pela mesma empresa, eventual interferência seria resolvida internamente. Mas e no caso de duas empresas distintas, com interesses distintos, como tais problemas poderiam ser sanados?

Ressalte-se, ainda, que a outorga do direito de uso de radiofrequências em caráter primário para dois serviços independentemente da realização de procedimento licitatório foi fundamentada justamente na impossibilidade de realização deste certame, restando caracterizada a inviabilidade da disputa, nos termos do art. 91, §1º da LGT⁴.

Nesse aspecto, é relevante destacar que a mera circunstância da transferência de outorga realizar-se eventualmente entre duas empresas que integram o mesmo grupo econômico também não é suficiente para amparar eventual conclusão em sentido diverso.

Tratando-se de empresas diversas, com diferentes personalidades jurídicas, não se pode admitir o uso simultâneo da mesma faixa de radiofrequências em caráter primário. Mesmo que a cessionária seja uma empresa do mesmo grupo da cedente, não se pode olvidar que a qualquer momento poderia ocorrer a alienação ou alteração do controle acionário, ou mesmo posterior nova transferência da outorga para um terceiro, o que daria ensejo aos conflitos relacionados ao direito à proteção de dois serviços diferentes, ambos de interesse coletivo, operando em caráter primário.

e) Conclusão

A Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, ao modificar a destinação da faixa de 2,5 GHz, anteriormente destinada ao MMDS, para viabilizar a prestação de outros serviços, de forma a atender a crescente demanda por serviços de telecomunicações, sobretudo quanto a serviços de banda larga, permitiu uma excepcional multidesignação da faixa em caráter primário.

De fato, como visto, a norma previu a possibilidade de outorga do uso de radiofrequências nas subfaixas de 2.500 MHz a 2.510 MHz e de 2.620

4 Análise nº 694/2012GCER, de 26 de outubro de 2012.

MHz a 2.630 MHz (blocos de 10 + 10 MHz) e de 2.570 a 2.620 MHz (blocos de 50 MHz) para a prestação dos demais serviços a que as subfaixas estejam destinadas, independentemente de procedimento licitatório. Essa possibilidade foi restrita aos ocupantes da faixa no momento da edição da Resolução.

Todavia, apesar da possibilidade de deferir-se autorização para a prestação de outros serviços em caráter primário, quando ocorre a transferência de uma dessas outorgas de uso de radiofrequências (para o MMDS, que pode ter sido adaptado ao SeAC, ou para algum outro serviço) em caráter primário, é importante observar a impossibilidade de manutenção da radiofrequência para uso primário por duas pessoas jurídicas diferentes.

No momento em que uma das outorgas, acompanhadas das radiofrequências correspondentes é transferida para um terceiro que não era autorizado a prestar o MMDS, não mais se pode falar em multidestinação da faixa em caráter primário. A faixa de radiofrequências constitui-se em um bem jurídico único e, portanto, eventual transferência da outorga impede que a empresa cedente continue a fazer uso da mesma faixa em caráter primário.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Análise nº 529/2010-GCJR, de 30.07.2010*. Processo nº 53500.002612/2007. Relator: Conselheiro João Batista de Rezende.

_____. *Análise nº 694/2012GCER, de 26 de outubro de 2012*. Processo nº 53500.019693/2011. Relatora: Conselheira Emília Maria Silva Ribeiro Curi.

_____. *Resolução nº 259, de 19 de abril de 2001*. Aprova o Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/16-2001/231-resolucao-259>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Resolução nº 429, de 13 de fevereiro de 2006*. Aprova o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2006/496-resolucao-429>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010*. Modifica a Destinação de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz e republicar, com alterações, o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/41-resolucao-544>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

ARANHA, Márcio Iorio. *Direito das Telecomunicações: histórico normativo e conceitos fundamentais*. Scotts Valley: CreateSpace, 2013.

_____. *Manual de Direito Regulatório: fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley: CreateSpace, 2013.

BRASIL. *Decreto nº 2.196, de 08 de abril de 1997*. Aprova o Regulamento de Serviços Especiais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2196.htm>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010*. Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto no 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto no 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011*. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 18 jan. 2015.

COSTA, Guilherme Leno. Administração e uso do espectro de radiofrequências no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 5968, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38311>>. Acesso em: 13 jan. 2015.