

# ASPECTOS DA RENOVAÇÃO DO ESPECTRO DE RADIOFREQUÊNCIAS

**Guilherme Pereira Pinheiro**

Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados

Doutor em Direito (UnB), Pós-doutor em Direito (Coimbra),

Mestre em Direito (Columbia University);

Professor de Direito e Tecnologia - IDP

20.03.2018

# Considerações Iniciais

## Riscos para os consumidores:

(i) **Descontinuidade** dos serviços; (ii) **preços** mais elevados; (iii) menos opções de operadoras.

## Riscos para as Agências Reguladoras:

(i) prejudicar a **competição**; (ii) faixas sem uso; (iii) desencorajar **investimentos**; (iv) ser visto como parcial e promotora de alocações ineficientes do espectro.

**Riscos para o governo:** (i) **arrecadação**; (ii) explicar à sociedade.

## Riscos para as empresas:

(i) **pagar excessivamente** pelo espectro; (ii) ganhar menos espectro de alto valor em relação aos competidores; (iii) se tornarem incapazes de prover um serviço com qualidade mínima; (iv) valor do negócio reduzido e mercado secundário prejudicado com o tempo;



## Considerações Iniciais

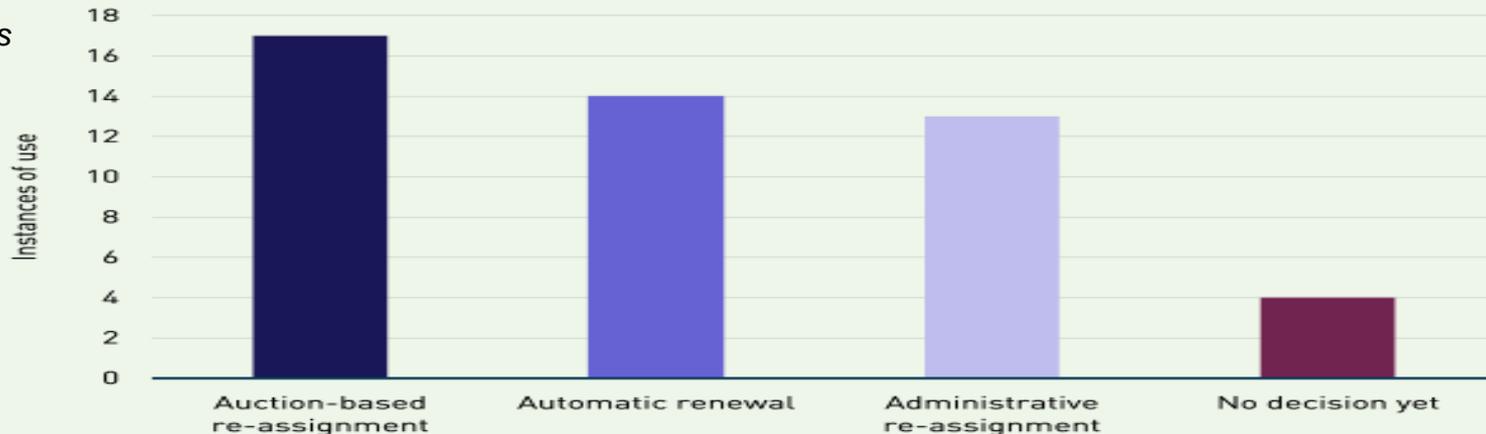
- Renovações de Radiofrequências poderão ser mais desafiadoras que renovações de concessões de STFC;
- No STFC há previsão de bens reversíveis, que são **TODOS** os bens necessários à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público;
- O “bem reversível” no SMP seria o espectro, mas não o restante da infraestrutura;



## OPÇÕES:

- ❑ **Renovação Automática:** a empresa mantém a autorização. Pode ocorrer por meio de: (i) autorizações com tempo indefinido; ou (ii) autorizações em que haja alta expectativa de renovação;
  
- ❑ **Redesignação (Administrative re-assignment):** As frequências, ao final do prazo da autorização ou antes (transferência irregular, caducidade, etc) são redesignadas ou redistribuídas pelo Regulador (LGT, art. 163).
  
- ❑ **Licitações (Auction-based approaches):** quando há mais de um interessado (art. 164, LGT). Há modelos híbridos, que combinam licitações de parte do espectro com a renovação automática ou prioridade na compra por parte de outros players. Ex.: Hong Kong; 2,1GHz – 2/3 do espectro poderia ser renovado e 1/3 iria à leilão (as próprias operadoras escolheriam).

Analyses  
Mason



# Renovar ou não Renovar?

Argumento  
Jurídico/  
Regulatório

Argumento  
Filosófico/  
Tecnológico

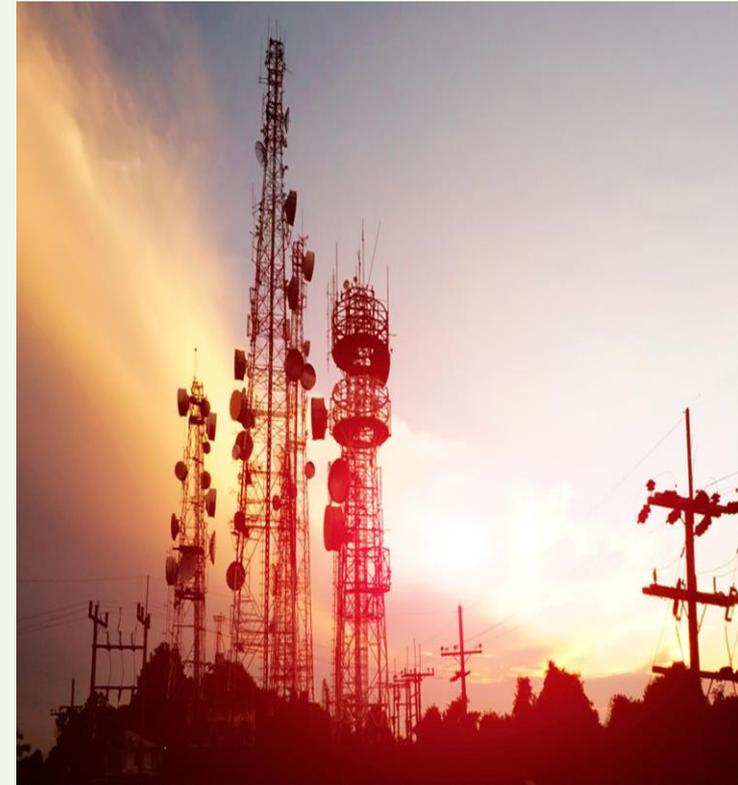
Argumento  
Econômico



## Crítica 2:

**Como determinar se outro particular não estaria disposto a realizar a prestação do serviço mais efetivamente?**

- ❑ Essa avaliação continua a caber ao Poder Público, que permanece com a escolha de por termo à autorização e fazer nova licitação, de acordo com a conveniência administrativa e o uso eficiente do espectro.
- ❑ A eventual renovação prevê exigências de contrapartidas em forma de “compromissos de investimento”, conforme diretrizes do Poder Executivo. **A Política Pública está mantida.**
- ❑ Há mecanismos para contínua avaliação do desempenho das empresas e a falta de *compliance* com essas diretrizes pode ensejar a não renovação.
- ❑ A promessa de terceiros nem sempre é cumprida (processos de concessão de rádio nos EUA);



## Crítica 3:

**É injusto, pois à época da licitação havia perspectiva de apenas uma prorrogação**

- ❑ Todo contrato administrativo ou mesmo a regulação afeta a um determinado serviço pode mudar, dentro da legalidade, em especial em contratos tão longos. (Ex.: erros de projeção inicial, eventos supervenientes como ordem tributária, variação nos preços de insumos, nas relações de trabalho, etc
- ❑ A maximização da função social dos bens públicos pode exigir alterações regulatórias ou adaptações que não eram razoavelmente previsíveis à época.



## (Possível) Argumento Regulatório

Telecom não é só mais telefonia. É o **principal meio de distribuição de conteúdos no mundo.**

Cada vez mais “parecida” com a radiodifusão, no sentido de que sua infraestrutura deve ser protegida de mecanismos diretos e indiretos de censura.

Importante para a essência da democracia, liberdade de expressão e direitos de informar e ser informado. A imprensa é amplamente protegida na sua infraestrutura, p. ex., pela isenção tributária do papel e outros meios (ver súmulas STF e outras isenções; não pagam ICMS, etc).

Radiodifusão é protegida em sua infraestrutura (e não apenas no discurso em si). Há possibilidade de renovar seu direito ao espectro, caso atenda a regras mínimas impostas pelo Poder Público. A radiodifusão, claro, produz seu próprio conteúdo, o que a Teles não podem fazer no Brasil (Lei do SeAC).

## (Possível) Argumento Regulatório

**Conteúdo e infraestrutura devem ser protegidos. Não apenas quem produz o conteúdo (Ex.: radiodifusores que apenas retransmitem o conteúdo de geradoras, Provedores de Aplicações, etc.)**

**Hoje, uma das infraestruturas mais importantes para o discurso é a radiofrequência**

**Espectro é o novo papel, a nova prensa, a nova tipografia: deve ser protegido da intervenção indevida/excessiva do Poder Público**

**Renovação sucessiva do espectro é própria de infraestrutura indispensável à liberdade de expressão**

**Espectro permanece bem público, como sempre foi**

**Cabe ao Regulador fazer a redistribuição ou nova distribuição de faixas. Retomar o espectro em caso de infrações, etc.**

## Sistema Proprietário

- ❑ Característica essencial: **perpetuidade** (não se esgota com o mero uso do bem)
- ❑ Renovações sucessivas aproximam o espectro de um sistema proprietário e eficiente

## PROPRIETARIEDADE

Retomada da radiofrequência por tempo pré-fixado, independente da evolução do mercado e do surgimento de novas tecnologias pode gerar desincentivos a investimentos;

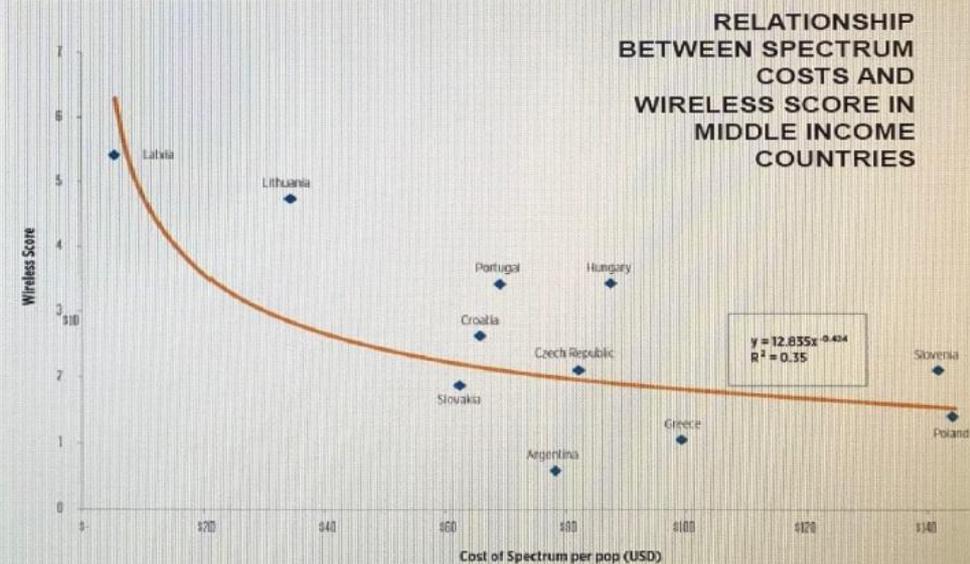
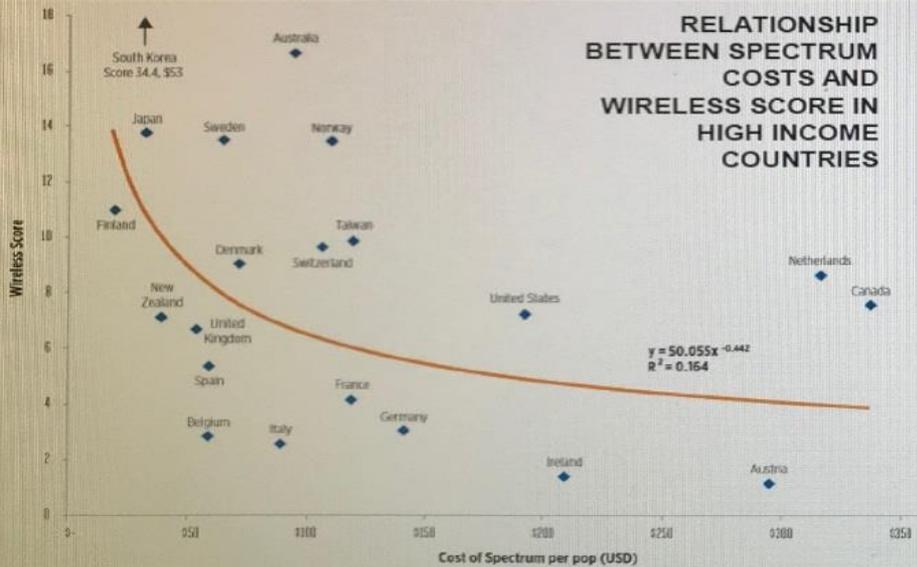
Eficiência alocativa gerada por leilões iniciais pode ser perdida por mecanismos tradicionais (destinações artificiais, processos administrativos lentos, etc);

A possibilidade de renovações sucessivas deve ser combinada com a formação de um forte mercado secundário, que facilite a transferência do espectro e contemple transferências/vendas de espectro fracionadas e dissociadas dos respectivos serviços.

## #2 High spectrum costs are correlated with low wireless scores



- We observed that, for groups of higher income and middle income countries:
  - There is a statistically significant, negative relationship between total spectrum spend and the wireless score
- This evidence supports both broader theoretical and empirical work linking high input costs for scarce resources to lower rates of investment



- ❑ Regra geral: (i) as licenças que podem ser emitidas sem limites, são renováveis sem limite a cada 5 anos; (ii) licenças obtidas por licitação: máximo de 20 anos, incluindo eventuais prorrogações;

## **Exceções:**

- ❑ **Ley 9/2014**, art. 64 (itens 3 e 4): Em face dos princípios da objetividade e proporcionalidade, **é possível que o Ministro da Industria, Energia e Turismo possa modificar/prorrogar/renovar o título habilitante, por Real Decreto, para uso do interessado, mediante prévio requerimento da empresa;**
- ❑ Caso a autorização tenha origem em licitação, se requererá também um Informe prévio da Comisión Nacional de los Mercados y de Competencia e uma manifestação de associações de defesa dos consumidores. A modificação do “título habilitante poderá consistir em **prolongar la duración de derechos ya existentes, incluso más allá de las duraciones establecidas en los apartados anteriores**”.



- ❑ El Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, con arreglo a los principios de objetividad y proporcionalidad, podrá modificar, previa audiencia del interesado, el título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico, en cualquier momento durante el período de su vigencia, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:
- b) Por razones de uso eficaz y eficiente del dominio público radioeléctrico de acuerdo con lo previsto en este reglamento.
- c) Cumplimiento de obligaciones derivadas de acuerdos internacionales, o relacionados con la coordinación internacional de frecuencias.
- d) **Obsolescencia de la tecnología utilizada**, cuando existan alternativas que, sin pérdida de los objetivos del servicio a prestar, redunden en una explotación más eficiente del espectro radioeléctrico.
- e) **Circunstancias sobrevenidas durante el periodo de vigencia del título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico**, tales como nuevas servidumbres radioeléctricas, compatibilidad con nuevos servicios de radiocomunicaciones, límites que se hubieran establecido en relación con la cantidad de espectro que podrá ser reservado en favor de un mismo titular, o cumplimiento de normativa en materia de niveles máximos de emisión.



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE ENERGÍA, TURISMO  
Y AGENDA DIGITAL

A Lei (Radiocommunications Act 1992.) dá duas opções quando expira a licença:

(i) Realocação, via retomada das faixas e nova licitação (art. 60); ou

(ii) Renovar a licença para a mesma empresa, sem licitação, se:

**a) A licença estiver dentro da “class of services” designada pelo Ministro da Banda Larga como de interesse público de renovação;**

**ou**

**b) A ACMA concordar que existam circunstâncias especiais para que haja interesse público na renovação.**



Renovações de 2012:

❑ **Caso Australiano:** licenças, emitidas em meados dos anos 90 e início dos anos 2000, que iriam expirar entre 2013 até 2017. Em 2012, o Ministro da Banda Larga e Comunicações, Stephen Conroy, editou norma renovando essas licenças, pois estariam de acordo com o interesse público.

❑ *Radiocommunications (Class of Services) Direction 2012.:*

<https://www.communications.gov.au/what-we-do/spectrum/spectrum-licences>

❑ As licenças eram de empresas *incumbents* e incluíram serviços:

➤ Móveis de voz e dados, nas faixas de 800 MHz, 1.8 GHz and 2 GHz;

➤ De banda larga móvel, nas faixas de 2.3 GHz, 3.4 GHz; e

➤ Satélites, na faixa de 27 GHz.



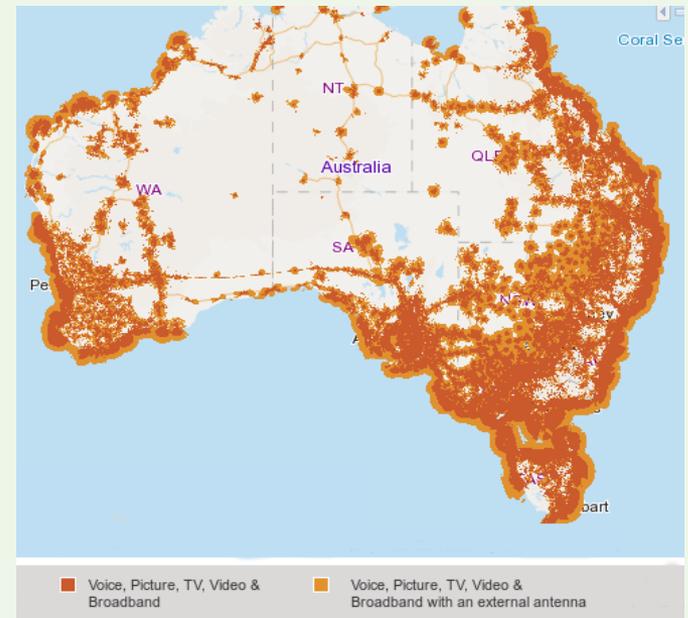
Renovações de 2012:

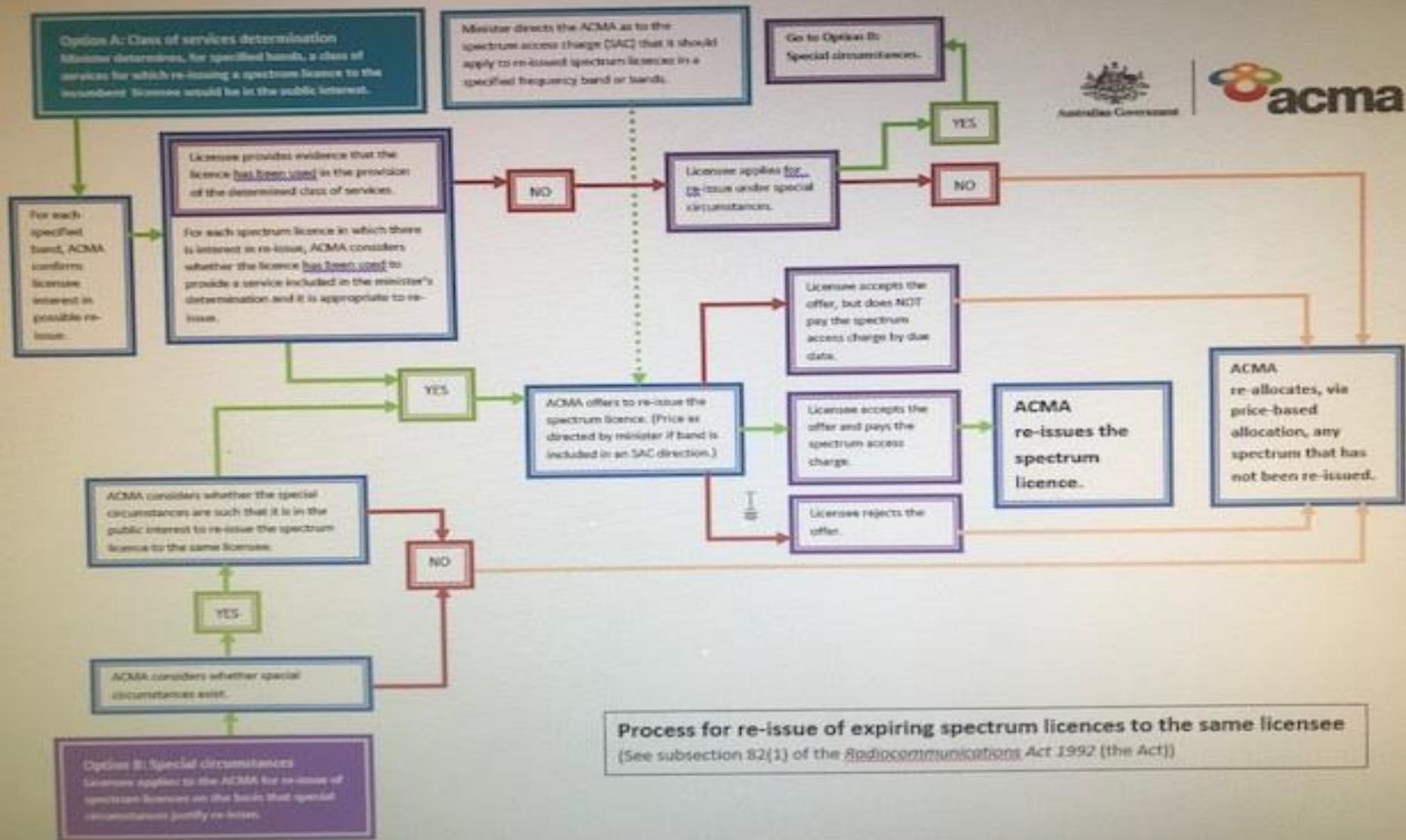
- ❑ Como parte do processo de renovação, os participantes foram requisitados para: (i) demonstrar que atenderam ao interesse público; (ii) detalharem a proposta de uso que pretendiam fazer com as frequências que pretendem renovar; declarar o montante que estão dispostos a pagar (spectrum access charges), para a renovação das licenças;
- ❑ Empresas beneficiadas: Telstra Corporation, SingTel Optus, Vodafone Hutchison Australia;
- ❑ Foi contratada consultoria internacional para verificar o preenchimento das condições e calcular o valor das frequências.



## Legislação Australiana - IV

- ❑ A ACMA determina se houve efetivamente o uso do espectro contido na “class of services”.
- ❑ A ACMA então faz um “reissue” da licença em preço definido conforme o Radiocommunications (Spectrum Access Charges) Direction 2012;
- ❑ O **Spectrum Access Charge** (SAC) para cada licença renovada será calculada pela ACMA da seguinte forma:
  - $SAC = \text{Valor especificado na Direction} \times \text{Largura da Faixa renovada (MHz)} \times \text{População da área da licença}$ ;
  - A Renovação pode advir também de circunstâncias especiais [*special circumstances*, item 82(1)(b)].





## Framework for Spectrum Auctions in Canada

<https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/eng/sf01626.html>

### ❑ Há expectativa de renovação a não ser que haja:

- (i) Violação grave das condições da licença (reasonable level of service);
- (ii) Realocação fundamental para outro serviço é necessária; ou
- (iii) Questões muito excepcionais, como de segurança nacional.

### ❑ Período da Autorização: 20 anos

- As autorizações terão uma “high expectation of renewal”;
- O Ministro retém o poder de emendar os termos e condições das *spectrum licences*, inclusive como parte do *licence renewal process*;



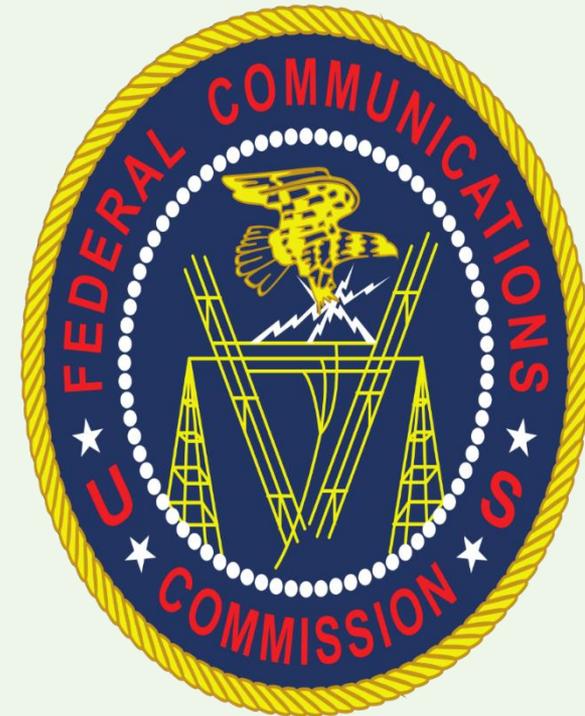
- ❑ **Pagamento:** Taxas que reflitam o valor de Mercado;
- ❑ Procedimento de **Consulta Pública em até 2 anos antes do fim da autorização.** Os comentários devem focar nas novas condições regulatórias do uso do espectro naquela faixa;

Ex.: Frequências obtidas por meio de leilões e com “high expectation of renewal” ilimitada:

**700 MHz and AWS-3 Bands, (2014); Residual Spectrum Licences in the 700 MHz, 2500 MHz, 2300 MHz and PCS-G Bands (2018); 1755-1780 MHz and 2155-2180 MHz - AWS-3 (2015), etc.**



- ❑ Nos próximos 10 anos a FCC deverá analisar mais de 50 mil pedidos de renovação do uso do espectro;
- ❑ Recentes alterações na Part 22 Rules - WRS (Outubro de 2017, votação unânime entre Democratas e Republicanos):
  - Em 1996, o Telecommunications Act já havia extinto os *Comparative Hearings* para a radiodifusão e criado um processo de *renewal expectation* para eles.
  - Agora, houve uma aproximação entre as licenças da radiodifusão e dos serviços móveis. Ambos hoje servem para a liberdade de expressão e a difusão de informação.
- ❑ Na radiodifusão, p. ex., a FCC pode optar por:
  - i. renovar a licença de uso da radiofrequência juntamente com a aplicação de uma multa; ou
  - ii. renovar por um período menor, a fim de verificar se novas infrações ocorreram.



## Como era:

- ❑ Se houver interesse de terceiros formalmente submetido à FCC, a empresa que pretende renovar deve submeter uma *application*;

## **Two-Step Procedure:**

- ❑ Um juiz administrativo conduz audiência a fim de determinar se a *incumbent* possui expectativa de renovação;
- Step 1: Se o juiz determinar que a *incumbent* tem expectativa de renovação, os terceiros interessados ficarão inelegíveis;
- Step 2: Se o juiz determinar que o incumbent não tem mérito suficiente para uma expectativa de renovação, mas tem qualidade mínima, será realizada uma Audiência Comparativa;

Obs.: Se o competidor demonstrar que sua proposta é excessivamente superior, pode pedir a dispensa do step 1, e passar direto para o step 2 se o juiz concordar.



Como ficou:

- ❑ As novas regras se aplicam, entre outros a:
  - i. site-based licenses;
  - ii. **wireless providers using geographic licenses**;
  
- ❑ Não há mais Audiências Comparativas (*Comparative Hearings*);
- ❑ O processo de renovação é baseado em 3 certificações, feitas por meio de meros formulários. Caso a empresa minta ou falseie as declarações, estará sujeita a multa ou prisão dos responsáveis.
  - 1ª Certificação: verifica estado e qualidade do serviço do interessado na renovação;
  - 2ª Certificação: requer que a empresa demonstre não ter havido descontinuidade do serviço;
  - 3ª Certificação: requer que a empresa demonstre ter cumprido substancialmente as regras e políticas da FCC e do Telecommunications Act de 1996.



Nova Proposta de Diretiva da União Europeia - COM/2016/0590 final - 2016/0288 (COD)

- ❑ **Não há obrigação de se renovar somente uma vez ou limites de prazos;**
- ❑ **Não há exigência de nova licitação ao eventual termo das autorizações.**
  
- ❑ Ao se renovar a autorização de uso do espectro deve-se considerar:
  - i. Um procedimento aberto, não discriminatório e transparente;
  - ii. A forma como foram cumpridas as condições associadas aos direitos em causa;
  - iii. A ponderação do impacto na concorrência do alargamento do prazo de concessão de direitos já atribuídos por oposição à promoção de uma exploração mais eficiente ou de novas utilizações inovadoras em caso de abertura da faixa a novos utilizadores;
  - iv. reexaminar as taxas que lhe estão associadas.
  - v. A necessidade de tornar a utilização do espectro de radiofrequências mais eficiente à luz da evolução tecnológica ou do mercado;
  - vi. a necessidade de evitar perturbações graves do serviço.



- ❑ A possibilidade de renovações sucessivas, sempre onerosa, parece ser legal, economicamente eficiente em algumas situações e condizente com o estado da arte das telecomunicações;
- ❑ Decisão de não renovar deveria existir apenas quando houvesse clareza de que os benefícios da realocação (maior competição, uso mais eficiente) superam os custos (risco de interrupção dos serviços, freio nos investimentos, tempo de imobilização do espectro, etc);
- ❑ A solução de renovações sucessivas deve ser combinada com fortes incentivos à formação de um mercado secundário forte e desburocratizado;
- ❑ Mais funcionalidade e menos patrimonialidade. A renovação deve levar em conta o uso real do bem e não somente o viés arrecadatário.
- ❑ Espanha, Austrália e Canadá têm regras que preveem uma expectativa de renovação ou, ao menos, exceções que flexibilizam a renovação. Diretiva da EU em gestação no mesmo sentido.
- ❑ Com as mudanças na Part 22, a FCC aproximou o processo de renovação de licenças móveis (WCS) da radiodifusão, que possuem alta expectativa de renovação.

Obrigado!



**Guilherme Pereira Pinheiro**