

The screenshot shows the website 'advocatus' with the tagline 'o agregador da advocacia'. The article title is 'Gestão do espectro' dated 19 December 2011. It features a profile picture of a man and text discussing the new Law of Electronic Communications in Portugal. On the right, there is a sidebar with a book cover for 'FISCALIDADE POS-GRADUAÇÃO' and a subscription button for 'assinaadvocatus'.

Gestão do espectro

19-12-2011

Portugal dispõe, desde 13 de Setembro, de uma nova Lei das Comunicações Electrónicas. É certa que uma lei geral, que resulta da transposição de directivas europeias, mas coloca aos operadores novos desafios, na medida em que introduz profundas alterações ao regime jurídico que os rege. Hoje, online, publicamos o artigo de opinião que o sócio e responsável pelas áreas de TMT da SRS Advogados Octávio Castelo Paulo elaborou para o Advocatus.

1. A Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (LCE), foi recentemente alterada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro. Esta última transpõe para o direito português as Directivas n.ºs 2009/136/CE e 2009/140/CE, ambas de 25 de Novembro e do Parlamento Europeu e do Conselho.

Sendo várias as modificações agora introduzidas à LCE, irei aqui referir apenas duas, no âmbito da gestão do espectro radioelétrico.

2. Um dos fundamentos das alterações ao regime legal é o entendimento de que uma política genuína de facilitação do acesso ao espectro radioelétrico contribui para eliminar obstáculos à entrada no mercado das comunicações electrónicas, potenciando a concorrência e, por isso, os benefícios para o consumidor.

3. Em decorrência, operou-se a consagração explícita dos princípios da neutralidade tecnológica e da neutralidade de serviços. Neutralidade tecnológica, no sentido de que todos os tipos de tecnologia usados para os serviços de comunicações electrónicas podem ser utilizados nas faixas de espectro disponíveis para esses mesmos serviços. Neutralidade de serviços no sentido de que nas mesmas faixas de espectro podem ser prestados todos os tipos de serviços de comunicações electrónicas.

4. Um dos tópicos de maior relevo é o da transmissão e locação do espectro.

Por natureza, o direito de utilização de frequências passa a ser transmissível. A possibilidade de exercício do direito é que pode ser limitada, se a ANACOM assim o disser no QNAF. Inverte-se pois o sistema anterior, em que cabia à ANACOM identificar (no QNAF) os direitos de utilização que podiam ser transmitidos (sendo os demais intransmissíveis).

A decisão da ANACOM de interditar a transmissibilidade de determinada categoria de direitos de utilização tem de ser fundamentada, valendo aqui como critérios os relativos aos objectivos de regulação e à gestão do espectro radioeléctrico.

A par da transmissibilidade e sujeitando- a a regime idêntico, a lei admite agora a locação do direito de utilização.

Não creio que a terminologia seja feliz, pois não se trata, em rigor, da “locação” do direito, mas antes de uma cessão temporária da faculdade de exercício que lhe é inerente. Pode parecer um jogo de palavras, mas não é. Na verdade, entre locador e locatário estabelecer-se-á um contrato relativo à “locação” do direito, o qual será, tendencialmente, de direito privado (por ser entre particulares) e cujo regime supletivo se terá de “descobrir” no direito privado e também na LCE. Serão várias as questões jurídicas que este “novo” contrato colocará.

5. Um outro tópico inovador é o da acumulação de direitos de utilização de frequências, enquanto fenómeno potenciador de distorções da concorrência.

Para prevenir estas possíveis distorções de concorrência, a ANACOM poderá tomar, de forma proporcional, não discriminatória e transparente, medidas adequadas. Sendo este um conceito indeterminado, o legislador indicou alguns exemplos: (i) impor condições associadas aos direitos de utilização, incluindo a fixação de prazo para o início da sua exploração efectiva, (ii) limitar a quantidade de espectro a atribuir a um mesmo titular em procedimentos de atribuição de direitos de utilização de frequências (spectrum caps) e (iii) determinar ao respectivo titular, e num caso concreto, a transmissão ou locação de direitos de utilização de frequências. Embora a perspectiva pareça correcta, creio que o normativo adoptado pode ser insuficiente para o fim em vista. Em particular no que toca à faculdade de impor a transmissão ou locação do espectro. Creio que o legislador deveria ter ido mais longe, definindo critérios auxiliares, não só da decisão, mas do regime concreto a que se sujeitará a transmissão ou a locação. Assim, como se estabelece a remuneração a receber pelo transmitente / locador? Qual o prazo da locação e quais os direitos de cada parte? Quais as consequências, na esfera jurídica do locador, do incumprimento pelo locatário das condições a que está sujeita a utilização de determinadas frequências radioeléctricas?

6. Muito mais haveria para dizer sobre este tema, mas creio que os tópicos indicados são suficientes para se compreender que a LCE, na sua nova redacção, é rica e vai-nos ocupar por muito tempo.

Artigo elaborado pelo sócio da SRS Advogados Octávio Castelo Paulo.

<http://www.advocatus.pt/opiniao/4626-gestao-do-espectro.html>