

	<h1>VOTO</h1>	NÚMERO E ORIGEM:
		008/2014-GCRZ
		DATA:
		12/02/2014
CONSELHEIRO		
RODRIGO ZERBONE LOUREIRO		

1. ASSUNTO

Recurso Administrativo, de caráter parcial, interposto por TIM CELULAR S.A. contra decisão proferida pelo Superintendente de Outorgas e Recursos à Prestação, mediante o Despacho nº 5.747/2013-ORLE/SOR, de 28/11/2013, que indeferiu o pedido de Autorização do Direito de Uso de Radiofrequência para explorar, em caráter secundário, o Serviço Móvel Pessoal (SMP) nas faixas de 912,5 MHz a 915 MHz e 1740 MHz a 1755 MHz, e 937,5 MHz a 940 MHz e 1835 MHz a 1850 MHz, na Região da Grande São Paulo (AR11).

2. EMENTA

SUPERINTENDÊNCIA DE OUTORGAS E RECURSOS À PRESTAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. DIREITO DE USO DE RADIOFREQUÊNCIA. SERVIÇO MÓVEL PESSOAL. LICITAÇÃO Nº 002/2007/SPV-ANATEL. PROPOSTA DE SUBSTITUIÇÃO PARCIAL DO BEM. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO ÀS REGRAS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. *SPECTRUM CAP* E DESTINAÇÃO DE FAIXA OU CANAL DA RADIOFREQUÊNCIA EM CARÁTER PRIMÁRIO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À OUTORGA EM CARÁTER SECUNDÁRIO. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE OUTORGA, EM CARÁTER PRECÁRIO E TRANSITÓRIO. DETERMINAÇÃO DE INÍCIO IMEDIATO DE CERTAME LICITATÓRIO PARA O PROVIMENTO DE FAIXAS E CANAIS DESOCUPADOS. ORIENTAÇÕES PARA OS ESTUDOS TÉCNICOS PRÉVIOS.

1. Impossibilidade de conferir, em substituição de parte da subfaixa adquirida por meio da Licitação nº 002/2007/SPV-Anatel, o Direito de Uso de Radiofrequência de outras faixas destinadas ao mesmo serviço em caráter primário. A outorga de uma nova faixa em caráter primário demanda a realização de procedimento licitatório, já que não se amolda às hipóteses legais de inexigibilidade de licitação.
2. As autorizações de uso de radiofrequência em caráter secundário não se submetem aos limites de quantidade de espectro a um mesmo grupo econômico – ou “*spectrum cap*” –, previstos na regulamentação.
3. Não é necessário que uma faixa esteja expressamente destinada a um determinado serviço em caráter secundário se ela já estiver destinada a esse mesmo serviço em caráter primário.
4. A prestadora logrou demonstrar a importância de ser adotada, até com certa urgência, solução excepcional e provisória.

5. Provimento parcial ao Recurso Administrativo no sentido de outorgar o direito de uso de subfaixa de radiofrequência na Região da Grande São Paulo, em caráter secundário e precário, pelo prazo de 18 (dezoito) meses.
6. Determinação à Superintendência competente para que adote imediatamente as medidas necessárias para a deflagração de um procedimento licitatório com o fim de disponibilizar as faixas e canais de radiofrequência destinadas ao SMP que se encontrem desocupados.
7. Recomendação à Superintendência, em atenção ao princípio da atualidade, que considere, nos estudos que antecedem o procedimento, a possibilidade de revisão do *spectrum cap* e a migração das tecnologias mais antigas para as mais recentes.

3. REFERÊNCIAS

- 3.1. Parecer nº 159/2014/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 12/02/2014;
- 3.2. Análise nº 17/2014-GCMB, de 30/01/2014; e
- 3.3. Processos nº 53500.016296/2011 e nº 53500.016072/2012 (apensado).

4. RELATÓRIO

4.1. DOS FATOS

- 4.1.1. Trata-se do Recurso Administrativo, de caráter parcial, apresentado por TIM CELULAR S.A., CNPJ/MF nº 04.206.050/0001-80, autorizatória do Serviço Móvel Pessoal (SMP), contra a decisão do Superintendente de Outorgas e Recursos à Prestação, exarada por meio do Despacho nº 5.747/2013-ORLE/SOR, de 28/11/2013, que indeferiu o pedido de autorização do Direito de Uso de Radiofrequência para explorar, em caráter secundário, o SMP nas faixas de 912,5 MHz a 915 MHz e 1740 MHz a 1755 MHz, e 937,5 MHz a 940 MHz e 1835 MHz a 1850 MHz, na Região da Grande São Paulo (AR11).
- 4.1.2. Por ocasião da Reunião do Conselho Diretor nº 730, realizada em 06/02/2014, o Conselheiro Relator, Marcelo Bechara de Souza Hobaika, apresentou a Análise nº 17/2014-GCMB, de 30/01/2014.
- 4.1.3. Na oportunidade, consoante com o previsto no art. 15 do Regimento Interno da Anatel (RI), aprovado pela Resolução nº 612, de 29/04/2013, solicitei vistas do processo com o objetivo de melhor compreender algumas das questões que permeiam a matéria em discussão.
- 4.1.4. Em 07/02/2014, por meio do Mem. nº 08/2014-GCRZ, remeti os autos do processo à Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à Anatel, solicitando manifestação formal acerca de dúvidas jurídicas, com fundamento no art. 39 do RI.
- 4.1.5. Em 12/02/2014, a PFE, mediante o Parecer nº 159/2014/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, prestou os esclarecimentos solicitados.
- 4.1.6. Em 12/02/2014, por intermédio da Comunicação de Tramitação nº 16.069, os autos foram restituídos ao meu Gabinete para o prosseguimento da deliberação do Conselho Diretor.

4.2. DA ANÁLISE

4.2.1. Destaco inicialmente que o Conselheiro Relator, em sua Análise nº 17/2014-GCMB, de 30/10/2014, relatou a situação fática e descreveu as provas e documentos presentes no processo ora discutido com muita propriedade, de forma que, até para não me delongar além do necessário, irei focar o presente Voto naquilo em que, dada a máxima vênia, divergimos.

4.2.2. O Conselheiro Relator, mediante a mencionada Análise, propôs a este órgão colegiado que, além de conhecer e, no mérito, negar provimento ao Recurso Administrativo interposto pela TIM CELULAR S.A. em face da decisão da Superintendência de Outorgas e Recursos à Prestação (SOR), também declarasse, de ofício, que, *in verbis*:

.....
b) Declarar que é possível outorgar, mediante manifestação de vontade da empresa de aceitação das condições aqui previstas, à TIM CELULAR S/A, Autorização para Uso de Blocos de Radiofrequências, sem exclusividade, em caráter primário, nas Subfaixas de 912,5 MHz a 915 MHz (uplink) e 957,5 MHz a 960 MHz (downlink), associada à Autorização para exploração do Serviço Móvel Pessoal – SMP na Região da Grande São Paulo (AR11), **condicionada à renúncia** por parte da empresa da autorização de uso de radiofrequência de 5 MHz correspondentes à portadora F1 da Banda F (subfaixa de radiofrequência de 1.920 MHz a 1.935 MHz / 2.110 MHz a 2.125 MHz); [grifo no original]

c) Determinar à Superintendência de Outorgas e Recursos à Prestação que notifique à prestadora sobre a presente decisão para que, se assim entender, se manifeste expressamente pelas condições de outorga, conforme previsto na alínea anterior.

4.2.3. O respaldo fático para tanto seria a dificuldade em resolver problemas de interferência que têm impactado negativamente na prestação do SMP na Grande São Paulo. O fundamento jurídico, por sua vez, está presente no item 4.2.40 da Análise, *in verbis*:

4.2.40. Vale frisar que a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para outorga do uso de radiofrequência, conforme exigência legal, resta atendida no presente caso, uma vez que a TIM participou do certame conduzido pelo Edital nº 002/2007/SPV-ANATEL e se sagrou efetivamente vencedora para o Lote III/IV F, subfaixa de radiofrequência da Banda F, nas áreas de prestação da Grande São Paulo (III) e Estados do Amazonas, Amapá, Pará, Maranhão e Roraima (IV), e a proposta em discussão prevê a substituição do bem adquirido na referida licitação. [Grifei]

4.2.4. Diante disso, conforme mencionado na seção anterior, encaminhei, por meio Mem. nº 08/214-GCRZ, de 07/02/2014, os autos à PFE, solicitando do órgão de consultoria jurídica esclarecimentos, dentre outros, sobre a possibilidade de substituição da subfaixa de radiofrequência licitada, nos seguintes termos, *in verbis*:

7. Minha segunda dúvida remonta à discussão iniciada por essa douta Procuradoria por meio do Parecer nº 1367/2013/MGN/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 1º/11/2013, que, dentre outras coisas, opinou pelo recebimento do pleito da prestadora como requerimento ordinário de utilização de radiofrequências, conforme previsto no Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução nº 259, de 19/04/2001.

8. Sobre o tema, haveria respaldo jurídico para, alternativamente, dentro da sistemática legal e regulamentar estabelecida para o provimento do Direito de Uso de Radiofrequência, bem como em conformidade com os termos e condições delineados pelo Edital de Licitação nº 002/2007/SPV-ANATEL, de 23/10/2007, e considerando ainda a situação fático-jurídica relatada no processo em epígrafe, conferir à TIM CELULAR S.A., em substituição de parte da subfaixa

adquirida, o Direito de Uso de Radiofrequência de outras faixas destinadas ao mesmo Serviço, em caráter primário?

4.2.5. Mediante o Parecer nº 159/2014/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 12/02/2014, a PFE apresentou suas considerações, das quais, por oportuno, transcrevo os trechos que se seguem:

18. Primeiramente, é de bom alvitre reiterar o Parecer nº 1367/2013/MGN/PFE-Anatel/PGF/AGU, quando aduz que a interferência na banda F não é imputável à Anatel e que, portanto, não é dever da Agência, por causa disso, adotar medidas de compensação em favor da TIM Celular S/A:

Não procede, pois, a tentativa da TIM de imputar responsabilidade à Agência. A uma, porque a situação da subfaixa de radiofrequência licitada era de conhecimento dos interessados e certamente foi levada em consideração na chamada precificação dos lances à época da licitação. A duas, porque a conduta imputada à Agência configura suposta responsabilidade por omissão, a exigir demonstração cabal de culpa, o que não ocorreu, já que a Anatel até chegou a agir na tentativa de sanar as dificuldades encontradas a fim de aumentar o uso eficiente do espectro. A três, porque a causa das interferências não é atribuível à Anatel, e sim a terceiros. A quatro, porque, considerando que “as fontes interferentes são imprevisíveis, incessantes e decorrentes, em grande parte, de aparelhos não homologados pela Anatel e de origem indeterminada”, nos termos do Relatório de Fiscalização nº 0021/2013/GR01, não é possível atribuir à Agência a responsabilidade de consequências de verdadeiras condutas infracionais cometidas por particulares.

Passado este ponto, cabe afirmar que o pleito da interessada (concessão de outorga, em caráter secundário, dos blocos de radiofrequência de 1,8 GHz e 900 MHz) pode ser possível não em razão da interferência prejudicial na Banda F, mas sim em razão do disposto no Regulamento de Uso de Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução nº 259/2001, o qual, em seu art. 25, preconiza que:

(...)

Diante do exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União – AGU, destaca as seguintes considerações:

(...)

b) Pela observação de que o pleito da prestadora não deve ter como fundamento um suposto prejuízo causado pela Anatel com a utilização da Subfaixa F, mas sim a possibilidade aberta a qualquer interessado pela Resolução nº 259/2001 para requerer a utilização de faixas de frequência;

c) Recomenda-se, portanto, que o pleito da interessada seja recebido como requerimento ordinário de utilização de radiofrequências, devendo o corpo técnico responsável observar a regulamentação aplicável ao tema;

19. Afastada a responsabilidade da Agência, há de se perquirir se, no interesse da prestadora, é possível substituir uma subfaixa de radiofrequência, cujo direito de uso foi obtido em decorrência de licitação, por outra subfaixa. Na verdade, trata-se de autorização de uso de uma nova subfaixa de radiofrequência. Tecnicamente, busca-se saber se é possível modificar uma autorização de uso de radiofrequência em caráter primário para, mantendo as demais características, substituir uma subfaixa por outra, também em caráter primário.

20. A resposta é não.

21. Como se viu, a regra para outorga de autorização de uso de nova radiofrequência em caráter primário é a realização de licitação. As hipóteses em que o certame público não será realizado estão devidamente reguladas pela LGT no seu art. 91:

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.

22. Ora, a substituição de subfaixa de radiofrequência por outra, também em caráter primário, não deixa de consubstanciar uma outorga de direito de uso de uma nova subfaixa de radiofrequência, o que demanda a realização do procedimento de concorrência pública, já que não se amolda às hipóteses legais de inexigibilidade de licitação. Em outras palavras, não é possível outorgar o direito de uso de uma subfaixa de radiofrequência em caráter primário sem a observância dos procedimentos atinentes à licitação, salvo nas hipóteses legais de inexigibilidade, o que, aliás, inclui a eventual necessidade de realização de chamamento público.

23. Ademais, vale ressaltar que a delimitação da subfaixa de radiofrequência caracteriza elemento essencial de uma autorização de uso de radiofrequência, não podendo simplesmente ser alterada. De fato, não se licita simplesmente o direito de uso de uma subfaixa de radiofrequência qualquer, mas o direito de uso de uma subfaixa de radiofrequência específica. A subfaixa de radiofrequência anteriormente licitada se materializa, portanto, como o próprio objeto da licitação, de modo que a outorga de direito de uso de nova subfaixa em caráter primário, ainda que em eventual substituição, deve observância às regras legais de exigência de licitação.

24. Tal situação difere, ressalte-se, da posição orbital escolhida pelo vencedor de uma licitação de direito de exploração de satélite. Nessa situação, a licitação tem como objeto simplesmente o direito de exploração de satélite, e não uma posição orbital específica, que é escolhida somente após a vitória do interessado na concorrência pública.

25. Portanto, **é de se concluir pela impossibilidade de conferir à TIM Celular S/A, em substituição de parte da subfaixa adquirida, o direito de uso de radiofrequência de outras faixas destinadas ao mesmo serviço em caráter primário, uma vez que a outorga do direito de uso de uma nova subfaixa de radiofrequência deve observância às regras do procedimento licitatório.** [Grifei]

- 4.2.6. Concordo com o entendimento esposado pela Procuradoria. A outorga de subfaixa substituta, em caráter primário, efetivamente consubstanciará a outorga do Direito de Uso de Radiofrequência de uma nova subfaixa, sendo imprescindível, nesse caso, a realização do certame licitatório.
- 4.2.7. Além disso, ainda que, por hipótese, fosse possível a substituição do bem, não seria possível a renúncia parcial, por razões técnicas e jurídicas. A uma, porque os blocos de radiofrequência são construídos com as dimensões necessárias para a prestação dos serviços. Frações desses blocos, via de regra, ou não comportam a prestação, ou o fazem, mas em condições consideravelmente inferiores – seria um desperdício do recurso espectral. A duas, pela ausência previsão legal expressa. Assim, se a licitante vencedora adquiriu um lote composto por um bloco de 15 MHz + 15 MHz, não poderá renunciá-lo em frações.
- 4.2.8. Registradas essas considerações acerca da ausência de possibilidade legal, regulamentar e/ou editalícia de substituição, mediante renúncia parcial, de parte da subfaixa de radiofrequência adquirida pela TIM CELULAR S.A., e dada a máxima vênia, não acompanho a proposta formulada pelo Conselheiro Relator.

- 4.2.9. Antes de apresentar minha contraproposta, todavia, gostaria de tecer alguns comentários que considero pertinentes.
- 4.2.10. Prefacialmente, importante desfazer a aparente confusão envolvendo a suposta “imprevisibilidade” da situação e o alcance, no caso que ora se discute, do direito de proteção contra interferências prejudiciais decorrente da Autorização de Uso de Radiofrequência em caráter primário detida pela prestadora.
- 4.2.11. Os procedimentos licitatórios para a disponibilização de subfaixas e canais de radiofrequência realizados pela Anatel são precedidos de estudos técnicos e econômicos que visam à análise do interesse, da oportunidade e da viabilidade de uso do bem público que será objeto do certame. Tais estudos são submetidos às contribuições da sociedade por meio de Consultas e Sessões Públicas, juntamente com as minutas dos Editais de Licitação.
- 4.2.12. Muitas vezes, como resultado desse debate amplo e transparente, os procedimentos licitatórios são revistos e aprimorados para se obter, com o certame, melhor cobertura e qualidade dos serviços, evitar eventuais transtornos de convivência entre novos e velhos ocupantes do espectro ou ainda preparar terreno para a evolução dos sistemas e das tecnologias para as licitações futuras.
- 4.2.13. A título de exemplos, dois casos recentes me vêm à mente. Primeiro, a Anatel determinou a revisão da minuta de Edital de Licitação de Segmentos de Radiofrequência na Faixa de 3400 MHz a 3600 MHz (ou Subfaixa de 3,5 GHz)⁽¹⁾ em razão, principalmente, da necessidade de realização de ações coordenadas para viabilizar a convivência entre os sistemas terrestres operando nessa Subfaixa e a aplicação TVRO⁽²⁾, por satélite, executada na faixa adjacente, a Banda C estendida.
- 4.2.14. Outro exemplo é a destinação diferenciada dada ao primeiro bloco, de 5 MHz + 5 MHz, da Subfaixa de 700 MHz, no Regulamento sobre as Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixa de 698 MHz a 806 MHz, aprovado pela Resolução nº 625, de 11/11/2013, cuja licitação se aproxima⁽³⁾.
- 4.2.15. Não foi diferente com o Edital de Licitação nº 002/2007/SPV-Anatel, de 23/10/2007, ou “Edital do 3G”, como ficou conhecido. Foi por meio da Licitação decorrente desse Edital, cujo leilão ocorreu entre 18 e 20/12/2007, uma semana após a entrega das propostas, que a TIM CELULAR S.A. adquiriu, dentre outros, o direito de uso da Subfaixa F (1920 MHz a 1935 MHz e 2110 MHz a 2125 MHz), em caráter primário, na Área de Prestação da Grande São Paulo (AR11), pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma única vez.

¹ Processo nº 53500.012404/2010.

² Do inglês, *Television Receive-only*, televisão aberta por satélite, aplicação no âmbito do Serviço Fixo (por satélite).

³ O arranjo definido na Recomendação UIT-R M.1036-4 (arranjo A5:APT) prevê o uso de 90 MHz (45MHz + 45 MHz) para os serviços de telecomunicações móveis de quarta geração. No Brasil, entretanto, em vista da situação única que possuímos – um grande parque instalado de emissoras de radiodifusão de sons e imagens, que está, no momento, no meio do processo de transição para a tecnologia digital de transmissão –, o primeiro bloco (703 MHz a 708 MHz / 758 MHz a 763 MHz), que, hipoteticamente, poderá ter maior dificuldade de convivência com a faixa vizinha nas grandes regiões metropolitanas, que registram elevada densidade de ocupação do espectro radioelétrico, foi adicionalmente destinado ao Serviço Limitado Privado (SLP) para aplicações de segurança pública, defesa nacional e infraestrutura. Essas aplicações, por possuírem menor escala e número de prestadores e estarem mais agregadas terão, espera-se, maior facilidade para coordenar eventuais problemas de interferência do que os usuários do espectro de grande e intensa demanda, como as prestadoras do SMP e do SCM.

- 4.2.16. Nesse caso, desde as etapas preparatórias para a realização do procedimento, a existência de equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita, notavelmente sistemas de telefonia sem fio operando na faixa de 1910 MHz a 1930 MHz em caráter secundário –possibilidade conferida pelo então vigente Regulamento sobre Equipamentos de Radiocomunicação de Radiação Restrita, aprovado Resolução nº 365, de 10/05/2004 –, era notória.
- 4.2.17. Esse “legado”, é certo, em momento algum foi negligenciado, tendo sido considerado na etapa prévia, na elaboração das minutas de edital e até posteriormente, no acompanhamento do desempenho das licitantes vencedoras.
- 4.2.18. Importantíssimo observar que foram tomadas diversas medidas, algumas no bojo do próprio Edital de Licitação, outras que resultaram em alterações normativas subsequentes, para promover, na medida do possível, a gradual substituição do legado de equipamentos existente e possibilitar um melhor uso da subfaixa de radiofrequência em questão.
- 4.2.19. A primeira delas foi a própria conformação que o objeto licitado tomou. Enquanto as Subfaixas G⁽⁴⁾, I⁽⁵⁾ e J⁽⁶⁾ foram construídas com blocos de 10 MHz + 10 MHz, a Subfaixa F, em razão da parcial sobreposição com a faixa de 1910 MHz a 1930 MHz, na qual havia telefones sem cordão e sistemas de ramal sem fio de CPCT com tecnologia DECT operando disponíveis no mercado, certificados e homologados pela Anatel, foi construída como um bloco de radiofrequência de 15 MHz + 15 MHz.
- 4.2.20. Esperava-se com isso que, nos locais onde eventualmente se verificasse a presença de sistemas legados ocupando o espectro, a licitante vencedora disporia de uma quantidade maior de recurso espectral para administrar a interferência e atender adequadamente suas necessidades e seus usuários.
- 4.2.21. Também foi antevista e cuidadosamente considerada a possibilidade de se mostrarem necessárias ações de limpeza dessa porção do espectro para viabilizar seu melhor uso, que resultaram no Item 1.8 do referido Edital, que especificamente prevê a responsabilidade da licitante vencedora de arcar com os custos referentes à desocupação das subfaixas de radiofrequência adquiridas.
- 4.2.22. Outro ponto digno de ênfase é o fato de que no momento da publicação do Edital de Licitação estava em pleno vigor a Resolução nº 365, de 10/05/2004, que, como mencionado alhures, possibilitava a certificação e homologação de sistemas de telefonia sem fio operando na faixa de 1910 MHz a 1930 MHz. O novo Regulamento sobre Equipamentos de Radiocomunicação de Radiação Restrita, aprovado pela Anatel na forma de anexo à Resolução nº 506, de 01/07/2008, restringiu esses sistemas sem fio à faixa de 1910 MHz a 1920 MHz (art. 36), eliminando, portanto, a sobreposição com a Subfaixa F. Todavia, o novo Regulamento estabeleceu, em seu art. 83⁽⁷⁾, que os equipamentos existentes poderiam continuar em operação até o término de sua vida útil.

⁴ **Subfaixa G:** 1935 MHz a 1945 MHz e 2125 MHz a 2135 MHz.

⁵ **Subfaixa I:** 1955 MHz a 1965 MHz e 2145 MHz a 2155 MHz.

⁶ **Subfaixa J:** 1965 MHz a 1975 MHz e 2155 MHz a 2165 MHz.

⁷ **Res 506/2008, art. 83.** *Os equipamentos de radiação restrita existentes na data de publicação deste Regulamento, que não atendem ao aqui estabelecido, poderão continuar em operação até o final de sua vida útil, desde que estejam operando em situação regular, de acordo com a regulamentação anterior aplicável.*

- 4.2.23. Fica claro, portanto, que a situação vivenciada pela TIM CELULAR S.A., bem como pelas demais licitantes adquirentes da Subfaixa F que por ventura estejam encontrando dificuldades similares no uso da primeira ou das duas primeiras portadoras em determinadas localidades, não configura, de forma alguma, uma “situação imprevisível”, fortuita.
- 4.2.24. Pois a condição da Subfaixa F era de conhecimento dos participantes à época do certame licitatório. A própria Subfaixa em questão é maior que as demais justamente para que as prestadoras possam administrar mais facilmente os eventuais inconvenientes da convivência com os sistemas legados. Ademais, a Anatel promoveu alterações regulamentares para viabilizar a transição dos ocupantes legítimos para outras faixas de radiofrequência.
- 4.2.25. Cumpre lembrar que os problemas relatados tendem a se adensar nos grandes centros urbanos, notadamente nas regiões residenciais e comerciais de maior poder aquisitivo, onde o uso desses sistemas de telefonia sem fio é mais difundida. Além disso, observa-se claramente nos testes de campo realizados pela GR01, principalmente no constante do Relatório de Fiscalização nº 0291/2011/ER01FT, de 17/03/2011, acostado às fls. 03/37 dos autos do processo apensador, que o efeito sobre a primeira e a segunda portadoras são distintos. A SOR, por seu turno, no Informe nº 403/2013-ORER/SOR, de 30/09/2013, acrescenta que:
- 5.2.7. No que se refere à interferência propriamente dita, os levantamentos efetuados indicam que, dos 15 MHz que representam as três portadoras de 5 MHz que poderiam ser utilizados pela operadora no enlace de subida, na região de São Paulo, a primeira portadora (1920 MHz a 1925 MHz) está praticamente indisponível, a segunda (1925 MHz a 1930 MHz) está apenas parcialmente indisponível e somente a terceira (1930 MHz a 1935 MHz) está sendo utilizada plenamente.
- 4.2.26. Não há como considerar, de modo genérico, a Subfaixa F como destituída de serventia para a transmissão de dados do SMP, pois, ressalvadas determinadas localidades com características específicas, ela pode ser utilizada em sua totalidade no restante do País.
- 4.2.27. Nessa toada, a tentativa da prestadora de imputar a responsabilidade pela alegada dificuldade da expansão de sua rede e seus serviços à suposta conduta omissiva da Anatel é completamente descabida.
- 4.2.28. Pois, a Agência, além de rever o arcabouço normativo relativo aos equipamentos de radiocomunicação restrita para, com isso, impossibilitar a comercialização dos sistemas de telefonia tipo ramal sem fio de CPCT com tecnologia DECT 6.0, pôs em campo os agentes de fiscalização na tentativa de sanar as dificuldades encontradas, promoveu reuniões com os interessados para colher informações e debater alternativas e acionou as áreas técnicas competentes para que analisassem possíveis medidas corretivas.
- 4.2.29. E, finalmente, as subfaixas de radiofrequência objeto da Licitação nº 002/2007/SPV-Anatel foram leiloadas na forma que se encontravam, conhecidas as suas condições e particularidades, para que as licitantes vencedoras utilizassem dos blocos de espectro “*por sua conta e risco, sendo de sua inteira responsabilidade quaisquer prejuízos decorrentes do seu uso*” (Cláusula 5.6 dos respectivos Termos de Autorização).
- 4.2.30. Logo, não há que se falar em “*adoção de alternativas compensatórias para as prestadoras que adquiriram frequências na Banda F, tais como ressarcimento de valores*”

*pagos ou prioridade na participação em processos futuros de licitação de faixas de frequência*⁸, e muito menos em existência de vício oculto em um dos blocos de radiofrequência no objeto do certame.

- 4.2.31. Superada essa questão, outro ponto que gostaria de discutir diz respeito à solução técnica posta em análise, que envolve a utilização na Região da Grande São Paulo (AR11) da subfaixa de radiofrequência até há pouco tempo detida, em caráter primário e para a prestação do SMP, pela prestadora UNICEL DO BRASIL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
- 4.2.32. Conforme já relatado diversas vezes no presente processo, após o trânsito em julgado administrativo dos processos que extinguiram os Termos de Autorização (53500.0023842/2012) e que aplicaram à UNICEL a sanção de caducidade do SMP em razão do comprovado descumprimento às obrigações legais, regulamentares e contratuais assumidas (53504.008736/2011 e apensos), a Subfaixa E (912,5 MHz a 915 MHz e 957,5 a 960 MHz, e 1740 MHz a 1755 MHz e 1835 MHz a 1850 MHz) não se encontra atualmente autorizada a qualquer prestadora do SMP em caráter primário na Área de Registro que compreende a região metropolitana de São Paulo.
- 4.2.33. O pleito apresentado pela TIM CELULAR S.A. do direito de uso, em caráter secundário, da faixa ociosa foi realizado no legítimo interesse de buscar uma solução para as dificuldades encontradas na região metropolitana da Grande São Paulo, com o fim precípuo de melhorar a qualidade da prestação do serviço.
- 4.2.34. É nesse âmbito que passo a analisar o Recurso Administrativo em tela.
- 4.2.35. Em relação à admissibilidade, acompanho o Conselheiro Relator no sentido de conhecer do Recurso Interposto.
- 4.2.36. Quanto ao mérito, por meio do Despacho nº 5.747/2013-ORLE/SOR, de 28/11/2013, a SOR indeferiu o pedido de autorização do Direito de Uso de Radiofrequência para explorar, em caráter secundário, o SMP nas faixas de 912,5 MHz a 915 MHz e 1740 MHz a 1755 MHz, e 937,5 MHz a 940 MHz e 1835 MHz a 1850 MHz, na Região da Grande São Paulo (AR11) da TIM CELULAR S.A.
- 4.2.37. No Recurso Administrativo, de caráter *parcial*, visto que é apenas contra parte da decisão, a prestadora requer a autorização apenas das faixas de 912,5 MHz a 915 MHz e 957,5 MHz e 960 MHz, em caráter secundário, na Região da Grande São Paulo (AR11), até que se encontre uma solução para a questão de interferência
- 4.2.38. As razões para a denegação do pedido foram elencadas pela SOR nos Informes nº 403/2013-ORER/SOR, de 30/09/2013, e nº 1.086/2013-ORLE, de 26/11/2013. Em síntese, eles se resumem a três pontos. O primeiro deles diz respeito à suposta impossibilidade de autorização de subfaixas de radiofrequência em caráter secundário para a prestação do SMP. Na Análise nº 17/2014-GCMB, de 30/01/2014, o Conselheiro Relator assim pôs a questão:

4.2.12. A razão de não se autorizar a prestação do SMP em caráter secundário já foi, por diversas vezes, esclarecida à empresa. Esse serviço, por suas características intrínsecas de um serviço de interesse coletivo, o qual possui compromissos de qualidade, atendimento e cobertura, conforme regras legais, regulamentares, editalícia e contratuais, não comporta o uso da radiofrequência em caráter secundário, a qual segundo previsão regulamentar, não tem direito de proteção contra interferências prejudiciais.

⁸ Conforme exposto no item 5.6.5 do Informe nº 403/2013-ORER/SOR, de 30/09/2013.

4.2.39. O segundo ponto remete à destinação conferida à Subfaixa de 900 MHz por meio da Resolução nº 454, de 11/06/2006. Pelo entendimento da área técnica, a Resolução que aprovou na forma de anexo o Regulamento que dispõe sobre as condições de uso das Subfaixas de 800 MHz, de 900 MHz, de 1800 MHz, de 1900 MHz e de 2100 MHz teria *expressamente* restringido a mencionada Subfaixa de 900 MHz ao SMP operado em caráter primário. Essa limitação estaria expressa no art. 3º, inciso II, da Resolução, *in verbis*:

Art. 3º Manter a **destinação ao SMP, em caráter primário**, e sem exclusividade, das seguintes subfaixas de radiofrequências: [Grifei]

I - na faixa de 800 MHz, de 824 MHz a 849 MHz e de 869 MHz a 894 MHz;

II - na **faixa de 900 MHz**, de 898,5 MHz a 901 MHz, de 943,5 MHz a 946 MHz, de 907,5 MHz a 915 MHz e de 952,5 MHz a 960 MHz; [Grifei]

III - na **faixa de 1.800 MHz**, de 1.710 MHz a 1.755 MHz, 1.805 MHz a 1.850 MHz, 1775 MHz a 1785 MHz e de 1870 MHz a 1880 MHz. [Grifei]

4.2.40. Por fim, o terceiro está relacionado aos limites regulamentares de quantidades de espectro detidos por um mesmo grupo econômico, previstos no § 5º do art. 2º do Regulamento aprovado por essa mesma Resolução, *in verbis*:

Art. 2º As faixas de radiofrequências contidas na Tabela 1 ficam regulamentadas para a prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, em caráter primário e sem exclusividade, restrita à respectiva Área de Prestação.

.....
§ 5º A **uma mesma Prestadora de SMP, sua coligada, controlada ou controladora, em uma mesma área geográfica**, somente serão autorizadas, aos pares, as subfaixas de radiofrequências da Tabela 1, **até o limite máximo total de 50 MHz**, observados os limites para cada subfaixa, a seguir estabelecidos: [Grifei]

I - (12,5 + 12,5) MHz, para as subfaixas de 800 MHz;

II - **(2,5 + 2,5) MHz, para quaisquer das subfaixas de 900 MHz**; [Grifei]

III - (25 + 25) MHz, para as subfaixas de 1.800 MHz;

IV - (15 + 15) MHz, para as subfaixas de 1.900 MHz e 2.100 MHz;

V - 5 MHz, para a subfaixa de Extensão TDD, de 1.900 MHz.
.....

4.2.41. Nenhum desses obstáculos levantados pela área técnica para justificar o indeferimento do pedido apresentado pela TIM CELULAR S.A., no meu entendimento, se sustenta.

4.2.42. Em primeiro lugar, como bem indicado pela PFE por meio do Parecer nº 159/2014/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 12/02/2014, a Resolução nº 454, de 11/06/2006, não colocou empecilho à autorização das subfaixas de radiofrequência em caráter secundário para a prestação do SMP, senão vejamos:

26. [...], registra-se que o fato de o Regulamento aprovado pela Resolução nº 454/2006 destinar tais faixas ao SMP apenas em caráter primário não impede que eventualmente sejam outorgados direitos de uso dessas mesmas faixas para prestação do SMP em caráter secundário. É que **não se exige que uma faixa esteja expressamente destinada a um determinado serviço em caráter secundário se ela já está destinada a esse mesmo serviço em caráter primário**. Não há que se falar, nesse caso, em prejuízos aos prestadores autorizados em caráter primário, pois têm

proteção contra interferências prejudiciais, inclusive aquelas causadas por autorizações em caráter secundário; e tampouco há lesão à competição, visto que todos os demais prestadores poderão ter acesso à autorização em caráter secundário no mesmo momento em que o primeiro obtiver tal outorga, cabendo a esses autorizados coordenarem-se entre si, sem privilégios de parte a parte, na forma do art. 66, III, da Resolução nº 259/2001. [Grifei]

4.2.43. Como prova disso, há vários serviços cujas respectivas faixas e canais de radiofrequência estão destinados para operação em caráter primário que são concomitantemente executados em caráter secundário, como ocorre, por exemplo, no Serviço Limitado Privado, no Serviço Especial de Retransmissão de Televisão etc.

4.2.44. Nesse mesmo Parecer, a PFE também esclarece que as autorizações de uso de radiofrequência em caráter secundário não se submetem aos limites de quantidade de espectro a um mesmo grupo econômico, ou “*spectrum caps*”, previstos na regulamentação. Segundo o órgão de consultoria jurídica, *in verbis*:

7. Destarte, os limites de quantidade de espectro surgem da preocupação com uma eventual monopolização do uso de determinadas faixas de radiofrequência por um ou dois grupos empresarias, o que se refletiria em baixa competitividade no setor, em claro prejuízo aos consumidores, contrariando, ainda, o princípio da livre, ampla e justa competição, bastante consagrado ao longo de toda a LGT. Na verdade, não cabe ao órgão regulador apenas corrigir distúrbios concorrenciais, mas efetivamente atuar de maneira proativa para promover a competição no setor.

8. Nessa linha foi que a Agência criou o chamado *spectrum cap*, que impede que uma determinada faixa de radiofrequência, com características técnicas próprias, seja monopolizada por um agente econômico. Caso contrário, admitir-se-ia a hipótese, por exemplo, de uma só prestadora acabar vencendo a licitação pelo direito de uso de toda uma faixa de radiofrequência e, em consequência, só ela poder oferecer serviços com a tecnologia 3G ou 4G no país, o que não se concebe. Assim, limitando-se a quantidade de espectro por grupo econômico, garante-se que vários agentes tenham acesso ao bem público escasso e, conseqüentemente, que os consumidores terão à sua disposição mais competidores oferecendo os respectivos serviços.

9. Como se vê, a finalidade do *spectrum cap* está atrelada à escassez do recurso. Ou seja, o limite de quantidade de espectro por grupo econômico só se justifica se o bem público for disputável, ou seja, não puder satisfazer todos os interessados. Portanto, a possibilidade de disputa, ainda que abstrata, consubstancia pressuposto lógico tanto do *spectrum cap* quanto da própria licitação. A LGT, consoante seus arts. 165 c/c art. 91, dispõe que a possibilidade de todos os interessados obterem direito de uso de radiofrequência será causa de inexigibilidade de licitação por desnecessidade.

10. Na verdade, tal pressuposto lógico está inserido no próprio art. 164 da LGT, quando condiciona a realização de licitação à existência de limitação técnica ao uso da radiofrequência. Portanto, não é necessária a realização de licitação quando não há limitação técnica ao uso do espectro, ou seja, quando determinada subfaixa de radiofrequência é tecnicamente capaz de satisfazer todos os possíveis interessados. Nesse caso, por óbvio, não há que se falar em licitação, porquanto esvaziada a premissa da competição, já que não há o que disputar (todos podem usar o bem público). [...]

13. Como se vê, o uso de radiofrequência em caráter secundário implica seu uso não exclusivo e sem direito a proteção contra interferências prejudiciais, sejam estas provocadas por autorizados em caráter primário ou em secundário. Ou seja, todos os interessados podem ser atendidos, não havendo que se falar em possibilidade de disputa.

14. Dessa forma, **considerando a impossibilidade de disputa pelo uso de radiofrequência em caráter secundário, uma vez que todos podem ser atendidos, inexistente pressuposto lógico**

para a aplicação, nessa situação, de limite de quantidade de espectro por grupo econômico. De fato, não existe democratização de acesso a ser buscada, já que tal acesso já é obtido por todos, a partir do momento em que o primeiro prestador é autorizado pela Anatel a operar em caráter secundário. [Grifei]

.....
16. O referido Regulamento, como se vê, dispõe que o limite máximo de quantidade de radiofrequência por grupo econômico se aplica às subfaixas de radiofrequências constantes da sua tabela 1, que, por sua vez, têm sua regulamentação atrelada ao seu caráter primário. Verifica-se, assim, que **o próprio Regulamento vincula o spectrum cap apenas aos direitos de uso de radiofrequência em caráter primário.** [Grifei]

17. É de se concluir, portanto, pela **não submissão das autorizações de uso de radiofrequência em caráter secundário aos limites de quantidades de espectro a um mesmo grupo econômico (spectrum cap).** [Grifei]

- 4.2.45. De fato, há características intrínsecas em determinados serviços, notavelmente nos de interesse coletivo, que justificam o uso da radiofrequência em caráter primário, protegido de interferências que degradam, interrompem e/ou comprometem a qualidade do serviço.
- 4.2.46. As prestadoras detentoras desse direito podem exigir da Administração Pública que realize – dentro, claro, do razoável e do possível – os esforços necessários para fazer cessar as fontes interferentes ou, ao menos, assegurar relações mínimas entre a intensidade de seus sinais e a dos sinais indesejados.
- 4.2.47. No ramo diametralmente oposto, o uso em caráter secundário não comporta esse direito à proteção. Isso não significa, todavia, que não existam ferramentas para eliminar ou mitigar as interferências prejudiciais e garantir o uso satisfatório do recurso espectral.
- 4.2.48. Na atividade de administração do espectro, a Agência elabora planos de distribuição de faixas e canais de radiofrequência, estabelece máscaras de limites de emissão de espúrios e regulamenta outras condições técnicas de operação com a finalidade de permitir que os interessados possam coletivamente ocupar o espectro sem embaraços.
- 4.2.49. Contudo, por vezes, isso não é o bastante. Diante de situações de interferência prejudicial, sendo todos os envolvidos detentores do direito de uso em caráter secundário – pois, havendo um ou mais primários, o direito deles teria precedência – ocorre a *coordenação*, que é o procedimento “*que visa tornar viável o uso, por mais de um interessado, de radiofrequência, faixa ou canal de radiofrequência de forma a prevenir ou corrigir a ocorrência de interferências prejudiciais entre as estações*”, nos termos definidos no art. 4º, inciso XIII, do Regulamento do Uso de Espectro de Radiofrequências (RUE), aprovado pela Resolução nº 259, de 19/04/2001.
- 4.2.50. A coordenação pode ser imposta de ofício pela própria Agência (art. 6º, inciso VI, do RUE), ter início no procedimento de requerimento de uso de radiofrequência (arts. 25 e ss) ou ainda, após a entrada em operação, ser solicitada pelos eventuais interessados (arts. 66 e ss). Como todos possuem direitos de uso de igual medida, a solução deve permitir a exploração do recurso espectral de modo compartilhado e isonômico.
- 4.2.51. Voltando à questão posta no processo administrativo que ora se discute, não se vislumbra óbice legal ou regulamentar para a autorização, em caráter secundário, de

faixas de radiofrequência destinadas ao SMP em caráter primário que por ventura estejam desocupadas.

- 4.2.52. Em condições normais, o SMP de fato tem de ser prestado em caráter primário, até por conta das obrigações de abrangência e qualidade a que se submete, que demandam investimentos de grande monta. Aliás, esta é outra importante dimensão do direito à proteção das faixas e canais de radiofrequência detidas em caráter primário: ele também visa a assegurar os investimentos em infraestrutura e a contínua disponibilidade do recurso indispensável à prestação do serviço, protegendo, em última análise, o empreendimento.
- 4.2.53. Quando autorizado em caráter secundário a uma ou mais prestadoras, essas garantias não existem. No entanto, caso surjam outros demandantes pela mesma faixa ou canal de radiofrequência, ocorrerá a coordenação entre todos, em igual patamar de direitos.
- 4.2.54. Por outro lado, foi a própria prestadora que propôs a ocupação em caráter secundário da Subfaixa em questão como forma de mitigação dos problemas de qualidade hoje enfrentados na AR11. Assim, não faz sentido alegar a incompatibilidade entre a falta de proteção inerente ao uso do espectro em caráter secundário e as obrigações de qualidade do serviço.
- 4.2.55. Tanto é que, no seu pedido, é possível verificar que ela está ciente das condições inerentes ao uso do espectro em caráter secundário, bem como das possibilidades e limitações técnicas da subfaixa pretendida. Aliás, no que concerne a este último tema, cabe colacionar as palavras do Conselheiro Relator, *in verbis*:
- 4.2.37. A despeito da faixa disponível ser de largura menor do que a portadora F1, não haveria perda por parte da empresa, uma vez que as características de propagação da faixa de 900 MHz são melhores, o que compensaria a perda na quantidade de espectro, além de que, conforme esclarecido pela área técnica, a TIM poderia se beneficiar do fato de já dispor de outorga para o uso de subfaixa que é contígua a primeira parte da subfaixa E. No caso, a TIM já possui outorga para a subfaixa de 910 MHz a 912,5 MHz (*uplink*) e 955 MHz a 957,5 MHz (*downlink*). Ao se agrupar essas duas subfaixas, resulta um bloco de radiofrequência de 5 MHz + 5 MHz, na nova subfaixa de 910 MHz a 915 MHz (*uplink*) e 955 MHz a 960 MHz (*downlink*), e, logo, permite a implementação de uma portadora UMTS.
- 4.2.56. Tenho para mim, destarte, que a prestadora TIM CELULAR S.A. logrou demonstrar a importância de ser adotada – até com certa urgência, em vista da iminente realização do evento Copa do Mundo da FIFA Brasil 2014 – uma solução excepcional e provisória para a melhoria da qualidade da prestação do serviço aos seus usuários.
- 4.2.57. Abrindo um pequeno parêntese, em razão dos grandes eventos é esperado um considerável aumento da demanda por conexões de dados nas cidades sede. Considerando as faixas de frequência destinadas ao SMP no Brasil e no mundo e as tecnologias empregadas para a prestação dos serviços, a tecnologia UMTS (3G) é justamente a que possui maior compatibilidade para o *roaming* nacional e internacional de dados.
- 4.2.58. Como defendi no início do presente Voto, entendo pela impossibilidade jurídica da autorização do uso de radiofrequência em caráter primário sem a prévia realização de procedimento licitatório. No entanto, nada obsta o pedido de utilização da Subfaixa

pretendida em caráter secundário, provisório e precário até que a licitação das faixas destinadas ao SMP disponíveis seja realizada.

- 4.2.59. Diante do exposto e com a devida vênia, proponho aos meus pares conhecer e dar provimento parcial ao Recurso Administrativo interposto pela TIM CELULAR S.A. no sentido de determinar à SOR que outorgue o direito de uso da faixa de radiofrequência de 912,5 MHz a 915 MHz e 957,5 MHz a 960 MHz, na Área de Registro da Grande São Paulo (AR11), em caráter secundário e precário, para a prestação do Serviço Móvel Pessoal, pelo prazo de 18 (doze) meses, desde que preenchidas as condições subjetivas e objetivas previstas na regulamentação.
- 4.2.60. Ressalto que nesse período a Agência envidará esforços para viabilizar a realização de certame licitatório para o provimento dessa faixa em caráter primário, de forma que a prestadora, caso tenha interesse em continuar com o seu uso, deverá adquiri-la no certame, ou buscar outra solução técnica para o problema de qualidade do serviço na AR11.
- 4.2.61. Assim, respaldado pelas considerações constantes das manifestações da PFE presentes nos autos, Pareceres nº 1367/2013/MGN/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 1º/11/2013, e nº 159/2014/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 12/02/2014, as quais acolho e adoto como razões de decidir, proponho determinar à SOR que tome de imediato as medidas necessárias para a deflagração de um procedimento licitatório com o fim de disponibilizar as faixas e canais de radiofrequência destinadas ao SMP que se encontrem desocupados.
- 4.2.62. A SOR deverá, em atenção ao princípio da atualidade, considerar nos estudos que antecedem o procedimento licitatório a possibilidade de revisão do *spectrum cap* e a atualização das subfaixas de radiofrequência que operam na tecnologia GSM (2G) para as tecnologias mais recentes, UMTS (3G) e LTE (4G), propondo cronograma para tanto.
- 4.2.63. Finalmente, observo que a prestadora solicitou a concessão de tratamento sigiloso aos estudos técnicos que apresentou. Compulsando os autos, parece-me que, de fato, em alguns dos documentos estão presentes informações técnicas e operacionais que merecem tal tratamento, conforme preceitua o § 1º do art. 51 do RI da Anatel.
- 4.2.64. Dessa forma, proponho, por fim, determinar à SOR que avalie os documentos e informações constantes dos autos e classifique como sigilosos aqueles que devam ser tratados como tal.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pelas razões e justificativas do presente Voto, proponho conhecer e, no mérito, dar provimento parcial ao Recurso Administrativo interposto por TIM CELULAR S.A., no sentido de determinar à Superintendência de Outorgas e Recursos à Prestação que outorgue o direito de uso da faixa de radiofrequência de 912,5 MHz a 915 MHz e 957,5 MHz a 960 MHz, na Área de Registro da Grande São Paulo (AR11), em caráter secundário e precário, para a prestação do Serviço Móvel Pessoal, pelo prazo de 18 (dezoito) meses, desde que preenchidas as condições subjetivas e objetivas previstas na regulamentação.

Adicionalmente, proponho expedir Despacho Ordinatório determinando à Superintendência de Outorgas e Recursos à Prestação que:

- a) tome de imediato as medidas necessárias para a deflagração de um procedimento licitatório com o fim de disponibilizar as faixas e canais de radiofrequência destinadas ao SMP que se encontrem desocupados;
- b) considere, nos estudos que antecedem o procedimento licitatório, a possibilidade de revisão do *spectrum cap* e a atualização das subfaixas de radiofrequência que operam na tecnologia GSM (2G) para as tecnologias mais recentes, UMTS (3G) e LTE (4G), inclusive propondo cronograma para tanto; e
- c) adote as providências necessárias para conceder tratamento sigiloso aos documentos e informações constantes dos autos que devam ser tratados como tal.

É como considero.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO

RODRIGO ZERBONE LOUREIRO