Plano Estratégico do Espectro

Setembro 2022

Consulta Pública promovida pela ANACOM

Contributo de *José Bruno Fevereiro*

COMENTÁRIOS GERAIS

1. O documento submetido a consulta não refere se o PEE tem ou não em consideração as orientações e objectivos estratégicos do Governo Nacional para o sector.

2. O documento submetido a consulta não apresenta propostas efectivamente estratégicas. Muitas das "medidas estratégicas" apresentadas no documento são, de facto, medidas de gestão corrente que decorrem das obrigações que, legalmente e estatutariamente, estão cometidas à ANACOM, nomeadamente as estabelecidas nos Artigos 5.º, 6.º e 7.º da nova Lei das Comunicações Electrónicas.

3. O documento submetido a consulta é em muitos pontos pouco rigoroso e com incorrecções incompreensíveis num documento produzido por uma entidade que é autoridade nacional.

4. Finalmente, é positiva a intenção manifestada pela ANACOM em rever o PEE de forma regular e tendo por referência a periodicidade dos ciclos de estudos das Conferências Mundiais das Radiocomunicações da UIT (WRCs). A ANACOM deve, para garantir a transparência e a previsibilidade, apresentar uma proposta de metodologia para as revisões de actualização.

COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS

0 – Sumário Executivo

5. Na primeira frase do sumário executivo a ANACOM refere que "*O espectro radioeléctrico é um recurso público*". Esta afirmação repete-se ao longo do documento.

6. Atendendo a que se trata de uma afirmação com conteúdo jurídico-regulatório relevante e estruturante a ANACOM deve, no meu entender, mencionar os instrumentos jurídicos/normas em que se baseia para fazer tal afirmação.

7. Sem prejuízo do comentário que a seguir apresento, a Lei das Comunicações Electrónicas, anexo da Lei 16/2022, de 16 de Agosto, refere, no seu artigo 31.º, "*O espaço pelo qual podem propagar-se as ondas eletromagnéticas pertence ao domínio público do Estado*.".

8. Salvo melhor opinião, há uma diferença substancial entre "domínio público" e "domínio público do Estado".

9. Por outro lado, o que o referido artigo 31 atribui, no meu entender erradamente, ao domínio público do Estado é "**O espaço** pelo qual podem propagar-se as ondas eletromagnéticas" (sublinhado meu). O "espaço" não é o "espectro radioeléctrico". Por exemplo, as ondas electromagnéticas podem propagar-se, e propagam-se, no espaço interior do domicílio dos portugueses e no entanto esse espaço não pertence ao domínio público do estado e, muito menos, ao domínio público.

10. Considero que o Artigo 31 da Lei das Comunicações Electrónicas, na sua actual redacção, é um erro jurídico e encerra um potencial de conflito perfeitamente escusado.

11. O erro não é de agora e sempre o apontei, nomeadamente no processo de transposição das Directivas que deram origem à Lei 5/2004, anterior Lei das Comunicações Electrónicas, e, mais recentemente, em todo o processo de transposição que conduziu à actual Lei, inclusive na exposição que tive a oportunidade de fazer ao grupo de trabalho criado com o Despacho n.º 303/2020, de 9 de Janeiro, do Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações.

12. No meu entender o Art. º 31 da Lei das comunicações deveria ter a seguinte redacção: "*O espectro radioeléctrico é um recurso público do domínio do Estado.*"

13. Mais adiante, a ANACOM diz que "*Assim, a regulação do espectro confronta-se com escolhas complexas, que são particularmente dificultadas por um contexto onde, necessariamente, a informação disponível ao regulador é, por natureza, assimétrica, incompleta e imperfeita*. …"

14. Com o texto fica a dúvida e é legítimo perguntar se as decisões que a ANACOM adopta e implementa são ou não decisões fundamentadas e estribadas em informações/dados fidedignos e suficientes para tal. É suposto que a ANACOM tenha, a cada instante, um conhecimento da situação radioeléctrica muito próximo da realidade, que as suas decisões sejam devidamente fundamentadas e com um baixo risco de impacto regulatório negativo.

15. O que significa, neste contexto, informação assimétrica, incompleta e imperfeita?

1 – Enquadramento

14. "*O espectro, que é um recurso natural, público e escasso …*" é outra afirmação repetidamente utilizada no documento. Como se explica, por exemplo, que o espectro seja escasso em Portugal (10 milhões de habitantes) quando a quantidade de espectro disponível é exactamente a mesma que está disponível na Alemanha (84 milhões de habitantes) ou na China (1400 milhões de habitantes) e os serviços de radiocomunicações oferecidos praticamente os mesmos em cada um dos países?

15. O espectro é finito, não escasso, e a sua utilização é que é limitada no espaço geográfico e no tempo.

16. Neste ponto do documento é dito que "*A ANACOM tem como atribuições, entre outras, assegurar a gestão efetiva e eficiente do espectro de radiofrequências,* ***nomeadamente garantindo a não ocorrência de interferências prejudiciais****, …"* (sublinhado meu).

17. Como pode a ANACOM garantir uma coisa que não controla? O que a ANACOM pode e deve garantir é que, no cumprimento das suas funções e responsabilidades, tudo fará para minimizar o risco de ocorrerem interferências prejudiciais e para lhes pôr termo caso elas se verifiquem.

2 – Critérios e princípios

18. No documento a ANACOM diz em relação aos princípios e critérios que "*Estes princípios e critérios, alguns dos quais decorrem da Lei n.º 5/2004, de10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas), na sua redação atual, são os seguintes: …*".

19. No meu entender, a referência à Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, é inapropriada dado que a Lei 16/2022, de 16 de Agosto, a expressamente revoga. Tudo indica que quando a versão final do PEE for adoptada já a nova Lei das Comunicações Electrónicas estará em pleno vigor. Sugiro que o texto seja alterado em conformidade.

20. Com a referência às *taxas de utilização de espectro* pretende a ANACOM sinalizar que: (1) vai promover a adopção de um modelo de taxas de utilização que efectivamente premeie a eficiência e a partilha do espectro? (2) vai promover a revisão e actualização dos valores das taxas?

3 – Objectivos estratégicos

21. A ANACOM destaca e enuncia *um conjunto de objectivos estratégicos*. Atendendo ao disposto nos artigos 31.º e 32.º da Lei das Comunicações Electrónicas, anexo e parte integrante da Lei 16/2022, de 16 de Agosto, a questão que se coloca é a de saber se a lista dos objectivos foi elaborada tendo em consideração as políticas e os objectivos estratégicos definidos pelo Governo Nacional para o sector. A ANACOM nada diz sobre a matéria.

22. No que se refere ao conjunto de objectivos estratégicos apresentados, com excepção dos dois últimos, mais não são que obrigações que a Lei impõe ao regulador, à ANACOM.

23. Na parte final do presente documento proponho alguns objectivos estratégicos que no meu entender se inscrevem nas políticas e objectivos que o Governo Nacional tem vindo a divulgar.

4 – Linhas de actuação

24. Em termos gerais, a informação que a ANACOM apresenta neste capítulo nada tem de estratégico podendo, se assim se entendesse, ser um anexo informativo do PEE ou constar de um Plano Anual de Actividades.

5 – Mecanismos de atribuição de direitos de utilização de frequências

25. Como já anteriormente mencionado e fundamentado, a referência à Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, é inapropriada pelo que sugiro a alteração do texto do documento.

26. No meu entender este ponto do documento enferma de incorrecções que podem pôr em causa a actuação e/ou a legalidade das decisões da ANACOM no âmbito de processos de atribuição de direitos de utilização de frequências. Assim:

- Que não é correcto dizer-se "*Conforme anteriormente referido, … Assim*, *compete ao regulador* ***definir este regime*** *de utilização do espectro de radiofrequências, …*", (sublinhado meu) especialmente quando se está a tratar de "*mecanismos de atribuição de direitos de utilização de frequências*".

  O artigo 36.º da Lei das Comunicações Electrónicas refere-se à "*Utilização do espectro de radiofrequências*" admitindo que a utilização se pode fazer conforme a condições fixadas no regime de autorização geral (artigo 27-º) ou sujeita a um regime de atribuição de direitos.

  O que o artigo 36.º efectivamente diz é que compete à ARN, leia-se ANACOM, *definir o regime* ***mais adequado*** *para a utilização do espectro de radiofrequências* (sublinhado meu). Nos termos do artigo, é a ANACOM que deve, em cada situação, dizer se o regime de utilização é o da autorização geral ou o regime da atribuição de direitos devendo, na sua análise, ter em consideração um conjunto de critérios que o artigo também elenca.

- Tratando-se de uma abordagem aos "*mecanismos de atribuição de direitos de utilização de frequências*", não se compreende por que razão a ANACOM não convoca para a sua proposta de PEE o artigo 37.º da Lei das Comunicações, anexo e parte integrante da Lei n.º 16/2022, que, especificamente, estabelece as normas que o regulador deve observar caso opte pelo regime atribuição de direitos de utilização do espectro de radiofrequência para a oferta de redes ou serviços de comunicações eletrónicas.

  De notar ainda que a nova Lei das Comunicações Electrónicas introduz uma significativa e importante alteração face ao regime fixado pela revogada Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro. Assim, enquanto a Lei revogada determinava que o membro do Governo responsável pela área das comunicações apenas tinha a competência de aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências, sempre que envolvessem procedimentos de selecção comparativa ou concorrencial, se estivessem em causas frequências acessíveis pela primeira vez ou se destinassem ser utilizadas em novos serviços (Art. 30º -.n.º7), com a nova Lei (Art. 37.º, n.º 4) os **regulamentos aplicáveis terão que ser todos**, em qualquer circunstância, aprovados pelo referido membro do Governo.

Entre outros aspectos considero que a ANACOM deve esclarecer:

a) Quais os princípios e critérios que a ANACOM se propõe seguir e em que basear a sua avaliação para decidir e fixar as condições de utilização nos casos em que optar por uma atribuição em regime de acessibilidade plena?

b) Como vai a ANACOM operacionalizar o ponto 4) do artigo 37.º da Lei das Comunicações Electrónicas?

SUGESTÕES/PROPOSTAS

As alterações do enquadramento regulatório aplicável às radiocomunicações, com particular enfase nas comunicações electrónicas sem fios, justificam, no meu entender, que as sugestões/propostas que a seguir apresento sejam incluídas no PEE.

A – Transmissão/Locação de direitos de utilização de radiofrequências

A transmissão e a locação de direitos de utilização de radiofrequências, para as quais a ANACOM recuperou, no texto do documento submetido a consulta, a designação de "*comércio secundário do espectro*", constitui uma importante ferramenta que os reguladores têm à sua disposição para, por um lado, facilitar o acesso ao espectro de radiofrequências e, por outro, promover uma utilização mais efectiva e eficiente desse mesmo espectro. Esta importância há muito que está reflectida nos instrumentos jurídicos/regulatórios nacionais e europeus.

Em Portugal apenas se conhecem alguns casos de transmissão de direitos e mesmo esses quase sempre na sequência de processos que nada têm que ver com a utilização do espectro. Esta situação deve ser modificada para que possa contribuir para o sucesso da introdução do 5G. Nesse sentido:

> *Proponho que a ANACOM inclua no PEE, como medida estratégica, a elaboração e adopção de um regulamento geral (critérios, procedimentos, condições, etc.) aplicável à transmissão e à locação de direitos de utilização de radiofrequências, a rever e actualizar periodicamente ou sempre que se entender adequado.*

B – Procedimento de análise interpares

A Directiva Dir. (UE) 2018/1972, de 11 de Dezembro de 2018, e a Lei das Comunicações Electrónicas, anexo e parte integrante da Lei n.º 16/2022, de 16 de Agosto, prevêem, respectivamente no artigo 35.º e no artigo 47.º, a possibilidade da realização de um *procedimento de análise interpares* quando estiver em causa a atribuição de direitos de utilização do espectro de radiofrequências harmonizado para serviços de comunicações electrónicas sem fios.

No meu entender, tendo em consideração os preceitos que lhe estão associados, o procedimento de análise interpares é um instrumento jurídico/regulatório que, além de inovador, tem um profundo impacto no regime de atribuição de direitos de utilização do espectro de radiofrequências harmonizado, tanto mais que pode ser desencadeado por

qualquer autoridade competente de qualquer Estado Membro da UE ou pelo Grupo para a Política do Espetro de Radiofrequências (GPER). Assim:

Considero que é importante que a ANACOM inclua no PEE, como medida estratégica e a concretizar o mais breve possível, a adopção de um regulamento para o procedimento de análise interpares que inclua, entre outros aspectos: (i) as condições e os critérios para a solicitação da abertura do procedimento; (ii) condições de participação dos interessados, nomeadamente para quando o procedimento não for solicitado pela ANACOM; (iii) condições e critérios a observar para os pedidos a dirigir ao GPER no sentido da adopção de relatórios e/ou de pareceres.

Face ao disposto no artigo 37.º da Lei das Comunicações Electrónicas, o regulamento deverá se aprovado pelo membro do Governo responsável pela área das comunicações.

C - Regulação Colaborativa

Atendendo a que:

- para sauxiliar as Administrações Membro na análise e avaliação da maturidade dos respectivos regimes, a UIT criou e adoptou o conceito de *Gerações de Regulação*;
- a UIT publica anualmente, na sua página na Internet, o "*Global ICT Regulatory Outlook*" e o "*ICT Regulatory Tracker*" que permitem ver a evolução dos regimes regulatórios nacionais e identificar os seus pontos fracos;
- até 2020 a UIT identificava quatro níveis ou gerações de regulação e que Portugal integrava a quarta geração, o nível mais elevado da escala, com 94 pontos em 100 possíveis;
- a UIT já criou a quinta geração de regulação (G5) e adoptou os respectivos indicadores e as métricas de avaliação.

Considero que é importante que o PEE inclua a abertura de um processo que identifique as medidas que devem ser implementadas por forma a garantir que a ANACOM contribui para que a actividade regulatória em Portugal evolua para a quinta geração de regulação da UIT, a G5, também conhecida por "Regulação Colaborativa".