
**CONSULTA PÚBLICA SOBRE O PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA
LICENÇA ATRIBUÍDA À RADIOMÓVEL RESPEITANTE À
PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÓVEL COM RECURSOS
PARTILHADOS (SMRP)**

OPTIMUS TELECOMUNICAÇÕES, S.A.

30 Junho de 2003

QUESTÃO 1 – INÍCIO DE PRESTAÇÃO DO SMRP COM RECURSO AO CDMA

Na perspectiva do potencial interesse que os novos serviços inerentes ao sistema tecnológico CDMA têm para o mercado, que comentários se oferecem relativamente à hipótese de prorrogar o início da exploração desta tecnologia e, conseqüentemente, de adiar o processo previsto da migração dos sistemas actualmente em uso – MPT 1237/43 e TETRA?

Em síntese, a posição da Optimus nesta questão é a de que:

- 1) Não se verifica o pressuposto assumido como fundamento essencial da atribuição do direito de utilizar a tecnologia CDMA e respectivo espectro, que foi o da possibilidade de antecipar a disponibilidade, no mercado, de desenvolvimentos tecnológicos;
- 2) Já estão disponíveis no mercado serviços e funcionalidades idênticos (e até melhores) àqueles que foram preconizados para os serviços SMRP na tecnologia CDMA;
- 3) A atribuição e o procedimento de atribuição à Radiomóvel do direito de utilizar frequências disponíveis para a tecnologia CDMA provocaram uma distorção grave das condições de concorrência nos mercados das redes e serviços ditos 3G e uma violação dos pressupostos económicos em que assentou o concurso para a atribuição de licenças UMTS em termos que o mercado exige sejam corrigidos.

Por estas razões, a seguir desenvolvidas, não existe interesse potencial para o mercado nos *novos serviços inerentes ao sistema tecnológico CDMA* que justifiquem uma prorrogação do início da exploração desta tecnologia e o processo de migração em causa, nem tão-pouco tal prorrogação seria possível sem violação da lei.

1) Não verificação do pressuposto da possibilidade de antecipação tecnológica

Em 2002 a Radiomóvel fundamentou o pedido de alteração da licença ICP-012/TCM na ineficiência do sistema analógico, no lento desenvolvimento do sistema TETRA e, conseqüentemente, na necessidade de ser autorizada a utilizar rapidamente uma tecnologia (mais desenvolvida) que permitisse viabilizar o mercado de *trunking*, a saber o sistema CDMA.

Como se pode verificar no relatório do processo administrativo tendente à alteração da licença atrás referida, a ANACOM manifestou sérias reservas às considerações feitas pela requerente acerca do grau e velocidade de desenvolvimento das tecnologias TETRA e CDMA, tendo considerado «...*excessiva a ideia de que o sistema TETRA está “parado” face a uma evolução florescente do novo sistema [CDMA]...».*

Na sua análise, a ANACOM notou ainda que a autorização da utilização da tecnologia CDMA e a respectiva atribuição de frequências representaria um desvio das políticas de harmonização da utilização de espectro que tem sido promovida a nível europeu, bem como da utilização de tecnologias normalizadas internacionalmente.

Perante isto, apenas o compromisso do rápido lançamento da oferta comercial baseada na tecnologia CDMA pela Radiomóvel justificaria a posição da ANACOM favorável ao deferimento do pedido de *alteração* da licença ICP –012/TCM, no sentido de a Radiomóvel ser autorizada a utilizar a tecnologia CDMA para a prestação do SMRP e do deferimento do pedido de atribuição do necessário espectro radioelétrico.

O pedido de prorrogação agora apresentado pela Radiomóvel demonstra que a razão fundamental que justificou a adopção daqueles dois actos, ainda mais em antecipação à conclusão dos trabalhos em curso nas instâncias internacionais, não se confirmou: nem foram introduzidos no mercado os prometidos serviços inovadores em antecipação do desenvolvimento de outras tecnologias, nem a tecnologia foi utilizada com a rapidez e urgência que se reclamou ser necessária para viabilizar a empresa requerente.

Aliás, prorrogação da data de início da exploração da actividade consubstanciaria a própria negação dos pressupostos que estiveram na origem dos actos de atribuição de

espectro e de *reemissão* de licença, pressupostos que, pelo simples decurso do tempo, se tornaram irremediavelmente impossíveis.

2) Existência, no mercado, de serviços e funcionalidades idênticas e eventualmente melhores que as preconizadas pela Radiomóvel para o SMRP baseado no CDMA

Os serviços suportados (em particular os serviços inteligentes de dados) pelo sistema CDMA podem ser substituídos por serviços semelhantes, através das redes SMT actualmente em operação, recorrendo à tecnologia GPRS e EDGE.

Desenvolvimentos recentes de aplicações de software "*Push-To-Talk*" para GSM/GPRS¹ permitem alargar as ofertas suportadas em GSM, ao permitir nomeadamente a comunicação interactiva por voz com grupos de contactos e informação de presença.

Comprovando a capacidade do SMT para o efeito, verifica-se que, actualmente, já são disponibilizados serviços que suprem as necessidades de "clientes de serviços PAMR", das quais destacamos, no caso da Optimus:

- ✓ Sistema de Alerta Optimus, para Corporações de Bombeiros;
- ✓ Gestão de Tarefas e Recursos, para a gestão de equipas móveis, incluindo informação de localização GPS, serviços "dispatch" e mensagens pré-programadas;
- ✓ Gestão de Frotas Optimus, destinada à gestão integrada de frotas de veículos através de centro de controlo, com informação de localização GPS e telemetria;
- ✓ Rede Privada Virtual, para comunicação dentro de grupo fechado de utilizadores (grupo configurável em consola de gestão e possibilidade de autorização de chamadas para outros destinos fora da Rede Privada);
- ✓ Gestão de Máquinas de *Vending*, para gestão integrada de parque de máquinas de *vending*;
- ✓ Prioridade no acesso à rede em caso de congestão, por exemplo, para corporações de bombeiros ou de polícia;

¹ Vide <http://www.fastmobile.com> e <http://www.sonimtech.com>

- ✓ Serviços de localização em qualquer terminal GSM, baseado em triangulação e "time advance" na rede GSM (em paralelo com soluções que podem integrar tecnologia de localização GPS);
- ✓ Soluções de Telemetria, como por exemplo para medição e controlo de nível e qualidade da água pelo Instituto Nacional da Água.

As funcionalidades e os serviços suportados em GSM serão, além do mais, potenciadas com a tecnologia UMTS.

Neste contexto, a prorrogação em análise é até susceptível de entravar o desenvolvimento destes serviços mais avançados e que oferecem maiores níveis de qualidade e de agravar as condições de sustentabilidade do desenvolvimento das redes e serviços UMTS. Isso mesmo resulta da desigualdade de condições de acesso à actividade aplicadas à operação na tecnologia UMTS (e também GSM/GPRS) por comparação com as condições de operação propiciadas aos serviços SMRP sob CDMA.

A falta de justificação, de um ponto de vista do interesse para o mercado, para a prorrogação em análise resulta também da circunstância de, contrariamente ao que pretende a Radiomóvel, mesmo a tecnologia TETRA permitir suportar serviços de *trunking* avançados.

Com efeito, é o competitivo mercado de serviços SMRP do Reino Unido (29 operadores com tecnologia TETRA) indica que o sistema digital TETRA não está condenado ao insucesso, nem tecnologicamente ultrapassado. Efectivamente, no Reino Unido, o mesmo accionista da Radiomóvel – a Inquam - presta serviços SMRP sobre a marca "*Dolphin*", invocando precisamente a tecnologia TETRA como argumento comercial diferenciador e valioso:

«Clear, instant communication.

*We are the only company in the UK able to provide **all the advantages of the new, digital mobile communications technology called TETRA.** (TETRA is a standard defined by the European Telecommunications Standard Institute.)*

While TETRA combines various features of analogue two-way radio and mobile cellular telephony, it has advantages over both. Because the network is digital, voice communication is clearly audible even in the noisiest of environments – like building sites.

Using the ‘press to talk’ button on the handset, you’re connected in half a second. So you can give a brief message and finish the call in the time it takes just to dial a mobile phone number.²

Consequentemente, a efectiva oferta de *novos serviços* e o desenvolvimento do SMRP não estão dependentes da utilização da tecnologia CDMA e também por este motivo não existe interesse para o mercado que justifique a prorrogação em análise.

3) Distorção do funcionamento do mercado e ilegalidade da atribuição de frequências e da prorrogação da data de início de exploração

- i) Definição de Serviço Móvel com Recursos Partilhados (SMRP) e regime aplicável

Apenas o Regulamento de Exploração do Serviço de Telecomunicações Complementar Móvel – Serviço com Recursos Partilhados, publicado em anexo à Portaria n.º 797/92, de 17 de Agosto, definia o conceito de SMRP e descrevia as características particulares da operação deste serviço. De acordo com a Portaria n.º 797/92, de 17 de Agosto, «o SMRP é um serviço (...) caracterizado por permitir o estabelecimento de comunicações, endereçadas ou não, bidireccionais, **entre utilizadores de grupos fechados**, através de equipamentos terminais de índole não fixa (Artigo 2º). (Sublinhado nosso).

O artigo 6.º do mesmo diploma dispõe que «Os operadores licenciados para a prestação do SMRP ficam especialmente obrigados a: (...) limitar cada chamada de

² <http://www.dolphin-telecom.co.uk>

entrada e saída para o serviço fixo de telefone a um máximo de um minuto, (...) não permitir trânsito de chamadas com origem e destino no serviço fixo de telefone.

A atribuição, em 1992, de duas licenças para a prestação do SMRP em concorrência com outros serviços existentes à data (como por exemplo serviço móvel terrestre) foi feita dentro deste **condicionamento normativo** e **na sequência de concurso público**, como decorria do Decreto-Lei n.º 346/90, de 3 de Novembro³.

O artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro (que revogou o Decreto-Lei n.º 346/90) dispunha que os direitos e obrigações das entidades licenciadas ou autorizadas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 346/90 se mantinham em vigor, assim como se mantinham em vigor os regulamentos de exploração dos diversos serviços até à adopção de novos regulamentos de exploração. Assim, a Portaria n.º 797/92 terá sido tacitamente revogada pelo Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-B/99, de 30 de Julho.

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 290-B/99 deixou de existir uma definição legal específica de SMRP. Este diploma limita-se a definir o seu âmbito de aplicação aos *serviços de telecomunicações de uso público*⁴ (artigo 1.º) e a definir os serviços móveis como «*os serviços de telecomunicações nos quais o acesso do assinante é efectuado através de um sistema de índole não fixa, utilizando a propagação radioelétrica no espaço*» (artigo 2.º).

Consequentemente, e não obstante a licença da Radiomóvel continuar a reger-se pelo Regulamento do Concurso Público e pelas disposições constantes do Caderno de Encargos para a atribuição de licenças do SMRP, o diploma que definia o conceito de SMRP de acordo com o conceito generalizado de prestação de serviços a **grupos fechados de utilizadores** foi revogado e o actual quadro jurídico deixou de enformar de forma particular o SMRP.

³ Definia o regime do estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas e da prestação de serviços de telecomunicações complementares

⁴ Telecomunicações de uso público: as destinadas ao público em geral; telecomunicações privadas: as destinadas ao uso próprio ou a um número restrito de utilizadores, cf Lei nº 91/97, de 1 de Agosto (Lei de Bases)

Neste momento, não são claros os direitos e obrigações das entidades habilitadas para a prestação deste serviço móvel: a ANACOM parece reter como válida a definição de SMRP ao mesmo tempo que afirma terem sido eliminadas certas características da regulamentação deste serviço, como a limitação da duração das chamadas com o serviço fixo de telefone (SFT) e as condições de interligação de que deste serviço deixaram de ser válidas.

Fica assim patente a necessidade de a ANACOM esclarecer o mercado definindo com clareza o conceito e o regime de SMRP. Tal deverá ser feito à luz e com respeito do enquadramento regulamentar que resultar da transposição das Directivas que integram a Revisão 99 e em particular da Directiva Autorizações, com todas as consequências associadas a tal enquadramento (e que serão referidas no final, nos *Comentários Adicionais*).

Certo é que a modificação do enquadramento regulamentar ocorrida no passado (na sequência da adopção da Lei de Bases 91797) não pode ser entendida como um instrumento suficiente para alargar administrativamente e *had hoc* os direitos de algumas entidades quando se trata de atribuir direitos de utilização de bens escassos do domínio público, cujo acesso deve elementar e estrita obediência ao princípio da igualdade.

Mesmo não se tratando de aceder ao espectro radioelétrico, importa recordar que depois da eliminação legal do monopólio legal da concessionária no domínio do estabelecimento, gestão e exploração de infra-estruturas de telecomunicações, nomeadamente no que diz respeito à prestação do serviço fixo, os prestadores de serviços de transporte de voz em grupos fechados de utilizadores não viram estendidos os seus direitos à prestação do serviço fixo de telefone por mera modificação dos títulos que até então os habilitavam a prestar serviços a grupos fechados de utilizadores. Todas as entidades que pretendiam prestar um serviço sem as limitações que decorriam da exclusividade de prestação do SFT pela concessionária do serviço público de telecomunicações tiveram que se sujeitar a um processo de licenciamento autónomo, passando a beneficiar de direitos e a estar sujeitos a obrigações decorrentes do novo acto de licenciamento.

ii) As tecnologias de 3G: CDMA vs UMTS

No relatório do Processo Administrativo tendente à alteração da licença da Radiomóvel ocorrida em Março de 2002 a que a Optimus teve acesso, a própria ANACOM reconheceu que o sistema CDMA é uma tecnologia de 3G tal como o sistema UMTS, permitindo funcionalidades similares.

Para além disso a ANACOM admitiu que a operação da tecnologia CDMA na banda dos 450 – 470 MHz permite a cobertura do país de forma rápida e com um número reduzido de estações.

A título ilustrativo do que atrás dito atente-se nos excertos retirados do referido relatório:

Estamos em presença de uma tecnologia de banda larga para voz e dados de alta velocidade que assenta no CDMA 2000 (evolução do CDMA One (IS-95)), um dos standards terrestres IMT-2000 aprovado pela UIT.

Inicialmente são esperadas velocidades de transmissão da ordem de 153 kbps, podendo atingir-se no futuro 2,4 Mbps.

A faixa de frequências utilizada permitirá assegurar cobertura rápida e eficiente do país, com recurso a um número limitado de estações de base.

In Processo Administrativo sobre alteração da licença da Radiomóvel

Com efeito, do ponto de vista técnico ambas as tecnologias permitem a oferta da mesma gama de opções e funcionalidades ao consumidor final, sendo que o CDMA exige um investimento bastante mais reduzido em infra-estruturas de rede do que o GSM ou UMTS.

Com vista a ilustrar as diferenças de investimento de um operador GSM/UMTS e um operador SMRP, apresentamos no Anexo 1 (confidencial) uma tabela comparativa do número de estações necessárias para proporcionar cobertura em diferentes ambientes de propagação, bem como do respectivo investimento, tido em valores estimados (confidenciais).

De resto este entendimento é corroborado por outras Autoridades Reguladoras Nacionais, também plasmado em comentários de operadores europeus.

Assim, na resposta ao processo de revisão do Espectro Independente levada a cabo pela *Radio Spectrum Management* – Autoridade Inglesa que regula as frequência rádio – o OFTEL equipara as tecnologias UMTS e CDMA enquanto tecnologias de 3G e salienta a relevância da tecnologia CDMA no contexto da evolução do sistema GSM, a mais utilizada tecnologia de telecomunicações públicas móveis.

Por outro lado, na recente consulta levada a cabo pela Autoridade Francesa, no tocante à alteração da autorização da *Dolphin Telecom* de modo a poder estabelecer e operar uma rede digital móvel (PMR), de utilização pública, foram várias as entidades que indicaram a similitude de funcionalidades entre as tecnologias UMTS e CDMA, sendo ambas tecnologias de 3G, ou seja, permitindo soluções acrescidas às possíveis com tecnologias de 2G, de que é exemplo máximo, a tecnologia GSM, como se vem referindo.

Se considerarmos ainda que (i) a *Zapp Mobile*, operador Romeno no qual a *Inquam*, accionista da Radiomóvel, detém 99,5% das acções, foi lançada em Dezembro de 2001 como operador de 3G recorrendo à tecnologia CDMA 2000 na banda dos 450 MHz; (ii) a *Zapp Mobile* cobre mais de 95% da população com uma oferta global de sucesso no mercado empresarial e está a lançar-se a nível do mercado residencial, anunciando-se como um operador de 3G, não é de todo despiciendo considerar que a Radiomóvel poderá acalentar expectativas de se tornar a prazo um operador de serviços móveis idêntico aos operadores GSM/UMTS, tendo beneficiado de condições de entrada no mercado inegavelmente mais vantajosas. É impensável que tal situação seja patrocinada pelo ICP – ANACOM.

iii) Processo de Licenciamento UMTS vs CDMA

Como ficou demonstrado, as tecnologias UMTS e CDMA são ambas tecnologias de 3G. Assim sendo, terão que merecer um tratamento jurídico-administrativo similar sob pena de serem violados os princípios da igualdade e da justiça.

Surpreendentemente, os processos de licenciamento de utilização e operação destas tecnologias mereceram, por parte do Regulador e do Governo um tratamento diferenciado, que não encontra qualquer base legal nem económica justificantes, antes contrariam os princípios de Direito que enquadram o sector das Telecomunicações e as condições de desenvolvimento da Indústria e da concorrência.

O processo de licenciamento da tecnologia UMTS foi alvo de um tratamento específico, que culminou na aprovação do Regulamento do Concurso Público para atribuição de quatro licenças de âmbito nacional para os sistemas de telecomunicações móveis internacionais (IMT2000/UMTS), mediante a utilização de 2 x 15 MHz de espectro emparelhado nas faixas 1920-1980 MHz/2110-2170 MHz e 5 MHz de espectro não emparelhado na faixa 1900-1920 MHz, para cada uma das licenças, nos termos da Portaria n.º 532-A/2000, de 31 de Julho. Aí se disciplinou o regime de acesso à tecnologia UMTS.

Posteriormente, o Governo viria, ainda, a exigir o pagamento de uma taxa de atribuição das frequências para utilização da tecnologia UMTS, no valor de € 100 000 000, nos termos da Portaria n.º 532-B/2000, também de 31 de Julho.

No caso da OPTIMUS, à semelhança do sucedido com as restantes entidades vencedoras do concurso público, o procedimento de licenciamento de UMTS consubstanciou a emissão de uma licença distinta daquelas que já detinha no âmbito de outras tecnologias, cujo exemplo máximo é a licença de operação da tecnologia GSM. Além disso, implicou um custo considerável no que concerne ao pagamento da referida taxa de atribuição das frequências, assim como a assumpção de compromissos adicionais, como sejam, a contribuição para a promoção da Sociedade da Informação.

Mais: as exigências de cobertura de rede impostas aos operadores vencedores do concurso UMTS são incomparavelmente mais exigentes.

O procedimento de licenciamento da tecnologia CDMA, por seu turno, foi conduzido de forma completamente distinta. Assim, não só não existiu (ou existe) qualquer tratamento legislativo sobre o licenciamento específico da tecnologia CDMA, como se entendeu que tal não era necessário, sendo bastante a alteração de uma licença já existente de modo a proceder-se à atribuição de frequências adicionais para operação da tecnologia CDMA.

No caso específico da Radiomóvel, o procedimento de licenciamento desta tecnologia consubstanciou-se, não num procedimento autónomo e específico, à semelhança do que sucedeu com a tecnologia UMTS mas, numa *alteração* à licença de SMRP, já detida por esta entidade.

Acresce a isto que a esta alteração na licença de SMRP, de modo a estender o seu âmbito à tecnologia CDMA, não foi aplicada qualquer taxa semelhante à aplicada à atribuição das frequências de utilização da tecnologia UMTS. Não incorreu, por isso, a Radiomóvel em qualquer custo adicional com a extensão da licença à tecnologia CDMA.

Assim, para além da vertente jurídico-administrativa, à qual voltaremos mais adiante, o procedimento de licenciamento e o regime de taxas aplicados a estas duas tecnologias que permitem oferecer serviços e funcionalidades em situação de concorrência foi completamente distinto e incomparavelmente mais oneroso para o acesso à tecnologia UMTS e respectivo espectro.

Esta desigualdade de condições de acesso ao mercado é geradora de distorções graves de concorrência no mercado susceptíveis de agravar as condições de desenvolvimento de ofertas de 3G suportadas na tecnologia UMTS em termos que globalmente prejudicam o mercado.

A Optimus não perscruta as razões que terão conduzido à decisão da ANACOM tanto mais que a análise técnica efectuada pelos serviços técnicos da ANACOM salientou, como referido acima, vários argumentos que apontavam para uma decisão contrária.

As atribuições estatutariamente cometidas à ANACOM impunham de facto uma recomendação à tutela de indeferimento do pedido da Radiomóvel.

A discriminação nos modos e custos associados ao licenciamento para a exploração de duas tecnologias de 3G (CDMA vs UMTS) violou os pressupostos económicos em que assentou o modelo do concurso público de atribuição das licenças UMTS e não constitui uma forma de promover a competitividade e o desenvolvimento nos mercados das comunicações, nem, conseqüentemente, de proteger o interesse dos consumidores.

Acresce que o CDMA 450 não é um sistema *standard*, estando actualmente em discussão a nível da CEPT a adopção do *standard* internacional para sistemas de *trunking* de banda larga. Conseqüentemente, o sentido da recomendação da ANACOM afasta-se da normalização técnica cuja promoção lhe compete de acordo com os seus Estatutos e poderá colocar em causa a eficiente gestão do espectro que cabe à ANACOM.

A decisão da ANACOM levanta questões adicionais, designadamente no que concerne a salvaguarda da compatibilidade com sistemas que futuramente venham a ser adoptados como *standard* para o serviço de *trunking*, provocando uma ocupação do espectro com um sistema que poderá nunca ser tomado como *standard* impedindo a sua afectação a outros sistemas.

Finalmente, fica por resolver a questão de saber como acomodar todos os possíveis pretendentes ao uso da mesma banda de frequência em regime de livre acesso, que foi o preconizado e aplicado à Radiomóvel.

As implicações jurídico-legais da preterição de concurso público e da violação do princípio da igualdade na atribuição de frequências à Radiomóvel para operar na tecnologia CDMA serão desenvolvidas nos *Comentários Adicionais*.

QUESTÃO 2 – IMPLEMENTAÇÃO DE INFRA-ESTRUTURAS

Considera que as metas de implementação propostas condicionam negativamente a efectiva oferta de novos serviços e o desenvolvimento na área do SMRP?

Não obstante o conceito de SMRP não estar claro para o mercado, sublinha-se mais uma vez que estão precisamente a ser criadas pelas instâncias internacionais competentes as condições que permitirão a oferta de novos serviços e funcionalidades e o desenvolvimento do SMRP.

Este período de tempo que medeia o momento presente e a conclusão dos trabalhos não impediu que se desenvolvessem mercados de SMRP competitivos, como é o caso já mencionado do Reino Unido onde existem 29 operadores com tecnologia TETRA e onde tudo indica que o sistema digital TETRA não está condenado ao insucesso, nem tecnologicamente ultrapassado (vide comentários supra, pág. 6).

Consequentemente, a efectiva oferta de serviços avançados e o desenvolvimento do SMRP não estão dependentes de metas de instalação de infra-estruturas de rede compatíveis com a tecnologia CDMA podendo a Radiomóvel desenvolver a sua actividade utilizando a tecnologia TETRA: a prorrogação da data de início da actividade e do processo de migração pode constituir um desincentivo ao desenvolvimento dos serviços suportados na tecnologia TETRA, como se tem feito noutros mercados.

Evidentemente que quanto se afirmou em nada colide com o facto de quaisquer metas relativas à instalação de infra-estrutura de rede terem de ser coerentes com a verificação de outras condições necessárias à oferta dos serviços, como seja a disponibilidade de terminais. De facto, a implementação de infra-estruturas de rede é condição necessária, mas não suficiente para permitir a efectiva oferta de serviços. Aliás, e como adiante se refere (a respeito da questão 4), há indícios de que os terminais (na versão base) já existiam no momento da apresentação do pedido de *alteração* da licença pela Radiomóvel.

QUESTÃO 3 – INTERLIGAÇÃO

Que benefícios emergem para os utilizadores na interligação do SMRP com outras redes e serviços de telecomunicações de uso público?

A interligação do SMRP com outros serviços terá que ser considerada no quadro do respectivo acto de licenciamento. Caso contrário, poderá ser posto em risco o equilíbrio de mercado, ele próprio condicionado pelas diferentes formas de obtenção de títulos habilitantes para a prestação dos serviços e respectivos recursos necessários, como sejam, o espectro radioelétrico e a numeração.

Do quadro que enformou a prestação do SMRP, incluindo a Portaria n.º 797/92, de 17 de Abril e o concurso público que levou à atribuição das respectivas licenças resulta como característica intrínseca ao conceito de SMRP a prestação de serviços a um grupo fechado de utilizadores e com condições muito específicas de ligação a outros serviços de comunicações.

Posteriormente, o tratamento diferenciado dado à Radiomóvel por comparação com o tratamento dado ao acesso à tecnologia e espectro UMTS, mantiveram a justificação económica para as restrições impostas à interligação do SMRP com outros serviços e redes.

Atribuir iguais condições de interligação implicaria (e corroboraria) inexoravelmente e com mais acuidade o carácter imperativo do tratamento igual no acesso ao mercado, sob pena de concorrência desleal resultante do já abundantemente referido facto de, com recurso à tecnologia CDMA 450, se poderem fornecer serviços similares aos prestados com uso das tecnologias GSM e UMTS e de a Radiomóvel ter beneficiado de condições de licenciamento e de níveis de exigência no investimento em infraestrutura incomparavelmente mais favoráveis do que as exigidas proporcionadas aos operadores daqueloutros.

Razões de carácter técnico prejudicam a possibilidade de interligação das redes de SMRP com outras redes de telecomunicações. A interligação entre redes públicas de telecomunicações e ou serviços de telecomunicações de uso público (a admitir que assistiria tal direito à Radiomóvel e na medida em que assistisse) deve respeitar, entre outros, os seguintes requisitos (Decreto-Lei n.º 415/98, de 31 de Dezembro):

- Segurança do funcionamento da rede
- Manutenção da integridade da rede
- Protecção dos dados, incluindo a protecção de dados pessoais, a confidencialidade das informações transmitidas ou armazenadas e a protecção da vida privada

Adicionalmente, deverão ser utilizadas *interfaces* técnicas de interligação devidamente normalizadas e especificadas.

Com base na informação disponível no mercado, a Optimus tem sérias reservas que um operador de SMRP possa oferecer garantias de cumprimento dos requisitos acima mencionados que permitam a conclusão do necessário Acordo Técnico para a interligação com a rede da Optimus.

Por outro lado, e no caso da Optimus, a interligação com redes de SMRP exigiria investimentos na rede que permitissem adaptar a interligação ao tipo de ligação que pudesse ser estabelecida com os serviços SMRP, facto que não poderia deixar de ser repercutido nos preços finais dos serviços em termos que permitem duvidar da vantagem económica final destes serviços.

Devido à ausência das necessárias interfaces técnicas a interligação de dados, designadamente SMS e MMS, não é possível. Como é do conhecimento da ANACOM, apenas se encontra especificada a interoperabilidade deste tipo de serviços entre as redes SMT.

De referir ainda que, tanto quanto é do conhecimento da Optimus, ao contrário do que acontece com o GSM, o SMRP não oferece a capacidade de *roaming*.

Em suma, o cumprimento das obrigações impostas e o respeito dos direitos conferidos aos vários agentes presentes no mercado de comunicações, bem como motivos de carácter técnico, não permitem a interligação do SMRP com outras redes e serviços de telecomunicações de uso público.

Em todo o caso, não se vislumbram, de momento, benefícios reais para a ligação de utilizadores de grupos fechados de utilizadores com redes e serviços de telecomunicações de uso público: ou se trata de grupos fechados de utilizadores que utilizam o serviço, ou se trata de serviço móvel prestado ao público em geral sem dependência da existência de grupos de grupos fechados de utilizadores. Também para este efeito é fundamental que seja definido o regime de exploração do SMRP.

QUESTÃO 4 – TERMINAIS

Do seu conhecimento, considera existirem terminais disponíveis no mercado que permitam assegurar o lançamento comercial dos serviços SMRP – CDMA? Fundamente.

A ausência de conceito claro do que é entendido como SMRP (em particular as condições em que o mesmo poderá ser prestado), bem como o desconhecimento da precisa versão da tecnologia CDMA que a Radiomóvel está autorizada a utilizar, impedem a adopção de uma posição definitiva sobre a existência de terminais que assegurem o lançamento comercial do SMRP – CDMA tal como a Radiomóvel o pretende fazer.

Não obstante estas limitações, a Optimus informa que:

- Já existe ampla gama de terminais com tecnologia CDMA2000 1X, nomeadamente no mercado Americano e Asiático;
- A funcionalidade "*Push-To-Talk*" será disponibilizada em terminais Samsung (terceiro maior fornecedor de terminais com tecnologia CDMA no mercado americano) a meio de 2003 com software da empresa Togabi⁵;

⁵ http://www.togabi.com/partners/partners_handsetsuppliers.shtml

- A solução "*Instant Talk*" da Ericsson disponibiliza funcionalidade "*Push-to-Talk*" sobre tecnologia CDMA2000⁶.

Mas importa sublinhar que, na realidade, a Radiomóvel parece ter induzido a ANACOM em erro fundamental acerca dos pressupostos da *modificação* da licença da Radiomóvel.

Com efeito, a Radiomóvel, no seu projecto de 1 de Fevereiro de 2002, assumiu (cf. pág. 8 do documento em Consulta) que já existiam terminais CDMA, na sua versão base (o que é bem diferente de prever que os terminais viessem a existir dentro de certo prazo, o que terá sido o caso para outros terminais mais avançados), e vem agora declarar que não existem tais terminais.

Se já existiam terminais CDMA susceptíveis de ser comercializados, então não se verifica o primeiro fundamento invocado pela Radiomóvel.

QUESTÃO 5 – TECNOLOGIAS COM FUNCIONALIDADES PAMR

Admitindo que não é possível a disponibilização, até ao primeiro trimestre de 2004, de equipamentos que permitam o desenvolvimento dos serviços/aplicações acima referidos, considera que existe outro sistema tecnológico alternativo no âmbito do PAMR que disponibilize funcionalidades semelhantes e esteja em condições de ser implementado? Comente.

A tecnologia não é um fim em si mesmo. A tecnologia em que os serviços são suportados não constitui factor de relevo para os clientes.

A ANACOM, enquanto entidade à qual foi estatutariamente cometida a atribuição de proteger o interesse dos consumidores, deverá velar pela existência de condições no mercado que fomentem a oferta de serviços inovadores que sejam percebidos

⁶ http://www.ericsson.com/products/product_selector/Inst_Talk_hpsol.shtml

pelos utilizadores como geradores de mais-valias independentemente da plataforma tecnológica sobre a qual a prestação dos serviços é assegurada. Simultaneamente, consta da esfera das atribuições da ANACOM a promoção da competitividade e o desenvolvimento nos mercados de comunicações, tal não se coaduna obviamente com o tratamento discriminatório dos agentes presentes no mercado.

Neste sentido, a actuação da ANACOM não deverá pautar-se pela necessidade de fomentar um sistema ou suporte tecnológico específico, especialmente, quando tal implique prejuízo para o equilíbrio no mercado que se desenvolve nas diferentes tecnologias.

Não deverá assim constituir preocupação da ANACOM se as funcionalidades e serviços referidos são disponibilizados no mercado através de uma tecnologia no âmbito do PAMR, mas tão-somente se os utilizadores poderão usufruir de serviços e funcionalidades semelhantes.

As funcionalidades referidas podem ser substituídas por serviços semelhantes suportados nas redes SMT actualmente em operação recorrendo à tecnologia GPRS e EDGE, como já foi referido.

Assim, remete-se a dá-se aqui por reproduzido quanto a este respeito se disse nas páginas 4 a 6 supra.

QUESTÃO 6 – COMENTÁRIOS ADICIONAIS

Medidas adequadas à reposição da legalidade e das condições de concorrência no mercado

Embora a presente Consulta tenha por objecto específico o pedido apresentado pela Radiomóvel em 9 de Maio de 2003 com vista a obter uma prorrogação do prazo do lançamento comercial da actividade com recurso ao sistema CDMA, bem como o adiamento do processo de migração das tecnologias MPT1327 e TETRA para a

tecnologia CDMA, este pedido não pode ser dissociado do processo anterior que decorreu em 2002 e que culminou na:

- Autorização da Radiomóvel utilizar o sistema CDMA para a prestação do Serviço Móvel com Recursos Partilhados (SMRP);
- Consignação à Radiomóvel de frequências adicionais na faixa 453-457,45/463-467,45 MHz, de 2 portadoras de 1,25 MHz e de espectro de guarda (540 kHz), com algumas restrições geográficas e temporais de utilização.

Considerando o enquadramento que conduziu à autorização da Radiomóvel utilizar a tecnologia CDMA e a confirmação da impossibilidade de aquela entidade lançar os serviços com base na tecnologia CDMA na data fixada, apenas o indeferimento do pedido de alteração da licença ICP – 012/TCM apresentado em 9 de Maio de 2003 pela ANACOM se apresenta como solução.

Adicionalmente, e de modo a minimizar os efeitos decorrentes de um acto errada e ilegalmente praticado no passado, a ANACOM deverá diligenciar no sentido de fazer cessar o direito de utilização da tecnologia CDMA pela Radiomóvel, bem como de recuperar as frequências consignadas à Radiomóvel para o efeito.

Neste sentido, deve ser promovida a declaração de nulidade dos dois actos acima referidos.

A preterição de concurso público, exigível pelas razões acima explanadas, consubstancia a falta de um elemento essencial do acto. Nos termos do Código de Procedimento Administrativo são nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais.

A jurisprudência mais recente densifica este conceito considerando que

«Elementos essenciais dos actos administrativos são todos aqueles que se ligam a momentos ou aspectos logicamente decisivos e graves destes»
(Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de Junho de 2003, Processo n.º 0666/03).

Ora, não restam dúvidas de que, no tocante a este procedimento administrativo específico, que se reporta à atribuição de direitos de utilização um bem do domínio público reconhecidamente escasso e que exige amiúde um planeamento de longo prazo, sujeito por isso mesmo a estudos e a processos de harmonização ao nível, até internacional, é por demais evidente a necessidade elementar de acautelar a justiça, a imparcialidade e a transparência nos procedimentos que asseguram o acesso dos particulares ao mesmo.

A existência de concurso público é condição necessária e indispensável para garantir o respeito destes princípios e o respeito dos direitos e deveres dos particulares e bem assim para legitimar a actuação da Administração.

Assim a preterição desta formalidade redundará na omissão de um *momento* e de uma *aspectos logicamente decisivos e graves* do procedimento, na esteira da jurisprudência citada.

A preterição do concurso público é neste contexto de tal modo grave que estamos perante uma nulidade por natureza, isto é, o acto administrativo resultante do procedimento inquinado por este vício não está apto a produzir efeitos jurídicos. A formulação da vontade da Administração está *ab initio* prejudicada pela não integração da figura do concurso público enquanto mecanismo de legitimação e conformação do procedimento, obrigatório, como se demonstrou, não só por auto-vinculação da Administração, mas instrumento indispensável a fazer respeitar o princípio da igualdade.

O concurso público é, pois, neste procedimento, essencial, devendo ter-lhe cabido estruturar o procedimento e qualificá-lo enquanto tal. A sua falta origina a impossibilidade de os actos daí resultantes produzirem os seus efeitos típicos, sem hipótese de convalidação.

Assim, a omissão desta formalidade qualificativa do acto, pela sua gravidade e substância permite que qualquer entidade possa reagir, a todo o tempo, contra a manutenção de tal acto no ordenamento jurídico, uma vez que esse mesmo acto não

contém os elementos necessários para produzir o fim a que se destina e qualquer execução do mesmo redundando em ilegalidade.

Concluindo, a falta de realização de concurso público necessário inquina o procedimento administrativo tendente à Consignação à Radiomóvel de frequências adicionais na faixa 453-457,45/463-467,45 MHz, de 2 portadoras de 1,25 MHz e de espectro de guarda (540 kHz), com algumas restrições geográficas e temporais de utilização e à reemissão da licença ICP – 012/TCM, gerando a nulidade desses actos administrativos nos termos do artigo 133º do Código do Procedimento Administrativo.

Esta consequência é a que se afigura mais consentânea com o valor negativo atribuído pelo ordenamento jurídico às situações de nulidade.

A nulidade é o grau mais forte de invalidade do acto administrativo, estando por isso reservado para casos de grave discrepância entre a legalidade e a actuação da administração. Apenas situações configurando vícios importantes originam nulidade. Não poderia pois ser de outra forma a preterição de concurso público no âmbito de um procedimento licenciador em que, por um lado, o objecto é particularmente importante e de relevante interesse público e, por outro lado, é em tudo semelhante a outros onde essa formalidade fora exigida, exactamente como forma de garantir a melhor satisfação desse interesse público, acautelando ao mesmo tempo a imparcialidade, a boa-fé e a justiça da Administração.

Estas razões, a importância e relevância pública do objecto, a identidade de procedimentos consagradores de concurso público e a necessidade de assegurar princípios magnos da actuação administrativa explicam a particular intensidade com que o ordenamento reage, no caso da violação de algum aspecto fundamental do procedimento em causa. Assim, se explica que seja aqui a nulidade a consequência da preterição de concurso público, garantindo-se a eficácia do ordenamento jurídico e a justa ponderação de interesses e efeitos.

É também gerador de nulidade do acto licenciador a violação do princípio da igualdade no que respeita ao direito fundamental à iniciativa económica privada.

Com efeito ao exigir, no tocante a tecnologias concorrenciais no mesmo mercado, requisitos distintos para o acesso a actividades económicas de telecomunicações, os actos referidos violam o conteúdo essencial do Direito Fundamental consagrado no artigo 61º, n.º 1, da CRP.

Essa violação é manifesta tanto na referida exigência de concurso público aos futuros operadores de UMTS, com preterição do mesmo para a operação de CDMA pela Radiomóvel, quanto na exigência de uma caução avultada aos operadores de UMTS, novamente com preterição da referida caução à Radiomóvel, pela utilização da tecnologia CDMA. E bem assim em no que respeita a todos os encargos adicionais assumidos no âmbito do concurso UMTS em resposta ao respectivo caderno de encargos. Acresce a isto que não se vislumbra qualquer motivo constitucionalmente previsto para discriminar positivamente estas duas situações.

Assim, a ANACOM pode suscitar a declaração de nulidade da licença utilizando assim uma oportunidade para regular com maior equilíbrio o mercado das tecnologias UMTS e CDMA.

A esse respeito é decisivo o enquadramento jurídico que deve entrar em vigor no próximo dia 25 de Julho. A nova regra de autorizações gerais torna a Radiomóvel um potencial operador da tecnologia CDMA na área das telecomunicações móveis.

Suscitando a nulidade dos actos referidos e tendo em conta que as frequências destinadas ao uso através da tecnologia CDMA requerem um licenciamento específico, pode a ANACOM aproveitar o ensejo para proceder do licenciamento destas frequências em moldes que traduzam um regime justo e equilibrado entre os operadores de UMTS e CDMA, no que concerne ao âmbito do SMRP.

Em paralelo a ANACOM, no cumprimento do artigo 6º §2, alínea c) do Decreto-Lei 309/2001, de 7 de Dezembro que aprova os Estatutos do ICP – ANACOM, deverá promover o esclarecimento claro e objectivo sobre o conceito de SMRP, características específicas de prestação do serviço, bem como os direitos e obrigações que cabem às entidades licenciadas para a prestação deste serviço. Sobre os direitos dos prestadores de SMRP salientamos a necessidade da ANACOM

clarificar as condições em que é permitido o estabelecimento de comunicações com outros serviços de telecomunicações comunicações.

Finalmente, deve notar-se que a posição expressa neste documento não significa qualquer oposição da Optimus à concorrência no mercado, antes pelo contrário: esta posição corresponde àquela que tem sido a postura da Optimus na defesa da necessidade de a Autoridade Reguladora actuar de forma veemente na promoção da concorrência sustentada no mercado e desincentivando quaisquer actuações que pretendam obstruir o fortalecimento dessa concorrência.

ANEXO 1

**INFORMAÇÃO COMERCIAL SENSÍVEL
SUJEITA A ESTRITA CONFIDENCIALIDADE**