Número 23 – agosto/setembro/outubro - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

REGULAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS EM PORTUGAL

Pedro Gonçalves
Professor da Faculdade de Direito de Coimbra.

1 – Do serviço público de telecomunicações à regulação pública das comunicações electrónicas

Com início efectivo na segunda metade da década de 80 do século XX e com tradução regulamentar na década seguinte, o processo de liberalização dos mercados de telecomunicações traduziu-se, além do mais, na importante transformação do tipo e da natureza da intervenção pública nesse sector da economia: a tradicional intervenção do Estado, na qualidade de *fornecedor de um serviço público*, vê-se substituída por uma actuação enquanto *regulador de um serviço económico de interesse geral*.

Surgem nesse tempo os sinais inequívocos de aposta numa regulamentação de matriz liberalizante, que aceita as *virtudes do mercado*, e cujos eixos fundamentais se vão consubstanciar: *i)* no desmantelamento dos *monopólios públicos* das telecomunicações que, por toda a Europa, tinham sido instituídos desde os fins do século XIX[(1)]; *ii)* na *abolição dos direitos especiais ou exclusivos* de quaisquer operadores (*v.g.*, empresas concessionárias) e na consequente consolidação da livre iniciativa económica, bem como da *igualdade de oportunidades de acesso ao mercado* dos operadores económicos; *iii)* na *acomodação do papel do Estado* às novas coordenadas jurídicas e económicas, por via da conversão da sua antiga *responsabilidade operativa ou de*

---

[1] A indústria das telecomunicações constituía um *monopólio natural*. Na Europa, o Estado assumiu desde o início (fins do século XIX) a tarefa de o explorar como um *monopólio administrativo de serviço público* (gerido pelo próprio Estado, em sistema administração directa ou indirecta, ou por empresas privadas concessionárias).

Era diferente o modelo norte-americano: as telecomunicações, como outras *public utilities*, eram aí exploradas por empresas privadas com base em *concessões de exclusivos* atribuídas pelas autoridades estaduais (*exclusive franchises*). Desde 1934, ano da aprovação da primeira *lei das telecomunicações*, a indústria manteve-se como um *monopólio privado*, mas ficou sujeita a uma *regulação pública*, a cargo das autoridades estaduais e da então criada *Federal Communications Commission* (FCC). Desde aí e até à década de 90 do século passado, as telecomunicações foram um *monopólio privado publicamente regulado*; cf. HUGES, "Telecommunications reform and the death of the local exchange monopoly", in *Florida State University Law Review*, vol. 24, 1996, p. 179 e segs..

execução (*Estado de Serviço Público*) numa nova *responsabilidade pública de garantia e de regulação* (*Estado Regulador*).

Nesta circunstância do presente trabalho, é exactamente o último ponto, ligado à reconfiguração das missões do Estado e à recomposição do *dualismo entre Estado e Mercado*, que nos interessa de uma forma especial.

Por razões de cariz essencialmente técnico, que proporcionaram a instituição de uma "concorrência na rede"[2], o sector das telecomunicações veio a assumir-se como uma espécie de *guarda avançada* do complexo processo de *liberalização económica* e de *desestatização* que se desenvolveu nos últimos anos do século passado[3]. Com efeito, de entre os tradicionais "grands services publics" da área económica, conexos, todos eles, com *indústrias de rede* (água, electricidade, gás, transportes, correios e comunicações), os serviços públicos de telecomunicações foram os que conheceram mais cedo o processo de liberalização e os que mais rapidamente se viram devolvidos à economia e convertidos, na nomenclatura jus-comunitária, em *serviços de interesse económico geral* prestados em ambiente de *mercado regulado*.

Tendo presentes as observações anteriores, não surpreende a verificação de que as várias inovações associadas à estrutura típica do *Estado Regulador* sejam bem visíveis no sector das telecomunicações: abolição do *serviço público*, enquanto prestação a cargo do Estado, criação de *autoridades reguladoras independentes* (em Portugal, a *ANACOM*[4]*)*, com extensos *poderes regulamentares* e com funções de *resolução de litígios entre entidades particulares*, *especificidades ao nível da tutela jurisdicional* em face dos actos dessas mesmas autoridades e crescente *europeização da regulação pública da economia* são apenas alguns dos tópicos que vêm caracterizando o *Estado Regulador* e que se vêem, *todos*, presentes no sector das telecomunicações (*rectius*, desde 2002, *das comunicações electrónicas*). Pode, de facto, dizer-se que na regulação pública das comunicações electrónicas se projectam todos ou, pelo menos, a grande maioria dos traços que caracterizaram o processo de *transição do serviço público para a regulação pública*[5].

No novo contexto, o Estado deixa, pois, de assegurar o fornecimento de serviços de comunicações e, em substituição dessa *responsabilidade operativa*, assume uma *posição institucional de garante*, responsabilizando-se por *assegurar* o correcto

---

[2] Ao contrário do que sucedeu noutras *indústrias de rede*, nas telecomunicações, a liberalização não foi gradual, mas exponencial: *v*. HUNTLEY/CARLYLE/CALDWELL, "Competition in the telecommunications sector", in MACGREGOR/PROSSER/VILLIERS, *Regulation and markets beyond 2000*, Aldershot, Ashgate, 2000, p. 99 e segs. (118).

[3] Como se sabe, o referido processo ficou associado ao conceito de *desregulação* – no sector das telecomunicações, cf. HILLS, *Deregulating telecoms* (Londres, Frances Pinter, 1986), p. 3 e segs.. Porém, contra o sugerido por esse mesmo conceito, o desmantelamento dos monopólios no sector das telecomunicações não implicou uma retirada da regulação. Pelo contrário, a liberalização e a consequente criação de um *mercado das telecomunicações* trouxeram consigo a exigência de uma abundante *nova regulação*: de resto, em muitos casos, a regulação instituída para o emergente mercado era nova não tanto por ser diferente da anterior, mas porque pura e simplesmente o sector desconheceu, no longo período do monopólio, qualquer regulação pública, limitando-se as poucas regras que então existiam a disciplinar as relações entre o Estado e os *seus* operadores (uma regulação *interna corporis*, como assinalam CARDARELLI/ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 13). Sobre a tendência para o *aumento da regulação pública* em consequência da diminuição da intervenção pública directa no fornecimento de serviços, *v*. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública,* (Coimbra, Almedina: 1997), p. 38; VOGEL, *Freer markets, more rules* (Ithaca e Londres, Cornell University Press: 1996), p. 65.

[4] *ANACOM* é o acrónimo de *Autoridade Nacional de Comunicações* – *v*. Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, de aprovação dos Estatutos da *Autoridade*.

[5] Num texto a integrar uma publicação em Homenagem ao Professor Marcello Caetano, sobre o *Direito Administrativo da Regulação*, procuramos sistematizar as particularidades do direito administrativo do *Estado Regulador*.

funcionamento do mercado em que esses mesmos serviços são prestados[6] e por *proteger* outros interesses públicos, bem como os interesses e os direitos dos consumidores. Para se colocar em situação de poder cumprir as suas novas responsabilidades, o Estado tem ao seu dispor um instrumento: a *regulação* (*regulação económica* e *regulação social*).

As considerações anteriores são suficientes para se perceber a *total incoerência* e *inconsistência* da opção da lei portuguesa (única na Europa!) consistente em manter o conceito de *serviço público de telecomunicações* e em, inexplicavelmente, outorgar a uma empresa a *concessão* desse mesmo serviço público (cf. *Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro*). Como desde sempre a doutrina ensina, por via da *concessão*, o Estado entrega a uma empresa a *gestão* de um serviço ou de uma missão que lhe *pertence*; a missão ou serviço concessionado é de *titularidade pública*, tendo sido objecto de *publicatio*[7]. Neste quadro, não se percebe como pode o Estado outorgar uma *concessão* de uma actividade de que não é titular; e não é titular dela, porque, pura e simplesmente, se trata de uma actividade livre, que *qualquer empresa pode exercer*. É certo que, na versão originária, de 1995, a *concessão* tinha um objecto: a rede básica de telecomunicações. Mas, para além de, ainda assim, não haver a concessão de um *serviço*, mas tão-só da *gestão de uma rede*[8], sucede que, em 2003 (data da nova versão da *concessão de serviço público*), já nem a rede básica de telecomunicações poderia constituir objecto de uma concessão pela simples razão de que tinha sido vendida à empresa que a geria na qualidade de concessionária.

A presença, num mercado de acesso livre, de uma empresa com o estatuto de *concessionária de serviço público*, que produz os mesmos bens e serviços fornecidos por empresas concorrentes, resulta de um lamentável *equívoco legislativo*, que pode ser fonte de dúvidas e hesitações regulatórias perfeitamente evitáveis: de forma paradigmática, era exactamente isso o que sucedia com a *isenção legal de taxas pela ocupação do domínio público local*, baseada na retórica do serviço público e na lógica clássica dos *direitos especiais dos concessionários*[9] – como o *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias* teve oportunidade de esclarecer, em sentença condenatória do Estado português, a referida isenção ofendia o direito comunitário, ao introduzir uma *discriminação* entre operadores que oferecem redes de telecomunicações[10]. Como observou o *Tribunal*, a situação da empresa concessionária "deve ser comparada com a dos concorrentes (…) que também exercem as suas actividades no mercado das telecomunicações e pretendem criar redes alternativas". Recordando a filosofia subjacente ao processo de liberalização, bem como a proibição comunitária de instituição de *direitos especiais* ou *exclusivos* em favor de empresas que actuem no sector das comunicações, resta pouco mais do que concluir que a persistência de uma empresa com o estatuto de *concessionária* constitui uma *opção errada* do direito português.

---

[6] Nos termos do artigo 81.º, al. *f)*, da *Constituição da República Portuguesa*, "incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social *assegurar* o *funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*". Trata-se, por conseguinte, de uma incumbência traduzida em garantir a *ordem pública económica*; cf. SICLARI, "Tutela dell'ordine pubblico del mercato affidata ai privati e sussidiarietà orizzontale *ex lege*", *Diritto e Società*, 2005, 2, p. 153 e segs..

[7] Da nossa autoria, cf. *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 30.

[8] Tratava-se, por conseguinte, da *concessão de exploração de um bem do domínio público*.

[9] O mesmo se pode dizer, por exemplo, da isenção de licenciamento municipal de obras particulares, de que beneficiam os concessionários de serviços públicos em relação às obras necessárias ao desenvolvimento da concessão. A "situação anómala" da *concessionária do serviço público de telecomunicações* (que, não sendo verdadeira concessionária, não pode usufruir desse privilégio) reclama *soluções legais correctivas*, como a que veio a acolher o artigo 127.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (*REGICOM*), excluindo-a, e bem, da referida vantagem.

[10] *Acórdão Comissão vs. República Portuguesa*, de 20/10/2005, proc. n.º C-334/03.

Insistindo em ideia já aflorada: não faz sentido a *concessão do serviço público de telecomunicações* pura e simplesmente porque não há, em Portugal, um *serviço público de telecomunicações*[11].

[11] Essa equação, tão óbvia e tão simples, foi, todavia, ignorada, de forma aliás ostensiva, numa decisão, de 2004, do *Tribunal Constitucional* português – cf. *Acórdão do Tribunal Constitucional* n.º 288/2004, 27/4/2004, Proc. n.º 803/03.

A questão levada à apreciação do *Tribunal* consistia em saber se seria inconstitucional a norma legislativa que isentava a *concessionária do serviço público de telecomunicações* do pagamento de taxas devidas pela instalação de infra-estruturas de telecomunicações necessárias à exploração da concessão – não pretendemos, obviamente, insistir na posição que tomámos sobre o assunto (elaborámos na altura um parecer jurídico, a pedido da *Associação Nacional dos Municípios Portugueses*), mas apenas reflectir sobre a total inconsistência dos *argumentos de serviço público* em que, em larga medida, a decisão se estribou.

Em ordem a fundamentar a decisão de não considerar inconstitucional a norma que conferia – *apenas* – à concessionária do serviço público de telecomunicações a isenção de taxas, o *Tribunal Constitucional* entendeu que "a isenção de taxas e encargos por tal ocupação e utilização é, pois, resultado do *regime jurídico do serviço público* de telecomunicações". Densificando a ideia da subsistência de um *serviço público de telecomunicações*, o *Tribunal* acrescentava o seguinte: "ainda que não expressamente autonomizada como incumbência do Estado – ao contrário do que acontece noutras Constituições (assim, na Lei Fundamental alemã, onde a própria estrutura federal do Estado torna necessária uma norma como o artigo 73º, n.º 7, que atribui à Federação competência exclusiva em matéria de telecomunicações) –, a manutenção, ou a criação de condições para a existência, de um *serviço público de telecomunicações* constitui uma forma de prossecução de *objectivos com relevância constitucional*". A seguir, afirmava que a incumbência do Estado de prestar um *serviço público de telecomunicações* se encontra «implicada na dimensão organizatória e prestacional indispensável ao exercício da liberdade de comunicação (…), e, designadamente, é um meio importante para o desempenho de *tarefas fundamentais do Estado* como promover "o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais", e como promover "o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional" (artigo 9º, alíneas *d)* e *g)*, da Constituição), para além de se enquadrar na prossecução de várias incumbências prioritárias do Estado no âmbito económico e social (assim, por exemplo, as das alíneas *a)*, *d)*, *e)*, *h)* e *j)* do artigo 81º da Constituição)».

Não sendo o único, o equívoco fundamental de todo o *argumentarium* anterior reside na *construção judicial* de um serviço público de telecomunicações – esse não é, de facto, o único equívoco de que padece a argumentação da decisão; a ele se junta o que resulta da interpretação que faz da letra e do sentido de uma disposição da *Grundgesetz* sobre as responsabilidades do Estado no domínio das telecomunicações; como, sem excepções, toda a doutrina germânica assinala, e ao contrário do que o *Tribunal* sugere, a *Lei Fundamental* não atribui ao Estado qualquer responsabilidade pelo fornecimento de serviços de telecomunicações; "limita-se" a prescrever que, "no sector (...) das telecomunicações, a Federação *garante* o fornecimento de serviços adequados e suficientes em todo o território nacional" (artigo 87º-F, n.º 1), constitucionalizando assim o paradigma do "Estado-garante", que resultou da *transformação estrutural* das responsabilidades públicas na economia; cf., por todos, LADEUR, "Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer «Logik der Netzwerke»", in *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, Berlim, Duncker & Humblot, 2001, p. 61; CANNIVÉ, *Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation zwischen Staat und Markt*, Berlim, Duncker & Humblot, 2001; FREUND, *Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation*, Munique, C.H. Beck, 2002.

Retomando o tema da *construção judicial* do serviço público de telecomunicações, parece claro que o *Tribunal Constitucional* se deixou influenciar por uma disciplina legal que acolhe a semântica do serviço público, tendo-o feito sem se questionar sobre se essa semântica é adequada aos dados do contexto (*v.g.*, comunitário) e se encontra alguma correspondência na realidade. Não questionando uma solução legal estranha e, em termos comunitários, verdadeiramente anómala, o *Tribunal* vai mais longe e lança-se na missão de a explicar, ensaiando justificar constitucionalmente o serviço público de telecomunicações; chega até ao ponto de considerar que a prestação desse serviço representa uma *incumbência prioritária do Estado*, constituindo uma forma de prossecução de *objectivos com relevância constitucional* – aqui, é curiosa a referência às várias alíneas do artigo 81.º da *Constituição*, em que, não por acaso, se omite a al. *f)*, exactamente aquela que deveria invocar-se para explicitar a *incumbência fundamental do Estado no sector das telecomunicações* (o artigo 81º, al. *f)*, da *Constituição* foi transcrito, *supra*, nota 6).

2 – Regulamentação comunitária: *quadro regulamentar 2002*

No continente europeu, a regulamentação dirigida à liberalização do sector das telecomunicações começou por ser de origem essencialmente comunitária[12]: entre os anos de 1990 e de 1997 – *1.º ciclo regulatório* – foram adoptadas as "directivas da primeira geração", em geral, visando *regulamentar* e *enquadrar* o processo de desmonopolização e de despublicização das telecomunicações.

Em 2002, na sequência da designada *Revisão de 1999*[13], inaugurando um *novo ciclo regulatório*, de *re-regulação*[14] do sector das *comunicações electrónicas* (já não das *telecomunicações*) surgiu um novo *quadro regulamentar*, constituído, além do mais, pelas designadas "directivas da segunda geração": uma *directiva-quadro* e quatro *directivas específicas*, a saber: a *directiva autorização*, a *directiva acesso*, a *directiva serviço universal* e a *directiva relativa ao tratamento de dados e à privacidade no sector das comunicações electrónicas*[15][16].

Com o respeito devido, mas sem hesitação, cumpre observar que, num momento em que o processo de liberalização já se encontrava consolidado em termos regulamentares, o *Tribunal Constitucional* perdeu excelente oportunidade para enquadrar a questão que estava a apreciar (isenção legal de taxas municipais para a instalação de *redes privadas* que servem o desenvolvimento de *actividades privadas, embora de interesse económico geral*) sob o único tópico pensável: as comunicações como *actividade económica privada publicamente regulada e qualificável como um serviço de interesse económico geral*. A (*suposta*) concessionária do (*suposto*) serviço público de telecomunicações não faz outra coisa: *exerce uma actividade privada suportada em redes e infra-estruturas privadas*. Fá-lo como qualquer outra empresa do sector. Não infirma o que acaba de se dizer o facto de a concessionária ser responsável pela prestação do *serviço universal* (como se verá, o *serviço universal* refere-se às condições regulamentares de fornecimento, *pelo próprio mercado*, de serviços de comunicações electrónicas: serviço universal é uma *noção de mercado*, sem qualquer relação com a ideia do serviço público, enquanto missão de titularidade pública).

[12] Sobre as etapas de evolução da regulamentação da CE para o sector das telecomunicações até ao ano de 1999, cf. Pedro GONÇALVES, *Direito das Telecomunicações*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 37 e segs..

[13] A Revisão de 1999 consta da comunicação da Comissão Europeia, *Para um novo quadro das infra-estruturas das comunicações electrónicas e serviços conexos* – COM(1999)539.

[14] Cf. BEESE/MERKT, "Europäische Union zwischen Konvergenz und Re-Regulierung", *Multimedia und Recht*, 2000, p. 532 e segs..

[15] Respectivamente: *Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas* (JO 2002, L108/33), *Directiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas* (JO 2002 L108/21), *Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos* (JO 2002 L108/7), *Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas* (JO 2002 L108/51), e *Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector comunicações electrónicas* (JO 2002 L201/37) – esta última foi entretanto alterada pela *Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações* (JO 2006 L105/54).

[16] Além das cinco directivas, o quadro normativo europeu abrange ainda o *Regulamento (CE) n.º 2887/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à oferta de acesso desagregado ao lacete local* (JO 2000 L336/4), a *Directiva 2002/77/CE da Comissão, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações electrónicas* (JO 2002 L249/21), a *Decisão n.º 676/2002/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a um quadro regulamentar para a política do espectro de radiofrequências na Comunidade* (JO 2002 L108/1). Cumpre referir ainda as *Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações electrónicas* (JO 2002 C165/6), bem como a *Recomendação da Comissão relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação ex ante* (JO 2003 L114/45).

O *quadro regulamentar 2002* estabeleceu, em moldes novos, a arquitectura do sistema de regulação do sector das comunicações electrónicas que os Estados-Membros da União Europeia ficaram obrigados a adoptar – no caso de Portugal, o processo de transposição coube à Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, a *Lei das Comunicações Electrónicas* (doravante *REGICOM*).

Com projecções em vários níveis e quadrantes jurídicos, a regulamentação comunitária de 2002 apresentou marcas de consolidação e de inovação de enorme significado – confinando-nos aos aspectos que reputamos decisivos, assinalamos as seguintes orientações regulatórias essenciais:

a) Separação funcional entre *regulação da transmissão* e *regulação de conteúdos*. – Mantendo o *approach* inicial, a regulamentação comunitária focaliza-se no "sector das comunicações electrónicas" enquanto sector que agrega as actividades económicas de prestação de serviços de "transmissão" e de "transporte" de sinais através de redes de comunicações; como se esclarece no considerando n.º 5 da *directiva-quadro*, o novo quadro regulatório "não abrange os conteúdos dos serviços prestados através das redes de comunicações electrónicas recorrendo a serviços de comunicações electrónicas, como sejam conteúdos radiodifundidos, serviços financeiros ou determinados serviços da sociedade de informação (…)". No artigo 1.º, n.º 3, a mesma *directiva* exclui explicitamente do âmbito da incidência da regulamentação para o sector das comunicações electrónicas a "regulamentação de conteúdos". Assim, um operador que, simultaneamente, actue no *mercado do transporte* e no *mercado do fornecimento de conteúdos* – *v.g.*, um *internet service provider*, que, além do serviço de acesso à internet, forneça conteúdos em linha – só se vê abrangido pela regulamentação das comunicações electrónicas na medida em que preste serviços de transmissão ou de transporte[17].

b) Neutralidade tecnológica. – Marcando a passagem da regulação das *telecomunicações* (que caracterizou as directivas da primeira geração) para a regulação das *comunicações electrónicas*, a nova regulamentação inspira-se numa abordagem convergente dos sectores das *telecomunicações*, dos *meios de comunicação social* e das *tecnologias de informação*[18]. A *convergência tecnológica* – que, *v.g.*, permite a utilização do mesmo equipamento para receber comunicações endereçadas e difundidas para o público, bem como a mesma plataforma ou rede para o transporte de comunicações endereçadas e de difusão – reclamava uma *convergência regulamentar*, baseada numa *neutralidade tecnológica*. Para efeitos de regulamentação das comunicações, essencial é, em si mesmo, o fenómeno da transmissão (*endereçada* ou *difundida*) de sinais através de redes. Neste sentido, o novo quadro integrou no âmbito da regulamentação das comunicações electrónicas todos os sistemas de transmissão de sinais, subsumindo-os no conceito de "redes de comunicações electrónicas", noção que passou a abranger, por exemplo, as redes de radiodifusão sonora ou as redes de televisão por cabo[19].

c) Abolição definitiva dos direitos especiais ou exclusivos e confirmação da liberdade de acesso e de iniciativa económica no sector das comunicações electrónicas.

---

17 No domínio da *regulamentação de conteúdos* inclui-se, por exemplo, a regulamentação dos programas de televisão ou dos conteúdos que circulam nas redes da sociedade da informação; sobre esta última, cf. Pedro GONÇALVES, "Regulação pública de conteúdos na internet em Portugal. Contributo para a compreensão da designada "solução provisória de litígios" pela Administração Pública no âmbito do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro)", in *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 6, 2004, p. 181 e segs..

18 Sobre a passagem das telecomunicações às comunicações electrónicas, cf. RICHARDSON, "The new electronic communications regime: Ofcom one year on, a missed opportunity or the foundations for success?", *Utilities Law Review*, 2004, p. 41 e segs. (45).

19 CLEMENTS, "The impact of convergence on regulatory policy in Europe", BLACKMAN, "Convergence between telecommunications and other media", *Telecommunications Policy*, vol. 22, p. 163 e segs.; STÖGMÜLLER, "Konvergenz in der Telekommunikation", *Communications & Strategies*, 1998, p. 733 e segs..

– Embora já consagrada antes e resultando inequivocamente da *ratio* do novo quadro regulamentar, a abolição dos direitos especiais ou exclusivos vem confirmada em termos taxativos na *Directiva 2002/77/CE da Comissão*. Por outro lado, a *directiva autorização* liberaliza e simplifica o acesso ao mercado, instituindo, como regra, um "princípio de livre entrada", no âmbito de uma *autorização geral*. Em determinadas circunstâncias – mas como *excepção* –, o acesso ao mercado pode depender de acto administrativo (*concessão de direitos de utilização*).

d) Consolidação de um modelo institucional de *regulação independente*. – Numa lógica de continuidade e de consolidação de uma tendência clara do 1.º ciclo, o quadro regulamentar de 2002, sem o impor expressamente, estimula os Estados-membros a conferirem as funções de regulação a *autoridades administrativas independentes*, imunes à influência e orientações governamentais[20]. Além de outras considerações, de validade geral, a adopção, pelos Estados-membros, do modelo das autoridades independentes assume-se de grande significado para o perfil europeu da regulação das comunicações electrónicas: a implementação de um *federalismo administrativo*, mediante a conversão de autoridades dos Estados-membros em administrações desconcentradas da União Europeia, fica decerto facilitada se tais autoridades nacionais forem independentes dos respectivos governos.

e) Preferência da regulação da concorrência à regulação sectorial ex ante. – O modelo do 1.º ciclo regulatório caracterizava-se pela adopção automática ou mecânica de uma regulação específica para o sector das telecomunicações. Promovendo a liberalização e a desmonopolização do sector, o modelo pressupunha naturalmente uma *situação de partida* caracterizada pelo enormíssimo desequilíbrio entre o poder de mercado dos *incumbentes tradicionais*, herdeiros dos "ex-monopolistas"[21], e o dos *new comers*, os *operadores emergentes*. A inexistência de uma concorrência efectiva e a ausência de um funcionamento minimamente equilibrado do mercado apresentavam-se como *dados de contexto*. Compreende-se por isso que, nesta fase, de "economia de guerra"[22], se dispensasse uma avaliação *caso a caso* e se estabelecesse, de plano, um *quadro regulatório assimétrico*, que, ao impor, *ex ante*, obrigações específicas aos operadores mais fortes, favorecia a entrada e a consolidação de posições de mercado aos *new players*[23]. Pela sua natureza e pelos objectivos que procurava alcançar – criação *ex novo* de um mercado –, a regulamentação deste 1.º ciclo estava, *ab initio*, marcada pela ideia de transitoriedade: deixaria de fazer sentido a partir do momento em que o mercado apresentasse algum equilíbrio e estabilidade. É exactamente desta ideia que arranca o quadro regulamentar de 2002: com efeito, admite-se agora, como *princípio*, que o mercado das comunicações electrónicas pode ser regulado, nos termos gerais, pelo *direito da concorrência* (o qual se baseia no princípio de que os mercados podem funcionar sem ingerência pública, salvo no caso de verificação de condutas desviantes e

---

[20] Cf. artigo 3.º, n.º 2, da *directiva-quadro*, que, *em termos expressos*, apenas exige a independência das autoridades reguladoras em face dos regulados.

[21] Em regra, os operadores da era do monopólio – empresas públicas e outros organismos do Estado – foram alienados, no desenvolvimento de processos de *privatização*.

[22] Cf. BROZOLO, "Il nuovo quadro delle communicazioni elettroniche – convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria", *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2002, 561 e segs. (564).

[23] Sobre a *asymmetric regulation* nas telecomunicações, cf. BROZOLO, "Simmetrie e asimmetrie nel diritto comunitario delle telecomunicazioni", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1997, p. 501 e segs., e "Il nuovo quadro", *cit*. p. 564 e segs.; CUÉTARA MARTÍNEZ, "Asimetría regulatoria, equidad y transición a la competencia en las telecomunica-ciones españolas", *Rev. del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, n.º 4, (1999), p. 11 e segs.; GRAMLICH, "Entwicklungen der staatlichen Wirtschaftsaufsicht: das Telekommunikationsrecht als Modell?", in *Verwaltungsarchiv*, 1996, p. 598 e segs. (632), BOURREAU/DOGAN, "Regulation and innovation in the telecommunications industry", *Telecommunications Policy*, n.º 25, (2001), p. 167 e segs. (169); NEWBERY, *Privatization, restructuring, and regulation of network utilities*, Cambridge, MIT Press: 2000, p. 332 e segs..

práticas lesivas – diz-se, por isso, que, em regra, o direito da concorrência actua *ex post*, com função repressiva ou punitiva). Deste primado de regulação da concorrência decorre que uma regulação específica para o mercado das comunicações electrónicas, de natureza *ex ante*, só se pode impor após a *justificação* da sua *necessidade* para um certo segmento do sector das comunicações electrónicas (*mercado relevante*). Note-se, todavia, que a lógica de uma certa atenuação regulatória e da subsidiariedade da regulação *ex ante* não significa exactamente a sua *excepcionalidade na prática*; significa tão-somente que a regulação *ex ante* não se impõe de plano, de forma mecânica, dependendo da verificação de certas condições. Entre estas condições, conta-se, desde logo, a da identificação da *ausência de concorrência efectiva* no *mercado relevante* (conclusão a retirar do facto de, nesse mesmo mercado, haver uma ou mais empresas com *poder de mercado significativo*).

f) Distinção entre *regulação especial* e *regulação uniforme*. – Apesar de algumas sugestões e leituras em contrário, deve dizer-se que o quadro regulamentar de 2002 não estabelece a simples bifurcação entre a regulação sectorial e a regulação do direito da concorrência. Na verdade, além dessa dicotomia, cumpre destacar a que resulta de, no sector, haver mercados submetidos a regulação especial, de carácter *assimétrico* (fixação de obrigações *ex ante* para determinadas empresas – com *poder de mercado significativo* –que actuem nesses mercados) e outros em que isso não se verifica. Ora, estes últimos mercados, nos quais se pressupõe existir uma *concorrência efectiva*, não estão *apenas* expostos ao direito da concorrência, pois há uma extensão regulação própria do sector das comunicações electrónicas que continua a aplicar-se. Trata-se, neste caso, de uma *regulação uniforme*, que se aplica, em geral e *indistintamente*, a todas as empresas que oferecem redes ou que fornecem serviços de comunicações ao público[24].

g) Emergência de intensos poderes regulatórios da Comissão Europeia. – Uma outra marca do quadro regulamentar consistiu na atribuição de largos e importantes poderes regulatórios à Comissão Europeia, a qual, em certas circunstâncias, passou a dispor do *poder de veto* de medidas nacionais. Além disso, a *Comissão* viu-se investida de poderes gerais de "*indirizzo amministrativo*", de regulação e de controlo, pertencendo-lhe, por exemplo, a competência para adoptar *recomendações* e *linhas de orientação* que as autoridades nacionais deverão tomar em consideração "na máxima conta"[25].

h) Manutenção da regulação do serviço universal. – O quadro regulamentar de 2002 manteve uma vertente de *regulação social*, configurando a *garantia de um serviço*

---

[24] A *regulação uniforme* (*v.g.*, quanto ao regime da autorização geral, dos direitos de passagem, do acesso a condutas, das obrigações contabilísticas e de informações ao público, das relações contratuais com o público) é, em geral, uma *regulação fraca*, que, sem consubstanciar uma *intrusão dirigista*, visa fundamentalmente *ordenar* e *limitar* o exercício de uma actividade económica. Na distinção entre *normas dirigistas*, que visam *conduzir* ou *orientar* comportamentos, estabelecendo *limites internos*, ("Richtnormen") e *normas limitadoras*, que estabelecem *limites externos* à actuação que os regulados desenvolvem num *espaço de liberdade* ("Grenznormen") – cf. SÄCKER, "Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2005, p. 190 – a *regulação uniforme* compõe-se de normas do segundo tipo; sobre a distinção entre regulação forte e regulação fraca, cf. LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Turim, 2002, pp. 36, 109 e segs., e 127 e segs.; GUARINI, *ob. cit.*, p. 40; distinguindo, quanto à sua intensidade, regulação *fraca*, *média* e *forte*, cf. Vital MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 40. Neste contexto, cf. ainda o *Decreto-Lei n.º 103/2006, de 7 de Junho*, sobre o regime de taxas da *Entidade Reguladora da Comunicação Social*, que distingue, "atenta a diferente intensidade das actividades contínuas e prudenciais de regulação e supervisão (*v.g.*, complexidade técnica da actividade reguladora, volume de trabalho repercutido na actividade reguladora), as subcategorias da regulação *alta*, *média* e *baixa*.

[25] Referindo-se ao facto de o quadro regulamentar de 2002 instituir uma "supremacia funcional" da Comissão Europeia sobre as autoridades reguladoras nacionais, cf. SALTARI, "I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2005, 2, p. 388 e segs. (404).

universal como responsabilidade pública dos Estados. Neste contexto, a *directiva serviço universal* define o âmbito do serviço universal, exigindo que os Estados garantam a oferta de acesso em local fixo, listas e serviços de informação de listas e postos públicos; o âmbito mínimo poderá ser alargado pelos Estados, que têm, assim, uma liberdade de criação de *serviços obrigatórios adicionais*.

Em Fevereiro de 2006, no *11.º Relatório* (regulamentação e mercados europeus das comunicações electrónicas em 2005 [26]), a *Comissão Europeia* fazia um balanço muito positivo sobre a implementação do quadro regulamentar de 2002 nos vários Estados-Membros; concluía, além do mais, que "a maior parte do trabalho necessário foi feita". O documento aludia ainda à circunstância de, durante o ano de 2006, se dever proceder à revisão daquele quadro regulamentar[27].

3 – Europeização da regulação das comunicações electrónicas

É conhecido o traço de *americanização* que caracteriza o processo de edificação do regime regulatório europeu das comunicações electrónicas. A forte inspiração no modelo americano de *administrative law* e de *regulation* apresenta-se bem perceptível, pelo menos, em três dimensões: *institucional* (modelo da *administração independente*, com a criação de *autoridades reguladoras desgovernamentalizadas*), *funcional* (adjudicação de poderes regulamentares e de resolução de litígios aos reguladores) e *teleológica* (num *approach* típico de *Estado Regulador*, com uma *intervenção de carácter exclusivamente regulatório*, de disciplina e de supervisão dos mercados, visando garantir a *ordem pública económica*, a defesa dos interesses dos consumidores e outros interesses públicos).

Num outro plano, e sem significar qualquer contradição, a *americanização* a que acaba de se aludir acentua a tendência, mais ou menos inevitável, para a *europeização da regulação das comunicações electrónicas*.

Neste âmbito, falamos de *europeização* para identificar um processo que consiste em atribuir às instâncias da União Europeia a missão geral de regulação dos mercados das comunicações electrónicas.

Desde logo, é assim num plano *político-legislativo*. Na verdade, desde o início do caminho para a liberalização, o legislador comunitário assumiu, claramente, a condução do processo: a configuração do regime regulatório (condições de entrada no mercado, obrigações susceptíveis de imposição às empresas, acesso a redes, serviço universal e direitos dos consumidores, etc.), na versão inicial ou nas versões sucessivas, é, toda ela, obra da legislação comunitária (directivas da primeira e da segunda geração).

Já no plano da *regulação administrativa* do mercado, o *quadro regulamentar de 2002* acentuou uma tendência de europeização que se encontrava latente desde o início. Por isso, actualmente, no domínio da regulação enquanto direcção *político-administrativa* do mercado das comunicações electrónicas, a *Comissão Europeia* é a instância competente para adoptar dois documentos essenciais: a *recomendação sobre os mercados relevantes de produtos e serviços* e as *linhas de orientação para a análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo*. Em ambos os casos, trata-se de "documentos" que as autoridades nacionais se encontram obrigadas a tomar "na máxima conta", nos termos do artigo 15.º, n.º 3, da *directiva-quadro*. Apesar de uma tal qualificação não aparecer assumida na legislação comunitária, os dois documentos

---

[26] COM(2006) 68, de 20/2/2006.

[27] Entretanto, foram divulgados, para consulta pública, os textos que enquadram a *Revisão 2006*. Trata-se de um pacote composto por quatro documentos: *i)* Comunicação da Comissão *sobre a revisão do quadro regulamentar das comunicações electrónicas* [COM(2006) 334 final, 29/6/2006]; *ii)* documento de trabalho sobre as alterações propostas [SEC(2006) 816]; *iii)* estudo de impacto [(SEC(2006) 817]; *iv)* proposta de alteração da recomendação sobre mercados relevantes susceptíveis de regulação *ex ante* [SEC(2006, 837].

referidos contêm *normas vinculativas*, o que nos conduz a considerá-los *regulamentos administrativos (comunitários)*.

Ainda no âmbito da *regulação administrativa*, e, agora, num terreno de *gestão administrativa*, a legislação comunitária confia à *Comissão Europeia* poderes regulatórios sobre medidas adoptadas pelas autoridades nacionais[28]: apreciação e apresentação de observações (que deverão ser tidas em conta) sobre a imposição, alteração ou supressão de obrigações *ex ante* pelas autoridades nacionais (*v*. artigos 7.º, n.º 3, da *directiva-quadro* e 8.º, n.º 4, da *directiva acesso*); apreciação e eventual imposição da retirada de medidas adoptadas pelas autoridades nacionais (*poder de veto*, nos termos do artigo 7.º, n.º 4, da *directiva-quadro*[29])[30]; autorização para a imposição aos operadores declarados com poder de mercado significativo de obrigações não previstas na legislação comunitária (cf. artigo 8.º, n.º 3, da *directiva acesso*). Ainda relevante quanto aos poderes da *Comissão* é o que se estabelece no artigo 19.º da *directiva-quadro*, atribuindo àquele órgão competência para formular recomendações aos Estados-membros sobre a aplicação das directivas; aí se impõe também que os Estados-membros assegurem que as autoridades reguladoras nacionais tenham na máxima conta essas recomendações[31]. Assinale-se, por fim, a existência de numerosos casos de imposição aos reguladores nacionais do dever de comunicar à *Comissão* medidas e decisões que adoptam (*v.g.*, artigo 9.º, n.º 2, do *REGICOM*).

A apreciação conjunta das observações anteriores conduz à conclusão inevitável de que, nos vários Estados-membros da União Europeia, a regulação das comunicações electrónicas apresenta-se, em todos os níveis (político, legislativo e administrativo), como uma regulação europeia. É verdade que a própria legislação comunitária entrega às autoridades reguladoras nacionais relevantes funções de regulação. Mas, bem vistas as coisas, essas autoridades reguladoras nacionais estão-se convertendo em *agências de execução geograficamente desconcentrada da regulamentação comunitária*. Ou seja, embora "nacionais" em termos geográficos e humanos, as autoridades reguladoras constituem na realidade autoridades integradas na administração comunitária. Neste contexto, não custa a perceber que nos documentos da *Revisão 2006* se equacione, de novo, a criação de um *regulador europeu* para o sector, admitindo-se até que essa entidade poderia substituir as autoridades reguladoras nacionais[32] – reconhece-se, contudo, que ainda não é chegado o momento para efectuar uma tal opção, por causa da radical alteração e das resistências nacionais que suscitaria; em qualquer caso, nos

---

[28] Trata-se, sempre, de competências accionáveis no quadro das relações entre a *Comissão* e as autoridades reguladoras nacionais (já não entre a *Comissão* e as empresas reguladas).

[29] Como se informa na *Comunicação da Comissão relativa às análises de mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário* [COM(2006) 28, de 6/2/2006], até Setembro de 2005, num total de 229 notificações, a *Comissão* adoptou apenas quatro decisões de veto de medidas nacionais.

[30] Nos termos da Comunicação referida na nota anterior, o mecanismo de consulta previsto no artigo 7.º tem três objectivos principais: *i)* assegurar uma *regulamentação coerente* em toda a EU assente nos princípios do direito da concorrência; *ii) limitar a regulamentação* aos casos em que os mercados apresentam deficiências persistentes; *iii)* aumentar a *transparência* do processo regulamentar.

[31] Ao abrigo dessa disposição foram formuladas, pelo menos, duas recomendações: uma, de 23/7/2003, referente às notificações, prazos e consultas previstos no artigo 7.º da Directiva Quadro (JO C(2003)2647 final), e outra, relativa a sistemas de separação de contas e de contabilização dos custos pelos operadores designados como detentores de poder de mercado significativo (JO 2005 L266/64).

[32] A ideia da criação, no âmbito comunitário, de uma autoridade reguladora europeia remonta ao ano de 1994, quando foi inscrita no chamado *relatório Bangemann* sobre as perspectivas da sociedade da informação; cf. OERTEL, *Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG*, Berlim, Duncker & Humblot, 2000, p. 483. Mais tarde, a Directiva 97/33/CE atribui à *Comissão Europeia* o encargo de estudar "o valor acrescentado da criação de uma autoridade reguladora europeia para levar a cabo as tarefas cuja execução se revelar mais eficaz a nível comunitário". Em 1999, a Comissão concluía que a criação da autoridade reguladora europeia não acrescentaria valor suficiente para justificar os custos que implicaria e que poderia conduzir à duplicação de responsabilidades, ou seja, a mais e não a menos regulamentação.

mesmo documentos, a *Comissão* mostra-se adepta da adopção de um modelo regulatório de reforço dos seus poderes, em detrimento dos das autoridades reguladoras nacionais, o que acaba por confirmar a tendência inevitável para o aprofundamento da europeização da regulação das comunicações electrónicas.

4 – Regulação económica

Resulta claro desde o início do presente texto que a regulação das comunicações electrónicas é, antes de tudo, uma *regulação económica*. Trata-se, de facto, de um tipo de intervenção pública (União Europeia e Estados-membros) destinada a assegurar o *funcionamento equilibrado* do mercado, corrigindo as suas distorções naturais e criando condições jurídicas para que exista uma *concorrência efectiva*. Prescreve o artigo 5.º, n.º 1, al. *a)*, do *REGICOM* como objectivo da regulação a *promoção da concorrência* na oferta de redes de serviços de comunicações electrónicas.

Num texto dedicado a um *sector da economia*, a referência ao tópico da regulação económica remete, de forma quase intuitiva, para a existência de uma *regulação sectorial*, para uma *specific regulation*[33]. Assim sucede no caso da regulação das comunicações electrónicas; trata-se, portanto, de uma mercado que não se encontra apenas submetido à regulação transversal *antitrust* (no caso português, da responsabilidade da *Autoridade da Concorrência*[34]), mas *também* a uma regulação específica ou sectorial – em termos normativos, a regulação específica encontra-se acolhida nas directivas comunitárias acima referidas, noutros actos comunitários de carácter regulamentar, no *REGICOM* e nos regulamentos da *ANACOM*.

O facto de um mercado se encontrar submetido a uma regulação sectorial, que acresce à regulação *antitrust*, resulta, em princípio, de os poderes públicos entenderem que se trata de um sector da economia que reclama cuidados especiais, quer porque a concorrência é frágil, quer porque ainda não se encontra sequer estabelecida em termos efectivos (caso em que se torna necessário uma intervenção de *market building*). Em qualquer dos cenários, o sentido da *ingerência pública* em que se traduz a regulação sectorial consiste menos numa lógica de *protecção da concorrência* (e de repressão dos abusos)[35] do que num empenho *pró-activo*, de *promoção da concorrência*[36].

Sem pretendermos abordar todas as dimensões da *regulação económica específica das comunicações electrónicas*, concentraremos de seguida a atenção na regulação do acesso ao mercado e nas metodologias previstas para a imposição de obrigações *ex ante*.

4.1 – Entrada no mercado

Um dos objectivos centrais do *quadro regulamentar 2002* consistiu em promover a simplificação do regime jurídico de entrada no mercado. Compreende-se o cuidado, dado

---

[33] Não quer isso naturalmente dizer que um mercado não submetido a uma regulação específica seja um *mercado desregulado*. Com efeito, a ausência de regulação específica para um sector da economia está longe de o remeter para uma espécie de vazio de regulação jurídica, onde imperem as meras *leis do mercado*; no nosso tempo, um mercado livre é sempre um espaço regulado por princípio e regras de direito estadual (de direito civil, de direito comercial, de direito do trabalho e, fundamentalmente, do direito da concorrência). Quer isto dizer que, por si só, "el mercado es regulación" (cf. VILLAR ROJAS, "Privatización d grandes servicios públicos", in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, Studia Iuridica*, n.º 60, 2001, Coimbra Editora, p. 207 e segs., 215).

[34] *Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro.*

[35] É esse o sentido da regulação do direito da concorrência.

[36] Nestes termos, cf. RUFFERT, "Regulierung im System des Verwaltungsrechts", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1999, p. 238 e segs. (247).

que a regulamentação do acesso ao mercado é um instrumento essencial para medir o grau de liberalização pretendido pelos poderes públicos(37).

Neste domínio, e em conformidade com o estabelecido na *directiva autorização*, o *REGICOM* distingue dois regimes(38):

i) Regime de autorização geral. – Ao contrário do que o *nomen* sugere, a *autorização geral* não constitui um acto administrativo. Trata-se, diferentemente, de uma espécie de *autorização legislativa ou regulamentar*, quer dizer, de uma autorização ou uma permissão que *resulta directamente da lei* para quaisquer empresas que pretendem oferecer redes e serviços de comunicações electrónicas. Por conseguinte, as empresas que pretendam aceder ao mercado português das comunicações electrónicas, para prestar serviços ou oferecer redes, não têm de "pedir autorização" a nenhuma instância administrativa. Nos termos do *REGICOM*, encontram-se, porém, obrigadas a efectuar uma *comunicação* à *ANACOM*, com a descrição sucinta da rede ou serviço cuja oferta pretendem iniciar e da data prevista para o início da actividade. Após a *comunicação*, as empresas podem iniciar de imediato a actividade. No prazo de cinco dias, a contar da recepção da comunicação, a *ANACOM* emite declaração que confirma a recepção e que descreve os direitos da empresa(39).

ii) Regime de atribuição de direitos de utilização. – Sempre que esteja em causa uma pretensão empresarial de explorar redes ou serviços de comunicações que pressuponha a utilização de *frequências radioeléctricas* ou *números*, a autorização geral não é suficiente. Torna-se então necessário obter *direitos de utilização*. A regulamentação identifica o *acto administrativo* (atribuição de direitos) com referência directa ao efeito jurídico que lhe pretende associar: na nomenclatura tradicional, trata-se, portanto, de uma *licença*. Os direitos podem obter-se no desfecho de *procedimentos administrativos particulares*, que se iniciam com um pedido apresentado pelo interessado à *ANACOM*. No caso dos direitos de utilização de frequências, quando se tenha verificado a *limitação do número de direitos a atribuir*(40), o procedimento de atribuição será em princípio de iniciativa oficiosa e deverá permitir uma selecção concorrencial ou por comparação. Nas áreas abrangidas pelo regime de atribuição de direitos de utilização, o acesso ao mercado conhece mais obstáculos e, em qualquer caso, depende de intervenção administrativa; nos cenários, mais raros, de limitação de número de direitos a atribuir, poderá até considerar-se que o acesso ao mercado se encontra *em princípio* vedado, posto que a própria abertura do mercado depende de decisão administrativa pública(41).

---

37 Cf. GIGLIONI, "La regolazione dell'accesso nel mercato delle telecomunicazioni", *Diritto amministrativo*, 2001, p. 85 e segs. (96).

38 Sobre o assunto, *v.* ARGENTATI, "La libertà di accesso al mercato delle comunicazioni elettroniche tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale", *Il diritto dell'economia*, 2005, p. 481 e segs.; KUGELMANN, "Zugang zu Netzen und Dienstleistungen der (Tele-)Kommunikation", *Verwaltungsarchiv*, 2004, p. 515 e segs. (535).

39 O início da actividade sem comunicação à *ANACOM* constitui uma *contra-ordenação*, punível nos termos previstos no *REGICOM*.

40 Estabelece o *REGICOM* que a limitação é admissível quando tal seja necessário para garantir a utilização eficiente das frequências, tendo em consideração os interesses dos consumidores e o objectivo de facilitar o desenvolvimento da concorrência.

41 Nos casos de prévia limitação do número de direitos, a "abertura do mercado" depende de uma decisão apenas da *ANACOM* ou também do Governo (nos casos em que é a este órgão que cabe aprovar os regulamentos de atribuição de direitos); cf. artigo 35.º, n.os 4 e 5, do *REGICOM*.

4.2 – Regimes regulatórios

4.2.1 – Considerações gerais

A entrada de uma empresa no mercado das comunicações electrónicas expõe-a imediatamente à regulação do sector. Já acima aludimos à existência de uma *regulação uniforme*, que se aplica *indistintamente* a todas as empresas que desenvolvem actividades comerciais consistentes em oferecer redes ou em fornecer serviços de comunicações electrónicas. Assim, por exemplo, todas as empresas: *i)* se encontram sob os poderes de supervisão da *ANACOM*; *ii)* beneficiam de determinados direitos (*v.g.*, de passagem ou de acesso a certos locais e condutas); *iii)* estão oneradas com certas obrigações (*v.g.*, de publicação de listas e de informações sobre facturação, de contratar com os seus clientes dentro de certas condições, etc.).

Além dessa *regulação uniforme*, com um *carácter genérico* (dentro do sector) e que resulta directamente do *REGICOM*, há, depois, uma *regulação especial*, já não incidente *automaticamente* sobre *todo o sector* e *todas as empresas* que nele actuam, mas apenas, após uma *análise de mercado*, em *certos segmentos do sector* e só sobre *certas empresas*.

Em primeiro lugar, a regulação especial não decorre automaticamente da lei; é a lei que define os termos da sua implementação, mas esta fica dependente do resultado de um procedimento de análise de mercado que a autoridade reguladora efectua.

Em segundo lugar, trata-se de uma regulação que atinge exclusivamente certos segmentos do sector das comunicações electrónicas: a esses segmentos do sector a lei chama *mercados relevantes*.

Por fim, em terceiro lugar, a regulação atinge, nos *mercados relevantes*, apenas certas empresas, as que detenham um *poder de mercado significativo* – é esta circunstância que traduz o carácter *assimétrico* da regulação especial.

Em síntese, o sector das comunicações electrónicas encontra-se sob a incidência de uma regulação (fraca) de carácter uniforme, conjugada com a regulação transversal da concorrência, *ou* de uma regulação (forte) de carácter assimétrico, articulada, também esta, com a regulação da concorrência.

Tendo em consideração, por um lado, a *fraqueza* da regulação uniforme sectorial e, por outro, a primazia da regulação assimétrica (quando exista) sobre a regulação da concorrência, podemos equacionar uma dicotomia entre os seguintes termos: *regulação sectorial ex ante vs. regulação da concorrência*[42].

4.2.2 – Subsidiariedade da regulação sectorial *ex ante*

No quadro da dicotomia *regulação sectorial ex ante vs. regulação da concorrência*, é indiscutível a *preferência normativa* pelo regime de regulação da concorrência. A lógica subjacente ao *quadro regulamentar 2002* residiu na abolição da aplicação mecanicista de um regime regulatório assimétrico, que, *a priori*, pressuponha distorções no mercado. Em ruptura com o regime anterior, propôs-se uma *atenuação regulatória*, consistente em convocar a regulação sectorial *ex ante* apenas nos casos em que tal se justificasse, após uma análise da situação concreta dos mercados.

Apesar das proclamações sistemáticas em sentido diferente, a afirmação de uma regra de subsidiariedade da regulação sectorial (em face da *primauté* da regulação da

---

[42] Aludindo a essa dicotomia, cf. MUSSELLI, "Concorrenza e regolazione nel nuovo codice delle comunicazioni elettroniche", *Foro Amministrativo (TAR)*, 2004, p. 1940 e segs.; Rapp, "Le droit des communications entre réglementation et régulation", *Actualité Juridique – Droit Administratif*, 2004, p. 2047 e segs.; RÖGER, "Neue Regulierungsansätze im Telekommunikationsrecht – eine erste Analyse des neuen Telekommunikationsgesetzes 2004, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2004, p. 143 e segs. (149).

concorrência) não conduziu a um estreitamento do território regulado, pois que, embora num contexto mais exigente (desde logo, não automático), a regulação sectorial continua activa em múltiplos segmentos do sector[43].

4.2.3 – Implementação da regulação sectorial *ex ante*

Interessa conhecer agora as condições de implementação da regulação *ex ante*. Estando em causa o objectivo da imposição de *obrigações regulamentares ex ante* a certas empresas, pode dizer-se que o processo que conduz a esse resultado conhece três fases fundamentais: *a)* definição de mercados relevantes; *b)* análise dos mercados relevantes; *c)* declaração de empresas com poder de mercado significativo (*PMS*)[44] e imposição de obrigações regulamentares *ex ante*.

a) Definição de mercados relevantes

Nos termos da *directiva-quadro*, a *Comissão Europeia* dá uma *primeira indicação* dos mercados de produtos e serviços cujas características podem justificar a imposição das obrigações, quer dizer, dos *mercados relevantes*. Aquela instância comunitária adopta, para o efeito, a chamada *recomendação sobre os mercados relevantes*[45].

A *ANACOM* é, em Portugal, a autoridade competente para proceder à definição dos mercados relevantes. Nesse âmbito, deverá ter na máxima conta a *recomendação* da *Comissão* (artigo 58.º, n.º 1, do *REGICOM*).

Da consideração da *recomendação* resulta imediatamente que a *ANACOM* deve proceder à análise dos mercados ali identificados.

Da exigência de a *recomendação* ser tomada em conta já não decorre, porém, uma proibição de a *ANACOM* definir como relevantes mercados que não se encontrem nela identificados. Com efeito, apesar de se pressupor que os mercados não identificados na *recomendação* não carecem de regulação sectorial *ex ante*, o direito comunitário admite que as autoridades reguladoras nacionais definam outros mercados relevantes – de resto, os considerandos da *recomendação* aludem até ao "teste dos três critérios", através do qual a *Comissão* procura ajudar os Estados-membros neste matéria[46].

Mas, importa observar, na hipótese de a *ANACOM* definir como relevante um mercado não identificado na *recomendação*, haverá lugar ao procedimento de consulta à *Comissão*, nos termos dos artigos 7.º, n.º 4, da *directiva-quadro* e 57.º do *REGICOM*. Como já vimos, no exercício do seu *poder de veto*, a *Comissão Europeia* poderá opor-se à medida e exigir que a *ANACOM* a retire.

b) Análise dos mercados relevantes

Definidos os mercados relevantes, e tendo na máxima conta as *linhas de orientação* estabelecidas pela *Comissão*, a *ANACOM* deverá, a seguir, proceder à análise de cada um desses mercados, a fim de verificar se existe *concorrência efectiva* – neste contexto, a noção de concorrência efectiva significa que nenhuma empresa tem um *PMS*. A análise do mercado é, assim, um processo que acaba por se confundir ou traduzir com a avaliação do *poder de mercado* das empresas.

---

[43] Cf. BROZOLO, "Il nuovo quadro", *cit.*, p. 567.

[44] Quer na *definição dos mercados relevantes*, quer na *avaliação do poder de mercado significativo* são utilizadas metodologias idênticas às do direito da concorrência; cf. SALTARI, *ob. cit.*, p. 396.

[45] Recorde-se que está em vigor a Recomendação de 11 de Fevereiro de 2003, que identifica sete mercados ao nível retalhista e onze mercados ao nível grossista.

[46] Os três critérios são os seguintes: *i)* presença de obstáculos fortes e não transitórios à entrada no mercado; *ii)* ausência de condições de dinamismo no mercado que favoreçam uma concorrência efectiva; *iii)* impossibilidade de a aplicação do direito da concorrência colmatar, por si só, as eventuais deficiência do mercado nesta matéria; cf. *Comunicação da Comissão relativa às análises de mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário* (ponto 4.1.).

Neste domínio, de avaliação do poder de mercado das empresas, o quadro regulamentar de 2002 alinhou o limiar do *PMS* com o conceito de *posição dominante* do direito da concorrência. Nestes termos, considera-se que uma empresa detém um *PMS se, individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e dos consumidores* (cf. artigo 60.º, n.º 1, do *REGICOM*).

c) Declaração de empresas com PMS e imposição de obrigações regulamentares ex ante

Caso a *ANACOM* determine que um mercado relevante não é efectivamente concorrencial, compete-lhe determinar quais as empresas com *PMS* e impor-lhes as obrigações regulamentares específicas adequadas (cf. artigo 59º, n.º 4, do *REGICOM*).

A *declaração* de empresas com *PMS* não constitui um simples *acto declarativo*, praticado no quadro de uma mera *regulação através de declaração*[47]. De facto, como se esclarece nas *linhas de orientação da Comissão*, "a mera designação de uma empresa como detendo um PMS num determinado mercado, sem imposição de quaisquer obrigações regulamentares, é inconsistente com as disposições do novo quadro regulamentar" (ponto 114). A declaração de uma empresa com *PMS* apresenta-se, por conseguinte, como *primeira etapa* de um processo de imposição de obrigações regulamentares, no quadro de um regime regulatório de estrutura *assimétrica*, que, exactamente, reclama a imposição de obrigações *apenas* para as empresas com um posição dominante.

Tendo em consideração critérios jurídicos de *adequação* (ao fim a que as medidas se destinam e aos objectivos a alcançar), de *proporcionalidade* e de *transparência*, a *ANACOM* está autorizada a impor, em matéria de *acesso e interligação*[48], uma ou várias das seguintes obrigações *ex ante* às empresas com *PMS*: *i)* obrigação de transparência na publicação de informações; *ii)* obrigação de não discriminação na oferta de acesso e interligação e na respectiva prestação de informações; *iii)* obrigação de separação de contas quanto a actividades específicas relacionadas com o acesso e ou a interligação; *iv)* obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso; *v)* obrigação de controlo de preços e de contabilização de custos" (cf. artigos 66.º do *REGICOM* e 8.º e segs. da *directiva acesso*)[49].

---

47 O conceito de regulação através de declaração ("regulation by declaration") pertence a GAL ("Regulation by declaration: a novel mechanism to limit abuse of monopoly power", http://papers.ssrn.com; 27/05/2006), que o emprega para propor uma renovação no processo de regulação dos sectores económicos em que actuam empresas em posição dominante ou de monopólio; defende o Autor que, embora continuando a caracterizar-se pela repressão dos abusos de posição dominante, a regulação *antitrust* deveria evoluir no sentido de incluir um momento declarativo, de "declaração das empresas com posição dominante ou de monopólio". Tratar-se-ia de um *acto meramente declarativo*, mas que colocaria a empresa declarada e todo o mercado na posse de informação relevante para, conforme os casos, prevenir ou responder imediatamente a desvios e a abusos de posição dominante.

48 Em especial, sobre a racionalidade económica da imposição da interligação ("externalidades das redes"), cf. LEFÈVRE, "Interconnection: is regulation necessary at all?", *Utilities Law Review*, 2005, p. 220 e segs. (223).

49 A imposição de obrigações *ex ante* em matéria de acesso e interligação de redes é um poder de enorme relevância no contexto de uma *network industrie*, como é o caso das comunicações electrónicas. Na ausência dessa possibilidade, a imposição de acesso ou de interligação teria de ser disciplinada pelo direito da concorrência, no contexto do *abuso de posição dominante* (numa lógica repressiva e, portanto, *ex post*) e punível pela *Autoridade da Concorrência* – cf. artigo 6.º, n.º 3, al. *b)*, da *Lei da Concorrência* (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), estabelecendo que pode considerar-se abusivo o comportamento de uma empresa que consista na "*recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou outras infra-estrutura essenciais que a primeira controla, desde que, sem esse acesso, esta última empresa não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a*

menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos, operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade".

A disposição legal acolhe expressamente a conhecida "doutrina das instalações ou recursos essenciais": sobre esta, cf. HAAS, *»Essential facilities doctrine« und offene Netze*, Baden-Baden, Nomos, 2000; HOLZHÄUSER *Essential facilities in der Telekommunikation (der Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen im Spannungsfeld zwischen sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht)*, Munique, C.H. Beck, 2001; HOHMANN, *Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Baden-Baden, Nomos, 2001; BECKMERHAGEN, Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht, Baden-Baden, Nomos, 2002; HIRSH/RICHEIMER, "The essential facilities doctrine: Keeping the word «epithet» from becoming one", http://papers.ssrn.com (5/5/2006); PITOFSKY, "The essential facilities doctrine under United States antitrust law", www.ftc/gov/os (5/5/2006); LIPSKY/SIDAK, "Essential facilities", *Stanford Law Review*, 1999, p. 1187 e segs..

Da versão do transcrito artigo 6.º, n.º 3, al. *b)*, resulta que a *Lei da Concorrência* exige a conjugação de pressupostos exigentes para se poder considerar abuso de posição dominante a recusa de acesso. Assim, tem de se verificar:

a) Controlo de uma rede ou infra-estrutura essencial por uma empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante

Trata-se de um pressuposto que compreende duas exigências: *i)* o controlo de uma rede ou infra-estrutura essencial; *ii)* por uma empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante.

i) *O controlo de uma rede ou infra-estrutura essencial.* – Apesar de a formulação não se apresentar inequívoca nesse sentido, é todavia indiscutível a exigência de que a disposição legal só se aplica se a rede cujo acesso é requerido for *essencial*. A rede é essencial se: *1)* quem tem o controlo dela pode, por esse facto, assumir uma posição dominante num mercado a montante ou a jusante; *2)* sem o acesso a essa rede, não há condições para a efectivação da concorrência no mercado relevante.

O pressuposto relativo à essencialidade da rede não é, todavia, *autónomo*. A sua verificação decorre automaticamente da verificação de outros pressupostos (designadamente, o que referiremos, a seguir, na al. *c)*).

ii) Por uma empresa dominante no mercado a montante ou a jusante. – Trata-se agora de um aspecto essencial do pressuposto em análise. A empresa que controla a rede tem de ser identificada como empresa com posição dominante num *mercado diferente do da oferta da rede*.

b) A recusa de acesso deve ter por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência

Como outras obrigações *ex post*, impostas no quadro do direito da concorrência, a imposição da obrigação de acesso só é possível quando se demonstre que a recusa de acesso é uma prática restritiva da concorrência, adoptada com o objectivo de impedir, falsear ou restringir a concorrência ou que tenha algum desses efeitos. Embora se trate de um pressuposto óbvio e claramente referido na *Lei* (artigo 6.º/1), convém chamar a atenção para ele, designadamente para tornar claro que o sentido da obrigação não é o de proteger os concorrentes, mas apenas o de proteger a concorrência. Ou seja, na avaliação sobre a existência ou não de um abuso de posição dominante no contexto do artigo 6.º/3,*b)*, a *Autoridade da Concorrência* não tem de ponderar a situação económica ou o interesse da empresa que requer o acesso em face do interesse, contrário, da empresa que recusa esse acesso. O que está em jogo é apenas a ponderação entre o interesse público do fomento da concorrência no mercado relevante e o interesse da empresa que controla a rede.

c) Sem o acesso recusado, a empresa concorrente não consegue, por razões factuais ou legais, concorrer com a primeira

Por outro lado, estabelece a *Lei* que só pode ser considerada abusiva a recusa de acesso se, sem o acesso à rede, a empresa interessada não conseguir, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa que controla a rede.

Ora, quanto a este pressuposto, importa sublinhar que a *Lei* não adopta a fórmula original da doutrina das instalações essenciais, que exige que a empresa requerente do acesso esteja numa situação de impossibilidade (jurídica) ou impraticabilidade (técnica ou económica) de duplicar a rede a que quer aceder. Na *Lei da Concorrência*, a verificação do pressuposto não está satisfeita com a mera demonstração de que é impossível ou impraticável instalar uma rede alternativa. O pressuposto parece só estar verificado quando se demonstre que, *seja por que meio for*, a empresa interessada não pode concorrer com a empresa que controla a rede no mercado relevante.

d) Recusa não justificada (por razões operacionais ou outras) com fundamento na impossibilidade do acesso em condições de razoabilidade

Além das obrigações *ex ante* em matéria de acesso e interligação, a *ANACOM* é ainda competente para impor obrigações regulamentares a empresas com *PMS* que desenvolvem as suas actividades na prestação de serviços a retalho: oferta de ligação a rede telefónica pública num local fixo, fornecimento de circuitos alugados (cf. artigos 82.º e segs., do *REGICOM* e 16.º e segs. da *directiva serviço universal*).

5 – Regulação social: o serviço universal

Além da focagem económica – visando a promoção da concorrência –, a actual regulação das comunicações electrónicas está ainda marcada pelo objectivo da defesa dos direitos e interesses dos cidadãos: artigo 5.º, n.º 1, al. c), do *REGICOM*. Para esse efeito, a lei confia à *ANACOM* a incumbência de "*assegurar que todos os cidadãos tenham acesso ao serviço universal*".

O serviço universal[(50)] surge legalmente definido como "*o conjunto mínimo de serviços (…) de qualidade especificada, disponível para todos os utilizadores, independentemente da sua localização geográfica e, em função das condições nacionais, a um preço acessível*": cf. artigos 3º. al. *ff)*, e 86.º, n.º 1, do *REGICOM*.

Em conformidade com a *directiva serviço universal*, o *REGICOM* delimita o âmbito do serviço universal, em termos de abranger as seguintes prestações: *i)* ligação à rede telefónica pública num local fixo e acesso aos serviços telefónicos acessíveis ao público num local fixo; *ii)* disponibilização de uma lista telefónica completa e de um serviço completo de informações de listas; *iii)* oferta adequada de postos públicos"[(51)].

Os preços das várias prestações integradas no serviço universal são controlados pela *ANACOM*, que deve zelar por que seja garantida a acessibilidade. Neste domínio, a autoridade pode determinar a disponibilização de opções ou pacotes tarifários diferentes

---

Mesmo quando todos os pressupostos estão preenchidos, pode haver razões ponderosas para não impor a obrigação de acesso no quadro de abuso de posição dominante.

A imposição do acesso pressupõe um pedido e uma obrigação de contratar ("obligation to deal") o acesso por parte da empresa que controla a rede. Há, contudo, situações que podem *justificar* a recusa e, por isso, a exclusão da obrigação. Assim, por exemplo, o acesso pode não ser viável por razões de natureza técnica ou operacional. Além disso, o acesso não pode ser imposto se, além da agressão que já representa a imposição da obrigação, a empresa onerada não ficar em condições de servir os seus clientes de forma adequada. Há, portanto, um requisito lógico de *praticabilidade do acesso*. Na apreciação do pressuposto, a *Lei* permite que a empresa a quem o acesso é requerido demonstre que este não é possível "em condições de razoabilidade" – o conceito de *razoabilidade* introduz aqui um elemento elástico (diferente do de *praticabilidade*), que pode e deve ser visto com o sentido de obrigação razoável, que *faça sentido*, que seja *adequada* e *proporcional*.

[50] A legislação europeia do fim do século XX recuperou assim um velho conceito norte-americano: em 1907, Theodor Vail, presidente da *AT&T*, referiu-se ao serviço universal para indicar o objectivo da sua empresa: "um telefone em cada lar americano"; cf. MÜLLER, "Universal service in telephone history", *Telecommunications Policy*, 1993, p. 352 e segs.. Na actual lei norte-americana das telecomunicações – *Telecommunications Act*, de 1996 – o *universal service* mantém-se como um dos objectivos prioritários da regulação; cf. KRATTENMAKER, "The Telecommunications Act of 1996", in *Federal Communications Law Journal*, vol. 49, (1996), p. 10 e segs..

[51] O serviço universal é um conceito dinâmico, pelo que o seu âmbito deve evoluir por forma a acompanhar o progresso da tecnologia, o desenvolvimento do mercado e as modificações da procura por parte dos utilizadores (artigo 86.º, n.º 2, do *REGICOM*). Uma das dimensões essenciais do serviço universal reside na *ubiquidade geográfica*, quer dizer, na exigência de que os clientes tenham acesso ao serviço em condições igualitárias, independentemente da sua localização. O tema apresenta grande relevo, posto que, sem uma exigência regulatória dessa natureza, o mercado tende a fazer o *bypass* de comunidades isoladas das quais não espera consumos significativos; sobre este assunto, no direito norte-americano, a propósito das tribos índias e da exigência de uma regulação pública de combate às disparidades resultantes da designada *electronic redlining*, cf. BAYNES, "Deregulatory injustice and electronic redlining: the color of access to telecommunications", *Administrative Law Review*, vol. 56, 2004, p, 263 e segs..

dos oferecidos em condições comerciais normais, bem como a imposição de limites máximos de preços e a aplicação de tarifas comuns (artigo 93.º do *REGICOM*)[52].

Em princípio, segundo o artigo 99.º do *REGICOM*, o(s) prestador(es) do serviço universal deveria(m) ser designado(s) na sequência de concurso público. Mas, por força de uma opção política anterior, a prestação do serviço universal foi confiada à *PT Comunicações, S.A.* (concessionária do serviço público de telecomunicações) até ao ano de 2025. Trata-se de uma situação que o *11º Relatório* da *Comissão* qualifica em termos problemáticos[53].

Embora o assunto não suscite dificuldades, chama-se a atenção para o facto de não se dever confundir os conceitos de *serviço universal* e de *serviço público* (enquanto prestação pública). Na verdade, o serviço universal remete para uma *responsabilidade pública de garantia*, exigindo que o Estado *assegure*, não por si, *mas através do próprio mercado*, certos serviços são prestados segundo condições especificadas. A prestação do serviço representa, portanto, um *encargo* para os prestadores, os quais, no entanto, têm o direito a uma *compensação do custo líquido* das *obrigações de serviço universal* (cf. artigos 95.º e segs., sobre o financiamento do serviço universal)[54].

6 – Modelo institucional da *ANACOM*

Nos termos do artigo 4.º, n.º 2, al. *a)*, do *REGICOM*, os estatutos da autoridade reguladora nacional – a *ANACOM* – garantem a sua "*independência como entidade orgânica, financeira e funcionalmente separada do Governo, dotada dos meios necessários ao desempenho das suas funções*".

Assim é. Na verdade, os estatutos da *ANACOM*, estabelecem que a autoridade "é independente no exercício das suas funções" (artigo 4.º).

Mas analisemos de forma mais desenvolvida a configuração institucional da *ANACOM*: trata-se de uma *autoridade administrativa*, *independente* e *responsável*.

i) uma autoridade administrativa

Legalmente qualificada como *pessoa colectiva de direito público*, a ANACOM é, antes de qualquer outra coisa, uma *autoridade administrativa*; quer dizer, é um *membro* ou *elemento* da Administração Pública portuguesa. Aliás, as dúvidas, que por vezes se vêem na doutrina estrangeira, sobre a administratividade das autoridades reguladoras (independentes) não têm, do nosso ponto de vista, qualquer razão de ser, pelo menos e com toda a segurança em relação às autoridades com funções de regulação de mercados. Com efeito, não vemos que outra qualificação poderia ser atribuída a entidades que, para tutelar determinados interesses públicos, se vêem incumbidas de atribuir títulos que permitem o acesso a um mercado, de vigiar os agentes que nele intervêm e de os punir com sanções tipicamente administrativas (coimas, suspensões e revogações de licenças).

---

[52] Ainda no domínio dos *preços*, note-se que, desde 1986 (*Decreto-Lei n.º 20-C/86, de 13 de Fevereiro*), se encontra prevista a redução de 50% no preço da taxa de assinatura telefónica para os reformados e pensionistas com recursos económicos insuficientes. Já em ambiente liberalizado, o Decreto-Lei nº 18/2003, de 3 de Fevereiro, manteve o desconto, estabelecendo que a *PT, Comunicações, S.A.* (prestadora do serviço universal), será anualmente reembolsada da perda das receitas correspondentes.

[53] Depois de nele se afirmar que, "no que respeita à designação do prestador do serviço universal, os Estados-membros devem garantir que o mecanismo seja eficiente, objectivo, transparente e não discriminatório e que nenhuma empresa seja *a priori* excluída", esclarece-se que, "em Portugal, há o problema de o operador histórico ter sido designado até 2025 sem ter havido concurso".

[54] O facto de consubstanciar um *encargo* permite compreender que o prestador designado reaja judicialmente contra a imposição da prestação do serviço universal; foi assim, por exemplo, em Espanha, com a *Telefónica*; cf. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, "Valoración crítica del sistema de servicio universal y de liberalización", *Revista de Administración Pública*, n.º 164, 2004, p. 253 e segs..

A *ANACOM* não é pois uma *instituição híbrida*, não faz parte do incerto "quarto poder"; não pode, por isso, ser investida de funções públicas legislativas, nem jurisdicionais. Trata-se de uma autoridade administrativa, que, por isso mesmo, só pode ser investida de funções administrativas.

Por ser administrativa, a autoridade está subordinada à *Constituição* e à lei e deve actuar, no exercício das funções que lhe estão cometidas, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. Como qualquer outra instância da Administração Pública, ela está pois sujeita a todos os princípios que caracterizam o regime de direito administrativo. A começar logo pelo *princípio da legalidade administrativa*, do qual resulta que os poderes da *ANACOM* são apenas os que lhe forem conferidos por uma *lei* ou por um acto normativo com força de norma de competência (*decreto-lei*, *regulamento comunitário* e *regulamento administrativo*).

ii) independente

A *ANACOM* preenche os requisitos habitualmente exigidos para se qualificar uma instância como autoridade administrativa *independente*. Recorde-se o artigo 4.º dos seus Estatutos, estabelecendo que ela "*é independente no exercício das suas funções (...)*".

Vejamos o que significa essa independência, devendo dizer-se desde já que se trata de uma *independência limitada*.

A independência da ANACOM traduz-se, em primeiro lugar, na chamada *independência funcional*: trata-se de uma independência "no" ou "para o" exercício das suas funções (de regulação).

Essa independência subsiste apenas no "*quadro da lei*"; *não é evidentemente uma independência da lei* (cf., contudo, *infra*, sobre os regulamentos independentes). Também *não é uma independência dos tribunais*, posto que, obviamente, a *ANACOM* está obrigada a responder judicialmente pelos seus actos e decisões.

A marca particular da administração independente reside, como é sabido, na sua *independência em relação ao Governo*, em especial, em face dos *poderes governamentais de ingerência administrativa* (superintendência e tutela) sobre a Administração Pública[55].

Observe-se, todavia, que nem mesmo em relação ao Governo poderá falar-se de uma independência total da *ANACOM* – além do mais, o Governo exerce sobre a autoridade uma *tutela financeira e patrimonial* (carecem de aprovação ministerial, entre outros actos, o plano de actividades e o orçamento e o relatório de actividades e as contas). Por outro lado, *em termos nacionais*, é ao Governo que cabe o papel de definir os *princípios orientadores de política de comunicações* (a margem de manobra governamental nesta matéria é, contudo, muito estreita, por força da *europeização* da regulação). Deve recordar-se ainda que o Governo tem competências legislativas normais, não podendo invocar-se a independência da *ANACOM* em face da legislação governamental.

Além da *independência funcional*, os Estatutos asseguram também a designada *independência orgânica*. Prescrevem que os membros do conselho de administração – de nomeação governamental, para um mandato de cinco anos – *são independentes no exercício das suas funções, não estando sujeitos a instruções ou orientações específicas*.

Como forma de garantir essa independência, a lei proíbe a renovação do mandato, e exclui a possibilidade de demissão por conveniência (não exclui, todavia, o poder governamental de demissão dos membros do conselho de administração da

---

[55] Empregando a noção de *independência administrativa* para identificar o facto de o regulador alemão se encontrar "livre de orientação ministerial" cf. SCHNEIDER, "Flexible Wirtschaftsregulierung durch unabhänginge Behörden im deutschen und britischen Telekommunikationsrecht", in SCHMIDT-AßMANN/ DOLDE, *Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht: Verfassungsrechtliche Grundlagen, Liberalisierung und Regulierung öffentliche Unternehmen*, Frankfurt, 2005, p. 39 e segs. (61).

ANACOM, por falta grave, comprovadamente cometida no desempenho das suas funções ou no cumprimento de qualquer obrigação inerente ao cargo).

Uma outra dimensão da independência orgânica, mas em relação aos *regulados* (e já não ao Governo), é assegurada pelo *regime de impedimentos* que os Estatutos também acolheram.

Por fim, e não pouco importante, a *ANACOM* dispõe da *independência financeira* que resulta das taxas que está autorizada a cobrar aos regulados.

iii) obrigada a prestar contas

A independência significa um princípio de irresponsabilidade da *ANACOM* perante o Governo, mas não uma "irresponsabilidade total", traduzida na completa isenção do *dever público de prestar contas*.

Bem pelo contrário. De facto, além de submeter a *ANACOM* à tutela financeira e patrimonial do Governo, a lei exige o envio ao próprio Governo, assim como à Assembleia da República, de um relatório anual sobre as actividades de regulação; por outro lado, o presidente do conselho de administração do regulador está obrigado a corresponder aos pedidos que lhe sejam solicitados pela comissão competente da Assembleia da República para prestar informações ou esclarecimentos sobre as suas actividades.

Ainda no âmbito da responsabilidade pública da autoridade, refira-se que os titulares dos seus órgãos e os seus trabalhadores e agentes respondem no plano *civil*, *criminal*, *disciplinar* e *financeiro* pelos actos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, nos termos da lei aplicável.

7 – Poderes da *ANACOM*

As atribuições específicas da autoridade no domínio da regulação e supervisão no *sector das comunicações electrónicas*[56] são *fundamentalmente*: coadjuvar o Governo, a pedido deste ou por iniciativa própria, na definição das linhas estratégicas e das políticas gerais do sector; promover a concorrência no mercado; assegurar a gestão do espectro radioeléctrico; garantir o acesso às redes; assegurar o cumprimento das obrigações de serviço universal; fiscalizar o cumprimento da regulamentação; em geral, proteger os interesses dos consumidores.

Como resulta desse elenco, trata-se de atribuições que a autoridade prossegue e concretiza quase sempre mediante o exercício de *poderes de natureza administrativa*.

7.1 – Edição de regulamentos administrativos

a) Fundamento do poder regulamentar

Formalmente, o poder regulamentar (externo) da *ANACOM* encontra-se consagrado no artigo 9.º, al. *a)*, dos Estatutos, onde se estabelece que a autoridade pode "*elaborar regulamentos nos casos previstos na lei e quando se mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições*"; a norma remete, na primeira parte, para um *poder regulamentar especial*, a conferir por lei em cada caso, mas, na segunda parte, ela própria confere um *poder regulamentar geral* à *ANACOM*.

O decisivo nesta matéria reside no facto de os Estatutos atribuírem, *por si mesmos e sem dependência de uma lei específica*, um poder regulamentar geral. Posteriormente, o *REGICOM* viria na mesma linha, ao estabelecer a competência da autoridade para, *também em geral*, publicar os *regulamentos necessários à execução* do próprio *REGICOM*.

---

[56] A *ANACOM* é também a *autoridade reguladora postal* (cf. artigo 18º, n.º 2, da *Lei n.º 102/99, de 26 de Julho*, sobre as bases gerais a que deve obedece o estabelecimento, gestão e exploração de serviços postais no território nacional).

b) Tipologia dos regulamentos da ANACOM

Os regulamentos que a *ANACOM* está habilitada a editar podem ser classificados segundo dois critérios: o do *âmbito da eficácia* e o da *relação com a lei*; consoante o âmbito da eficácia, temos regulamentos externos ou internos; de acordo com a sua relação com a lei, podemos distinguir entre os regulamentos de execução ou complementares, por um lado, e os regulamentos independentes, por outro.

i) Regulamentos externos e regulamentos internos; as "instruções"

Dentro dos limites permitidos pelos Estatutos, a autoridade tem poderes para "aprovar a (sua) organização e funcionamento"; nesse domínio, bem como no das relações de hierarquia que se estabelecem entre os seus órgãos e os funcionários, emite portanto *regulamentos internos*, que esgotam a sua eficácia jurídica no interior da própria *ANACOM*.

Mais relevantes, em função da posição que ocupam no sistema das fontes do direito, são os *regulamentos externos*, que criam direito aplicável, com carácter geral, aos regulados.

Tendo presente a distinção entre regulamentos internos e externos, importa esclarecer a natureza das *instruções* a que se refere o artigo 11.º, n.º 7, dos Estatutos – a questão só se coloca, deve dizer-se, pelo facto de *instruções* ser o nome que, no direito administrativo geral, se atribui aos *comandos gerais e abstractos* que o superior hierárquico pode dirigir aos seus subalternos[57]: trata-se, nesse sentido, de *regulamentos internos*.

Nos termos da citada norma, os regulamentos da *ANACOM* "*que apenas visem regular procedimentos de carácter interno de uma ou mais categorias de operadores ou de prestadores de serviços, denominam-se instruções, são notificadas aos respectivos destinatários, quando identificáveis, e entram em vigor cinco dias após a notificação ou na data nelas referida*".

Nesse contexto normativo, instruções é o nome do acto que regula procedimentos que os regulados devem respeitar (*v.g.*, o procedimento para a tramitação dos pedidos de acesso à rede: regras sobre a entrega dos pedidos, prazos de resposta, etc.). Por isso mesmo, está seguramente em causa aí um acto *com eficácia externa*, que fixa direito vinculativo para os regulados. Trata-se portanto de *regulamentos externos*.

ii) Regulamentos de execução ou complementares e regulamentos independentes

Nos termos gerais, *regulamentos de execução ou complementares de lei* são os que pormenorizam a disciplina constante de uma lei ou que a desenvolvem e aprofundam e *regulamentos independentes* são os editados *com base numa lei* que se limita a indicar a *autoridade competente* para a respectiva emissão (*competência subjectiva*) bem como a *matéria* sobre a qual podem incidir (*competência objectiva*)[58].

Ora, recordando as disposições dos Estatutos e do *REGICOM*, conclui-se que a *ANACOM* está autorizada a editar os dois tipos de regulamentos.

Por um lado, e no exercício de um *poder geral*, *regulamentos de execução*, no quadro da execução regulamentar do *REGICOM*, e, por outro lado, também no exercício de um *poder geral*, os regulamentos que se mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições (*regulamentos independentes*).

---

[57] Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, Coimbra, Almedina, 2001, p. 642.

[58] A lei remete para a Administração a tarefa de definir a "disciplina primária ou inicial" de uma certa matéria; não podendo ser emitidos sem base legal (cf. artigo 112.º, n.º 8, da *Constituição*: "*os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão*"), os regulamentos independentes são portanto os que pressupõem uma certa *liberdade em relação à lei*, mas uma *liberdade concedida por lei* (uma "liberdade de definição do conteúdo normativo"); cf. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997, p. 186; Diogo Freitas do AMARAL, *Curso*, *cit.*, vol. II, p. 160.

c) Excurso: a questão dos regulamentos independentes

A entrega de um *poder genérico* de elaboração de regulamentos que podem conter *direito inicial ou primário* a instâncias que não integram a administração pública autónoma representou uma *novidade no direito português*[59]. Como se sabe, essa inovação insere-se no já referido contexto de *americanização do direito europeu*, pois é da tradição norte-americana as leis do Congresso delegarem nas agências reguladoras amplos poderes, incluindo poderes de regulação primária: "powers to make the laws" e não apenas "to enforce the laws".

Ora, o facto é que, no direito português, podem suscitar-se dúvidas sobre a bondade da solução de atribuir a organismos administrativos poderes normativos que, "concorrendo com a legislação", acabam por ser regulamentares apenas de um ponto de vista formal.

O que pode pôr-se em causa não é, pois, a atribuição de poderes regulamentares à *ANACOM*, mas, mais limitadamente, a atribuição de poderes (gerais ou especiais) para a edição de *regulamentos independentes*, que, respeitando a *legalidade formal*, não observam todavia qualquer exigência de *legalidade substancial*. O núcleo problemático da questão decorre de o regulador se encontrar distante do "circuito político representativo" e de, nesta matéria, se mover na ausência de critérios legislativos substantivos (ou seja, aqui, com "independência *também* em relação à própria lei"), autorizado, em geral, a estabelecer a *disciplina jurídica inicial ou primária* de situações da vida ou de relações sociais.

d) Procedimento regulamentar (regulamentos externos)

Sobre o procedimento de elaboração de regulamentos, e acusando uma forte inspiração no § 553 do *Administrative Procedure Act* norte-americano ("Rule Making"), os Estatutos da ANACOM impõem as seguintes exigências:

i) notícia do projecto de regulamento ("notice of proposed rule making") – antes da aprovação ou da alteração de qualquer regulamento cuja emissão seja da sua competência, a autoridade deve *dar conhecimento* do respectivo projecto ao ministro da tutela[60], aos regulados, bem como às associações de consumidores de interesse genérico ou específico na área das comunicações: a lei não se refere ao *projecto de regulamento*, mas é óbvio que os interessados só podem pronunciar-se se confrontados com um documento que acolha opções regulamentares claras;

ii) disponibilização do projecto de regulamento – a autoridade deve facultar aos demais interessados o acesso ao projecto, disponibilizando-o no seu *website*;

iii) participação dos interessados – durante um período de 30 dias, os interessados podem emitir os seus comentários e apresentar sugestões, bem como aceder a todas as sugestões que tenham sido apresentadas;

iv) fundamentação – concluído o período de participação, o regulamento pode ser aprovado (ou alterado), devendo o respectivo relatório preambular fundamentar as decisões tomadas, com necessária referência às críticas ou sugestões que tenham sido feitas ao projecto.

v) publicação (e notificação) – o regulamento será publicado na 2.ª série do *Diário da República* e disponibilizado no *website* do regulador, sem prejuízo da sua publicação por outros meios.

---

[59] O poder regulamentar da administração autónoma (sobretudo das autarquias locais) inclui também a criação de direito primário, mas trata-se aí de uma solução que se explica por razões específicas, relacionadas com a *legitimação democrática própria* dessas instâncias públicas.

[60] O "ministro da tutela" não tem uma intervenção específica no procedimento regulamentar: designadamente, não tem o poder de efectuar qualquer espécie de controlo prévio, nem o de vetar o regulamento.

e) Limites do poder regulamentar da ANACOM

O poder regulamentar da *ANACOM* conhece limites decorrentes:

i) da *Constituição* – os regulamentos não podem naturalmente infringir princípios, nem regras constitucionais. Particularmente importante neste âmbito, é a proibição de regulamentos que disciplinam em termos iniciais ou primários matérias que a Constituição reserva à lei (*reserva material de lei*);

ii) do *primado da lei* – os regulamentos criam direito infra-legislativo, que não pode contrariar a lei; concretamente, o regulamento não pode ter como efeito a *derrogação*, *suspensão*, *modificação* ou *revogação* de uma lei; é ainda do primado da lei que decorre a proibição de, com fundamento exclusivo nos Estatutos, a autoridade elaborar regulamentos sobre matérias que, nos termos de uma lei, devem ser disciplinadas por um regulamento do Governo (de acordo com uma regra de *primazia do poder regulamentar especial sobre o geral*); a afirmação da primazia da lei sobre os regulamentos faz-se aqui sem reservas, rejeitando-se assim totalmente a tese segundo a qual os reguladores detêm uma "competência absolutamente reservada", que limita a esfera de intervenção legislativa (parlamentar ou governamental);

iii) das *atribuições da ANACOM* – os regulamentos que elabore têm de caber nas atribuições que lhe estão cometidas, designadamente a promoção da concorrência ou a defesa dos interesses dos consumidores;

iv) do *artigo 11º, n.º 1, dos Estatutos* – os regulamentos devem observar os princípios da *legalidade*, da *necessidade*, da *clareza*, da *participação* e da *publicidade*;

v) da *primazia de alguns regulamentos do Governo* – os regulamentos do Governo editados no exercício de uma competência *especialmente* conferida por lei prevalecem sobre os regulamentos da autoridade reguladora, que não podem violar o que naqueles se estabelece.

7.2 – Outros poderes

Além do poder de edição de regulamentos, a *ANACOM* detém um extenso leque de poderes administrativos. Expõem-se em seguida breves considerações sobre alguns desses poderes.

a) Atribuição de direitos de utilização de frequências e de números

No desempenho das suas funções de regulação, a *ANACOM* é competente para proceder à atribuição dos direitos de utilização de frequências e de números (artigo 30.º e segs. do *REGICOM*). Além disso, quando seja o caso, à autoridade cabe tomar a *decisão de limitar o número de direitos de utilização de frequências* (neste caso, deve adoptar o designado *procedimento geral de consulta*, dando aos interessados a possibilidade de se pronunciarem dentro de um certo prazo; cf. artigo 8.º do *REGICOM*).

Assinale-se, ainda, que a transmissão de direitos de utilização de frequências (por negócio entre empresas) tem de ser comunicada à *ANACOM*, podendo esta opor-se quando entenda, por exemplo, que a transmissão dos direitos provoca distorções de concorrência.

b) Imposição de obrigações regulamentares ex ante

No quadro dos procedimentos de definição e análise de mercados relevantes, cabe à ANACOM impor obrigações regulamentares *ex ante* às empresas com *PMS* (cf. *supra*).

c) Adopção de medidas cautelares e provisórias

O *REGICOM* autoriza a *ANACOM*, em circunstâncias excepcionais, a "*adoptar medidas imediatas, proporcionadas e provisórias (…) quando considerar necessária uma actuação urgente para salvaguarda da concorrência ou defesa dos interesses dos utilizadores*" (*medidas cautelares*: artigo 9.º). Além disso, no desenvolvimento de um

procedimento tendente à adopção de uma decisão, a autoridade pode adoptar *medidas provisórias* destinadas a acautelar o efeito útil da decisão final (artigo 111º).

d) Fiscalização

No âmbito das suas atribuições de supervisão do mercado das comunicações electrónicas, a *ANACOM* exerce actividades de vigilância e fiscalização dos regulados: para esse efeito, efectua averiguações, pratica actos de inspecção e exige o acesso a documentos e informações; por seu lado, os operadores ficam obrigados a colaborar com a autoridade no exercício dos poderes de fiscalização.

Um relevo especial assume neste âmbito o poder de aceder a informações e a documentos das empresas reguladas. Nos termos do *REGICOM*, os regulados encontram-se obrigados a prestar *todas as informações solicitadas*, incluindo informações financeiras, relacionadas com a sua actividade; deverão identificar, de forma fundamentada, as informações que considerem *confidenciais*. Os pedidos de informação da *ANACOM* devem obedecer a princípios de *adequação* ao fim a que destinam, de *proporcionalidade* e de *fundamentação*.

e) Aplicação de sanções

No caso de não cumprirem as obrigações legais que os oneram, os regulados sujeitam-se ao poder sancionatório da *ANACOM*.

Neste domínio, a autoridade tem competência para: *i)* tomar as medidas adequadas e proporcionais em reacção ao incumprimento dos regulados (podendo, por exemplo, suspender a actividade ou suspender ou revogar direitos de utilização atribuídos); *ii)* aplicar sanções pecuniárias (*coimas*), no quadro do ilícito de contra-ordenação social (o valor das coimas pode ascender a 5 000 000 €); *iii)* impor *sanções pecuniárias compulsórias*[61].

f) Resolução de litígios entre empresas

Na linha de uma tendência geral do *direito da regulação*, a *ANACOM* detém um poder administrativo de resolução de litígios. Assim, a pedido de qualquer das partes interessadas, a autoridade é competente para resolver, *através de decisão vinculativa*, quaisquer litígios relacionados com as obrigações decorrentes do *REGICOM*, entre empresas a elas sujeitas (sem prejuízo da possibilidade de recurso aos tribunais). O litígio é, neste cenário, resolvido por via autoritária, mediante um *acto administrativo de resolução de litígios*[62].

8 – Controlo jurisdicional da actuação da *ANACOM*

Os actos da *ANACOM* com relevo jurídico externo são passíveis de um controlo jurisdicional, a desencadear, desde logo, pelos lesados.

O *REGICOM* estabelece algumas regras especiais nesta matéria.

Assim, os actos relativos à aplicação de sanções pecuniárias (coimas ou sanções pecuniárias compulsórias) são impugnáveis nos *tribunais de comércio*[63], nos teremos previstos no *REGICOM*.

Os restantes actos da *ANACOM* (concessão ou recusa de direitos, limitação do número de frequências, imposição de obrigações, resolução de litígios, etc.) são objecto de impugnação para os tribunais administrativos, nos termos do *Código de Processo nos*

---

[61] A sanção pecuniária compulsória consiste na imposição de uma "multa diária", cujo montante aumenta por cada dia de atraso no cumprimento de uma obrigação. Do mesmo modo que, no direito francês, a *astreinte*, a sanção pecuniária compulsória visa *constranger* ou *forçar* ao cumprimento de uma obrigação.

[62] Sobre a *actividade administrativa de resolução de litígios*, cf. o nosso *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 544.

[63] Já criticámos a solução legal neste ponto, em *Direito Administrativo da Regulação*, *cit*..

Tribunais Administrativos, com a seguinte especificidade: no processo jurisdicional de impugnação há lugar à *intervenção obrigatória de três peritos, designados por cada uma das partes e o terceiro pelo tribunal, para apreciação do mérito da decisão recorrida* (cf. artigo 13.º, n.º 2, do *REGICOM*).

A solução comporta duas inovações de grande significado, as quais, na nossa interpretação, se devem articular entre si: assim, por um lado, a disposição exige a *intervenção obrigatória de três peritos* (designados por cada uma das partes e um outro pelo tribunal) e, por outro, impõe que o processo contemple uma *apreciação do mérito da decisão recorrida*.

No âmbito de um processo de impugnação jurisdicional, a apreciação do *mérito* da decisão administrativa impugnada parece contrariar as exigências de separação de poderes e os limites funcionais da intervenção jurisdicional. Tendo isso presente, a solução do *REGICOM* apresenta-se, pelo menos, surpreendente(64), parecendo inserir-se numa linha de controlo jurisdicional reforçado dos reguladores.

Sem diminuir o alcance das reflexões anteriores, cremos, contudo, que a norma não tem de se interpretar com o sentido de entregar ao *tribunal administrativo* um poder de apreciar o *mérito* (a *oportunidade*, a *bondade*) de decisões da *ANACOM*.

Na leitura que fazemos, sobre o *mérito* da decisão pronunciam-se os peritos – diz a lei que há lugar a "intervenção obrigatória de três peritos (…) *para* apreciação do mérito da decisão recorrida" –, não o juiz. Por outro lado, no interior de um processo jurisdicional, a apreciação do mérito, ainda que confiada aos peritos, há-de basear-se em *critérios jurídicos*, balizada por parâmetros como a *razoabilidade* ou a *proporcionalidade*. O entendimento diferente, que admita que o processo pode apreciar a *bondade material* da decisão, substituindo o juízo de oportunidade do regulador pelo juízo dos peritos, provocaria uma *incerteza* desnecessária e perigosa(65).

---

[64] A disposição é o fruto da leitura que o legislador português fez do artigo 4.º, n.º 1, da *directiva-quadro*, que, sob a epígrafe "direito de recurso", estabelece o seguinte: "Os Estados-membros deverão assegurar a existência de mecanismos eficazes, a nível nacional, através dos quais qualquer utilizador ou empresa (…) que tenha sido prejudicado/a por uma decisão de uma autoridade reguladora nacional, tenha o direito de interpor recurso contra essa decisão junto de um organismo de recurso, que pode ser um tribunal, independente das partes envolvidas e *que disponha dos conhecimentos especializados necessários ao desempenho das suas funções*. Os Estados-membros assegurarão que o *mérito da causa* seja devidamente apreciado e que exista um mecanismo de recurso efectivo".

[65] RICHARDSON, *ob. cit.*, p. 54.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GONÇALVES, Pedro. Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-PEDRO-GONCALVES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.