



Pronúncia da MEO

Sobre o

Projeto de Decisão relativo à calendarização da revisão das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz

Deliberação da ANACOM de 05.05.2016

23 de maio de 2016

Pronúncia da MEO sobre o Projeto de Decisão relativo à calendarização da revisão das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz

I. Nota Prévia

Na sequência da deliberação do Conselho de Administração da ANACOM de 05.05.2016, relativa à aprovação do Projeto de Decisão sobre a calendarização da revisão das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz (doravante, “Projeto de Decisão”), vem a MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (doravante, “MEO”), nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 121.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo (doravante “CPA”), submeter a sua pronúncia, nos termos seguidamente expostos.

Os comentários, sugestões e contributos da MEO apresentados ao longo deste documento tiveram em atenção a atual conjuntura do mercado e o quadro legal existente e não prejudicam a adoção de posições diferentes no futuro, caso se alterem as condições subjacentes à presente pronúncia. A pronúncia da MEO em nada prejudica as posições adotadas em processos judiciais que estejam ou venham a estar relacionadas com o objeto do presente Projeto de Decisão, devendo considerar-se os seus comentários, contributos e sugestões no âmbito do exercício do direito-dever de colaboração com a ANACOM na adoção de decisões com impacto nos operadores e no mercado.

II. Enquadramento e Considerações Gerais

1. De acordo com o Projeto de Decisão, a ANACOM pretende, dando o dito por não dito, deliberar que a revisão das velocidades de referência, impostas através da Deliberação de 3 de março de 2016 para efeitos das obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz, a que cada operador móvel se encontra vinculado (doravante, “Deliberação de 03.03.2016”), apenas ocorra em 2018, e não em 2016 conforme havia sido determinado, por esta mesma Autoridade, mediante Deliberação adotada em 21 de março de 2014 (doravante “Deliberação de 21.03.2014”) e novamente confirmado pela dita Deliberação de 03.03.2016.

2. Mais pretende a ANACOM que, em consequência, as listas ordenadas dos clientes da MEO, da NOS e da Vodafone apenas sejam remetidas ao Regulador até 31 de maio de 2018 (por referência a 31 de março de 2018) e não, conforme havia anteriormente sido deliberado, até 31 de maio de 2016 (por referência a 31 de março de 2016).
3. A título de nota de enquadramento, não pode deixar de ser recordado e salientado que a MEO sempre procurou demonstrar, ainda que sem sucesso, que a imposição pela ANACOM à MEO de uma velocidade de referência mais de 10 vezes superior à que foi imposta à NOS e 6 vezes superior à que foi imposta à Vodafone não pondera adequadamente os interesses em presença, nem atinge um resultado conforme com os objetivos fixados no Regulamento n.º 560-A/2011, de 19 de outubro (doravante, “Regulamento do Leilão”), ou com o racional que subjaz à norma contida no n.º 6 do artigo 34.º deste regulamento administrativo.

Para evitar repetições fastidiosas, a MEO remete para os diversos elementos anteriormente transmitidos à ANACOM sobre o assunto e, em particular, para a sua pronúncia sobre o Projeto de Deliberação de 28 de maio de 2015, que deu origem à Deliberação de 03.03.2016, que aqui dá assim por reproduzida.

4. Por ser relevante para o que se discutirá adiante, a MEO permite-se salientar que, na Deliberação de 03.03.2016, a ANACOM tornou definitivo o seu entendimento de que as diferenças que se estabeleceram entre os operadores não resultam de qualquer “(...) erro na metodologia adotada para a fixação das velocidades (...) mas outrossim da interpretação que a MEO fez da obrigação contida na decisão da ANACOM de 10.10.2011 (...). Sucede que, enquanto os outros operadores anunciam como velocidade máxima e média associada às suas ofertas de banda larga móvel os resultados alcançados através de medições efetuadas à rede em condições normais de utilização, a MEO optou por anunciar as velocidades máximas e médias que foram registadas na rede”. Independentemente de não poder concordar com este entendimento, a MEO interiorizou assim que, alterando a sua *estratégia de comunicação ao público em geral das velocidades máximas associadas às ofertas de banda larga móvel*, veria a sua velocidade de referência revista.
5. Quando, através da referida Deliberação de 03.03.2016, a MEO tomou conhecimento de que, contrariamente ao que a empresa esperaria, a ANACOM não alterou o sentido da decisão proposto no Projeto de Decisão acima referido e efetivamente lhe impôs uma velocidade de referência de 43,2Mbps, a MEO não pôde naturalmente deixar de ponderar as formas de reação

ao seu alcance perante uma determinação que considera não apenas manifestamente injusta, como profundamente desconforme com o quadro legal vigente.

Nesta ponderação, e na determinação das conclusões a que a mesma conduziu, foi naturalmente tida em conta – *rectius*, atribuída crucial importância – à circunstância de, nos termos da Deliberação de 21.03.2014, que entretanto se havia consolidado na ordem jurídica, a primeira revisão das velocidades de referência dever ocorrer por referência ao dia 31 de março de 2016, ou seja, a breve trecho.

Concluiu assim a MEO que, desde que alterasse atempadamente a sua *estratégia de comunicação ao público em geral das velocidades máximas associadas às ofertas de banda larga móvel*, e que enviasse à ANACOM a lista ordenada de clientes até 31 de maio de 2016, veria a sua velocidade de referência revista ainda em 2016. Com base nesta constatação, a MEO decidiu conformar-se com a Deliberação de 03.03.2016.

6. Não obstante as fortes divergências entre a MEO e a ANACOM no que respeita ao tipo de ofertas móveis a considerar na metodologia para fixação das velocidades de referência e à conformidade dos resultados desta metodologia com o artigo 34º do Regulamento do Leilão, a verdade é pois a de que os processos de definição da metodologia (entre Dezembro de 2013 e Março de 2014) e de concretização das velocidades de referência (entre Maio de 2014 e Março de 2016) estabeleceram claramente, de forma juridicamente consolidada, o quadro regulatório ao qual a MEO teria de se submeter nesta matéria.
7. O projeto de Decisão vem, porém, pôr em crise este quadro, que a MEO e os demais operadores móveis deram muito legitimamente como assente – quadro no contexto do qual o aspeto temporal, ou de “calendarização”, nas palavras da ANACOM é de fundamental relevância –, tornando juridicamente ainda mais insuportável o facto de a ANACOM ter imposto à MEO uma velocidade de referência entre 6 e mais de 10 vezes superior à que se impôs aos seus concorrentes, em contravenção às disposições legais aplicáveis. A MEO não pode, naturalmente, conformar-se com um tal volte-face.
8. Com efeito, ainda que a MEO não concorde com o entendimento da ANACOM, foi no quadro formado pelas duas citadas Deliberações que esta empresa tomou a decisão de se conformar com tal entendimento, tendo para o efeito procedido à alteração, a 11.03.2016, das condições de oferta e de utilização dos seus serviços de comunicações eletrónicas. O objetivo desta medida foi, naturalmente, o de criar as condições para que a primeira revisão das velocidades de referência, a ocorrer previsivelmente em julho de 2016 (dado que é relativamente reduzido o

esforço de análise das listas ordenadas enviadas pelos operadores e a publicação de uma decisão final sobre o assunto) produzisse um resultado para a MEO similar ao que já hoje produz para os demais operadores (muito mais consentâneo, portanto, com a realidade que se observa no mercado).

9. Adicionalmente, a MEO mobilizou os seus recursos no sentido de cumprir a determinação de envio à ANACOM, até 31 de maio de 2016, da lista ordenada de clientes (por referência a 31 de março de 2016).
10. É pois com este pano de fundo que a MEO se irá agora pronunciar de forma especificada sobre o Projeto de Decisão, comentando a determinação nele proposta à luz de um argumento essencial, cuja pertinência procurará demonstrar de forma fundamentada nesta sua pronúncia: a alteração, de 2016 para 2018, do calendário de revisão das velocidades de referência associadas ao cumprimento das obrigações de cobertura é proibida por diversos motivos, não podendo assim ser determinada pela ANACOM.

III. Comentários específicos à (re)calendarização da revisão das velocidades de referência

1. *O caráter proibido da determinação contida no Projeto de Decisão*

- 1.1. O primeiro motivo pelo qual a alteração, de 2016 para 2018, do calendário de revisão das velocidades de referência associadas ao cumprimento das obrigações de cobertura é proibida decorre da circunstância de, como se sabe, ser ilegal revogar (neste caso, com eficácia retroativa) os atos constitutivos de direitos (cf. artigos 156º, n.º 2, 167º, n.º 2 e 171º, n.º 2 do CPA).

Na Deliberação de 21.03.2014, seção 2.4., a ANACOM definiu a metodologia para a fixação e revisão das velocidades de referência e, como parte integrante desta metodologia, o calendário para a sua revisão. Aí, a ANACOM determinou, em cumprimento do nº 7 do artigo 34º do Regulamento do Leilão, que a revisão das velocidades de referência se realizaria com periodicidade bianual, por referência “ao dia 31 de março de cada segundo ano posterior a 2014”.

Na Deliberação de 03.03.2016 – adotada, note-se, apenas dois meses antes da adoção do Projeto de Decisão a que ora se responde –, a ANACOM voltou a afirmar a mesma metodologia, incluindo no que se refere ao calendário de revisão das velocidades de referência.

Na esfera jurídica da MEO constitui-se assim o direito de ver a velocidade de referência especialmente gravosa que lhe foi imposta pela Deliberação de 03.03.2016, ser revista ainda em 2016.

Por outras palavras, (i) a Deliberação de 21.03.2014 é um ato administrativo com eficácia externa constitutivo de direitos ou interesses legalmente protegidos – o direito, ou o interesse legalmente protegido da MEO, à revisão da velocidade de referência, pela primeira vez, em 2016 e (ii) o Projeto de Decisão sobre o qual incide a presente pronúncia propõe-se revogar, ilegalmente, um ato constitutivo de direitos.

- 1.2. De facto, quando ANACOM enjeita a revisão da velocidade de referência em 2016, não se limita a recusar praticar um ato em 2016. Com esse ato, a ANACOM revoga, também, em parte, a Deliberação de 21.03.2014, porque recusa a revisão que esta Deliberação decidiu de forma definitiva. E, com isso, interfere com o conteúdo de uma atuação administrativa consolidada, insuscetível de revogação (por não se verificarem, como se verá, os pressupostos da mesma) ou anulação judicial (por já ter decorrido o prazo de impugnação).

Que não se verificam os pressupostos de que dependem a revogação do ato administrativo em causa, é tema que não oferece discussão – a MEO não concorda com a revogação; o ato é definitivo, não precário; e não ocorreu qualquer evolução que justifique a alteração do período de revisão das velocidades de referência anteriormente definidas.

Não existe, também, qualquer razão jurídica para a revisão administrativa do ato – na parte em que fixa a periodicidade da revisão, o ato não é ilegal, pelo que não pode ser objeto de anulação administrativa ou declaração de nulidade.

- 1.3. Nestes termos, a alteração do calendário de revisão das velocidades de referência associadas ao cumprimento das obrigações de cobertura, que é Proposta no Projeto de Decisão, seria ilegal por revogar um ato constitutivo de direitos.
- 1.4. Mesmo que se entenda que a Deliberação de 21.03.2014 é um regulamento, e não um ato administrativo – questão sobre a qual a MEO não se pronuncia por ser irrelevante para o que aqui se discute – a conclusão permanece a mesma.

É que, como era há muito consabido e hoje consta expressamente da lei, “*os regulamentos não podem ser derogados por ato administrativo de carácter individual e concreto*” (cf. artigo 142.º, n.º 2 do CPA).

Nestes termos, mesmo que a Deliberação de 21.03.2014 seja um regulamento, o ato de recusa em proceder à revisão da velocidade de referência em 2016 consubstancia, precisamente, uma sua derrogação, e viola a mencionada disposição do CPA.

Mas não é tudo.

- 1.5. Mesmo que não se entendesse – o que apenas como hipótese académica se admite – não estarmos perante a revogação/derrogação de um ato administrativo constitutivo de direitos/de um regulamento, ainda assim, a alteração, de 2016 para 2018, do calendário de revisão das velocidades de referência associadas ao cumprimento das obrigações de cobertura seria proibida.

Tal decorre da circunstância de, no mínimo, a ANACOM se ter auto vinculado a rever as velocidades de referência em 2016, tendo-o feito com especial intensidade, já que renovou esta auto vinculação através da Deliberação de 03.03.2016, como se viu.

Ao propor-se, agora, romper com essa metodologia, a ANACOM desrespeita assim, do mesmo passo, a Deliberação de 21.03.2014 e a Deliberação de 03.03.2016.

A MEO está ciente de que a auto vinculação da Administração Pública – neste caso, da ANACOM – não é absoluta, e que o respeito por essa vinculação não se pode forçar em todos os casos. Sucede que este é, sem dúvida, um caso circunscrito – um caso que extravasa, até, as fronteiras em que normalmente se equaciona a auto vinculação administrativa.

- 1.6. Descreve-se, normalmente, a auto vinculação como a fixação antecipada de critérios gerais e abstractos de decisão, de maneira que a Administração se vincule, mediante o cumprimento de determinados pressupostos, a decidir em determinado sentido, a exercer os seus poderes discricionários em determinado sentido.

A doutrina e a jurisprudência atribuem uma certa força aos atos e comportamentos que fixem estes critérios – naturalmente, quando a ANACOM se compromete a rever as velocidades de referência em determinada data, isso tem um significado.

No seu *Legalidade e Administração Pública*, Paulo Otero refere – a propósito do precedente administrativo, mas em termos que, por maioria de razão, se aplicam ao caso – que esta atuação assume uma relevante força jurídica, que constitui e atribui direitos.

O Autor pergunta “*se essa prática habitual de resolução de casos idênticos ou de interpretação e aplicação das mesmas normas pelos órgãos administrativos cria uma vinculação de decisão futura, hipótese em que essa prática factual faria emergir uma norma de autovinculação cujo desrespeito geraria a invalidade da conduta da Administração Pública, ou, pelo contrário, se os órgãos administrativos são livres de se afastarem da anterior decisão de casos semelhantes ou da interpretação e aplicação das mesmas normas*” (Legalidade e Administração Pública, Coimbra, Almedina, 3.ª Reimp. 2003, p. 786, sem realce no original).

De uma forma geral, o que se entende é que, tendo por fundamento essencialmente os princípios da igualdade, da justiça, da boa-fé e da tutela da confiança, consagrados no artigo 266.º, n.º 2 da Constituição, e nos artigos 5.º, 6.º e 6.º-A do CPA, a atuação pretérita da Administração – em qualquer modalidade de exercício da atividade administrativa, através de ato, regulamento, ou contrato – vincula-a a decidir da mesma forma um caso similar que suceda posteriormente.

Sendo relativamente pacífico que a Administração, a ANACOM, só pode alterar o seu posicionamento excecionalmente, quando for possível identificar um motivo sério e superveniente de interesse público, que justifique a alteração da posição anteriormente assumida.

Ora, esse motivo não existe no caso presente.

Aliás, o motivo invocado é, muito francamente, incompreensível – refere-se que a revisão das velocidades de referência em momento anterior a 2018 importaria uma “*perturbação excessiva e desproporcional, mas também desnecessária, pois afetaria as decisões de investimento e o próprio processo de implementação das ações desenvolvidas pelas empresas com vista ao cumprimento das obrigações de cobertura nos prazos a que se encontram adstritas (...)*” (cfr. p. 4 da Decisão).

Ora, tendo o processo de cumprimento das obrigações de cobertura sido sempre desenvolvido até hoje tomando como pressuposto, precisamente, que a ANACOM reveria as velocidades de referência pela primeira vez em 2016, o que o perturba não é a realização da revisão, mas a sua omissão.

Em suma, a ANACOM propõe-se a não realizar a revisão das velocidades de referência para não perturbar o *status quo* – quando a manutenção do *status quo* pressupõe, na verdade, a realização dessa revisão.

- 1.7. Seja qual for o ângulo pelo qual se aborde a questão, uma coisa é certa – a atuação proposta no Projeto de Decisão viola o princípio da boa-fé (em especial na sua dimensão de proteção da

confiança), consagrado no artigo 10º do CPA, sendo esse o fio condutor que leva a que a alteração do calendário de revisão das velocidades de referência que a ANACOM propõe seja proibida.

A auto vinculação administrativa vive, de resto, paredes meias com este princípio: Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos reconhecem que as condutas desconformes com auto vinculações administrativas podem, em determinados casos, galgar os limites da atuação informal e suscitar a aplicação do princípio da boa-fé, designadamente para efeitos de anulação e condenação à prática de ato devido (*Direito Administrativo Geral, Tomo III*, D. Quixote, 2004, p. 194).

Este é, também, o fundamento último da estabilidade dos atos consolidados.

A proibição de revogação impõe-se “*sob pena de violação dos princípios da tutela da confiança e do respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos particulares, bem como o da função estabilizadora dos atos administrativos*” (Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, 2ª edição, D. Quixote, 2009, p. 205, sem destaques no original).

Freitas do Amaral é ainda mais explícito: “(...) *as pessoas a quem tais posições jurídicas foram conferidas têm de poder confiar na palavra dada pelos órgãos administrativos e têm de poder desenvolver a sua vida jurídica com base nas posições jurídicas de que são legitimamente titulares. (...) A tendencial irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos ou constitutivos de interesses legalmente protegidos traduz, pois, a aplicação do princípio da confiança em relação aos atos administrativos*” (Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo, Volume II*, Almedina, 2011, p. 479 e 480)

A omissão, da ANACOM, de revisão das velocidades de referência em 2016, é mesmo um “exemplo de escola” da violação do princípio da boa-fé: Mário Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e J. Pacheco de Amorim sustentam que um “*caso em que deveria considerar-se a hipótese de invalidade de uma atuação administrativa contraditória com as expectativas criadas pela Administração a um interessado seria a de se ter praticado um ato prévio sobre certa situação de (des)condicionamento administrativo da atividade que ele pretende levar a cabo, serem cumpridos os condicionalismos postos para poder obter o efeito condicionado, e, depois, ao verificar esse cumprimento, a Administração praticar um novo ato condicionando tal efeito a novas (ou até contraditórias) condições. Então, se tratar de verdadeiras condições da sua lavra (e não de uma conditio legis ou juris), tal ato seria ilegal por violação do princípio da boa-fé – embora seja verdade que a sua ilegalidade derivaria também da proibição (...) de*

revogação de atos constitutivos de direitos (ou interesses legítimos) que sejam legais” (Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª edição, Almedina, 1997, pp. 114 e 115).

Mutatis, mutandis, é isto que se propõe fazer a ANACOM – praticou um ato prévio sobre certa situação de condicionamento administrativo (a revisão das velocidades de referência e a sua periodicidade); e, quando se cumpriram os condicionalismos postos para obter o efeito condicionado (quando se atingiu a data da primeira revisão), pretende praticar um novo ato, sujeitando a revisão de velocidades a contraditórias condições, muito prejudiciais para os legítimos interesses da MEO.

1.8. No caso da MEO, o princípio da proteção da confiança sai – se a ANACOM mantiver, na Deliberação final, o sentido de decisão ora proposto – violado de forma especialmente reforçada e gravosa. Isto porque a MEO só não impugnou a Deliberação de 03.03.16 por ter legitimamente confiado na palavra do Regulador, por ter acreditado, de boa-fé, que a velocidade de referência que esta Deliberação lhe impôs seria revista ainda em 2016, assim se minorando os efeitos especialmente discriminatórios da imposição em causa e o seu caráter manifestamente desproporcional e desconforme com o quadro legal aplicável. Se a MEO tivesse podido sequer supor que a velocidade de referência imposta na Deliberação de 03.03.2016 se manteria até 2018, teria reagido contra esta Deliberação, que sempre considerou e continua a considerar ilegal. E a forma como a expectativa da MEO quanto à eficácia temporal da imposição de uma velocidade de referência saíria defraudada é especialmente gritante em virtude de, na própria Deliberação de 03.03.2016 (cf. ponto 2), a ANACOM ter voltado a afirmar o ano 2016 como o ano da primeira revisão das velocidades de referência, não tendo assim dado o mais leve sinal, o menor indício de que, dois meses depois, iria dar o dito por não dito e propor impor que, afinal, as velocidades de referência só fossem revistas em 2018.

1.9. Por todos estes motivos não pode deixar de considerar-se que a alteração, de 2016 para 2018, do calendário de revisão das velocidades de referência associadas ao cumprimento das obrigações de cobertura é proibida, não podendo assim ser determinada pela ANACOM.

2. Considerações adicionais

2.1. Sem prejuízo de a MEO entender que as considerações tecidas no ponto anterior desta pronúncia – e que colocam uma eventual adoção pela ANACOM da determinação proposta no

Projeto de Decisão no plano da ilegalidade – bastam para que tal determinação não possa ser adotada, esta empresa gostaria, ainda assim, de transmitir alguns comentários adicionais.

- 2.2. O primeiro, prende-se com o princípio da previsibilidade da regulação, invocado pela ANACOM no Projeto de Decisão.

Afirma efetivamente o Regulador, em justificação da determinação que pretende impor, que é seu dever adotar princípios de regulação proporcionais, objetivos e transparentes, e *promover a previsibilidade da regulação, garantindo uma abordagem regulatória coerente e com períodos de revisão apropriados*. A MEO subscreve, naturalmente, esta afirmação da ANACOM.

- 2.3. Sucede porém que o argumento invocado pela ANACOM de que “(...) a revisão das velocidades de referência em momento anterior a 2018 importaria uma perturbação excessiva e desproporcional, mas também desnecessária, pois afetaria as decisões de investimento e o próprio processo de implementação das ações desenvolvidas pelas empresas com vista ao cumprimento das obrigações de cobertura nos prazos a que se encontram adstritas (...)” é profundamente falacioso. Com efeito, e como se demonstra com o caso da MEO, as decisões de investimento da empresa foram tomadas dentro do quadro de previsibilidade regulatória criado pelas Deliberações de 21.03.2014 e de 03.03.2016, i.e., tomando como certo que, até 31 de maio do corrente ano, a MEO iria enviar uma nova lista ordenada de clientes e que as velocidades de referência seriam revistas em conformidade (previsivelmente nos dois meses seguintes).

Por outras palavras, os operadores estão na posse de toda a informação que lhes permite antecipar quais as alterações decorrentes da revisão das velocidades determinada pela Deliberação de 21.03.2014, pelo que uma tal revisão nunca poderá constituir uma perturbação excessiva e desproporcional, nem afetar as decisões de investimento (como se estas já não tivessem sido tomadas tendo em conta a expectativa – *rectius*, o direito legalmente protegido – de revisão das velocidades nos prazos fixados desde 2014!).

Nestes termos, ao contrário do que defende a ANACOM, o Projeto de Decisão desrespeita, isso sim, e de forma flagrante, o princípio de previsibilidade regulatória que deve pautar a atuação do regulador.

- 2.4. A MEO gostaria ainda de salientar que a intenção da ANACOM em adiar a primeira revisão das velocidades de referência por dois anos choca frontalmente com o objetivo de permitir “(...) que os clientes que acedam à banda larga móvel nas freguesias a cobrir o possum fazer com base

numa velocidade de transmissão que, por um lado, não esteja desfasada daquela que está associada às ofertas disponibilizadas a nível nacional e, por outro, não constitua um encargo excessivo e desproporcional para cada empresa.”

Efetivamente, só através do processo de revisão das velocidades de referência é que a ANACOM pode determinar se as velocidades atualmente fixadas (a partir de listas de ofertas ordenadas à data de 31.03.2014) estão desfasadas ou não daquelas que são atualmente disponibilizadas a nível nacional. Ao adiar o processo por dois anos, a ANACOM admite a possibilidade das freguesias alvo das obrigações de cobertura serem servidas com velocidades de transmissão significativamente desfasadas das que estão atualmente disponíveis no resto do território nacional.

- 2.5. Acresce que, se a primeira revisão das velocidades de referência ocorrer apenas em 2018 e a MEO for obrigada a cumprir um plano de investimentos de cobertura tendo por base uma velocidade de referência (43,2 Mbps) desfasada da que por si é hoje disponibilizada a nível nacional (por ter sido definida a partir de listas de ofertas ordenadas à data de 31.03.2014 e não a partir de listas de ofertas atualizadas, e por não atender às velocidades que os clientes da MEO experienciam normalmente e podem esperar atingir, mas sim àquelas que a rede permite tecnicamente atingir em raras condições perfeitas de utilização), o encargo daqui decorrente não poderá deixar de ser considerado excessivo e desproporcional, conforme a MEO já expôs em ocasiões anteriores.

Recorde-se a este respeito que, conforme a MEO teve já oportunidade de referir no Capítulo de Enquadramento, supra, é hoje claro que a velocidade de referência que foi imposta à MEO, muito superior à que foi imposta aos seus concorrentes, resulta, não da circunstância de a MEO efetivamente oferecer a nível nacional velocidades superiores às destes operadores, mas antes, e exclusivamente, do facto de a MEO ter optado por anunciar as velocidades máximas e médias que foram registadas na rede¹. Por outras palavras, à MEO foi imposta uma velocidade de referência em determinadas freguesias muito superior à dos seus concorrentes, não por esta empresa disponibilizar no mercado ofertas com velocidades superiores às da NOS ou às da Vodafone, mas por ter optado por uma *estratégia de comunicação ao público em geral das velocidades máximas associadas às ofertas de banda larga móvel* diferente da dos seus concorrentes.

¹ Pode efetivamente ler-se na Deliberação de 03.03.2016: “*Sucedo que, enquanto os outros operadores anunciam como velocidade máxima e média associada às suas ofertas de banda larga móvel os resultados alcançados através de medições efetuadas à rede em condições normais de utilização, a MEO optou por anunciar as velocidades máximas e médias que foram registadas na rede*”.

Como tal, se a primeira revisão das velocidades de referência ocorrer apenas em 2018, não será permitido à MEO – que entretanto, confiando na palavra e na interpretação do Regulador, adequou a sua “estratégia de comunicação ao público” das velocidades máximas associadas às ofertas de banda larga móvel – ver já em 2016 a sua velocidade de referência ser ajustada àquela que é a realidade da oferta disponibilizada pela empresa a nível nacional, circunstância da qual resulta a imposição à MEO de um encargo manifestamente excessivo e desproporcional.

- 2.6. Adicionalmente, ao manter, até 2018, uma velocidade de referência baseada em listas de ofertas ordenadas à data de 31.03.2014, a ANACOM violará, senão a letra, pelo menos o espírito da disposição contida no n.º 7 do artigo 34º do Regulamento do Leilão que, ao impor que a revisão do débito máximo seja realizada “a cada dois anos” obviamente não pretende que um determinado débito máximo se mantenha com base em informação obtida quatro anos antes (que é o que sucederá se a ANACOM só proceder, em 2018 à revisão de velocidades de referência impostas com base em informação datada de março de 2014).
- 2.6. Finalmente, não pode deixar de ser salientado o absurdo que resultará de uma revisão das velocidades de referência apenas em 2018: as 160 freguesias da MEO serão cobertas com uma velocidade de transmissão francamente superior à que a MEO disponibiliza aos seus clientes no resto do país, o que não faz qualquer sentido, nem económico, nem regulatório, nem atinge os objetivos estabelecidos no Regulamento do Leilão porque, ao invés de garantir que *“os clientes que acedam à banda larga móvel nas freguesias a cobrir o possam fazer com base numa velocidade de transmissão que, por um lado não esteja desfasada daquela que está associada às ofertas disponibilizadas a nível nacional e, por outro, não constitua um encargo excessivo e desproporcional para cada empresa”*², conduz a que os clientes que acedam à banda larga móvel nas freguesias a cobrir pela MEO (i) o façam com base numa velocidade de transmissão substancialmente desfasada da disponibilizada a nível nacional e (ii) à custa de encargos adicionais para a MEO, que não podem deixar de se considerar excessivos e desproporcionais (para além de discriminatórios face aos demais operadores móveis, seus concorrentes).
- 2.7. Uma nota final para registar que a MEO não pode deixar de se questionar sobre qual é a real motivação da ANACOM com a adoção do Projeto de Decisão. A MEO não compreende a sua extemporaneidade e o facto de o Regulador só agora revelar a sua intenção de adiar por dois

² Cf. parágrafo 2. da Deliberação de 21 03 2014 (página 7, sem realce no original).

anos o processo de revisão de velocidades quando, não só antes não deu qualquer indício de que o pretendia fazer, como há apenas dois meses reafirmou que a primeira revisão ocorreria em 2016. A MEO não compreende por que motivo pretende agora a ANACOM impor, até 2018, velocidades de referência que já hoje estão muito desfasadas da data de referência (31.03.2014) quando, poderia, em cumprimento daquilo a que se auto vinculou, impor em 2016 velocidades de referência ajustadas a uma data de referência próxima (31.03.2016). A MEO não compreende como pode a ANACOM, conhecendo os passos que a MEO já deu para anular, com a revisão prevista para 2016, a disparidade existente entre a velocidade de referência que lhe foi fixada e a que foi fixada à NOS e à Vodafone – que, como se viu, não resulta de motivos reais relacionados com as velocidades efetivas oferecidas pelos diversos operadores, mas de motivos artificiais relacionados com diferentes “estratégias de comunicação” – adotar uma decisão que manterá, até 2018, velocidades de acesso à banda larga nas 160 freguesias a cobrir pela MEO, que não refletem qualquer diferença real entre a MEO e os outros operadores, quando tal pode ser evitado através do mero cumprimento do calendário fixado pelo Regulador na Deliberação de 21.03.2014 e reafirmado na Deliberação de 03.03.2016. Calendário esse ao qual a ANACOM se vinculou e que não pode agora alterar.

IV. Conclusões

1. A alteração, de 2016 para 2018, do calendário de revisão das velocidades de referência associadas ao cumprimento das obrigações de cobertura é proibida por diversos motivos, não podendo por isso ser determinada pela ANACOM.
2. É proibida, em primeiro lugar, porque, nos termos do CPA, é ilegal revogar um ato constitutivo de direitos e não pode deixar de ser entendido que, através da Deliberação de 21.03.2014, a ANACOM atribuiu à MEO e aos demais operadores o direito de verem as velocidades de referência revistas, direito esses que foi (re)confirmado pelo Regulador através da Deliberação de 03.03.2014. Na esfera jurídica da MEO constitui-se assim o direito de ver a velocidade de referência especialmente gravosa que lhe foi imposta pela Deliberação de 03.03.2016 ser revista ainda em 2016 e esse direito não pode agora ser suprimido por não se verificarem os pressupostos de que depende a legalidade da revogação de atos administrativos constitutivos de direitos.
3. É proibida, em segundo lugar, porque, mesmo que se entenda que a Deliberação de 21.03.2014 é um regulamento, e não um ato administrativo – questão sobre a qual a MEO se abstém de se

pronunciar dada a sua irrelevância para o caso *sub judice* – a conclusão é equivalente uma vez que, também nos termos do CPA, os regulamentos não podem ser derogados por ato administrativo de caráter individual e concreto.

4. É proibida, em terceiro lugar, porque, independentemente da qualificação jurídica que se faça relativamente à natureza e efeitos da Deliberação de 21.03.2014, por um lado, e da determinação contida no Projeto de Decisão, por outro, verdade é que a ANACOM, no mínimo, se auto vinculou a rever as velocidades de referência em 2016, tendo-o feito com especial intensidade, em virtude de ter renovado esta auto vinculação através da recente Deliberação de 03.03.2016. Tendo ocorrido esta auto vinculação, a ANACOM só pode alterar o seu posicionamento excecionalmente, quando for possível identificar um motivo sério e superveniente de interesse público, que justifique a alteração da posição anteriormente assumida, motivo esse que não existe no caso presente.
5. É proibida, em quarto lugar, porque, seja qual for o ângulo pelo qual se aborde a questão, é inequívoco que a atuação proposta no Projeto de Decisão viola o princípio da boa-fé (em especial na sua dimensão de proteção da confiança), consagrado no artigo 10º do CPA, sendo esse, de resto, o fio condutor que leva a que a alteração do calendário de revisão das velocidades de referência que a ANACOM propõe seja proibida. No caso da MEO, os princípios da boa-fé e da proteção da confiança saíam – se a ANACOM mantivesse, na Deliberação final, o sentido de decisão proposto no Projeto de Decisão – violados de forma especialmente reforçada e gravosa, em virtude de a MEO só não ter impugnado a Deliberação de 03.03.16 por ter legitimamente confiado na palavra do Regulador, por ter acreditado, de boa-fé, que a velocidade de referência que esta Deliberação lhe impôs seria revista ainda em 2016, assim se minorando os efeitos especialmente discriminatórios da imposição em causa e o seu caráter manifestamente desproporcional e desconforme com o quadro legal aplicável.
6. Uma tal atuação da parte da ANACOM violaria ainda, de forma flagrante, o princípio da previsibilidade da regulação, invocado pelo próprio Regulador no Projeto de Decisão, uma vez que as decisões de investimento da MEO foram tomadas dentro do quadro de previsibilidade regulatória criado pelas Deliberações de 21.03.2014 e de 03.03.2016, i.e., tomando como certo que, até 31 de maio do corrente ano, a MEO iria enviar uma nova lista ordenada de clientes e que as velocidades de referência seriam revistas em conformidade.
7. Como violaria também o princípio da proporcionalidade – que deve pautar toda a atuação do Regulador – tendo em atenção que, se a primeira revisão das velocidades de referência ocorrer apenas em 2018, não será permitido à MEO (que entretanto, confiando na palavra do Regulador,

alterou a sua “estratégia de comunicação ao público” das velocidades máximas associadas às ofertas de banda larga móvel) ver já em 2016 a sua velocidade de referência ser ajustada àquela que é a realidade da oferta disponibilizada pela empresa a nível nacional, circunstância da qual resulta a imposição à MEO de um encargo manifestamente excessivo e desproporcional.

8. Da manutenção, até 2018, de uma velocidade de referência baseada em listas de ofertas ordenadas à data de 31.03.2014, resultaria ainda a violação da disposição contida no n.º 7 do artigo 34º do Regulamento do Leilão que, ao impor que a revisão do débito máximo seja realizada “a cada dois anos” pretende garantir que um determinado débito máximo não se mantenha com base em informação obtida quatro anos antes, que é justamente o que sucederia se a ANACOM só procedesse, em 2018 à revisão de velocidades de referência impostas com base em informação datada de março de 2014.