

PRONÚNCIA DA VODAFONE PORTUGAL

AO SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO

**SOBRE A ALTERAÇÃO DAS LICENÇAS RADIOELÉTRICAS DE REDE DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÕES
ELETRÓNICAS TERRESTRES DE QUE SÃO TITULARES A MEO, A NOS E A VODAFONE**

Lisboa, 26 de maio de 2022

I. Introdução

A **Vodafone Portugal - Comunicações Pessoais, S.A.** (adiante apenas “**Vodafone**”) vem, pelo presente, remeter a sua pronúncia à audiência prévia relativa ao sentido provável de decisão sobre a alteração das licenças radioelétricas de rede do Serviço de Comunicações Eletrónicas Terrestres (“**SCET**”) de que são titulares a MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S. A. (de ora em diante “**MEO**”), a NOS Comunicações, S.A. (de ora em diante “**NOS**”), e a Vodafone, do qual a Vodafone foi notificada, pela Autoridade Nacional das Comunicações (adiante apenas “**ANACOM**”, “**Regulador**” ou “**Autoridade**”), no passado dia 12 de maio de 2022 (“**SPD**”).

A título de enquadramento, recorde-se que a Vodafone, enquanto operador de SCET, é titular de uma licença radioelétrica de rede (a Licença n.º 513927), nos termos do Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de julho (doravante, “**DL 151-A/2000**”), atribuída em 4 de maio de 2022, abrangendo todas as estações de base das respetivas redes de radiocomunicações, *independentemente das faixas de frequências em que operam* (“**Licença Radioelétrica da Vodafone**”)¹. Atenta a falta de comunicação em contrário por parte da ANACOM (e pela própria reconhecida, na p. 3 do SPD) nos termos do artigo 15.º, n.º 1 do DL 151-A/2000, a Licença Radioelétrica Vodafone renovou-se automaticamente em 2 de abril de 2022 por um período adicional de cinco anos, vigorando agora até 2 de abril de 2027.

Paralelamente, e tal como plasmado no Título ICP-ANACOM n.º 03/2012, emitido em 9 de março de 2012, sucessivamente averbado (“**Título de Espectro Vodafone**”), a Vodafone é titular de, entre outros², um direito de utilização de frequências (“**DUF**”) que a habilita, até 9 de março de 2027, à utilização no território nacional de 2 x 10 MHz na faixa de frequências dos 800 MHz (790-862 MHz), 2 x 5 MHz na faixa de frequências dos 900 MHz (880-890 MHz / 925-935 MHz), 2 x 14 MHz na faixa de frequências dos 1800 MHz (1710-1785 MHz / 1805-1880 MHz) e 2 x 20 MHz e de 25 MHz de espectro não emparelhado na faixa de frequências dos 2,6 GHz (2500- 2690 MHz).

¹ A Licença Radioelétrica da Vodafone abrange a emissão das faixas de frequências nas faixas dos 70MHz, 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2100 MHz, 2600 MHz FDD, 2600 MHz TDD e 3600 MHz TDD.

² O Título de Espectro Vodafone abrange ainda um DUF que permite à Vodafone utilizar até 2033, no território nacional, 2 x 5 MHz na faixa de 900 MHz (880-915 MHz / 925-960 MHz) e de 2 x 6 MHz na faixa de 1800 MHz (1710-1785 MHz / 1805-1880 MHz) de acordo com as condições identificadas na Decisão de Execução (UE) 2022/173 da Comissão, de 7 de fevereiro e de 2 x 20 MHz na subfaixa 1920-1980 MHz / 2110-2170 MHz, na faixa de frequências dos 2100 MHz, de acordo com as condições identificadas na Decisão de Execução da Comissão 2012/688/EU, e, até 2041 de 2 x 10 MHz na faixa dos 700 MHz (703-733 MHz / 758-788 MHz) e de 90 MHz na faixa dos 3,6 GHz (3400-3800 MHz).

Ora, através do SPD, a ANACOM vem propor a alteração da Licença Radioelétrica da Vodafone (e das licenças radioelétricas da MEO e da NOS) no sentido de antecipar o seu prazo de caducidade de 2 de abril de 2027 para 9 de março de 2027 (ou seja, em sensivelmente um mês), fazendo-a coincidir com a data de caducidade do DUF da Vodafone para as faixas dos 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz e 2,6 GHz. Para tal, a ANACOM apoia-se na competência que lhe é conferida nos termos conjugados do artigo 16.º, n.º 1 al. a) e n.º 2 do DL 151-A/2000, segundo a qual as licenças radioelétricas podem ser alteradas por iniciativa da ANACOM, *“a todo o tempo, de acordo com os princípios da prossecução do interesse público e da proporcionalidade”*, devendo o Regulador *“notificar o titular da licença, de forma fundamentada e em prazo razoável, da alteração a introduzir”*.

Em termos breves, esta proposta (que, refira-se desde já, não se encontra minimamente fundamentada, nem goza de um racional lógico e juridicamente claro³) visa evitar que a Licença Radioelétrica da Vodafone (que, atualmente, permite a utilização da rede de radiocomunicações da Vodafone, designadamente para efeitos de emissão de todas e quaisquer faixas de frequências abrangidas pelo Título de Espectro Vodafone) permita a emissão das faixas dos 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz e 2,6 GHz após o término do respetivo DUF. Foi com esse objetivo, que a ANACOM publicou o SPD e o submeteu à audiência prévia da Vodafone, no âmbito da qual vem, agora, tecer os seus comentários.

Antes de avançar, a Vodafone gostaria de notar que, no dia 23 de maio de 2022, submeteu à ANACOM, por e-mail, um pedido de consulta, bem como a reprodução integral, em suporte digital, de todo o procedimento administrativo em curso relativo ao SPD, tendo o mesmo sido deferido e cumprido no dia 25 de maio de 2022.

II. A ratio e o contexto factual por detrás do SPD

Ora, em primeiro lugar, a Vodafone, com o devido e máximo respeito, gostaria de sublinhar a sua perplexidade relativamente ao SPD. Como a própria ANACOM reconhece (p. 3 do SPD), o SPD visa atingir um objetivo que a ANACOM podia, querendo, ter alcançado com a sua intervenção aquando da renovação da Licença Radioelétrica da Vodafone, nos termos do artigo 15.º, n.º 1 do DL 151-A/2000, e que só não

³ A este respeito, a Vodafone muito agradece e saúda a reunião tida no passado dia 19 de maio de 2022, onde a ANACOM procurou explicar o contexto em torno do SPD. Contudo, e sem prejuízo do inegável e salutar esforço do Regulador, o racional, a necessidade e o efeito útil por detrás deste SPD permanece incógnito.

atingiu por razões a si imputáveis. Nesse momento, a ANACOM poderia ter definido um prazo de validade diferente para a Licença Radioelétrica da Vodafone (e, apesar da total desnecessidade jurídico-regulatória de tal medida, pelos motivos que exporemos no ponto IV, tinha naturalmente poderes para a implementar), evitando uma intervenção reativa, *ex post*, numa situação jurídica que se encontra já estabilizada, há mais de um mês, no ordenamento.

Apesar de, concretamente, os efeitos do SPD serem juridicamente diminutos (afinal, trata-se apenas de antecipar, em cerca de um mês, o prazo de caducidade da Licença Radioelétrica da Vodafone...), a Vodafone não pode deixar de olhar para esta iniciativa da ANACOM com alguma preocupação, por se tratar de uma intervenção que, não só ocorre a descoberto dos requisitos estabelecidos pelos termos conjugados do artigo 16.º, n.º 1 al. a) e n.º 2 do DL 151-A/2000 (ou, pelo menos, sem que a ANACOM tenha logrado demonstrar o seu cumprimento, o que será abordado no ponto III), como provoca desnecessariamente uma situação de incerteza e instabilidade jurídica e regulatória. Refira-se ainda que esta incerteza surge num momento particularmente sensível para os operadores de redes móveis, os quais se veem compelidos a fazer uma gestão particularmente minuciosa dos seus investimentos e recursos, em virtude (i) das obrigações de cobertura extremamente exigentes (designadamente resultantes dos DUFs emitidos no Leilão 5G) a que estão sujeitos, (ii) de impactos significativos ao nível dos custos decorrentes do conflito entre a Rússia e a Ucrânia e (iii) de constrangimentos no acesso a equipamentos essenciais à implementação de redes de comunicações eletrónicas – circunstância à qual é extremamente adverso o clima de incerteza e insegurança jurídica, de que o SPD é sintomático.

Não tendo a ANACOM aproveitado a janela de oportunidade que o DL 151-A/2000 lhe concedia para introduzir o prazo de validade pretendido para a Licença Radioelétrica da Vodafone, nada obsta a que a ANACOM aguarde pela próxima janela temporal de renovação, em 2027, para proceder aos ajustes que tiver por necessários ao seu prazo de validade, uma vez que a Vodafone é titular de DUFs a terminar em 2033 e 2041. Certo é, no entender da Vodafone, que nada justifica a intervenção da ANACOM antes desta nova janela temporal, uma vez que a ANACOM estará a perturbar uma situação de estabilidade jurídica com base numa necessidade que não existe.

III. A falta de fundamentação e os limites da prossecução do interesse público

A alteração de licenças radioelétricas, por se tratar da intervenção numa situação jurídica estável e geradora de expectativas para os seus titulares, naturalmente dentro daqueles que são também os

limites temporais dos próprios DUFs, está sujeita a requisitos estritos de proporcionalidade e de prossecução do interesse público, resultantes do artigo 16.º, n.º 1, al. a), e n.º 2 do DL 151-A/2000, pelo que o recurso a tal mecanismo deve ser absolutamente excepcional.

Apesar de tais exigências, a verdade é que do SPD (nem do demais conteúdo do processo administrativo) não resulta (i) em que medida é que fazer coincidir a duração da Licença Radioelétrica da Vodafone com a do DUF da Vodafone para as faixas dos 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz e 2,6 GHz (isto é, do DUF que caducará em 9 de março de 2027) contribui para o interesse público, nem (ii) em que medida é que tal medida é proporcional, designadamente por referência à defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, desde logo em relação às faixas de frequências cujos DUFs terminam em 9 de março de 2027.

Desse ponto de vista, é, desde logo, absolutamente claro que o SPD padece de uma notória falta de fundamentação e demonstração de um interesse público atendível, bem como da proporcionalidade da medida proposta no SPD, que permita verificar a verificação dos requisitos estabelecidos pelo artigo 16.º, n.º 1 al. a) e n.º 2 do DL 151-A/2000.

Na verdade, não há nada no SPD, nem no processo administrativo, que permita aos interessados e, neste caso, à Vodafone perceber quais os concretos fundamentos em que assentam a medida proposta, designadamente, e, desde logo, qual o concreto interesse público que com ela se pretende salvaguardar.

A este propósito veja-se que a mera invocação da existência de um interesse público (que, como se sabe, deve conformar toda e qualquer atuação da ANACOM), sem qualquer densificação ou detalhe que o consubstancie por recurso a factos concretos, equivale a uma total ausência de fundamento.

Como se sabe, a adoção de fundamentos que, por insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do ato, corresponde a falta de fundamentação, nos termos do art. 153º do CPA. No caso, por estar em causa a prática de um ato que afeta um direito legalmente protegido da Vodafone, a falta de fundamentação produz necessariamente um efeito invalidante sobre a decisão final, nos termos dos artigos 152º, n.º 1, al. a), e 163º do CPA.

Por outro lado, importa salientar que o princípio da prossecução do interesse público, conforme desenhado pelo artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa, conhece dois limites assinaláveis: o princípio da legalidade (devendo, nessa lógica, a ANACOM observar escrupulosamente os requisitos do artigo 16.º do DL 151-A/2000, nos termos acima referidos) e o respeito pelos direitos e interesses

legalmente protegidos dos particulares. Assim, quando esteja em causa a alteração e restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos, como é manifestamente o caso, o poder discricionário da ANACOM, não deixando de existir, é, porém, necessariamente mais limitado e está, por isso, sujeito a deveres acrescidos de ponderação e fundamentação.

A verdade, porém, é que não resulta do SPD qualquer evidência de que estas limitações tenham sido ponderadas no desenho das medidas propostas.

Aliás, no SPD, a ANACOM não só não logra demonstrar a verificação desses mesmos pressupostos, como parece procurar endereçar uma necessidade de interesse público que, em bom rigor, e como se demonstrará abaixo, nunca se colocaria – isto é, procura dar resposta a uma necessidade de interesse público que, por ser vazia, não reclama qualquer defesa por parte do Regulador. Na verdade, e salvo o devido respeito, a ANACOM confunde dois planos regulatórios distintos – o da utilização do espectro e o da utilização de uma rede de radiocomunicações – que não devem ser confundidos, e extrai dessa confusão uma necessidade regulatória que, por lei, não se coloca.

Vejamos.

IV. Os diferentes planos jurídicos da utilização do espectro e da rede de radiocomunicações

Por fim, mas naturalmente não menos importante, a Vodafone gostaria de explicar o porquê de entender que a ANACOM apoia o SPD em pressupostos jurídico-regulatórios errados, e gerados por uma confusão entre aquilo que é a regulação da utilização do espectro, por um lado, e, por outro, da rede de radiocomunicações.

Com efeito, não se compreende a constatação do Regulador quando refere que *“as licenças radioelétricas ora em questão são atribuídas na sequência da emissão e no âmbito dos DUF, **não é possível conferir-lhes um período de validade com termo posterior ao prazo de atribuição do correspondente DUF, por falta de título habilitante para o efeito**”* (destaque nosso). Como a ANACOM sabe, a utilização do espectro e da rede de radiocomunicações encontram-se em diferentes e inconfundíveis planos jurídicos, ainda que, como veremos de seguida, relacionados.

Por um lado, a utilização do espectro é regulada através da disponibilização de DUFs – como aqueles incluídos no Título de Espectro Vodafone -, que encerram em si as condições aplicáveis, incluindo o respetivo prazo, à utilização de certas faixas de espectro por parte do respetivo titular. Uma vez cessado

um DUF, cessa também o título jurídico habilitante da utilização das faixas de frequência em causa por parte do seu (já não) titular.

Por outro lado, e a jusante da habilitação para a utilização do espectro, encontramos o regime do licenciamento radioelétrico, que subjaz à Licença Radioelétrica da Vodafone prevista no Capítulo II do DL 151-A/2000, e que incide sobre a utilização de estações e redes de radiocomunicações, e não sobre o espectro.

Assim, em matéria de emissão de frequências, a utilização que for dada a essas estações e redes encontra-se delimitada pelos termos dos DUFs de que o operador em causa seja, a montante, titular – é o que sucede com a Licença Radioelétrica da Vodafone, que, como a própria ANACOM reconhece no SPD (p.1), “*abrange todas as estações de base das respetivas redes de comunicações, independentemente das faixas de frequências em que operam*”⁴, algumas das quais a expirar em 2033 e outras em 2041. Assim que, por alguma razão, o Título de Espectro Vodafone deixe de abarcar um determinado DUF, a Vodafone deixa, automaticamente, de poder utilizar tais frequências, independentemente da vigência da Licença Radioelétrica da Vodafone. Por outras palavras, a manutenção de uma licença radioelétrica com um âmbito mais lato relativamente ao âmbito dos DUFs detidos pela Vodafone não legitimaria, naturalmente, a utilização de quaisquer frequências não abrangidas pelo Título de Espectro Vodafone.

Em face do que se expôs, não se compreende o propósito de fazer coincidir a duração da Licença Radioelétrica da Vodafone à do DUF da Vodafone para as faixas dos 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz e 2,6 GHz (isto é, do DUF que caducará em 9 de março de 2027), nem como é que tal medida contribui para o interesse público - preocupação que, de resto, a Vodafone não se recorda ter sido suscitada em anteriores procedimentos de renovação de DUFs e de licenças radioelétricas. Ao abrigo da Licença Radioelétrica da Vodafone, esta está habilitada a utilizar, ao longo da sua rede de radiocomunicações, o espectro abrangido pelo Título de Espectro Vodafone – nem mais, nem menos. Por essa razão, não se vislumbra

⁴ Esta ideia está também latente em decisões anteriormente tomadas pela ANACOM, designadamente na Deliberação de 24 de abril de 2013, sobre a renúncia parcial do DUF da Vodafone no que toca ao bloco de 5 MHz na faixa de frequências dos 2100 MHz para a utilização de tecnologia UMTS TDD, correspondente às frequências 1915,1 MHz – 1920,1 MHz), disponível [aqui](#), onde a ANACOM delibera “*revogar na licença radioelétrica n.º 513927, a parte correspondente ao bloco de 5 MHz na faixa de frequências dos 2100 MHz para a utilização de tecnologia UMTS TDD, de que é titular a Vodafone...*”, indiciando que a Licença Radioelétrica da Vodafone alberga os diferentes DUFs detidos pela Vodafone e não apenas aqueles que expiram em 9 de março de 2027.

qual o prejuízo que para o interesse público poderia resultar de, entre 9 de março de 2027 e 2 de abril de 2027 (!), a Licença Radioelétrica da Vodafone permanecer em vigor nos termos atualmente em vigor.

Trata-se assim, e com todo o respeito, de uma não-questão. O SPD visa colmatar uma preocupação da ANACOM que, bem vistas as coisas, a lei (sobretudo, a Lei das Comunicações Eletrónicas e o DL 151-A/2000, conjuntamente) não permite, logo em abstrato, consumir-se.

Se assim não fosse, o artigo 15.º do DL 151-A/2000, ao invés de estabelecer um prazo geral de validade de 5 anos para as licenças radioelétricas, indexaria a validade das mesmas ao período de vigência dos DUFs detidos pelo mesmo titular (sendo ainda sintomático que, tratando-se de um diploma já com 22 anos de vigência, o legislador nunca tenha sentido a necessidade de introduzir tal medida). De resto, refira-se também que a falta de coincidência entre os prazos de validade das licenças radioelétricas e dos DUFs ser uma realidade antes do SPD, nunca a ANACOM atuou no sentido de corrigir, ou prevenir, qualquer prejuízo gerado para o “interesse público”.

V. Conclusão

Conforme se expôs ao longo deste documento, o SPD não visa endereçar nenhuma necessidade concreta e verificável do mercado, nem fazer face a nenhuma necessidade legal ou regulatória; ao invés, como se referiu acima, constitui apenas um mecanismo reativo, encontrado pela ANACOM, para introduzir uma alteração discricionária na Licença Radioelétrica da Vodafone que, por motivos apenas a si imputáveis, perdeu a oportunidade de introduzir no momento juridicamente adequado e menos lesivo da certeza e estabilidade regulatórias. Não se encontra, por outro lado, demonstrado o respeito pelos requisitos impostos pelo artigo 16.º, n.º 1, al. a) e n.º 2 do DL 151-A/2000, designadamente a existência de um interesse público que justifique a alteração da Licença Radioelétrica da Vodafone. A este respeito, importa frisar que a prossecução do interesse público, orientando porém o agir da Administração Pública, impõe limites à sua esfera de atuação, nomeadamente em defesa dos interesses legalmente protegidos dos particulares.