



Parecer de Paulo Otero pedido pela Nos diz que regulamento do 5G é inconstitucional

Flávio Nunes

12:44

O ECO teve acesso ao parecer jurídico do professor catedrático Paulo Otero, que conclui que o regulamento de frequências do 5G aprovado pela Anacom é inconstitucional. Avaliação foi pedida pela Nos.

O professor catedrático Paulo Otero considera que o regulamento do leilão de frequências do 5G tem pressupostos que violam a Constituição da República Portuguesa. Num parecer com 47 páginas, pedido pela operadora Nos **NOS 1,53%** e ao qual o ECO teve acesso, o especialista defende que algumas das regras do procedimento violam princípios como o da proporcionalidade, lesam a propriedade privada e carecem de fundamentação por parte da Anacom, o regulador do setor.

Este é um dos documentos que tem servido de base à opinião da Nos de que o leilão de frequências do 5G é “ilegal” nos termos desenhados pela Anacom. Na segunda-feira, o presidente executivo da operadora, Miguel Almeida, desafiou os deputados da comissão parlamentar de economia a solicitarem ao Tribunal Constitucional (TC) a fiscalização abstrata do regulamento do leilão. A confirmação da inconstitucionalidade poderia, assim, ditar a nulidade do procedimento.

Paulo Otero é licenciado em Direito, mestre em Ciências Jurídico-Políticas e doutorado em Direito. É professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa há 15 anos, onde leciona Direito Administrativo e Direito Constitucional. Foi consultado pela Nos enquanto jurisconsulto, função que desempenha junto de entidades públicas e privadas.

Roaming nacional obrigatório lesa propriedade privada

No parecer, com a data de 4 de dezembro, o especialista vê problemas de inconstitucionalidade nas regras distintas previstas para os chamados “novos entrantes” — isto é, empresas que ainda não têm presença no mercado e pretendem usar o leilão para entrarem nele. Está prevista uma reserva de espetro para estas empresas externas ao setor e as operadoras já estabelecidas, como a Nos, ficam obrigadas a estabelecerem acordos comerciais de *roaming* nacional com os “novos entrantes”, uma medida que se mantém por, pelo menos, uma década.

Para Paulo Otero, estas medidas representam “uma limitação ou restrição dos direitos fundamentais dos atuais operadores”, havendo mesmo uma “lesão” do direito e liberdade de iniciativa económica privada. O especialista vê ainda uma violação “do direito de propriedade privada dos atuais operadores”. Miguel Almeida, presidente executivo da Nos, também tem feito eco destas considerações, tendo referido em declarações públicas



que o leilão do 5G representa “uma expropriação” dos atuais operadores pelo Estado em benefício de outras empresas privadas.

“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 [enriquecimento] dos novos entrantes sem uma causa lícita, pois esse enriquecimento resulta de uma lesão da propriedade privada dos atuais operadores”, lê-se no parecer acedido pelo ECO.

Há “diferença abissal” nas obrigações de cobertura

Estes não são, contudo, os únicos problemas na ótica de Paulo Otero. O jurisconsulto considera que há uma “diferença abissal de obrigações de cobertura entre os novos entrantes e os atuais operadores” no que toca à faixa dos 700 MHz, que é uma das mais relevantes para o 5G nesta fase.

Entre outras condições, o [regulamento prevê](#) que os “novos entrantes” que adquiram espectro nessa faixa tenham de assegurar, até 2025, a cobertura de 25% de todas as autoestradas, itinerários principais rodoviários e itinerários ferroviários do Corredor Atlântico, entre outras ligações, bem como de 25% da população nacional no prazo de três anos. As atuais empresas do setor terão de, no mesmo prazo, cobrir 75% da população de cada uma das freguesias de baixa densidade, mais as regiões autónomas da Madeira e Açores, bem como 70% da população de cada freguesia que não seja considerada de baixa densidade até 2024.

O professor catedrático Paulo Otero defende, assim, que as obrigações para as novas operadoras “são meramente simbólicas”, o que representa um “desequilíbrio excessivamente inigualitário entre agentes económicos que desenvolvem a mesma atividade no mercado das comunicações eletrónicas”. Para o especialista, não há dúvidas: “existe aqui, à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional, uma violação do postulado da igualdade proporcional”. Ou seja, por outras palavras, para Paulo Otero, o regulamento é inconstitucional.

Independentemente disto, e regressando à obrigação prevista de *roaming* nacional, o professor catedrático considera que “permitir que um novo operador possa, durante três anos, desenvolver uma atividade, através de redes alheias, sem realizar investimentos que concretizem obrigações de cobertura [...], revela-se uma solução manifestamente desrazoável”, sendo “violadora do princípio da proporcionalidade”.

Olhando para o regulamento, e novamente na visão de Paulo Otero, há ainda uma violação do “princípio da igualdade” nas regras do leilão aprovadas pela Anacom. “A ausência de obrigações de cobertura por parte de novos entrantes” no espectro a estes reservado, nas faixas dos 900 MHz e 1.800 MHz, é diferente do que aconteceu em leilões de frequência passados, argumenta o especialista, o que se mostra como uma “solução diferenciadora” e, por isso, inconstitucional.



Fundamentação da Anacom é “inválida”

Por fim, o especialista debruça-se sobre o “pressuposto justificativo” da Anacom para a aprovação das regras em questão. Citando um relatório do regulador em resposta a objeções das operadoras, no qual a Anacom refere que “elencou as conclusões da avaliação do mercado móvel efetuada em 2014”, Paulo Otero critica a entidade liderada por João Cadete de Matos por “basear medidas de discriminação positiva num estudo de mercado [...] com seis anos” e anterior à pandemia, pelo que diz que as decisões do regulador são “inválidas”.

“Se não existe falta de competitividade no mercado das telecomunicações móveis, nem os preços são elevados, ao contrário do 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” do leilão, conclui o professor, que termina, indicando que “a falta de um estudo” que avalie o impacto das medidas aprovadas pelo regulador “revela uma violação da vertente positiva do princípio da imparcialidade”.

O regulamento do leilão do 5G foi [aprovado pela Anacom no início de novembro e o procedimento está em curso](#), sendo alvo de fortes críticas e litigância por parte não só da Nos como também da Altice Portugal e da Vodafone Portugal.

Numa nota informativa emitida por ocasião da decisão, a Anacom considera que o regulamento foi desenhado com o “objetivo de promover uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas, contribuindo para que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade de serviço”.

Concretamente sobre as medidas dirigidas aos “novos entrantes”, o regulador justificou que estas visam “assegurar um nível de investimento que contribua de forma mais efetiva para robustecer a capacidade agregada do setor e aumentar o benefício para os utilizadores finais”. A entidade vê nas medidas “um equilíbrio adequado” nas regras para as novas e atuais empresas no mercado.

No plano concorrência, as operadoras têm recusado a ideia de que o mercado português não é concorrencial, assim como a de que os preços das telecomunicações são altos em Portugal, a contraciclo com o que indicam os dados oficiais mais recentes. A 21 de dezembro, [o Eurostat publicou um conjunto de dados que indicam que as comunicações em Portugal são 21% mais caras do que a média europeia](#), apontando mesmo para um agravamento de seis pontos percentuais entre 2018 e 2019.