

PAULO OTERO

PROFESSOR CATEDRÁTICO

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

JURISCONSULTO



CONSULTA

Em aditamento ao Parecer de 17 de março de 2020, referente ao “Projeto de Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz”, proveniente da Autoridade Nacional das Comunicações – ANACOM, datado de 6 de fevereiro de 2020;

e tendo presente o Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, da Autoridade Nacional das Comunicações – ANACOM, disciplinador do referido leilão; foi solicitada a nossa resposta às seguintes questões:

- 1) Será válida a proibição de a NOS aceder, em igualdade de circunstâncias com os demais interessados, ao espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz (“espectro reservado”) – só a ele podendo aceder se os novos entrantes, em fase prévia a eles reservada, não o adquirirem?
- 2) Serão válidas as obrigações de a NOS dar acesso, aos novos entrantes, às redes 2 G, 3 G, 4 G e 5 G, por ela construídas e detidas, nos termos estabelecidos no artigo 45.º do Regulamento, e tendo ainda em conta as obrigações de cobertura e de investimento que são impostas à NOS nos termos do mesmo Regulamento? Em particular, será válida a obrigação, ali estabelecida, de celebrar acordos de itinerância (*roaming*) com esses novos entrantes?



PARECER

Sumário

§1º - Enquadramento

A) O Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, e o Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020: as medidas de discriminação positiva

B) Sequência de análise

§2º - Medidas de discriminação positiva e reserva de lei: precedência de lei e separação de poderes

A) Ponto de partida: as conclusões do Parecer de 17 de março de 2020

B) Do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020: o sentido das medidas de discriminação positiva

§3º - Medidas de discriminação positiva, igualdade e proporcionalidade

A) Do Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020, ao Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro: as obrigações dos novos entrantes

B) Obrigações de cobertura dos novos entrantes

§4º - Medidas de discriminação positiva e pressuposto justificativo

A) Fundamento das medidas de discriminação positiva no Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020

B) Pressupostos das medidas de discriminação positiva no Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020

§5º - Conclusões



§1º

Enquadramento

A) O Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, e o Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020: as medidas de discriminação positiva

1.1. O Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020, visando “promover uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas”¹ e “contribuir para que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade de serviço (...)”², veio introduzir um conjunto de medidas de discriminação positiva a favor dos “novos entrantes”³.

O Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, em continuidade com a solução já resultante do Projeto de Regulamento, veio consagrar um regime de atribuição de direitos de utilização de frequências com soluções de discriminação positiva que, tendo por base “os objetivos de promoção da concorrência”⁴, a Autoridade Nacional das Comunicações (: ANACOM) considera “adequado e

¹Cfr. nº 5 da nota justificativa do “projeto de regulamento do leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz”, cit.

²Cfr. nº 5 da nota justificativa do “projeto de regulamento do leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz”, cit.

³ Sobre o conceito de “novos entrantes”, cfr. Projeto de Regulamento, artigo 2º, alínea k), atualmente constante do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 2º, alínea k).

⁴ Cfr. Preâmbulo do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020.



proporcional”⁵, expresso nas seguintes principais medidas a favor dos novos entrantes⁶:

- (i) Uma reserva de espectro para novos entrantes, nas faixas dos 900 MHz — limitada a 2 x 5 MHz — e dos 1800 MHz⁷;
- (ii) Obrigações de cobertura diferenciadas para essas empresas, associadas à aquisição de espectro na faixa dos 700 MHz⁸;
- (iii) Garantia de que os novos entrantes beneficiam do acesso às redes dos operadores já instalados, independentemente da quantidade de espectro que adquiram⁹;
- (iv) Imposição aos operadores já detentores de direitos de utilização de frequências da celebração de acordos de itinerância (roaming) com os novos entrantes¹⁰;
- (v) Imposição aos novos entrantes que beneficiam desses acordos de objetivos de cobertura graduais e aptos a assegurar um nível de investimento que, sem desincentivar novas entradas, também contribuam de forma mais efetiva para robustecer a capacidade agregada do sector e aumentar o benefício destas atribuições para os utilizadores finais¹¹.

1.2. Tendo presentes as medidas de discriminação positiva a favor dos novos entrantes, podem extrair-se, em termos comparativos entre a solução agora aprovada,

⁵ Cfr. Preâmbulo do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020.

⁶ Cfr. Preâmbulo do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020.

⁷ Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigos 16º e 25º, nº 1.

⁸ Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 42º, nºs 1 e 2.

⁹ Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 45º, nºs 1 e 2.

¹⁰ Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 45º, nº 5.

¹¹ Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 45º, nº 8.



por via do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, e o que estava previsto no Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020¹², as seguintes ilações:

- (i) Primeira ilação: continua a existir uma reserva de participação na licitação dos lotes referentes ao espectro na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz, a favor dos novos entrantes, numa intervenção subsidiária e residual dos atuais operadores;
- (ii) Segunda ilação: os novos entrantes continuam a beneficiar do acesso às redes dos atuais operadores, incluindo às redes de 5G que estes venham a instalar, por efeito do leilão, celebrando acordos de itinerância (*roaming*) com os atuais operadores;
- (iii) Terceira ilação: os novos entrantes, apesar de deixarem de beneficiar de um desconto sobre os preços finais do espectro nas faixas dos 900 MHz e dos 1800 MHz¹³, passam a ter obrigações de cobertura no âmbito do espectro na faixa dos 700 MHz, sem prejuízo de diferenciadas face aos atuais operadores;
- (iv) Quarta ilação: continua a existir a ausência de obrigações de cobertura aos novos entrantes que adquiram espectro na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz.

1.3. Não obstante as diferenças assinaladas entre o Regulamento e o Projeto de Regulamento, e apesar de a ANACOM dizer que o regime diferenciado, por via das discriminações positivas a favor dos novos entrantes, se mostra “adequado e proporcional”¹⁴, cumpre averiguar se esse regime agora aprovado (novembro de 2020)

¹² Para um detalhe de tais soluções consagradas no Projeto de Regulamento, de 6 fevereiro de 2020, cfr. o nosso Parecer, de 17 de março de 2020, nº 3.1.

¹³ Cfr. Projeto de Regulamento, artigo 23º, nº 3.

¹⁴ Cfr. Preâmbulo do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020.



se revela válido, tendo presentes as conclusões de invalidade que resultaram do §3º do nosso Parecer, de 17 de Março de 2020, relativamente ao Projeto de Regulamento.

Neste domínio, a nossa análise vai centrar-se, atendendo ao objeto da presente Consulta, em dois principais aspetos integrantes da discriminação positiva:

- A proibição de a NOS aceder, em igualdade de circunstâncias com os demais interessados, ao espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz;
- A obrigação de a NOS dar acesso, aos novos entrantes, às redes 2 G, 3 G, 4 G e 5 G, por ela construídas e detidas, especialmente a obrigação de celebrar acordos de itinerância (*roaming*) com tais novos entrantes.

Analisaremos ainda, sempre que se justifique, as implicações jurídicas das restantes medidas de discriminação positiva.

B) Sequência de análise

1.4. As ilações emergentes do breve estudo comparativo entre as discriminações positivas a favor dos novos entrantes resultantes do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, e do Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020, justificam que a análise das questões colocadas pela presente Consulta obedeça à seguinte sequência:

- (a) Começaremos, em primeiro lugar, por aferir a relação entre as medidas de discriminação positiva e a reserva de lei;
- (b) Em segundo lugar, avaliaremos se, tal como ANACOM considera (v. *supra*, nºs 1.1. e 1.3.), as medidas de discriminação positiva se revelam adequadas e proporcionais, num estudo da respetiva articulação com os princípios da igualdade e da proporcionalidade;

PAULO OTERO

PROFESSOR CATEDRÁTICO

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

JURISCONSULTO

7


- (c) Veremos, em terceiro lugar, se juridicamente se justifica o pressuposto que alicerça as medidas de discriminação positiva e os efeitos daí resultantes;
- (d) Concluiremos a investigação, por último, apresentando uma breve síntese das principais conclusões alcançadas.



§2º

**Medidas de discriminação positiva e reserva de lei:
precedência de lei e separação de poderes**

A) Ponto de partida: as conclusões do Parecer de 17 de março de 2020

2.1. Como tivemos ocasião de estudar, desenvolvidamente, no Parecer de 17 de março de 2020, as medidas de discriminação positiva constantes do Projeto de Regulamento, de 6 fevereiro de 2020, se geram efeitos favoráveis relativamente aos novo entrantes, a verdade é que se revelam simetricamente lesivas para os atuais operadores, numa dupla vertente¹⁵:

- (i) A reserva de espectro a favor dos novos entrantes, envolvendo, numa primeira fase, a exclusão de acesso dos atuais operadores ao leilão, relegados que se encontram para as “sobras”, consubstancia uma limitação do direito / liberdade de iniciativa económica privada destes operadores;
- (ii) A ausência de obrigações de cobertura dos novos entrantes e a faculdade de terem acesso às redes existentes, sem qualquer compromisso de investimento no desenvolvimento de rede própria, suscitando uma ablação do mercado e dos inerentes clientes dos atuais operadores que se projeta sobre os respetivos lucros expectáveis de exercício da sua

¹⁵ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nºs 3.9. e ss.



atividade económica, gera efeitos patrimoniais lesivos do direito fundamental de propriedade privada destes últimos.

Em qualquer dos casos, a Constituição impõe que a intervenção administrativa lesiva de tais direitos fundamentais tem sempre de se alicerçar numa prévia lei habilitante – há aqui um domínio de reserva de lei que gera um princípio de precedência de lei¹⁶: se não há lei habilitante da intervenção administrativa lesiva, a Administração Pública não pode, autonomamente, criar restrições ou limitações à iniciativa económica privada e ao direito de propriedade privada.

Mais: a jurisprudência do Tribunal Constitucional é unânime em considerar que as intervenções lesivas sobre o direito / liberdade de iniciativa económica privada e o direito de propriedade privada carecem de uma habilitação emergente de lei parlamentar ou decreto-lei autorizado¹⁷.

2.2. Sucede, porém, como já se desenvolveu, que o Projeto de Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, prevendo tais medidas de discriminação positiva a favor dos novos entrantes e, simultaneamente, lesivas do direito / liberdade de iniciativa económica privada e do direito de propriedade privada dos atuais operadores não se alicerçam em qualquer ato legislativo: não há lei – e, muito menos, habilitação parlamentar – que permita a ANACOM excluir os atuais operadores de acesso igualitário à licitação dos lotes referentes ao espectro na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz, nem impor-lhes a abertura das suas redes aos novos entrantes, numa desigualitária vinculação obrigacional¹⁸.

Resultam daqui, tal como antes se assinalou, dois efeitos nucleares¹⁹:

¹⁶ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nºs 3.7. e 3.10.

¹⁷ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nº. 3.12.

¹⁸ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nº. 3.13.

¹⁹ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nºs. 3.7. e 3.13.



- (i) O Projeto de Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, além de carecer de qualquer base legal, consubstancia uma invasão administrativa da reserva de lei parlamentar, numa típica situação de usurpação de poderes ou inconstitucionalidade orgânica;
- (ii) Convertendo-se esse Projeto de Regulamento em efetivo regulamento disciplinador do “Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz”, todos os atos resultantes da sua aplicação padecerão de uma nulidade consequente ou derivada.

Este foi, em síntese, o sentido do que se escreveu em março de 2020.

2.3. Será que tais conclusões do nosso anterior Parecer, de 17 de março de 2020, incidindo sobre o Projeto de Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, foram ultrapassadas ou encontram-se desatualizadas face ao Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020?

É o que cumpre averiguar de imediato.

B) Do Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020: o sentido das medidas de discriminação positiva

2.4. A leitura do Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020, permite observar, tal como já se sublinhou (v. *supra*, n°s 1.1. e 1.2.), que continuam a impor-se aos atuais operadores, a título de medidas discriminatórias positivas a favor dos novos entrantes, as seguintes soluções:



- A exclusão de os atuais operadores acederem ao leilão referente ao espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz em condições de igualdade face aos novos entrantes²⁰;
- A obrigatoriedade de os atuais operadores darem acesso aos novos entrantes às redes por si constituídas e tituladas²¹, incluindo a vinculação de celebrarem acordos de itinerância (*roaming*) com os novos entrantes²².

2.5. Sucede que, em qualquer destas duas situações identificadas, existe uma intervenção regulamentar da ANACOM que condiciona ou restringe direitos fundamentais dos atuais operadores, num triplo sentido:

- (i) Excluir alguém de participar num procedimento administrativo no âmbito da respetiva atividade económica que desenvolve ou apenas permitir a sua participação procedimental num plano secundário ou residual, ante a criação de uma reserva de participação a favor dos novos entrantes, consubstancia uma limitação do direito / liberdade de iniciativa económica privada dos atuais operadores:
 - Não se questiona que, por razões de interesse geral, a lei possa determinar limitações – esse é o sentido emergente do artigo 61º, nº 1, da Constituição;
 - O que se coloca em causa é que a ANACOM, sem qualquer lei habilitante do conteúdo de uma tal medida, tenha, por via regulamentar, imposto essa limitação a um direito fundamental;

²⁰ Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigos 16º e 25º, nº 1.

²¹ Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 45º, nºs 1 e 2.

²² Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 45º, nº 5.



(ii) Obrigar os atuais operadores a facultar o acesso às suas redes a novos entrantes, partilhando-as, envolvendo a imposição de uma vinculação administrativa de efeitos ablativos sobre o respetivo mercado de clientes, numa situação que reduz potenciais margens de lucro pelo efeito decorrente da existência de novos operadores, sem acarretar para estes um investimento imediato, consubstancia uma medida que impõe sacrifícios patrimoniais e, por isso, lesiva de direitos de conteúdo patrimonial privado que se reconduzem ao conceito constitucional objeto de garantia pelo direito fundamental de propriedade privada dos atuais operadores²³:

— Trata-se de uma medida administrativa materialmente de incidência expropriativa²⁴ ou de efeito equivalente (ou análogo) a uma expropriação²⁵: existe aqui a subtração administrativa de direitos de conteúdo patrimonial privado titulados pelos atuais operadores²⁶;

²³ Sobre o conceito constitucional de propriedade privada e a sua inerente garantia pelo artigo 62º da Constituição, cfr. o se escreveu no nosso Parecer de 17 de março de 2020, nº 3.11.

²⁴ Sobre esta categoria de atos, cfr. MARIA LÚCIA AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra, 1998, pp. 561 ss.

²⁵ Procedendo ao desenvolvimento do conceito destes designados atos análogos à expropriação, cfr. FAUSTO DE QUADROS, *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1998, pp. 205 ss. e 263 ss.

²⁶ Note-se que a expropriação envolve o sacrifício, a subtração ou a oneração de uma posição jurídica patrimonial privada de alguns, em benefício da utilidade de todos (cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coimbra, 2007, pp. 1018-1019.). E o Tribunal Constitucional confirma este entendimento alargado de expropriação: “o conceito de «expropriação», relevante para efeitos dessa garantia, contida no artigo 62º da Constituição – um conceito «constitucional» de expropriação, se se quiser – há-de ser um conceito relativo, dependente também, na sua extensão, do tipo de direito que estiver em causa” (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 491/02, 26 de novembro de 2002, processo nº 310/99, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>).



- Há uma medida de efeito análogo a uma expropriação que tem a particularidade de, em vez de ser a favor de um interesse de toda a coletividade, é, em termos primários e imediatos, a favor de outras entidades privadas (: os novos entrantes);
 - Configura-se, sob outro ângulo, uma medida que, alterando profundamente o quadro factual em que foram atribuídas as permissões aos atuais operadores, cria, à custa destes, sem que isso fosse previsível, obrigações a favor de terceiros – a ANACOM cria a certos privados (: os atuais operadores) obrigações a favor de outros privados (: os novos entrantes), lesando direitos de conteúdo patrimonial dos primeiros e determinando um locupletamento dos novos entrantes à custa dos atuais operadores;
 - Ocorre aqui a criação, por via administrativa, de uma situação de enriquecimento dos novos entrantes sem uma causa lícita, pois esse enriquecimento é feito através de uma lesão da propriedade privada dos atuais operadores;
- (iii) A própria imposição aos atuais operadores da celebração de acordos de itinerância (*roaming*) com os novos entrantes, restringindo a autonomia da vontade daqueles, atenta contra a respetiva liberdade de iniciativa económica privada:
- Sendo o princípio da livre contratação um corolário da iniciativa económica privada²⁷, a existência de imposições administrativas da celebração de contratos entre entidades privadas envolve sempre uma limitação do espaço de liberdade de contratação que

²⁷ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nº 3.10., nota nº 108.



os agentes económicos possuem no exercício da respetiva atividade;

- Esta severa restrição da autonomia privada, impondo aos atuais operadores terem de “aceitar a negociação” de acordos com os novos entrantes²⁸, além de violar o direito / liberdade de iniciativa económica privada daqueles, tem a particularidade de servir de instrumento atentatório da respetiva garantia de direitos de conteúdo patrimonial privado, pois garante o referido locupletamento sem causa lícita dos novos entrantes à custa da utilização das redes dos atuais operadores;
- Observa-se, aliás, uma certa perversidade no regime criado pela ANACOM: os atuais operadores têm de dar acesso às suas redes aos novos entrantes, lesando o seu direito de propriedade privada, por via de um enriquecimento sem causa a favor dos novos entrantes, e têm ainda, num desprezo pela sua liberdade contratual decorrente do direito de iniciativa económica privada, de celebrar acordos com os novos entrantes que regulem essa expropriação material dos seus direitos patrimoniais.

Seria difícil imaginar um modelo de maior intervenção administrativa: a ANACOM (i) amputa direitos de conteúdo patrimonial privado dos atuais operadores, (ii) nega-lhes uma iniciativa económica privada em condições igualitárias face a outros agentes económicos privados e ainda (iii) impõe obrigações de contratar aos atuais operadores a favor daqueles que beneficiam de todo o regime de medidas de discriminação positiva emergente do Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020.

²⁸ Cfr. Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 45°, n° 5.

2.6. Se a conduta material da ANACOM, por via do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, já se mostra violadora da Constituição, ao nível dos direitos fundamentais de iniciativa económica privada e da garantia da propriedade privada (v. *supra*, nº 2.5.), a verdade é que, não tendo sido emanada qualquer lei, desde 6 de fevereiro de 2020 (data do Projeto de Regulamento) e 5 de novembro de 2020 (data da publicação do Regulamento nº 987/2020) que alicerce uma tal conduta, sendo insustentável que o direito emergente da declaração de estado de emergência possa ser utilizado para fundamentar medidas totalmente alheias ao propósito de combate da pandemia, podem extrair-se as seguintes ilações:

- (i) A ANACOM continua a adotar medidas regulamentares que, envolvendo intervenções administrativas lesivas de direitos de conteúdo patrimonial privado e da liberdade de iniciativa económica privada, sem que exista uma lei habilitante de um tal conteúdo decisório:
 - A ANACOM age sem precedência de lei, sobre matérias integrantes do domínio da reserva de lei;
 - Invadindo domínios de reserva de lei, a ANACOM usurpa a esfera da função legislativa;
 - O Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, enferma de usurpação de poderes (ou, numa ótica constitucional, de inconstitucionalidade orgânica), sendo, neste contexto, juridicamente nulo;
- (ii) Não só existe uma violação dos princípios da precedência de lei e da reserva de lei, numa invasão da esfera do poder legislativo, como, tratando-se de direitos fundamentais que, segundo a jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional, integram a reserva de lei



parlamentar (ou de decreto-lei autorizado)²⁹, assistimos a uma violação dessa mesma reserva de lei parlamentar:

- O Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, é, neste sentido, reforçadamente inconstitucional e viciado de usurpação de poderes;
- Ora, a usurpação de poderes gera a nulidade de tais normas regulamentares;

(iii) Nem se invoque, em sentido contrário, que, por via da Lei das Comunicações Eletrónicas³⁰ e dos Estatutos da ANACOM, aprovados por ato legislativo³¹, esta entidade reguladora possui uma competência que lhe permite disciplinar o leilão em causa, gerir o espectro e atribuir os direitos de utilização das frequências³²:

- Não se discute que a ANACOM o possa fazer, exercendo uma competência administrativa, mas sempre no respeito pelos domínios de reserva de lei e, atendendo às repercussões inovadoras da sua intervenção reguladora face a direitos fundamentais dos atuais operadores, sempre ao abrigo de precedência de lei parlamentar ou de decreto-lei autorizado;
- Não basta, neste âmbito, dizer que a ANACOM é genericamente competente para decidir, mostra-se indispensável que a lei diga o que pode fazer ou até onde pode ir na limitação ou oneração das

²⁹ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nº 3.12.

³⁰ Cfr. Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro.

³¹ Cfr. Decreto-Lei nº 39/2015, de 16 de março.

³² Cfr. ANACOM, “*Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública*”, pp. 22 ss. e 91 ss.



posições jurídicas dos atuais operadores que são objeto de garantia constitucional através do direito / liberdade de iniciativa económica privada e do direito de propriedade privada – a ANACOM não é órgão de soberania, nem goza de legitimidade político-democrática;

- A amplitude das margens de conformação e valoração conferidas pela lei à Administração Pública nunca pode ir ao ponto, por força de uma interpretação em conformidade com a Constituição e sob pena de inconstitucionalidade atendendo ao princípio de separação de poderes, de permitir que a ANACOM se substitua ao legislador, definindo critérios normativos primários e inovadores de decisão, por via regulamentar, especialmente em domínios que envolvem a lesão ou a limitação de posições jurídicas subjetivas reconduzíveis a direitos fundamentais;
- Por outras palavras, (1º) qual é a norma legislativa que habilita a ANACOM a excluir os atuais operadores de adquirirem novo espectro em condições de igualdade com os demais interessados? (2º) onde se encontra a norma com força de lei que permite a ANACOM estabelecer um locupletamento dos novos entrantes à custa dos atuais operadores?

(iv) Nem, por último, a Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, pode ser utilizada como pretensa fonte habilitante do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, da ANACOM:



- A referida Resolução do Conselho de Ministros não é um ato legislativo, antes assume uma natureza política e administrativa³³, nunca podendo servir de habilitação para intervenções administrativas lesivas da esfera de direitos fundamentais de empresas privadas, uma vez que se trata de uma matéria que integra um espaço de reserva de lei parlamentar;
- Aliás, a mencionada Resolução do Conselho de Ministros mostra-se inequívoca em definir a linha orientadora no sentido de que a ANACOM deve conduzir o procedimento de atribuição das licenças de uso do espectro “de modo imparcial perante todos os interessados”³⁴.

Confirma-se, por tais razões, as anteriores conclusões no sentido da inconstitucionalidade da solução regulamentar agora emanada pela ANACOM.

2.7. Regista-se, num sentido complementar, que a nulidade das disposições em causa do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, por se encontrarem feridas de usurpação de poderes (v. *supra*, nº 2.6.), se comunica a todos os atos que as apliquem, gerando situações decisórias feridas de nulidade consequente ou derivada:

- (i) Sendo nula a exclusão de os atuais operadores acederem ao leilão referente ao espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz em condições de igualdade face aos novos entrantes, igualmente será nulo o lançamento e a tramitação do respetivo procedimento de leilão e os resultados decisórios finais;

³³ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nº 2.4.

³⁴ Neste sentido, cfr. preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.



- (ii) Uma vez que é nula a obrigatoriedade de os atuais operadores darem acesso aos novos entrantes às redes por si constituídas e tituladas, igualmente serão nulos os acordos de itinerância (*roaming*) que venham a ser celebrados com os novos entrantes.

2.8. Em síntese, tal como as disposições sobre discriminações positivas a favor dos novos entrantes consagradas no Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020, enfermavam de nulidade, por usurpação de poderes, atendendo aos efeitos lesivos de direitos fundamentais dos atuais operadores e pela violação da precedência de lei³⁵, igualmente a formulação de idênticas disposições do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, padecem de nulidade pelas mesmas razões.

³⁵ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nºs. 3.7. a 3.14.



§3º

**Medidas de discriminação positiva,
igualdade e proporcionalidade**

**A) Do Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020, ao Regulamento
nº 987/2020, de 5 de novembro: as obrigações dos novos entrantes**

3.1. O Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020, suscitava, como tivemos oportunidade de referir³⁶, o seguinte quadro obrigacional para os novos entrantes:

- Ausência total de obrigações de cobertura no espectro reservado aos novos entrantes, ao contrário do que sucedeu com os atuais operadores no âmbito do espectro nas faixas 900 e 1800 MHz;
- Os novos entrantes não tinham qualquer compromisso de investimento na rede própria, beneficiando de acesso às redes existentes, enquanto os atuais operadores se encontravam onerados com novas obrigações de investimento.

Um tal quadro obrigacional foi tido como violador do princípio da igualdade, por introduzir diferenciações infundadas entre os novos entrantes e os atuais operadores, além de atentatório, igualmente, dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, neste último caso, à luz das vertentes da adequação e da proibição do excesso³⁷.

³⁶ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nº. 3.4.

³⁷ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nºs. 3.4. e 3.5.



3.2. Será que um tal quadro definidor do estatuto dos novos entrantes, segundo o Projeto de Regulamento, se alterou através do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020?

Como diz a ANACOM, nos termos do preâmbulo do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, *“no âmbito do acesso à rede para itinerância (roaming) nacional, esta Autoridade entende adequado impor aos novos entrantes que beneficiam desses acordos objetivos de cobertura graduais e aptos a assegurar um nível de investimento que, sem desincentivar novas entradas, também contribuam de forma mais efetiva para robustecer a capacidade agregada do setor e aumentar o benefício destas atribuições para os utilizadores finais”*.

Por outras palavras, o Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, estabelece agora, relativamente aos novos entrantes, as seguintes obrigações:

- (i) No âmbito das obrigações de cobertura relativas ao espectro na faixa dos 700 MHz, regista-se que os novos entrantes têm obrigações de cobertura, até ao final de 2025, em três áreas³⁸:
 - 25 % de cada uma das autoestradas do país;
 - 25 % de cada um dos itinerários principais rodoviários do país;
 - 25 % de cada um dos itinerários ferroviários incluídos no Corredor Atlântico, na parte relativa ao território nacional, da ligação Braga-Lisboa, da ligação Lisboa-Faro e das ligações urbanas e suburbanas de Lisboa e Porto;
- (ii) Continuam a inexistir quaisquer obrigações de cobertura face ao espectro reservado na faixa dos 900 MHz e 1800 MHz que os novos entrantes venham a adquirir;

³⁸ Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 42º, nº 2.



- (iii) A celebração dos acordos de itinerância (*roaming*) cria para os novos entrantes “uma obrigação de cobertura móvel de 25 % e de 50 % da população nacional, mediante a utilização das frequências que lhe foram consignadas, respetivamente no prazo de 3 e de 6 anos a contar da celebração do referido acordo”³⁹.

3.3. Para ajuizar da validade de tais obrigações agora impostas aos novos entrantes importa, porém, ter presentes as obrigações que, relativamente aos mesmos domínios, impendem sobre os atuais operadores:

- (i) No que diz respeito às obrigações de cobertura no âmbito do espectro na faixa dos 700 MHz, os atuais operadores encontram uma lista muito ampla de vinculações, a implementar até ao final dos anos de 2023⁴⁰, 2024⁴¹ e 2025⁴², sem qualquer paralelo com a leveza das vinculações que oneram os novos entrantes (v. *supra*, nº 3.2.(i)), registando-se que a

³⁹ Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 45º, nº 8.

⁴⁰ Até ao final de 2023, devem proceder à “cobertura de 75 % da população de cada uma das freguesias consideradas de baixa densidade e de cada uma das freguesias das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores” (cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 42º, nº 1, alínea a)).

⁴¹ Até ao final de 2024, “cobertura de 70 % da população de cada uma das freguesias que não são consideradas de baixa densidade, mas que integram municípios com freguesias de baixa densidade” (cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 42º, nº 1, alínea b)).

⁴² Até ao final de 2025, “i) Cobertura de 95 % da população total do país. ii) Cobertura de 95 % de cada uma das autoestradas do país. iii) Cobertura de 85 % de cada um dos itinerários principais rodoviários do país. iv) Cobertura de 85 % da Estrada Nacional 1 e da Estrada Nacional 2. v) Cobertura de 95 % de cada um dos itinerários ferroviários incluídos no Corredor Atlântico, na parte relativa ao território nacional, da ligação Braga -Lisboa, da ligação Lisboa-Faro e das ligações urbanas e suburbanas de Lisboa e Porto. vi) Cobertura de 85 % de cada um dos restantes itinerários ferroviários. vii) Cobertura de 95 % das redes de metropolitano de Lisboa, do Porto e do Sul do Tejo. viii) Cobertura de 90 % da população de cada uma das freguesias consideradas de baixa densidade, de cada uma das freguesias das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores e de cada uma das freguesias que integram municípios com freguesias de baixa densidade” (cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 42º, nº 1, alínea c)).



própria ANACOM reconhece que “as mesmas sejam menores para novos entrantes”⁴³;

- (ii) Na faixa dos 900 MHz e 1800 MHz, se os novos entrantes não têm obrigações (v. *supra*, nº 3.2.(ii)), a verdade é que, nos termos da informação fornecida, os atuais operadores, à data em que adquiriram espectro em tais faixas, foram obrigados a realizar, num curto espaço de tempo, avultados investimentos, verificando-se que ficam agora obrigados também a fazer investimentos adicionais, visando reforçar o sinal de voz nas redes 2G, 3G e 4G⁴⁴.

3.4. As obrigações de cobertura que o Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, impõe aos novos entrantes mostram-se, deste modo, substancialmente diferentes de idênticas obrigações a que se encontram vinculados os atuais operadores, num triplo sentido:

- (i) São diferentes, em primeiro lugar, em termos de extensão: as obrigações de cobertura que oneram os atuais operadores são muito superiores em número e grau de abrangência;
- (ii) São diferentes, em segundo lugar, ao nível do momento de implementação: a concretização das obrigações de cobertura dos novos entrantes é remetida para um momento temporal mais distante, enquanto as obrigações de cobertura a cargo dos atuais operadores têm o início da sua execução para um momento mais imediato;

⁴³ Cfr. ANACOM, “Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública”, p. 36.

⁴⁴ Cfr. Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, artigo 44º.



- (iii) São ainda diferentes, em terceiro lugar, se foram comparadas face ao passado: enquanto os atuais operadores foram onerados com significativos investimentos quando adquiriram direitos sobre a faixa dos 900 MHz e 1800 MHz, regista-se que, agora, os novos entrantes não têm tais obrigações.

Pretende a ANACOM, por via desta diferenciação de situações obrigacionais entre os atuais operadores e os novos entrantes, introduzir medidas de discriminação positiva a favor destes últimos.

Serão, porém, tais medidas juridicamente válidas?

É o que cumpre averiguar.

B) Obrigações de cobertura dos novos entrantes

3.5. Tomando em consideração as obrigações de cobertura que, por via do Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020, integram o estatuto dos novos entrantes, enquanto expressão de uma discriminação positiva a seu favor, centraremos a nossa atenção sobre as três seguintes situações:

- (a) As obrigações de cobertura relativas ao espectro na faixa dos 700 MHz;
- (b) As obrigações de cobertura resultantes dos acordos de itinerância (*roaming*);
- (c) A ausência de obrigações de cobertura no espectro nas faixas 900 e 1800 MHz.

Analisemos, separadamente, cada uma destas situações.



3.6. (a) Obrigações de cobertura relativas ao espectro na faixa dos 700 MHz

A simples leitura dos n.ºs 1 e 2 do artigo 42.º do Regulamento n.º 987/2020, de 5 de novembro de 2020, evidencia a diferença abissal, em termos de extensão e de concretização temporal, entre as obrigações que oneram os novos entrantes (v. *supra*, n.º 3.2. (i)) e aquelas que são estabelecidas aos atuais operadores (v. *supra*, n.º 3.3. (i)).

Trata-se de uma diferença quantitativamente esmagadora de obrigações de cobertura, passível de ser sintetizada em dois pontos:

- Os novos entrantes não têm qualquer obrigatoriedade de cobertura da população, antes essa obrigação compreende no máximo 25% no âmbito das autoestradas, itinerários principais rodoviários e ferroviários, assim como das ligações urbanas e suburbanas de Lisboa e do Porto; em sentido diametralmente oposto, os atuais operadores devem garantir, designadamente, a cobertura de 95% da população total do país, assim como entre 85% e 95% das áreas que vinculam os novos entrantes;
- Todas as obrigações de cobertura a cargo dos novos entrantes têm como prazo de implementação “até ao final de 2025”; em sentido contrário, o prazo de implementação das obrigações de cobertura das atuais operadoras começa “até ao final de 2023” (ao nível das regiões autónomas) e estende-se “até ao final de 2024” e “até ao final de 2025”.

Regista-se aqui, atendendo ao esmagador diferencial quantitativo de obrigações de cobertura que recai sobre as atuais operadoras, que as obrigações de cobertura que vinculam os novos entrantes assumem uma natureza meramente simbólica: são obrigações mínimas, reveladoras de um desequilíbrio excessivamente inegalitário entre agentes económicos que desenvolvem a mesma atividade no âmbito do mercado das comunicações eletrónicas.



Não se desconhecem as diferenças entre operadores já instalados e operadores que visam instalar-se no mercado em causa, nem se nega que pudessem existir, num primeiro momento, um nível menos exigente de obrigações de cobertura a cargo dos novos entrantes – aquilo que se critica agora, tal como já havia sido feito antes face ao Projeto de Regulamento⁴⁵, é o excesso ou a desproporcionalidade inigualitária de obrigações de cobertura definida pelo artigo 42º, nºs 1 e 2, do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020.

Importa, no entanto, aprofundar esta articulação entre os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Já tivemos oportunidade de escrever, em 2016, alicerçados na jurisprudência do Tribunal Constitucional, a desigualdade que serve de fundamento para um tratamento diferenciado, em nome de igualdade material, não pode ser arbitrária ou envolver uma diferenciação desproporcional a essa mesma desigualdade⁴⁶: a desigualdade justificada move-se dentro da proporcionalidade, nunca lhe sendo lícito atentar contra a “igualdade proporcional”⁴⁷ – neste sentido, “o tratamento desigual deve observar a medida da desigualdade”⁴⁸.

Como se diz no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013, de 5 de abril, “*ainda que o critério subjacente à diferenciação introduzida seja, em si mesmo,*

⁴⁵ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nº. 3.5.

⁴⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, Coimbra, 2016, p. 170.

⁴⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/88, de 9 de fevereiro de 1988, processo n.º 136/85, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013, de 5 de abril de 2013, relativo aos processos n.ºs 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁴⁸ Neste último sentido, cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO / LUÍS PEREIRA COUTINHO, A “*igualdade proporcional*”, *novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013*, in *Direito & Política*, n.º 4, 2013, pp. 182 ss. (p. 183); MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Medida e intensidade do controlo da igualdade na jurisprudência da crise no Tribunal Constitucional*, in GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO / LUÍS PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Crítico*, Coimbra, 2014, pp. 107 ss. e 123 ss.



constitucionalmente credenciado e racionalmente não infundado, a desigualdade justificada pela diferenciação de situações nem por isso se tornará “imune a um juízo de proporcionalidade” (acórdão n.º 353/2012)”. E, mais adiante, esclarece-se que “a igualdade proporcional implica a consideração do grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas – o que pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar (cfr. acórdãos n.ºs 634/93 e 187/2001) –, quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado”.

Ora, a diferença de obrigações de cobertura entre os novos entrantes e os atuais operadores, ainda que possa ter na sua base, usando as palavras do Tribunal Constitucional, um critério “*credenciado e racionalmente não infundado*”, a verdade é que, atendendo à diferença esmagadora que separa o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 42.º do Regulamento n.º 987/2020, de 5 de novembro de 2020, tornando as obrigações dos novos entrantes meramente simbólicas, revela uma diferenciação excessiva e, por isso, desproporcional – o reduzido número de obrigações de cobertura a cargo dos novos entrantes, se comparado com iguais obrigações face aos atuais operadores, mostra-se de grau excessivo face ao propósito visado.

3.7. (b) Obrigações de cobertura resultantes dos acordos de itinerância (roaming)

O regime jurídico emergente do artigo 45.º, n.º 8, do Regulamento n.º 987/2020, de 5 de novembro de 2020, resume-se em poucas palavras:

- A celebração do acordo de itinerância envolve para o respetivo beneficiário (novo entrante) obrigações de cobertura;



- Sucede que tais obrigações de cobertura têm o prazo de 3 ou de 6 anos para serem cumpridas, a contar da celebração do acordo;
- Mais: a obrigação de cobertura abrange um mínimo de 25% da população nacional (em 3 anos) e um máximo de 50% (em 6 anos);
- Durante todo esse período, logo após a celebração do acordo, podem usar as redes em causa, desenvolvendo a sua atividade;
- No limite, os novos entrantes podem estar a usar redes dos atuais operadores, durante três anos, sem realizar qualquer investimento.

Neste último cenário, confirmando a ideia de que a ANACOM criou, deste modo, uma forma de locupletamento dos novos entrantes à custa dos atuais operadores, num ato de natureza análoga a uma expropriação face a estes últimos (v. *supra*, nº 2.5.(ii)), a verdade é que também a solução agora traçada se configura atentatória da igualdade proporcional entre os agentes económicos em causa:

- (i) A solução mostra-se excessivamente onerosa para os atuais operadores que têm de suportar (a) a celebração de tais acordos de itinerância (b) e o uso das suas redes, durante três anos, por quem pode não ter qualquer propósito sério de investimento, (c) num cenário de partilha do mercado de clientes com novos operadores que podem ter uma estratégia empresarial predadora, numa postura de verdadeiros especuladores – a desigualdade de estatuto de vinculações face aos atuais operadores mostra-se, por isso, desproporcional, por excesso⁴⁹;

⁴⁹ Em sentido contrário, considerando que “a medida de acesso imposta é necessária e proporcional, pois é imposta apenas para benefício das entidades que necessitam desse acesso e tem uma aplicação delimitada no tempo, visando permitir a um novo entrante consolidar a sua presença no mercado, ao mesmo tempo que desenvolve a sua própria rede móvel (agora reforçada pela obrigação de cobertura associada a este benefício), o que lhe proporciona condições para que de forma efetiva possa concorrer no mercado e constitua um fator determinante na dinâmica competitiva”, cfr. ANACOM, “Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A



- (ii) A solução revela-se ainda favorável, por outro lado, a gerar fenómenos de utilização abusiva e predadora por parte de novos operadores que, sem qualquer propósito de investimento, se limitam a usar, durante esses três anos, as redes dos atuais operadores, terminando com a alienação de tais empresas a terceiros ou a sua, pura e simples, cessação de atividade, obtendo ganhos financeiros especulativos, sem realizar investimentos e sem gerar riqueza para a coletividade – agora, a desigualdade do estatuto de vinculações revela-se desadequada face ao propósito de fomentar a concorrência e a melhoria dos serviços⁵⁰ e, nesse sentido, igualmente violadora do princípio da proporcionalidade.

Recorda-se, neste preciso contexto, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional articula o postulado da igualdade proporcional com as ideias de proibição do excesso e de adequação, enquanto subprincípios do princípio da proporcionalidade, determinando que “*as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar*”⁵¹ – ora, é isso, precisamente, o que não ocorre nas obrigações de cobertura que, por via do n.º 8 do artigo 45.º do Regulamento n.º 987/2020, de 5 de novembro de 2020, a ANACOM cria para os novos entrantes, tendo em vista os propósitos definidos e em termos comparativos às obrigações que oneram os atuais operadores.

ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública”, p. 105.

⁵⁰ Nas palavras da ANACOM, “os referidos acordos visam proporcionar, aos novos entrantes, condições adequadas para que possam lançar as suas ofertas, dando-lhes um período razoável para que possam implementar as suas redes, para o que terão adquirido DUF no âmbito do leilão”, in ANACOM, “*Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública*”, p. 104.

⁵¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013, de 5 de abril de 2013, cit.



3.8. (b) *Idem*

Independentemente da incidência ponderativa da proporcionalidade face à dimensão da desigualdade justificável, pode dizer-se que a solução do artigo 45º, nº 8, do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, permitindo que um novo operador possa, durante três anos, desenvolver uma atividade, através de redes alheias, sem realizar investimentos que permitam concretizar obrigações de cobertura, traduz uma solução manifesta ou patentemente desrazoável:

- (i) À luz de uma ponderação administrativa baseada no balanço custos / benefícios, a solução agora traçada revela-se perigosa, por abrir a porta a experiências predatórias por parte de especuladores no âmbito do mercado das comunicações eletrónicas;
- (ii) Mais: a solução fará retrair o investimento global, desde logo ao nível do 5 G, num cenário em que a digitalização da vida maiores proporções assume, enquanto efeito da pandemia gerada pelo Covid-19, ampliando esse desincentivo ao investimento pela simples circunstância de os atuais operadores estarem a fazer investimentos em redes que serão também usadas por terceiros que vão auferir vantagens, ocupando uma parcela do mercado que àquelas pertencia e não terem obrigações de cobertura ou, tendo-as, sejam meramente simbólicas:
 - Quem está disposto a fazer avultados investimentos cujas vantagens são partilhadas por quem nada investe?
 - Num tal cenário imposto pela ANACOM, os atuais operadores tendem a reduzir os seus investimentos, sob pena de os estarem a fazer a favor de terceiros que se locupletam à custa de tais investimentos, sem que exista qualquer garantia de que esses



novos entrantes venham a fazer investimentos geradores de riqueza para a coletividade;

- (iii) A desrazoabilidade da solução, consubstanciando a violação de uma vertente do princípio da proporcionalidade⁵², mostra-se passível, atendendo à sua patentabilidade ou evidência, de ser objeto de controlo judicial⁵³.

Neste sentido, abstraindo da natureza desproporcionalmente desigualitária face à posição jurídica dos atuais operadores, o regime do artigo 45º, nº 8, do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, envolve, nos termos em que se encontra formulado, sem quaisquer garantias de que os novos operadores farão os investimentos destinados a cumprir (durante três anos) as obrigações de cobertura, sérios riscos de custos de investimento para o mercado das telecomunicações que, sendo superiores às potenciais vantagens, se têm como contrários ao princípio da razoabilidade.

3.9. (c) Ausência de obrigações de cobertura no espectro nas faixas 900 e 1800 MHz

Por último, como já tivemos oportunidade de salientar (*v. supra*, nº 3.2. (ii)), os novos entrantes não possuem obrigações de cobertura no âmbito do espectro reservado na faixa dos 900 MHz e 1800 MHz que venham a adquirir, isto bem ao contrário do que, no passado, sucedeu com os atuais operadores que tiveram de fazer avultados

⁵² Cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 2013, p. 371; IDEM, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 177.

⁵³ Sobre o tema, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Princípio da Razoabilidade como Parâmetro de Atuação e Controlo da Administração Pública*, Coimbra, 2020, em especial, pp. 165 ss.



investimentos⁵⁴ e continuam a ter, agora, de fazer novos investimentos, reforçando o sinal de voz nas redes 2G, 3G e 4G (v. *supra*, nº 3.3. (ii)).

Mais: a solução agora adiantada, permitindo uma reserva de espectro sem obrigações de cobertura, nem encontra paralelo a nível europeu, pois não existe a atribuição de espectro sem contrapartidas ou compromissos de investimento por parte dos novos operadores⁵⁵.

Centremos a atenção, porém, na circunstância de, no passado recente, não ter sido dado igual privilégio de ausência de obrigações de cobertura aos atuais operadores.

Se, no passado, perante situações exatamente idênticas, a ANACOM impôs obrigações de cobertura, criando precedentes no sentido de que, ante a entrada de novos operadores para o espectro na faixa dos 900 MHz e 1800 MHz, se exigia o cumprimento de obrigações de cobertura, a ausência, neste momento, de igual tipo de obrigações aos novos entrantes, consubstancia uma violação do princípio da igualdade.

Como refere o Tribunal Constitucional, a igualdade proíbe “o tratamento desigual de situações iguais e o tratamento igual de situações desiguais”⁵⁶.

Na realidade, salvo existindo razões de facto ou de direito que o justifiquem, expressas em termos de fundamentação, a Administração Pública não pode desvincular-se livremente de um anterior precedente⁵⁷, tanto mais, note-se, que

⁵⁴ Cfr. “Consulta sobre o Projeto de Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz - Comentários da NOS”, de 03 de julho de 2020, nº 2.4.2.1.

⁵⁵ Cfr. “Consulta sobre o Projeto de Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz - Comentários da NOS”, de 03 de julho de 2020, nº 2.4.2.2.

⁵⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 563/96, de 10 de abril de 1996, relativo ao processo n.º 198/93, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁵⁷ Sobre a relevância do precedente na atuação administrativa, cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, pp. 397-398, 785 ss.e 853-854.



introduz um tratamento mais favorável aos novos entrantes, à custa dos atuais operadores, sem que estes antes tivessem tido uma tal situação de privilégio e encontrando-se agora, por via do artigo 44º do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, vinculados a fazer investimentos adicionais, visando reforçar o sinal de voz.

A desigualdade mostra-se, neste sentido, dupla:

- (i) Os novos entrantes não têm obrigações de cobertura, ao contrário do que sucedeu no passado recente com os atuais operadores – aqueles, ao invés destes, recolhem vantagens, sem realizar investimentos;
- (ii) Além disso, os atuais operadores são ainda onerados com a obrigatoriedade de realizar novos investimentos e ter de suportar o acesso dos novos entrantes às suas redes – o “caderno de encargos” imposto aos atuais operadores é excessivamente pesado, ante a ligeireza das vinculações *soft* dos novos entrantes.

Uma tal diferenciação de tratamento, sem encontrar qualquer justificação ou fundamento sustentável, até por, segundo informação da Consulente, não terem sido realizados estudos de mercado sobre a alegada falta de competitividade e o impacto possível de tais medidas discriminatórias (v. *infra*, nº 4.5.), revela-se arbitrária e, por conseguinte, violadora do princípio da igualdade – existe aqui, por outras palavras, uma solução regulamentar que, em clara continuidade com o regime que constava do Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020, tal como tivemos já oportunidade de deixar escrito⁵⁸, se revela inconstitucional.

⁵⁸ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, nº. 3.4.



§4º

Medidas de discriminação positiva e pressuposto justificativo

A) Fundamento das medidas de discriminação positiva no Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020

4.1. Como tivemos oportunidade de analisar em anterior Parecer⁵⁹, as medidas de discriminação positiva previstas no Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020, tinham como propósito, segundo a própria ANACOM, “gerar um impacto positivo na concorrência e nos utilizadores finais”⁶⁰, promovendo uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas e aumentar os benefícios dos utilizadores⁶¹, desde logo, ao nível do preço⁶².

Sucede, porém, que, segundo o entendimento da Consulente, não existe qualquer necessidade de maior concorrência no mercado português, antes este se configura como sendo bastante competitivo e os preços são, se comparados no contexto europeu, baixos⁶³.

⁵⁹ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, n.º 3.1.

⁶⁰ Cfr. n.º 5 da nota justificativa do “projeto de regulamento do leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz”, cit.

⁶¹ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, n.º 3.2.

⁶² Neste sentido, cfr. n.º 5 da nota justificativa do “projeto de regulamento do leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz”, cit.

⁶³ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, n.º 3.2.



Considerou-se então, tendo presente o princípio da atendibilidade da situação factual, existir um erro nos pressupostos de facto na decisão da ANACOM de consagrar, no referido Projeto de Regulamento, medidas de discriminação positiva a favor dos novos entrantes⁶⁴.

Será que esse cenário factual que serviu de base ao Projeto de Regulamento se alterou, entretanto, face ao Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020?

Eis o que importa analisar.

B) Pressupostos das medidas de discriminação positiva no Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020

4.2. A leitura do Relatório da ANACOM, em resposta às objeções dos interessados ao Projeto de Regulamento, demonstra um claro propósito de justificar a sua imparcialidade, avaliando e garantindo a concorrência do mercado, assim como protegendo os direitos dos consumidores⁶⁵.

No sentido de provar a existência de uma avaliação do mercado nacional, a ANACOM refere que *“elencou as conclusões da avaliação do mercado móvel efetuada em 2014, e enunciou a caracterização do mercado móvel atual, abrangendo, entre outras, as ofertas disponibilizadas, a taxa de penetração (que embora elevada considerando os acessos móveis, com utilização efetiva, é substancialmente inferior à média europeia quando se considera a penetração específica de banda larga móvel) os preços praticados (alinhados com os mais caros da UE) e a dinâmica competitiva,*

⁶⁴ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, n° 3.2.

⁶⁵ Cfr. ANACOM, “Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública”, pp. 59 ss.



envolvendo designadamente o histórico de entradas e saídas do mercado, mantendo-se um mercado muito concentrado em 3 operadores de rede, com poucos MVNO, os quais nunca alcançaram quotas de mercado expressivas”⁶⁶. Sublinhando ainda que as razões de interesse público que ditaram as soluções do Projeto de Regulamento “passam nomeadamente pela criação de condições que permitam o surgimento de novas entidades para estimular mais o desenvolvimento do mercado, permitindo o lançamento de novas ofertas com preços competitivos, com impacto positivo para a concorrência e para os utilizadores finais, e que permitam a mitigação ou mesmo a supressão das deficiências identificadas ao nível das coberturas e capacidades disponibilizadas nas redes móveis”⁶⁷.

Acrescentando ainda, mais adiante, o seguinte: “o mercado móvel tem-se mantido muito concentrado, subsistindo desafios concorrenciais relevantes. Tal é aliás evidenciado por alguns contributos, designadamente os da AdC –, que se traduzem em, por um lado, preços elevados no retalho e, por outro lado, na existência de barreiras que têm dificultado a entrada de novos intervenientes, impedindo um maior nível de contestabilidade neste mercado”⁶⁸.

4.3. Independentemente de tais considerações de avaliação do mercado não justificarem o excesso (ou a desproporcionalidade) do regime desigualitário de obrigações de cobertura para os atuais operadores e para os novos entrantes (v. *supra*,

⁶⁶Cfr. ANACOM, “Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública”, p. 60.

⁶⁷Cfr. ANACOM, “Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública”, p. 60.

⁶⁸Cfr. ANACOM, “Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública”, p. 61.



§3º), nem permitirem soluções lesivas de direitos fundamentais dos atuais operadores efetuadas sem precedência de lei e em desrespeito pela reserva de lei parlamentar (v. *supra*, §2º), trata-se agora de saber se tais considerações de análise do mercado se mostram idóneas a fundamentar, a título de pressuposto de facto, as medidas de discriminação positiva.

Cumpra sublinhar, em primeiro lugar, que a própria ANACOM refere que a avaliação do mercado móvel efetuada e, por isso, tida em conta como pressuposto das soluções do Projeto de Regulamento, remonta a 2014 (v. *supra*, nº 4.2.).

Ora, entre o ano de 2014 e os finais do ano de 2020, data da publicação do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, muito ocorreu:

- Seis anos de intervalo entre um estudo técnico de análise do mercado das telecomunicações e decisões alicerçadas nesse mesmo estudo podem representar uma eternidade – num domínio tecnológico tão avançado e ante um mercado em permanente evolução, um estudo com seis anos pode bem ser revelador de uma autêntica peça de arqueologia;
- Aliás, os últimos meses, por efeito da pandemia decorrente do Covid-19, as próprias condições do mercado das telecomunicações sofreram uma alteração substancial⁶⁹ e, tudo indica, que vão continuar a sofrer – aliás, as sucessivas renovações da declaração de estado de emergência, nesta segunda vaga do Covid-19, e os efeitos pós-pandemia que, por certo,

⁶⁹ Como a própria ANACOM reconhece, expressamente, dizendo: “o novo contexto, decorrente das medidas de restrição declaradas no âmbito do Estado de Emergência pela COVID-19, nomeadamente o recurso generalizado ao trabalho à distância e ao ensino remoto, alterou, de forma significativa, os padrões de utilização dos serviços de comunicações eletrónicas”, in ANACOM, “Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública”, p. 44.



perdurarão indicam que as alterações de utilização dos serviços de telecomunicações vieram para ficar⁷⁰.

Neste sentido, basear medidas de discriminação positiva num estudo de mercado das comunicações móveis com seis anos ou, em termos mais rigorosos, em estudos de mercado anteriores à pandemia, sem tomar em análise ponderativa os respetivos efeitos conhecidos e aqueles que são já previsíveis, equivale, em boa verdade, a uma decisão jurídica sem um efetivo fundamento material, em violação do princípio da atendibilidade da situação factual⁷¹.

Com efeito, tal como a fundamentação insuficiente dos atos administrativos equivale a falta de fundamentação⁷², igualmente a ausência de uma base factual atualizada, suscetível de alicerçar decisões administrativas, pois todo o agir administrativo assenta numa determinada factualidade, servindo de seu fundamento⁷³, equivale a falta de um real ou efetivo pressuposto: a desatualização do estudo de mercado móvel, datado de 2014, deve ser equiparada a falta de um estudo efetivo que alicerce a decisão.

E essa efetiva falta de um estudo técnico atualizado sobre o mercado das comunicações móveis na segunda metade do ano de 2020, numa situação decisória violadora do princípio da atendibilidade da situação factual, mostra-se passível de suscitar dois diferentes enquadramentos jurídicos:

- (i) Pode, por um lado, ser entendida como falta de um pressuposto de facto ou, numa ótica diferente, um caso de ausência de um nexó ponderativo

⁷⁰ Para um elenco de alguns dados percentuais, reportados a outubro de 2020, cfr. ANACOM, “Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública”, pp. 45 ss.

⁷¹ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, pp. 253 ss.

⁷² Cfr. CPA, artigo 153º, nº 2.

⁷³ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 254.



entre o agir administrativo e as circunstâncias factuais subjacentes, reconduzíveis ao conceito de causa⁷⁴ – a falta de um estudo técnico válido funciona como ausência de “motivos-pressupostos” das discriminações positivas introduzidas, daqui resultando uma situação de invalidade reconduzível à falta de causa⁷⁵;

- (ii) Pode, por outro lado, ser vista como ausência de elementos factuais que deveriam ter sido tomados em consideração ponderativa na configuração do conteúdo dispositivo da regulação final⁷⁶, traduzindo esse défice de elementos ponderativos uma violação da vertente positiva do princípio da imparcialidade⁷⁷ na decisão sobre as medidas de discriminação positiva integrantes do Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020.

Qualquer que seja dogmaticamente o caminho explicativo adotado, a solução regulamentar discriminatória será sempre inválida.

4.4. Mesmo abstraindo da desatualização do estudo do mercado móvel usado pela ANACOM para fundamentar as discriminações positivas consagradas no Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020, parece que, usando uma vez mais as informações fornecidas pelo Consulente, não se encontra provado, nem corresponde à

⁷⁴ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, pp. 496 ss., em especial, p. 499.

⁷⁵ Neste último sentido, cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 507.

⁷⁶ Sobre as diferentes projeções da ponderação administrativa, cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, pp. 432 ss.

⁷⁷ Sobre esta vertente positiva do princípio da imparcialidade e o seu efeito invalidante das decisões, cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, pp. 183 ss.



realidade, que o mercado das comunicações móveis português revele falta de concorrência ou preços elevados⁷⁸.

Observar-se-á, deste modo, uma situação de falsa representação da realidade factual que, servindo de pressuposto da adoção de medidas de discriminação positiva, determina um típico caso de erro sobre os pressupostos de facto.

Com efeito, tal como havíamos adiantado no anterior Parecer⁷⁹, se não há um cenário de falta de competitividade no mercado em causa, nem os preços são elevados, constituindo isto uma falsa percepção da realidade material por parte da ANACOM, nenhuma justificação existe para as medidas de discriminação positiva consagradas a favor dos novos entrantes.

4.5. A tudo acresce, por último, que, segundo a formação disponibilizada, nenhum estudo de impacto das medidas de discriminação positiva foi realizado⁸⁰: não se sabem quais os efeitos que a entrada em vigor do regime jurídico emergente do Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020, irá provocar junto dos atuais operadores e no investimento no mercado das telecomunicações.

No procedimento decisório administrativo não basta tomar em consideração ponderativa a realidade factual existente; é também necessário ponderar os efeitos que as soluções decisórias possíveis vão acarretar, à luz das regras da experiência e de um juízo técnico de prognose.

⁷⁸ Neste sentido, cfr. “Consulta sobre o Projeto de Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz - Comentários da NOS”, de 03 de julho de 2020, n° 2.4.1.

⁷⁹ Cfr. nosso Parecer de 17 de março de 2020, n° 3.2.

⁸⁰ Neste sentido, cfr. “Consulta sobre o Projeto de Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz - Comentários da NOS”, de 03 de julho de 2020, n° 2.3.2.



A decisão tomada pela ANACOM revela-se, neste sentido, insuficientemente fundamentada nos seus pressupostos de facto, sem ter por base um estudo que permitisse um juízo de prognose sobre os efeitos práticos das medidas programadas. E, por essa via, ante a ausência de um tal estudo, as medidas de discriminação positiva revelam uma ponderação insuficiente de todos os elementos ou coordenadas que deviam ter sido tomados em consideração.

Ocorre aqui, por conseguinte, uma situação de défice de ponderação ou ponderação insuficiente⁸¹.

Independentemente de uma tal omissão ou incompletude ponderativa poder gerar a falta de adequação das medidas de discriminação positiva adotadas no Regulamento n.º 987/2020, de 5 de novembro de 2020, sabe-se que, por via da ausência de um estudo técnico sobre o impacto de tais medidas no mercado das telecomunicações, a ausência de ponderação de elementos nucleares para uma decisão, gerando o mencionado défice ponderativo, revela uma violação da vertente positiva do princípio da imparcialidade⁸².

Na realidade, como já tivemos ocasião de escrever⁸³, a falta de ponderação ou a insuficiência de ponderação, desde logo emergente da não integração de interesses relevantes no procedimento decisório, violando o princípio da imparcialidade, revela-se passível de controlo judicial.

Nem se diga que inexistente a obrigação legal de proceder a uma tal ponderação sobre os efeitos previsíveis decorrentes da aplicação de uma decisão⁸⁴, à luz de um juízo de prognose: essa é uma obrigação decorrente da vertente positiva do próprio

⁸¹ Cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, p. 444.

⁸² Neste sentido, cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, pp. 186-187.

⁸³ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, pp. 186-187.

⁸⁴ Cfr. ANACOM, “Relatório da Consulta Pública relativa ao PROJETO DE REGULAMENTO DO LEILÃO PARA A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS NAS FAIXAS DOS 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Versão Pública”, p. 19.



princípio da proporcionalidade e, simultaneamente, do artigo 99º do Código do Procedimento Administrativo, impondo que a nota justificativa do projeto de regulamento contenha “uma ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas”.

Ora, essa ponderação não será mais, atendendo a que estão em causa “medidas projetadas”, que um juízo técnico de prognose sobre o impacto que essa regulação vai provocar, sendo esse, precisamente, o propósito de um estudo de avaliação dos previsíveis efeitos das soluções normativas que se pretendem consagrar.

Foi esse estudo sobre as medidas de discriminação positiva que, no caso em apreço do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, faltou, daí a sua ilegalidade, em termos de défice de ponderação atentatório da vertente positiva do princípio da imparcialidade e da exigência implícita no artigo 99º do Código do Procedimento Administrativo.



§5º

Conclusões

5.1. A investigação em torno das questões colocadas pela presente Consulta, em complemento ao Parecer de 17 de março de 2020, agora versando sobre o Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, emanado pela ANACOM, permitiu confirmar as conclusões então alcançadas sobre a invalidade das medidas de discriminação positiva a favor dos novos entrantes.

5.2. O estudo agora realizado habilita extrair a seguinte síntese das principais conclusões:

A) Quanto às medidas de discriminação positiva e reserva de lei:

- 1) O Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, (i) excluindo os atuais operadores de acederem ao leilão referente ao espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz em condições de igualdade face aos novos entrantes, (ii) assim como impondo a obrigatoriedade de os atuais operadores darem acesso aos novos entrantes às redes por si constituídas e tituladas, incluindo a vinculação a celebrarem acordos de itinerância (*roaming*), consubstancia uma limitação ou restrição dos direitos fundamentais dos atuais operadores: existe aqui uma lesão do direito / liberdade de iniciativa económica privada e do direito de propriedade privada dos atuais operadores;



- 2) Aliás, a imposição administrativa aos atuais operadores da obrigatoriedade de facultarem o acesso às suas redes a novos entrantes consubstancia uma medida de efeito equivalente ou análogo a uma expropriação, verificando-se que a ANACOM cria um locupletamento dos novos entrantes sem uma causa lícita, pois esse enriquecimento resulta de uma lesão da propriedade privada dos atuais operadores;
- 3) O Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, comporta intervenções administrativas lesivas de direitos de conteúdo patrimonial privado e da liberdade de iniciativa económica privada, sem que exista uma lei habilitante de um tal conteúdo decisório: observa-se aqui uma violação do princípio da precedência de lei, sobre matérias integrantes do domínio da reserva de lei numa situação de usurpação de poderes geradora de nulidade das disposições sobre discriminações positivas a favor dos novos entrantes;
- 4) A nulidade das disposições do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, comunica-se a todos os atos procedimentais aplicativos, gerando situações decisórias feridas de nulidade consequente ou derivada;



B) Quanto às medidas de discriminação positiva, igualdade e proporcionalidade:

- 5) A diferença abissal de obrigações de cobertura entre os novos entrantes e os atuais operadores relativas ao espectro na faixa dos 700 MHz, nos termos do artigo 42º, nºs 1 e 2, do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, revelando que as obrigações dos novos entrantes são meramente simbólicas, consubstancia um desequilíbrio excessivamente inegalitário entre agentes económicos que desenvolvem a mesma atividade no mercado das comunicações eletrónicas – existe aqui, à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional, uma violação do postulado da igualdade proporcional: a diferenciação das obrigações de cobertura mostra-se excessiva e, por isso, desproporcional;
- 6) As obrigações de cobertura resultantes dos acordos de itinerância (*roaming*) envolvem, nos termos do artigo 45º, nº 8, do Regulamento nº 987/2020, de 5 de novembro de 2020, uma outra manifestação atentatória da igualdade proporcional entre os agentes económicos em causa: a desigualdade das vinculações que oneram os atuais operadores e os novos entrantes revela-se desproporcional, à luz dos subprincípios da proibição do excesso e da adequação;
- 7) Independentemente da desigualdade desproporcional, permitir que um novo operador possa, durante três anos, desenvolver uma atividade, através de redes alheias, sem realizar investimentos que concretizem obrigações de cobertura, abrindo a porta a atuações



económicas predatórias de especuladores no domínio do mercado das comunicações eletrónicas e produzindo uma retração do investimento dos atuais operadores, revela-se uma solução manifestamente desrazoável, à luz de uma ponderação custos / vantagens, e, por isso, violadora do princípio da proporcionalidade;

- 8) A ausência de obrigações de cobertura por parte dos novos entrantes no âmbito do espectro reservado na faixa dos 900 MHz e 1800 MHz que venham a adquirir, isto bem ao contrário do que, no passado, sucedeu com os atuais operadores que tiveram de fazer avultados investimentos e continuam a ter, agora, de fazer novos investimentos, mostra-se uma solução diferenciadora que viola o princípio da igualdade;

C) Quanto às medidas de discriminação positiva e pressuposto justificativo:

- 9) Basear medidas de discriminação positiva num estudo de mercado das comunicações móveis com seis anos ou, em termos mais rigorosos, em estudos de mercado anteriores à pandemia, equivale a uma decisão jurídica sem um efetivo fundamento material, em violação do princípio da atendibilidade da situação factual: as medidas de discriminação positiva constantes do Regulamento n° 987/2020, de 5 de novembro de 2020, revelam-se inválidas, por falta de causa ou, num diferente ângulo de análise, por violação da vertente positiva do princípio da imparcialidade;

PAULO OTERO

PROFESSOR CATEDRÁTICO

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

JURISCONSULTO

- 10) Num outro sentido, tal como já se havia sublinhado no Parecer de 17 de março de 2020, se não existe falta de competitividade no mercado das telecomunicações móveis, nem os preços são elevados, ao contrário de que a ANACOM entende, estamos diante de uma situação de erro nos pressupostos de facto que inquina a validade das medidas de discriminação positiva consagradas no Regulamento n.º 987/2020, de 5 de novembro de 2020;

- 11) A falta de um estudo que proceda a uma avaliação do impacto das medidas de discriminação positiva previstas no Regulamento n.º 987/2020, de 5 de novembro de 2020, gerando um défice ponderativo na formação da decisão, revela uma violação da vertente positiva do princípio da imparcialidade e da exigência implícita no artigo 99.º do Código do Procedimento Administrativo.

Este é, salvo melhor opinião, o nosso parecer.



PAULO OTERO

*(Prof. Catedrático de Direito Constitucional e de Direito Administrativo,
Decano de Direito Público da Universidade de Lisboa)*

Lisboa, 4 de dezembro de 2020.