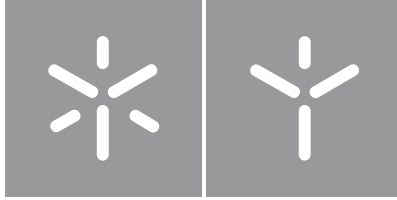


Universidade do Minho
Escola de Direito

Mafalda Manuela Magalhães Alves

**A Transparência e a Concorrência no Setor
das Telecomunicações: o Papel Regulador e
Sancionador da ANACOM**





Universidade do Minho

Escola de Direito

Mafalda Manuela Magalhães Alves

A Transparência e a Concorrência no Setor das Telecomunicações: o Papel Regulador e Sancionador da ANACOM

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Administrativo
Justiça Administrativa

Trabalho efetuado sob a orientação da:
Professora Doutora Isa Filipa António de Sousa

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

[Esta é a mais restritiva das nossas seis licenças principais, só permitindo que outros façam download dos seus trabalhos e os compartilhem desde que lhe sejam atribuídos a si os devidos créditos, mas sem que possam alterá-los de nenhuma forma ou utilizá-los para fins comerciais.]

Agradecimentos

O culminar de um trabalho de investigação é o produto do esforço individual, apoiado e incentivado por aqueles que amamos e temos a sorte que nos acompanham. Especialmente, quando desenvolvido num contexto pandémico como o que marcou grande parte do período de elaboração desta dissertação e que de tantas formas o constrangeu. Porém, e valorizando ainda mais os contributos dos visados, a quem expresso o meu sincero e caloroso agradecimento:

À Senhora Professora Doutora Isa António que, desde o primeiro momento, demonstrou uma disponibilidade ímpar, uma incansável vontade de auxiliar-me numa conjuntura que não era francamente positiva. Agradeço-lhe os contributos e sugestões académicas, porém especialmente a motivação, o apoio e a paciência que em mais ninguém encontraria.

À minha família, fonte de inspiração, resiliência e pela confiança que depositam em mim, mesmo quando a dúvida se instala e corrói. São a personificação de amor.

A todos os meus amigos que carrego ao peito, trilhar este caminho sem vocês teria sido tremendamente só e vazio. Pelo apoio, carinho e motivação são insubstituíveis.

“Recomeça...

Se puderes

Sem angústia

E sem pressa.

E os passos que deres,

Nesse caminho duro

Do futuro

Dá-os em liberdade.

Enquanto não alcances

Não descanses.

De nenhum fruto queiras só metade”.

SÍSIFO, MIGUEL TORGA (1977)

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Resumo

A Transparência e a Concorrência no Setor das Telecomunicações: o papel Regulador e Sancionador da ANACOM

A investigação e respetiva elaboração da presente dissertação tem por objeto o vastíssimo setor das telecomunicações, destacando dois valores que consideramos imprescindíveis ao desenvolvimento e bom funcionamento do mesmo: a (sedimentada) concorrência e a (exigida) transparência sob a égide do papel regulador da ANACOM. Pretendemos aferir se, face às tumultuosas mudanças tecnológicas, continua o papel da ANACOM, enquanto entidade *sui generis*, adequado e eficaz às exigências regulatórias de caráter nacional e transnacional.

Debruçar-nos-emos sobre um setor amplamente influenciado pela inovação tecnológica, com uma oferta de redes e serviços de telecomunicações, impensáveis no início do milénio.

A evolução e densificação do bloco de legalidade nacional do setor das telecomunicações exprime a influência do direito europeu, alicerce da normatividade atual. Da caracterização de um setor originariamente explorado por monopólios públicos que, através da intervenção e integração europeia opera uma mudança do *status quo*, com o intuito de estimular a concorrência, promover os investimentos e consolidar o mercado único europeu.

Esta reinvenção do setor foi acompanhada por mudanças no modelo regulatório operado entre o Estado e a Economia, materializado na figura das autoridades reguladoras independentes. Esta figura à qual se aponta vantagens e desvantagens, caracteriza o novo *Estado Regulador e de Garantia*.

A regulação transversal do direito da concorrência compagina com a (ainda) regulação setorial e com cada vez maiores exigências de transparência que se impõem ao setor e aos seus atores. Em específico, a evolução e os poderes exercidos pela ANACOM no seio de um setor multimilionário, constrangido por interesses privados, quando há um interesse público, cada vez mais flagrante no horizonte.

Não falamos mais de um serviço público tradicional, mas sim de um *serviço de interesse económico geral*, crucial para a economia europeia e imprescindível para os cidadãos e para as empresas pelo que o papel da ANACOM reveste uma relevância incomensurável.

Palavras-chave: regulação; Europa; telecomunicações; ANACOM;

Abstract:

Transparency and competition in the telecommunications sector: ANACOM's regulatory and sanctioning role

The investigation and respective elaboration of the present dissertation has as its object the vast telecommunications sector, highlighting two values that we consider indispensable to its development and good functioning: the (sedimented) competition and the (required) transparency under the aegis of ANACOM's regulatory role. We intend to assess whether, in the face of the tumultuous technological changes, ANACOM's role as a *sui generis* entity continues to be adequate and effective to the regulatory requirements of a national and transnational nature.

We will focus on a sector largely influenced by technological innovation, with an offer of telecommunications networks and services, unthinkable at the beginning of the millennium,

The evolution and densification of the block of national legality expresses the influence of European law in the telecommunications sector, the foundations of current normativity. The characterization of a sector originally exploited by public monopolies that, promoted by European intervention and integration operates a change of the status quo, in order to stimulate competition, promote investment and consolidate the single market.

This reinvention of the sector was accompanied by changes in the regulatory model operated between the State and the Economy, materialized in the figure of independent regulatory authorities. This figure, to which advantages and disadvantages are pointed out, characterizes the new *Regulatory and Guarantee State*.

The transversal regulation of competition law is compatible with (still) sector regulation and with the increasing demands for transparency imposed on the sector and its players. Specifically, the evolution and powers exercised by ANACOM within a multimillion-dollar sector, constrained by private interests, when there is a public interest, more and more flagrant on the horizon.

We are no longer talking about a traditional public service, but a *service of general economic interest*, crucial to the European economy and indispensable for citizens and businesses, so the role of ANACOM is immeasurably important

Keywords: regulation; Europe; telecommunications; ANACOM;

| | |
|---|----|
| Introdução | 13 |
| 1. Da apresentação do tema, da delimitação do objeto e dos motivos que presidiram à sua escolha | 13 |
| 2. Da sequência da exposição | 16 |
| CAPÍTULO I – O setor das telecomunicações | 18 |
| 1. Concetualização | 18 |
| 2. O setor das telecomunicações no quadro europeu | 34 |
| 2.1 A liberdade de circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais | 36 |
| 2.1.1 A liberdade de circulação de serviços: o setor das telecomunicações | 41 |
| 2.2 Os primeiros passos: a influência europeia | 42 |
| 2.2.1 A evolução legislativa: a fase inicial | 44 |
| 2.2.2 A harmonização legislativa | 45 |
| 2.2.3 O quadro regulamentar de 2002: as Diretivas de 2002 | 47 |
| 2.2.4 A “consolidação do mercado único concorrencial”: a <i>Reforma de 2009</i> | 51 |
| 2.3 O lado (in)visível da década: a escassa mudança do setor | 53 |
| 2.3.1 A itinerância nas redes: o <i>Regulamento do Roaming</i> | 54 |
| 2.3.2 A normalização europeia nas telecomunicações | 55 |
| 2.3.3 O reforço do papel europeu: o ORECE e o GRE | 56 |
| 2.4 Do ponto de viragem ao presente | 57 |
| 2.5 A problemática suscitada no setor das telecomunicações | 62 |
| CAPÍTULO II – A arquitetura de um novo modelo regulatório entre o Estado e a Economia | 66 |
| 1. A evolução concetual e do modo de intervenção económica do Estado | 66 |
| 1.1 A afirmação do Estado Liberal de Direito | 66 |
| 1.2 A emergência do <i>Estado-Providência</i> ou <i>Estado Social</i> | 68 |
| 1.3 A convergência de vontades: <i>O Estado Regulador</i> | 70 |
| 2. A Regulação do mercado das telecomunicações em Portugal | 74 |

| | | |
|--|--|-----|
| 2.1 | A preeminência da Regulação Setorial: o princípio do fim | 77 |
| 2.1.1 | O Direito da concorrência no horizonte das autoridades reguladoras independentes | 78 |
| 2.2 | As protagonistas da regulação: As Autoridades Reguladoras Independentes | 87 |
| 2.2.1 | A problemática da escassez de legitimidade democrática? | 93 |
| 2.2.2 | A proposição de mecanismos conducentes com a transparência | 99 |
| 2.3 | Os <i>Serviços de Interesse Económico Geral</i> (SIEG): a especificidade do Serviço Universal | 101 |
| 2.3.1 | O Serviço Universal de Telecomunicações | 105 |
| 2.3.2 | O Mercado Único Digital: a recompreensão do Serviço Universal de Telecomunicações | 110 |
| 2.3.3 | A proteção dos direitos dos utilizadores | 111 |
| CAPÍTULO III - A Concorrência e Transparência do Setor das Telecomunicações | | 115 |
| 1. | A Concorrência no Setor das Telecomunicações | 115 |
| 1.1 | As práticas restritivas da concorrência no setor | 118 |
| 2. | A Defesa da Transparência | 127 |
| 3. | A Autoridade Reguladora Nacional: a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) | 130 |
| 3.1 | De nascer, a crescer, à idade adulta: Os Estatutos ANACOM | 131 |
| 3.1.1 | A inovatória lei orgânica de 2001 | 133 |
| 3.1.2 | A atualidade da ANACOM | 134 |
| 3.2 | Missão, objetivos e atribuições | 137 |
| 4. | Os poderes da ANACOM: o âmago do Papel regulador | 139 |
| 4.1 | O exercício do Poder Regulamentar da ANACOM | 140 |
| 4.2 | O exercício dos Poderes de Supervisão e Fiscalização da ANACOM: O início do trilha: a entrada no mercado | 142 |
| 4.2.1 | A obrigação geral de conceder acesso e de interligação às redes | 142 |
| 4.2.2 | A autorização geral | 146 |
| 4.2.3 | Em busca das frequências perfeitas: o espectro radioelétrico e a numeração | 148 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 4.2.4 | A instalação de redes de comunicações eletrónicas | 152 |
| 4.2.5 | A imposição de obrigações específicas | 153 |
| 4.2.5.1 | O procedimento de análise de mercado | 153 |
| 4.2.5.2 | Empresas com poder de mercado significativo (PMS) | 155 |
| 4.2.6 | A salvaguarda e proteção dos consumidores e utilizadores finais | 158 |
| 4.2.7 | A faceta fiscalizadora | 159 |
| 4.3 | O poder sancionatório | 161 |
| 4.3.1 | Atuação da ANACOM no sentido de evitar a conflitualidade | 163 |
| 4.3.2 | A instauração dos processos contraordenacionais | 165 |
| 4.3.3 | Inadequação do regime sancionatório atual | 168 |
| 4.3.4 | O peso das sanções: compensará o crime? | 170 |
| 4.4 | A Resolução Extrajudicial de Litígios | 172 |
| | Conclusões | 175 |
| | Referências bibliográficas | 180 |
| | Jurisprudência | 195 |

Lista de abreviaturas

| | |
|---------------|--|
| ANACOM | Autoridade Nacional das Comunicações |
| ARN | Autoridades Reguladoras Nacionais |
| ARPANet | Advanced Research Projects Agency Network |
| DECO | Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor |
| BdP | Banco de Portugal |
| BCE | Banco Central Europeu |
| CACMEP | Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e Publicidade |
| CADA | Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos |
| CAE | Código de Atividade Económica |
| CCP | Código dos Contratos Públicos |
| CECA | Comunidade Europeia do Carvão e do Aço |
| CECE | Código Europeu das Comunicações Eletrónicas |
| CEDF | Carta Europeia dos Direitos Fundamentais |
| CEE | Comunidade Económica Europeia |
| CEN | Comité Europeu de Normalização |
| CENELEC | Comité Europeu da Normalização Eletrotécnica |
| CFI | Código Fiscal de Investimento |
| CNE | Comissão Nacional de Eleições |
| CNPD | Comissão Nacional de Proteção de Dados |
| Comissão ITRE | Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia |

| | |
|------------|---|
| CRoSAP | Comisso de Recrutamento e Seleo da Administrao Pblica |
| CSIRT | Computer Security Incident Response Team |
| CTT | Correios e Telecomunicaes em Portugal |
| DGS | Direo-Geral da Sade |
| ICP-ANACOM | Instituto das Comunicaes de Portugal |
| ITAA | Information Technology Association of America |
| ENISA | European Union Agency for Cybersecurity |
| ERC | Entidade Reguladora da Comunicao Social |
| ERSE | Entidade Reguladora dos Servios Energticos |
| ETSI | Instituto Europeu de Normalizao das Telecomunicaes |
| FEDER | Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional |
| FMI | Fundo Monetrio Internacional |
| FEDER | Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional |
| GRE | Grupo de Reguladores Europeus para as redes e servios de comunicaes eletrnicas |
| GSM | Global System for Mobile |
| ICNIRP | International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection |
| LCE | Lei das Comunicaes Eletrnicas |
| LBT | Lei de Bases das Telecomunicaes |
| LDC | Lei de Defesa do Consumidor |
| OMC | Organizao Mundial do Comrcio |
| OMS | Organizao Mundial de Sade |
| ORECE | Organismo de Reguladores Europeus das Comunicaes Eletrnicas |

| | |
|---------|--|
| RGCOSEC | Regime-quadro das contraordenações no setor das comunicações |
| RJC | Regime Jurídico da Concorrência |
| SIC | Sistema de Informação Centralizado |
| SIEG | Serviços de Interesse Económico Geral |
| SIG | Serviços de Interesse Geral |
| TIC | Tecnologias de Informação e Comunicação |
| TFUE | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia |
| TLP | Telefones de Lisboa e Porto |
| TCRS | Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão |
| TUE | Tratado da União Europeia |
| UE | União Europeia |

Introdução

1. Da apresentação do tema, da delimitação do objeto e dos motivos que presidiram à sua escolha

Hodiernamente, são escassas as utilidades que deslumbram o ser humano, uma vez que estas são dadas como garantidas. Todavia, as sociedades modernas não são estáticas, e em particular as telecomunicações impactam e impulsionam o desenvolvimento daquelas. *A Sociedade de Informação* não é uma novidade, contudo o caminho europeu percorrido para desencadear a sua promoção escreve-se no presente.

As telecomunicações constituem-se como um conceito unitário e estático ou um conceito amplo e dinâmico?

É que se há pouco mais de 100 anos, a Gripe Espanhola dizimou milhões mundialmente, a capacidade desta informação transmitir-se em tempo real era francamente limitada na medida em que, as telecomunicações estavam restringidas às cartas, ao telégrafo e ao telefone. Já em 2020, ano impregnado por uma nova pandemia à escala global que, por um lado fisicamente nos distanciou de forma a salvaguardar a nossa saúde e bem-estar e daqueles que nos rodeiam, por outro aproximou-nos da panóplia de tecnologia capaz de viabilizar a comunicação à distância quer em ambiente pessoal, escolar ou profissional.

Assim, no primeiro capítulo, ao debruçarmo-nos sobre as telecomunicações, entendemos ser imperioso explanar a evolução da concetualização das mesmas, refletida na nomenclatura jurídica nacional e, naturalmente na europeia. Socorrendo-nos da categorização previamente delineada pela doutrina e, *ajustando-a* à atualidade.

Qual a dimensão do direito europeu no setor das telecomunicações?

Num momento subsequente, explicitamos numa componente expositiva, de que forma a evolução na integração europeia e a consagração das suas liberdades basilares, metamorfoseou um setor tradicionalmente nacional, num dos principais motores socioeconómicos do espaço europeu. Destarte, revelou-se imperativo uma excursão pelo acervo legislativo europeu paulatinamente emanado, sem descurar o progresso tecnológico a impor ao legislador europeu desafios constantes.

Do entendimento e da necessidade de unificar a legislação europeia para competir com os países tecnologicamente mais avançados surge o esboço das *Diretivas da década de 90*. Estas introduziram um fenómeno que se expandiu a toda a Europa e redefiniu a prestação dos serviços de telecomunicações e, estendendo-se igualmente às restantes *public utilities*: a liberalização. Tímida inicialmente, esta ocupou toda a década e constituiu o ponto de viragem no setor.

De que forma os novos desafios tecnológicos interferiram com a normatividade do setor?

Explicitaremos o *quadro regulamentar de 2002* enquanto alicerce normativo do setor, ainda que enfatizando as reformas substanciais, impingidas pela evolução tecnológica, bem como pela ambição da concretização de uma *Europa digital* e unificada em torno de uma *Sociedade da Informação e do Conhecimento*. Estas demonstram as fragilidades de uma normatividade pensada para o início da década, incapaz de prever as inúmeras mutações que brotaram dos últimos 20 anos.

Da eliminação do roaming, ao tratamento e proteção dos dados pessoais, à neutralidade da *Internet*, as especificidades originais desta indústria em rede mesclaram com outras dimensões, exigindo uma recompreensão da atuação regulatória de forma a abranger toda a heterogeneidade do setor, resultando na elaboração de um novo quadro regulamentar europeu unificado das comunicações eletrónicas.

Qual o papel do Estado e do Mercado na regulação do setor?

Por conseguinte, revelou-se essencial enfatizar o papel do Estado no desenvolvimento do setor e de como a recompreensão da sua atuação, dos primórdios do *Estado Abstencionista* ao *Estado Regulador*, influenciaram a edificação do mercado das telecomunicações.

Da autorregulação característica da prestação de um serviço público, à emergência de um setor primeiramente liberalizado e posteriormente privatizado que, carecia de uma heteroregulação a cargo de entidades que se sedimentavam na realidade europeia influenciada pela realidade anglo-saxónica. Do espaço dedicado a estas nos ordenamentos jurídicos, instigados a uniformizar os comportamentos regulatórios nacionais nascem as *entidades reguladoras independentes*. Dos benefícios da regulação de determinados setores ocorrer por intermédio de entidades com regimes de incompatibilidades e impedimentos sedimentados e prevendo garantias de inamovibilidade a favor dos seus membros, às incertezas geradas por estas entidades, em virtude da ausência da tradicional legitimidade democrática e enquanto desvio ao princípio da separação de poderes.

A retração do Estado prestador foi sinónimo do seu desaparecimento no mercado concorrencial? E quanto à salvaguarda dos direitos dos utilizadores?

Percorremos a eclosão de um *Estado Regulador* deixando as vestes de prestador de serviços públicos, sem excluir a dimensão que estes serviços possuem na vivência humana. Refletindo-se a nova roupagem na realidade europeia enquanto *serviços de interesse económico geral*. No panorama português, vertida na *Lei dos Serviços Públicos Essenciais* e na consagração de obrigações mínimas de serviço universal, presentes *inclusive* no setor das telecomunicações. Em paralelo, a evolução e consolidação dos direitos dos consumidores, enquanto figura de destaque das preocupações europeias.

Qual o circunstancialismo em que surgem os valores da transparência e da concorrência no setor das telecomunicações?

Paulatinamente, a regulação setorial resultante da atuação das entidades reguladoras independentes tem cedido espaço à regulação transversal da concorrência e a obrigações de transparência na senda da edificação do *Mercado Único Digital*. Pelo que, dedicamo-nos à evolução do regime da concorrência no panorama europeu, esmiuçando as práticas restritivas no setor das telecomunicações. Simetricamente à promoção da concorrência surgem (e exigem-se) cada vez, em maior número, obrigações de transparência, quer relativamente aos agentes de mercado, quer às próprias entidades reguladoras nacionais.

Qual a necessidade da ANACOM? E qual o seu efetivo papel no setor?

Assim, num período em que o protagonismo das telecomunicações é irrefutável, direcionamos o olhar para a autoridade reguladora nacional, a ANACOM. Da sua constituição, às garantias de independência *de iure* e *de facto* num setor no qual, o risco de captura pelos regulados espreita, aos seus poderes regulatórios na prossecução da missão que lhe obsta. Dos contornos atuais e presentes da última década à institucionalização da nova arquitetura regulatória direcionada para a implementação das novas tecnologias em consonância com as exigências do mercado.

Qual o alcance e limitações dos poderes da ANACOM?

Do quarteto que compõe os poderes da ANACOM, subjaz uma preocupação de garantir o cumprimento dos normativos legais, propiciar o desenvolvimento de um setor permanentemente dinâmico e exigente, sem negligenciar a proteção dos interesses dos cidadãos.

Do poder regulamentar, tipicamente associado às autoridades reguladoras, o qual é igualmente potenciador de dúvidas na doutrina quanto à sua amplitude.

Quanto aos poderes de supervisionar e fiscalizar, exercidos com rigor são conducentes à garantia da concorrência e de melhorias na prestação de serviços e na oferta de redes de comunicações, porém não podem ser executados de forma a descuidar as garantias dos regulados.

Por sua vez, questionar-se-á se, no exercício do poder sancionatório, o qual visa reprimir comportamentos desviantes e possibilitar a correção da ilegalidade através dos mecanismos existentes, a adequação do mesmo. Por fim, assentamos o olhar na possibilidade de composição de litígios atribuída à ANACOM, e quanto à possibilidade desta se imiscuir ao poder jurisdicional.

Quais as contraordenações e sanções suscetíveis de serem aplicáveis pela ANACOM?

O poder sancionatório, à semelhança do que é visível noutros domínios é expressão de um poder repressivo e economicamente robusto, traduzido numa série de processos contraordenacionais e na aplicação de coimas aos regulados. Todavia, a sanção pecuniária não esgota o elenco de sanções formalmente tipificadas. Escrutinaremos este poder e a dimensão sancionatório no ordenamento jurídico português.

Será vantajoso o recurso à resolução alternativa de litígios no setor das telecomunicações?

Por fim, as relações entre os operadores de telecomunicações e os consumidores não se afiguram de fácil trato, uma vez que emergimos numa área de elevada conflitualidade, o poder de resolução extrajudicial de litígios reconhecido e incentivado progressivamente na legislação desenha-se como uma solução célere e clara como o setor exige.

2. Da sequência da exposição

A prossecução de uma concorrência efetiva promove o bem-estar económico e social dos atores nos diversos Estados-Membros e, garante um tratamento não discriminatório às empresas nos diversos setores económicos, que de outra forma poderiam sucumbir às ineficiências do mercado. Simultaneamente, proporciona o funcionamento do *Mercado Interno Europeu*, refletindo-se nos preços e

na qualidade dos produtos e serviços disponíveis aos consumidores, através da inovação e progresso tecnológico fomentado.

A tripartição desta dissertação assenta num primeiro capítulo num olhar amplo e expansivo sobre o setor das telecomunicações no seio do quadro europeu. Do arsenal normativo europeu às instituições europeias presentes no setor. Sem prejuízo do extenso tratamento normativo efetuado à legislação em vigor aquando da investigação, fica a ressalva da iminente transposição do Código Europeu das Comunicações Eletrónicas e da aprovação de alterações à Lei-Quadro das Entidades Reguladoras.

No segundo capítulo a excursão pela evolução conceptual e intervencionismo económico estadual na redefinição do seu papel e como este influenciou o mercado das telecomunicações. Concomitantemente, a exposição da intrincada figura das autoridades reguladoras independentes e a substituição do tradicional *serviço público* pelo conceito europeu de *serviço de interesse económico geral*. Da desatualização do serviço universal de telecomunicações à ampla proteção conferida aos utilizadores sob a égide do *Mercado Único Digital*.

No capítulo final recai o nosso olhar sobre dois valores largamente em foco na realidade atual, e imprescindíveis ao são desenvolvimento do setor e da eficaz atuação da ANACOM: a concorrência e a transparência. Intrinsecamente associados à missão e ao exercício de poderes pela autoridade reguladora e propulsores das soluções regulatórias delimitadas.

CAPÍTULO I – O setor das telecomunicações

1. Concetualização

Atualmente, quando nos deparamos com o conceito de “telecomunicações” somos remetidos para uma realidade distinta daquela que seríamos há três décadas. Tal se explica, e em sintonia com o ramo do Direito que nos apraz estudar¹ quer do ponto de vista material, ao desenvolvimento tecnológico² que drasticamente influenciou os instrumentos tradicionalmente associados ao setor conduzindo ao nascimento de *novas formas* de comunicação, quer do ponto de vista formal, da panóplia de legislação fruto da integração europeia facilitadora da liberalização do setor.

Terminologicamente, no contexto europeu abandonou-se o termo “telecomunicações” para se passar a adotar o termo “comunicações eletrônicas”, fruto da formalização do *quadro regulamentar de 2002*³ em resultado da Revisão de 1999⁴ e, o qual foi transposto para o ordenamento jurídico português através da *Lei das Comunicações Eletrônicas* (LCE) em 2004⁵. A evolução tecnológica que antecedeu a normatividade capacitou a mesma plataforma ou equipamento de receber e transportar distintos tipos de comunicações (*convergência tecnológica*), exigindo igualmente uma convergência ao nível legal. Ao

¹ O Direito Administrativo é permeável à transmutação da própria sociedade e da economia, desde logo devido a fenómenos como a privatização, a europeização, a internacionalização que vamos desenvolver na presente dissertação. Neste sentido, OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2015, p. 28-39; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 29-31. No sentido de evidenciar a importância do mesmo há autores que se referem a este como, “um ramo de Direito expansivo e colonizador de todas as restantes disciplinas da ciência jurídica, mostrando uma intrínseca vocação imperialista”. GONÇALVES, Pedro; OTERO, Paulo - Nota de abertura. In *Tratado de Direito Administrativo Especial - Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 5.

² A introdução de mecanismos de mercado e a possibilidade da iniciativa privada tornaram o setor das telecomunicações um dos mais impulsionadores do desenvolvimento económico. TRUBNIKOV, Dimitrii - The Public Choice View at the “Deregulation” Movement: Analyzing the Experience of European Telecommunications. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. [em linha]. Vol. 11, n.º 1 (2019), p. 2 [Consult. 20 Fev. 2020]. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/24846/21956>>.

³ Composto pela Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002 relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrônicas (doravante *Diretiva-Quadro*) e quatro diretivas específicas. Respetivamente Diretiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrônicas (doravante *Diretiva-Autorização*), a Diretiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrônicas e recursos conexos (doravante *Diretiva-Acesso*), a Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrônicas (doravante *Diretiva Serviço Universal*), a Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas (*Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas*). Posteriormente, a Diretiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrônicas.

⁴ Como consta da Comunicação da Comissão Europeia, *Para um novo quadro das infra-estruturas das comunicações electrónicas e serviços conexos* – COM (1999) 539.

⁵ A Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, última versão alterada pelo Decreto-Lei n.º 49/2020, de 4 de Agosto.

contrário do que ocorria primariamente, quando as legislações nacionais impunham, desde logo limitações aos tipos de tecnologia que podiam ser utilizados nas faixas de frequências do espectro radioelétrico disponível para tal⁶, deixou de se verificar.

Destarte, a mesma normatividade tem incidência não apenas no setor das *telecomunicações*, mas igualmente nos *meios de comunicação* e *tecnologias de informação*. Como tal, optou-se por uma alteração da nomenclatura legal de forma a abarcar todos os sistemas e infraestruturas passíveis de transmitir sinais⁸, endereçados ou não⁹. Sendo que, *stricto sensu*, as telecomunicações limitam-se às comunicações (eletrónicas) endereçadas¹⁰.

Contudo, esta opção não foi unânime. Segundo IAN WALDEN enquanto a legislação da União Europeia reitera o uso de “comunicações eletrónicas” e “redes e serviços de comunicações eletrónicas”, a nível global o termo “telecomunicações” é utilizado quer para enunciar a indústria, quer pelo público em geral¹¹. No mesmo sentido, também nós optamos pela manutenção do termo usual na doutrina internacional e parcialmente na nacional, ainda que, privilegiando a normatividade europeia as “comunicações eletrónicas”.

Afastando-nos (temporariamente) das malhas do Direito, facilmente identificamos na semântica do conceito em apreço uma necessidade básica do ser humano à sua vivência em sociedade, que se traduz na *comunicação*. Afinal, independentemente da “*natureza ou sentido do ato comunicacional*”¹²

⁶ ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 313.

⁷ De acordo com o Considerando 5 da *Diretiva-Quadro*, “a convergência dos sectores das telecomunicações, meios de comunicações, meios de comunicação social e tecnologias de informação implica em todas as redes e serviços de transmissão sejam abrangidos por um *único quadro regulamentar*” (itálico nosso).

⁸ Entenda-se que, quando falamos em sinais que circulam nas redes de telecomunicações consideram-se sinais de voz, vídeo e dados.

⁹ As comunicações endereçadas distinguem-se das não endereçadas ou difundidas, pois enquanto naquelas primeiras existe um recetor individual da informação transmitida, nestas ocorre a sua difusão para o público em geral.

¹⁰ Consultando o glossário da ANACOM, as *comunicações eletrónicas* são um “serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações (serviços de telefone fixo, telefone móvel, internet fixa, internet móvel e televisão por subscrição) e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão”. Portal do Consumidor da ANACOM – *Glossário* [em linha] ANACOM. [Consult. 20 Out. 2019]. Disponível em: <<https://www.anacom-consumidor.pt/-/servico-de-comunicacoes-eletronicas>>.

¹¹ WALDEN, Ian – Creating a competitive market: The evolving of European telecommunications law. In Guimarães, Maria Raquel (coord.) - *Direito e (tele)comunicações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 51. No mesmo sentido ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 291.

¹² Quanto à questão controvertida, Faria Costa apresenta uma divisão e evolução tripartida desde da palavra falada, à escrita até à virtual. Explicitando que a palavra falada marcou os primórdios das relações humanas, contudo a possibilidade introduzida pela palavra escrita do fluxo informacional afastar-se da sua origem atingindo ponto geográfico distinto foi revolucionária na vivência humana. Todavia, esta era conseguida com um lapso de tempo amplo, só colmatado com a evolução dos meios tecnológicos. É com o telégrafo e o telefone que, “*verdadeiramente*” se consubstancia a comunicação à distância até à palavra virtualmente visível. COSTA, José de Faria – As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista. In Monteiro, António Pinto (coord.) - *As telecomunicações e o Direito na sociedade da informação. Atas do Colóquio organizado pelo IJC em 23/24 de Abril de 1998*. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 49-53.

este é o ponto fulcral na distinção do Homem relativamente aos restantes animais e o que lhe permite estabelecer relações privilegiadas entre si.

No mesmo sentido, de acordo com PEDRO COSTA GONÇALVES, podemos qualificar a *telecomunicação* enquanto “*meio ou uma forma de comunicação*”¹³. Esta espelha a sua valência, pois através de infraestruturas materiais e imateriais funciona como um *instrumento* capaz de dirimir a distância de comunicação entre o ser humano, favorecendo as relações interpessoais, satisfazendo uma necessidade básica deste.

Daí que, o que nos parece hoje algo tão natural como a comunicação à distância em tempo real, nem sempre foi uma realidade tangível, mas “*uma virtude dos seres celestiais*”¹⁴.

Ainda de acordo com o Ilustre Autor, para uma melhor compreensão da terminologia, deveremos proceder à seguinte classificação¹⁵: *a)* Telecomunicação como meio de comunicação; *b)* Telecomunicação como rede ou sistema; *c)* Telecomunicação como serviço; *d)* Telecomunicação e informática. Consideramos ainda que, por virtude da evolução legislativa europeia com influência no ordenamento jurídico português, a par dos notáveis avanços tecnológicos, faz sentido “adaptar” esta última tipologia, à seguinte categorização: *e)* Telecomunicação na Sociedade Digital/TIC.

a) Telecomunicação como meio de comunicação;

A comunicação enquanto uma necessidade primária do Homem consubstancia-se na transmissão de informações, pela emissão de uma mensagem por um indivíduo (emissor) e a sua receção por outro (recetor).

Outrora, a oralidade esgotava a realização da relação comunicativa na medida em que, os intervenientes estivessem fisicamente próximos através de meios naturais. Resultando numa relação *individual* (era exclusiva dos intervenientes), *direta* (sem intervenção de terceiros), *imediata* (verificava-se uma simultaneidade da emissão e da receção) e na possibilidade de *reciprocidade* (do emissor adotar o papel do recetor e vice-versa). Todavia, da impossibilidade de garantir permanentemente essa proximidade física, a oralidade deu lugar à mensagem escrita a qual através de um suporte físico distancia-se do emissor para alcançar o recetor, como resulta do recurso à carta. Conquanto, neste caso

¹³ Vide GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 9.

¹⁴ COSTA, José de Faria – As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista. In Monteiro, António Pinto (coord.) - *As telecomunicações e o Direito na sociedade da informação. Atas do Colóquio organizado pelo IJC em 23/24 de Abril de 1998*. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 56.

¹⁵ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 10-16.

atendendo ao lapso de tempo separando os intervenientes, deixamos de poder falar numa relação *imediata e direta*¹⁶.

Destarte, do anseio de garantir as qualidades da *comunicação natural* com o dirimir da distância surgiram os *meios de telecomunicações*. Do telégrafo, ao telefone fixo e móvel, aos computadores portáteis até à eclosão de *smartphones* com possibilidade de acesso à *Internet*¹⁷, estes permitem e facilitam a constituição de relações à distância.

O grande diferencial desta comunicação relativamente à comunicação natural, reside no recurso a um serviço e a uma rede prestada e gerida por um terceiro à relação, que ainda que não opere uma interferência ativa, é essencial na efetivação da relação que, dessa forma deverá ser considerada *quase-direta*.

Com efeito, desta necessidade de suprimir a separação física e possibilitar a constituição de uma relação comunicativa, é necessário aceder a determinadas redes através de equipamentos específicos e contratualizando, mediante remuneração com a entidade competente o respetivo serviço. Apesar da reestruturação dos serviços, a exigência de acesso às redes, bem como aos equipamentos é cada vez maior, uma vez que estes parecem já não colmatar uma necessidade básica de comunicação, mas são parte do ser humano.

b) Telecomunicação como rede ou sistema;

Tradicionalmente, no setor das telecomunicações o termo *rede* pode assumir um sentido mais amplo ou mais restrito consoante o enquadramento e o contexto.

Aqui, entenda-se que por um lado, enquanto *setor em rede*¹⁸ carece da existência de uma infraestrutura física e imaterial complexa composta por vários níveis interligados, em regra, pertencentes a diversos operadores que se relacionam entre si permitindo a obtenção de um resultado final, que passará pela prestação de um serviço de *energia, água, tratamento de resíduos ou de comunicações*.

Quanto à *rede* propriamente dita, que suporta a prestação destes serviços estão tradicionalmente, entre outros, associados avultados investimentos.

¹⁶ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 12.

¹⁷ O ponto de viragem destes dispositivos ocorre em 2007, com o lançamento do *iPhone* e com o *iPad* em 2010. NETO, Ivo Campos; LOPES, Felisbela; STRAUBHAAR, Joseph Dean - Informação 4G: os desafios que as tecnologias móveis colocam no campo da informação. *Comunicação e Cultura: II Jornada de Doutorandos em Ciências da Comunicação e Estudos Culturais* [em linha]. Universidade do Minho: Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade, 2013, p. 11. [Consult. 15 Jan. 2020]. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/29780/1/Ebook_II_jornadas_doutorandos.pdf>.

¹⁸ Os setores em redes são compostos por estruturas de rede (as quais se podem dispor enquanto: redes em estrela, circulares ou em teia), quanto à sua natureza (podem ser redes físicas ou virtuais) e quanto ao tráfego da rede (redes unidirecionais ou bidirecionais). LOBO, Carlos *Baptista* – *Setores em Rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes virtuais (Teses doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 40.

Historicamente neste domínio, a rede de telecomunicações, enquanto resultado do “conjunto de equipamentos e sistemas que possibilitam a interligação entre os vários pontos de acesso”¹⁹ assumiu preponderância no âmbito do movimento de liberalização, pela crucialidade da garantia da constituição de direitos de acesso às múltiplas parcelas desta, em condições de não discriminação pelos novos operadores, uma vez que o setor das telecomunicações se desenhava com as características de um monopólio natural²⁰.

Revela-se pertinente aludir à doutrina das infraestruturas essenciais (*essential facilities*) de origem norte-americana do início do séc. XX²¹ e introduzida posteriormente na Europa. É, *inclusive*, numa decisão envolvendo o domínio das telecomunicações que, o poder jurisdicional norte-americano objetivamente abordou a doutrina da qual, desde o início do século surgiam orientações, falamos do acórdão *MCI Communications vs American Telephone & T.CO*²². Esta doutrina resulta de uma construção jurisprudencial, que tem na sua base a controvérsia de saber se, a detenção de um direito exclusivo por parte de uma entidade sobre um recurso ou uma infraestrutura deverá, em nome da livre concorrência e qualidade do serviço ceder, permitindo o acesso a esse mesmo recurso ou infraestrutura a empresas terceiras que, com ela competem no mercado.

Na Europa, a problemática do acesso a infraestruturas essenciais²³ coloca-se posteriormente, em virtude da ambição da criação do *Mercado Único Europeu* baseado na concorrência, que conduziu ao

¹⁹ SÁ, Rui - *Introdução às Redes de Telecomunicações*, 3.ª edição. Lisboa: FCA Editora de Informática, 2016, p. 35.

²⁰ *Sinteticamente*, numa situação de monopólio natural resultará uma maior eficiência se a produção de certos bens e serviços, em determinado contexto geográfico, estiver unicamente responsável uma empresa e uma única infraestrutura em detrimento da existência de várias, pertencentes a várias empresas. Contudo, há autores que questionam o paradigma do monopólio natural associado ao setor das telecomunicações. TRUBNIKOV, Dimitrii - The Public Choice View at the “Deregulation” Movement: Analyzing the Experience of European Telecommunications. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. [em linha]. Vol. 11, n.º 1 (2019), p. 7 – 11. [Consult. 20 Fev. 2020]. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/24846/21956>>.

²¹ Primeiramente, no processo *Terminal Railroad Association*, no ano de 1912.

²² O acórdão do Supremo Tribunal Americano de 31 de dezembro de 1973. A operadora *AT&T*, enquanto monopolista de caráter privado no setor das telecomunicações norte-americano ter-se-á recusado a permitir o acesso à sua rede telefónica nacional a uma concorrente, eliminando a possibilidade de concorrência no mercado das chamadas a longa distância. No seguimento da decisão judicial, a *AT&T* é condenada a garantir a interligação, uma vez que a rede representava uma infraestrutura essencial ao fornecimento do serviço. Entendeu o Supremo Tribunal que, deveriam estar verificados cumulativamente quatro requisitos para a aplicação da doutrina: *a)* a infraestrutura em causa ser gerida por um monopolista, *b)* a impossibilidade “razoável” da sua duplicação pelos concorrentes, *c)* fosse possível a concessão de acesso requerida pelos concorrentes e, *d)* que esta recusa fosse relativa a um concorrente do detentor da infraestrutura. Vide FREIRE, Paula Vaz - A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora. Vol. XLIX, n.º 1 e 2, 2008, p. 125.

²³ A decisão da Comissão, de 21 de dezembro de 1993, no processo *Sea Containers contra Stena Sealink*. Em 1993, a Comissão enquadra a doutrina das infraestruturas essenciais, ainda que não expressamente o refira. Estava em causa a atuação da *Sealink*, uma companhia britânica que, cumulativamente era a autoridade portuária do porto de Holyhead no País de Gales e prestava um serviço de transporte através dos *ferry-boats*. Devido à sua posição, a *Sealink* favoreceria o seu serviço na fixação dos horários em detrimento do concorrente a *B&I*. Atendendo ao circunstancialismo envolvendo um porto, a Comissão entendeu que, o porto constituía uma infraestrutura essencial e que a companhia tinha utilizado o seu domínio sobre esta para beneficiar a sua posição no mercado e como tal tinha havido abuso de posição dominante. Vide, MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital - O ano da concorrência. In Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital - *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Coimbra: Almedina, 2008, p. 215-216.

movimento de liberalização nos setores em rede seguido de um outro de privatização, sendo necessário redigir normas legais no sentido de garantir o acesso às infraestruturas existentes²⁴.

Atualmente esta encontra reflexo no ordenamento jurídico nacional no art. 11.º, n.º 1, alínea e) do RJC no contexto do abuso de posição dominante.

A opção originária foi a de construção das redes físicas materiais e imateriais²⁵ custeadas pelo Estado ou por empresas públicas, que posteriormente ficavam responsáveis pela sua gestão. A existência daquelas era a *conditio sine qua non* da efetividade da telecomunicação. Daí se explica que, as primeiras intervenções de carácter normativo tenham incidido sobre a obrigatoriedade de conceder aos novos operadores acesso em vários níveis à rede existente²⁶. Essa questão, no setor das telecomunicações foi sendo paulatinamente resolvida através da regulação setorial pela imposição de obrigações *ex ante*.

No plano das fontes de direito interno, na Lei de Bases das Telecomunicações²⁷ (doravante, LBT), na sua versão original, do seu art. 1.º, n.º 1 constava a definição das bases gerais a que obedeceria “o estabelecimento, gestão e exploração das infraestruturas e serviços de telecomunicações”. Até então, o fornecimento de serviços de telecomunicações era domínio exclusivo do Estado e esta Lei iniciava a institucionalização de um fenómeno que ocorria por toda a Europa, a *liberalização*. Todavia, não de forma plena, porque não abrangia a totalidade dos serviços de telecomunicações, nem o estabelecimento livre de redes.

A rede de telecomunicações existente, a *rede básica de telecomunicações* e pertencente ao domínio público era explorada estadualmente na figura dos operadores históricos²⁸, passando a funcionar

²⁴ Nesse sentido, a Comunicação da Comissão Europeia, *sobre a aplicação das regras de concorrência aos acordos de acesso no setor das telecomunicações*, COM (1998/C 265/02), p. 2, parágrafos 87 a 91.

²⁵ As redes físicas do setor das telecomunicações assumem certas características que ajudam a justificar que, primariamente fossem prestadas em exclusivo pela entidade estadual, tais como: *i)* a existência de barreiras à entrada significativas em virtude do elevado investimento inicial, *ii)* a propriedade dos diferentes componentes da rede, *iii)* uma estrutura do mercado estável, mas com a existência de barreiras à saída, *iv)* o nível de “concorrência intra-sistémica agressiva e nível de concorrência intersistémica mediana” e, *v)* estar em causa a prestação de serviços de interesse público. LOBO, Carlos Baptista – *Setores em Rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes virtuais (Teses doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 40- 42.

²⁶ Neste sentido, a *Directiva 90/387/CEE*, do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações, mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações.

²⁷ A Lei n.º 88/89, de 11 de Setembro de 1989 aprovada na sequência do Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro.

²⁸ A empresa pública Telefones de Lisboa e Porto (TLP) responsável pelo serviço de telefone no Porto e em Lisboa, e os Correios e Telecomunicações em Portugal (CTT) no restante país. Em 1992 é criada a Comunicações Nacionais, SPGS, SA (CN), *holding estatal* destinada a gerir todas as participações do Estado no setor. No mesmo ano, nasce a Telecom Portugal, SA pela autonomização das Telecomunicações desenvolvidas pelos CTT, passando estes a dedicar-se exclusivamente ao serviço postal. Deste modo as telecomunicações em Portugal eram exploradas por 3 operadores. A TLP explorava o serviço telefónico nas áreas de Lisboa e Porto, a Telecom Portugal, S.A. era responsável pelas restantes comunicações nacionais e na Europa e a Marconi assegurava o tráfego intercontinental. Em 1994, constituiu-se um operador único nacional de telecomunicações através da fusão das três empresas estatais, a Portugal Telecom. Esta por seu turno foi privatizada em cinco fases, entre 1995 e 2000. SANTOS, Sergio Denicoli dos - A implementação da Televisão Digital Terrestre

(parcialmente) como uma *rede aberta* em 1989. O Estado através dos operadores era responsável pelo estabelecimento, gestão e exploração através da qual prestaria o serviço público de telecomunicações²⁹. No entanto, os novos operadores habilitados para os “*serviços complementares da rede básica*” e “*serviços de valor acrescentado*” deveriam recorrer ao aluguer da rede e, só quando esta se revelasse com capacidade insuficiente é que, lhes era permitida a constituição “a título precário”³⁰ da instalação de redes complementares, mediante autorização.

Com a LBT posterior³¹, a LBT de 1997 consagrou-se a possibilidade, no seu art. 2, n.º 8 dos operadores estabelecerem as próprias redes ou fazerem o seu uso partilhado, desde que para serviços devidamente licenciados³². Assim, além da *rede básica de telecomunicações* distinguiam-se iam as *redes públicas de telecomunicações*³³ e as *redes privadas de telecomunicações*³⁴.

Deixando de ser uma incumbência estatal o fornecimento do serviço de comunicações, em 2002 é concretizada a venda da *rede básica de telecomunicações* à então PT Comunicações, S.A.³⁵, de forma a concretizar o mercado livre de telecomunicações. Todo este processo não foi isento de críticas, na medida em que o Estado português fez subsistir uma discriminação entre os operadores que ofereciam redes de telecomunicações, uma vez que isentou, unicamente a PT Comunicações, S.A do pagamento de taxas como se tratasse de uma *concessionária de serviço público*³⁶.

em Portugal. Braga: Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2012, p. 165-167. Dissertação de Doutoramento em Ciências da Comunicação (área de especialização de Sociologia da Comunicação e da Informação).

²⁹ O serviço público de telecomunicações estava reservado ao Estado e correspondia aos serviços fixos de telefone e telex e serviço comutado de transmissão de dados.

³⁰ ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial-Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 350.

³¹ A Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto.

³² O primeiro diploma de desenvolvimento da lei, o Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro entretanto revogado pelo art. 127.º, n.º 1, alínea d) da LCE, liberalizou o estabelecimento das redes de telecomunicações. O art. 20.º da LBT diferiu para Janeiro de 2000 a liberalização das redes fixas de telecomunicações, tal como o serviço fixo de telefone.

³³ Suscetíveis de suportar os serviços de telecomunicações de uso público em todo ou em parte.

³⁴ Estavam limitadas aos serviços privados de comunicações.

³⁵ A Lei n.º 29/2002, de 6 de dezembro, desafetou do domínio público do Estado a rede básica de telecomunicações e em 27 de dezembro de 2002, o Estado e a PT Comunicações, S.A., celebraram o contrato de compra e venda desta.

³⁶ Estando o direito nacional a contrariar o direito europeu resultou numa sentença condenatória no *Acórdão Comissão c. República Portuguesa*, de 20 de outubro de 2005, proc. C-334/03.

O diploma de direito interno atual, a LCE³⁷, consagra a definição de “*rede de comunicações eletrónicas*”³⁸, sendo que uma rede desde que, utilizada para transmitir sinais é uma rede de comunicações eletrónicas e regulada pela presente lei, na medida em que hoje as redes não prestam exclusivamente serviços de telecomunicações.

Estando hoje, legalmente prevista em diploma próprio, a construção, manutenção e acesso a infraestruturas aptas ao alojamento de redes pelo direito nacional em condições não discriminatórias pode ocorrer mediante o pagamento de uma taxa municipal referente à constituição de direitos de passagem pela utilização de bens do domínio público ou privado municipal³⁹ ou uma remuneração pelo acesso para as empresas que pretendam oferecer redes ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público⁴⁰.

Progressivamente ao longo desta década, os operadores de redes de telecomunicações têm investido na construção de redes de fibra ótica⁴¹ e formalizando acordos para custear o investimento inerente às mesmas, de forma a prestarem um serviço mais eficaz e rápido de acordo com as exigências atuais.

Dai que hoje, o papel do regulador assuma neste parâmetro novamente uma importância ímpar, vertida no novo *Código Europeu das Comunicações Eletrónicas*⁴² (doravante, CECE) no sentido de facilitar o investimento dos prestadores no desenvolvimento das *redes de capacidade muito elevada*. De forma a não se bastarem primordialmente em áreas urbanas e de densidade populacional e empresarial elevadas, na medida em que permitem o retorno financeiro, obstando nas áreas rurais e menos povoadas.

c) Telecomunicação como serviço;

³⁷ A presente lei aplica-se conjuntamente com o Decreto-lei n.º 123/2009, de 21 de maio, última versão alterada pelo Decreto-Lei n.º 95/2019, de 18 de julho que pretendeu com este regime operar uma atenuação ou remoção de barreiras à construção de infraestruturas destinadas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, à sua instalação e à construção de infraestruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações e conjuntos de edifícios.

³⁸ Art. 3.º, alínea dd) da LCE, “*sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos, nomeadamente elementos de rede que não se encontrem activos, que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioelétricos, meios ópticos, ou por outros meios eletromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a Internet) e móveis, os sistemas de cabos de eletricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes de radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida*”.

³⁹ Nos termos do art. 106.º da LCE não sendo permitido a cobrança de outras taxas, sendo que não é obrigatório o seu pagamento, atendendo a finalidades de promoção do desenvolvimento de redes de comunicações eletrónicas.

⁴⁰ Decreto-lei n.º 123/2009, de 21 de maio.

⁴¹ O desenvolvimento de ofertas de serviços suportados em redes de nova geração, nomeadamente as redes de fibra ótica constituem as principais redes de acesso à *Internet* fixa, ultrapassando os 50% no último trimestre de 2019.

⁴² A Comunicação da Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas*, Bruxelas, COM (2016) 590 final.

Tipicamente, a prestação de um *serviço* de telecomunicações remetia-nos para a relação jurídica entre o interessado em aceder à *rede de telecomunicações* existente por um lado, e por outro à *entidade* (*vulgo*, operador de redes e serviços de telecomunicações) que lhe permitia o recurso a um sistema na sua titularidade que mediante o pagamento de um preço era capaz de efetivar o transporte da informação⁴³.

No percurso das telecomunicações, nem sempre se distinguiu os conceitos de “*atividades de acesso, exploração de e gestão da rede*” e as “*atividades de fornecimento de serviço*”. Esta situação era sintomática da impossibilidade da mesma rede proporcionar mais do que um serviço. Todavia, com o despoletar da liberalização do setor das telecomunicações, em resultado dos *progressos tecnológicos* autonomizam-se os conceitos, porquanto desaparece a tendencial unicidade entre a rede e a exploração do serviço, sendo a mesma rede capaz de suportar vários serviços, prestados por diversos operadores⁴⁴.

Em Portugal, os serviços das telecomunicações corresponderam originalmente, e em semelhança ao que ocorria por todo o continente europeu⁴⁵ a uma prestação de *serviço público de telecomunicações*, isto é, a sua exploração era feita diretamente pela entidade estadual ou sob sua responsabilidade através de empresas públicas ou empresas privadas concessionárias⁴⁶; inexistia, pois, a possibilidade de concorrência efetiva.

Na versão originária da LBT distinguiu-se o “serviço público de telecomunicações”⁴⁷, que seria prestado pelo Estado, por pessoa coletiva de direito público ou por pessoa coletiva de direito privado em regime de concessão⁴⁸ e os “serviços de telecomunicações complementares”⁴⁹ e “serviços de valor acrescentado”⁵⁰, os quais a sua exploração poderia ser feita por operadores do serviço público ou atribuída a pessoas coletivas de direito privado.

⁴³ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 15.

⁴⁴ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 34.

⁴⁵ Para consultar a similitude do setor com outros países europeus aquando da liberalização. GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 58-65

⁴⁶ ALVES, Nuno Peres – *Direito Administrativo das Telecomunicações*. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 348.

⁴⁷ De acordo com art. 8.º do diploma, os serviços fundamentais eram o telefone, o telex e o serviço comutado de transmissão de dados.

⁴⁸ ALVES, Nuno Peres – *Direito Administrativo das Telecomunicações*. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 348.

⁴⁹ De acordo com o art. 10.º da LBT corresponderiam aos serviços que, envolviam infraestruturas complementares da rede básica.

⁵⁰ No art. 13.º distinguiam-se ainda os serviços de valor acrescentado, os quais recorrendo à rede existente prestavam uma utilidade com caráter informativo, utilitário, recreativo ou comercial que se distinguiu dos restantes serviços e eram regulados pelo Decreto-Lei n.º 329/90, de 23 de Outubro.

Na LBT de 1997, à exceção do serviço fixo de telefone o qual foi diferida a sua liberalização para 1 de Janeiro de 2000, todos os serviços⁵¹ já se encontravam liberalizados, ainda que o regime jurídico aplicado não gozava de uniformidade.

No plano atual, o regime jurídico da LCE é aplicável aos serviços de comunicações eletrónicas, os quais resultam do envio de sinais através das redes de comunicações eletrónicas, e que desta forma incluem os serviços de telecomunicação (serviços de telefone fixo, de telefone móvel, *Internet* fixa, *Internet* móvel e a televisão por subscrição) e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão⁵². Todavia, o conteúdo da informação transmitida através destes serviços (e invariavelmente das redes) está excluído da LCE⁵³.

São igualmente excluídos os serviços da sociedade de informação⁵⁴, isto é, os serviços que são prestados após pedido individual do destinatário do mesmo à distância por via eletrónica, mediante contraprestação pecuniária ou no âmbito de uma atividade económica⁵⁵. Devido à similitude dos serviços em causa estes serviços só não serão abrangidos pela regulação das comunicações eletrónicas, na medida em que não resultem “*total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas*”.

Assim nasceram novos modelos de serviços e conteúdos prestados através da *Internet*, os serviços *Over-The-Top* (OTT). Estes repartem-se em vários grupos⁵⁶ consoante o serviço prestado, todavia no domínio das comunicações é realizado por duas vias: *VoIP* (*Voice over Internet Protocol*), isto é, permite a realização de chamadas de voz e vídeo, personalizar nome de utilizador e fotografia através da *Internet* e serviços *IM* (*Instant Messaging*), ou seja, é possível o envio de mensagens de texto e de voz, envio de fotos e vídeos, criação de grupos de conversações via *Internet*⁵⁷.

⁵¹ A LBT de 1997 abandonou a diferenciação entre serviços complementares e serviços de valor acrescentado, sujeitando-os às mesmas regras dos serviços de telecomunicações.

⁵² Art. 3.º, alínea ff) da LCE.

⁵³ No sentido já exposto na *Diretiva-Quadro*, a regulação do conteúdo deve ocorrer em atos normativos próprios dos conteúdos radiodifundidos, ainda que estes não lhe seja totalmente indiferentes. No considerando 5 afirmava que, “a separação entre a regulamentação da transmissão e a regulamentação dos conteúdos não impede que sejam tomadas em conta as ligações existentes entre elas, em especial para garantir o pluralismo dos meios de comunicação, a diversidade cultural e a proteção dos consumidores”. Similarmente, o CECE no seu considerando 7) manteve esta exclusão.

⁵⁴ Art. 2.º, n.º 1, alínea a) da LCE e art. 1.º, n.º 2 da *Diretiva-Quadro*.

⁵⁵ De acordo com o art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, última redação introduzida pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto. Transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

⁵⁶ Sítio Oficial da ANACOM – *Estudo sobre Serviços de Aplicações e Conteúdos Over the top - OTT* [em linha] ANACOM. [Consult. 9 Fev. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/RelatorioIntegrado_VersaoPublica_20160122.pdf?contentId=1378519&field=ATTACHED_FILE>.

⁵⁷ Portal da ANACOM – *Estudo sobre Serviços de Aplicações e Conteúdos Over the top - OTT* [em linha] ANACOM. [Consult. 9 Fev. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/RelatorioIntegrado_VersaoPublica_20160122.pdf?contentId=1378519&field=ATTACHED_FILE>.

REBECA ESCOBAR-BRIONES e NUBIA M. CONDE-MENCHACA recentemente, neste domínio, debruçaram-se sobre a atuação complementar ou rival dos serviços *OTT* relativamente aos serviços tradicionais.

Questionando-se se estes atuam numa lógica de complementaridade relativamente aos operadores de redes de telecomunicações e prestadores de serviços de acesso à banda larga, uma vez que, para fornecerem os seus serviços tem de recorrer à rede e, dessa forma estimulam a procura por parte dos utilizadores de serviços de banda larga de alta velocidade⁵⁸.

Ou se por outro lado, devem ser perspetivados enquanto rivais, uma vez que prestam serviços sucedâneos dos tradicionais serviços de mensagens e de voz oferecidos pelos prestadores de serviços de telecomunicações que, cumulativamente são operadores de redes de telecomunicações⁵⁹. Estas questões não têm um carácter meramente teórico, uma vez que auxiliam a determinar a relevância de uma maior ou menor intervenção regulatória num setor hoje tão heterogéneo⁶⁰.

Todavia, apesar da similitude de serviços entre alguns serviços *OTT* e os serviços de comunicação tradicionais, apenas estes últimos estão sujeitos ao quadro regulamentar das comunicações eletrónicas da União. Daqui resulta uma assimetria de tratamento, desde logo no que diz respeito a deveres⁶¹ que impendem sobre os serviços de comunicações eletrónicas que não se aplicam igualmente a estes serviços, *tendencialmente* homólogos.

Quer em Portugal, quer na generalidade dos países, a adesão e utilização de serviços, aplicações e conteúdos *OTT* encontram-se em franco crescimento, materializando nos últimos anos uma mudança no setor das comunicações eletrónicas.

⁵⁸ ESCOBAR-BRIONES, Rebeca; CONDE-MENCHACA, Nubia M. - Competencia en los mercados de telecomunicación tradicionales y *OTT*. *Law, State and Telecommunications Review*. [em linha]. Vol. 11, n.º 1 (2019), p. 85 [Consult. 20 Fev. 2020]. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/download/24850/21960/>>.

⁵⁹ ESCOBAR-BRIONES, Rebeca; CONDE-MENCHACA, Nubia M. - Competencia en los mercados de telecomunicación tradicionales y *OTT*. *Law, State and Telecommunications Review*. [em linha]. Vol. 11, n.º 1 (2019), p. 81 [Consult. 20 Fev. 2020]. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/download/24850/21960/>>.

⁶⁰ Apesar da existência de alguns estudos no sentido de determinar a amplitude da substituição entre os serviços tradicionais e os serviços *OTT*, estes ainda têm algumas debilidades ao nível dos dados tratados. ESCOBAR-BRIONES, Rebeca; CONDE-MENCHACA, Nubia M. - Competencia en los mercados de telecomunicación tradicionales y *OTT*. *Law, State and Telecommunications Review*. [em linha]. Vol. 11, n.º 1 (2019), p. 85 [Consult. 20 Fev. 2020]. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/download/24850/21960/>>.

⁶¹ A problemática da exigência de níveis mínimos de qualidade de serviço, da garantia de interoperabilidade entre serviços, a obrigatoriedade de disponibilizar chamadas para números de emergência que impendem apenas sobre os operadores de serviços de comunicações eletrónicas.

Sítio Oficial da ANACOM – *Estudo sobre Serviços de Aplicações e Conteúdos Over the top - OTT* [em linha] ANACOM. [Consult. 9 Fev. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/RelatorioIntegrado_VersaoPublica_20160122.pdf?contentId=1378519&field=ATTACHED_FILE>.

CHRISTOPHER DECKER aponta para um declínio em determinados serviços prestados pelas indústrias em rede, *inclusive* das telecomunicações⁶² em determinados ordenamentos e, da importância da abordagem regulatória ser proporcional sem arriscar a inovação e a concorrência entre os vários operadores e prestadores de serviços⁶³.

Atualmente, parece-nos que os operadores de redes de telecomunicações devem optar por aliar-se a estes novos serviços, compatibilizando os interesses e incorporar as novas necessidades dos consumidores neste ecossistema digital.

d) Telecomunicação e Informática;

De acordo com a posição sufragada por PEDRO COSTA GONÇALVES, que seguimos, existe outra classificação que merece ser abordada e a qual se prende com a inovação tecnológica das últimas décadas. Por um lado, a relação entre telecomunicação e “informática” e, por outro lado, a relação entre telecomunicação e “sociedade digital/TIC”.

A simbiose entre as redes e os sistemas de comunicações, os computadores e mais recentemente a *Internet* mudou o paradigma da telecomunicação e impôs mudanças à normatividade. É que os avanços tecnológicos permitiram uma redefinição do setor, aparecendo novos serviços e modelos de negócios operativos através da *Internet*.

Progressivamente, à expansão do computador generalizou-se a utilização de tecnologia digital em detrimento de tecnologias em suporte analógico. Os operadores apercebendo-se das vantagens da transmissão e comutação da informação digital, como a enviada através dos sinais gerados pelos computadores, generalizaram o seu uso.

Particularmente visível nas redes móveis de telecomunicações, nas quais a primeira geração assentou na transmissão analógica de dados de voz (chamada rede *1G*) e a segunda geração de redes móveis inclui a transmissão de voz e texto (a rede *2G*). Na década de 90 já usufruiu das vantagens da tecnologia digital, como a melhoria da comunicação à distância, em virtude de uma *maior resistência ao ruído* face à informação analógica, uma maior simplicidade quer na *manipulação*, quer no *armazenamento*, e uma aptidão para a integração dos vários serviços⁶⁴.

Nos últimos 30 anos observou-se a transição para a rede *3G* (suportando a transmissão de dados sob a forma de voz, texto, vídeo e acesso limitado a certos serviços disponíveis na *Internet*) e a rede *4G*.

⁶² Apontando no geral, a razão da evolução tecnológica com a génese de novos produtos e serviços, mudanças na estrutura e uso das redes, esgotamento dos recursos naturais e mudanças comportamentais dos consumidores.

⁶³ DECKER, Christopher - Regulating networks in decline. *Journal of Regulatory Economics* [em linha]. 49, (2016), p. 349-351. [Consult. 7 Fev. de 2020]. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11149-016-9300-z#Sec16>>.

⁶⁴ SÁ, Rui - *Introdução às Redes de Telecomunicações*. 3.ª edição. Lisboa: FCA Editora de Informática, 2016, p. 10.

Esta última cumulando todas as características da anterior em alta qualidade, juntamente com um acesso generalizado e mais rápido à *Internet* móvel e o suporte da TV de alta definição, potenciando o desenvolvimento de *smartphones e tablets*.

Presentemente, a transição para a rede *5G* está a ser feita a nível europeu, com o intuito de disponibilizar a rede mais eficiente, com a transmissão mais rápida de dados e com menor período de latência⁶⁵ suportada em redes de capacidade muito elevada, de acordo com as exigências de conexão dos dispositivos atuais e das tecnologias emergentes.

Em consonância como DAMIEN GERADIN e THEANO KARANIKIOTI entendemos haver dois aspetos que assumem especial preponderância para a efetivação da *rede 5G*, mormente o aspeto *financeiro e técnico*⁶⁶.

O primeiro prende-se com as exigências de custear os investimentos associados às infraestruturas capazes de suportar a *rede 5G* em contraponto com as exigíveis às antecessoras. Já o segundo relaciona-se com as infraestruturas *per si*, que exigirão, especialmente nas áreas urbanas, um planeamento eficaz dos espaços a ocupar por estas.

Do debate atual em torno da efetivação desta rede *5G* em território nacional, e não restando dúvidas da sua ampla utilidade e mais-valia para a sociedade, ainda há quem levante incertezas em torno da sua utilização em termos de efeitos futuros quer para a saúde, quer para a sustentabilidade do meio ambiente. Igualmente, não se poderá perder de vista as limitações presentes que sobejamente subsistem e nas desigualdades postas a nu, em particular nos temas da pandemia de COVID-19, com as redes *3G* e *4G*, especificamente nas zonas interiores do país.

Apesar da urgência efetivação da rede *5G*, ocorreram atrasos quer a nível europeu, quer internacional em virtude da pandemia, que expôs as fragilidades e, simultaneamente as vantagens da comunicação à distância⁶⁷.

⁶⁵ Correspondendo ao intervalo de tempo entre o momento do envio dos dados pelo dispositivo emissor até à sua receção pelo destinatário.

⁶⁶ GERADIN, Damien; KARANIKIOTI, Theano - *Network sharing and EU competition law in the 5G era: A case of policy mismatch*. [em linha]. Jul. 2020, p. 8-9. [Consult. 23 Agost. 2020]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3628250>>.

⁶⁷ Os atrasos da calendarização do leilão de frequências do 5G, em virtude da pandemia de COVID-19 adiaram para Outubro de 2020 em Portugal, o leilão das atribuição de direitos de utilização de frequências para o 5G e outras faixas relevantes, prevendo-se a conclusão dos procedimentos no primeiro trimestre de 2021.

No entanto, tal como referido *supra*, atendendo à velocidade vertiginosa evolução da “informática”⁶⁸, cremos que fará mais sentido a categorização que estabelece a relação entre telecomunicação e “sociedade digital”, a qual passamos a desenvolver.

e) Telecomunicação e Sociedade Digital/Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC);

O desenvolvimento tecnológico foi e é decisivo no setor das telecomunicações, estando nós perante um setor em contínua evolução e tal como na informática, assistimos no presente a uma “transformação tão espetacular”⁶⁹.

É na década de 60 do século XX que surge a ARPANet⁷⁰, enquanto rede de comunicação solicitada pelo exército norte-americano. Em 1990, o Departamento de Defesa dos EUA decidiu substituir a ARPANet pela rede NSFNET, popularizando-a nível mundial, enquanto *Internet*. Todavia, a expansão da sua utilização, nomeadamente através de ofertas comerciais acessíveis a empresas e a cidadãos, só foi possível após a criação da *World Wide Web* e do *HTML*⁷¹.

A sua criação assentou na premissa de que, o controlo da rede deveria estar distribuído de forma a que, na eventualidade de um dos elementos que a compõem fosse destruído, a comunicação manter-se-ia entre os elementos restantes. Por oposição à rede telefónica assente numa *estrutura hierárquica* em que há uma dependência entre os vários elementos que a compõem, a *Internet* é “uma rede de equipamentos que permitem a exploração de vários serviços”⁷².

A par do fenómeno da *Internet*, generalizaram-se ferramentas digitais que revolucionaram as interações comerciais e pessoais dos cidadãos. A *Information Technology Association of America* define as TIC englobando “o estudo, projeto, desenvolvimento, fomento, manutenção e administração da informação através de sistemas informáticos, o que inclui todos os sistemas e não apenas os computadores, mas também os telemóveis, a televisão, a rádio, os jornais digitais... Em poucas palavras, as tecnologias da informação dizem respeito à utilização de computadores e aplicações informáticas para transformar, armazenar, gerir, proteger, difundir e localizar os dados necessários para qualquer

⁶⁸ No mesmo sentido, Paulo de Pitta e Cunha debruça-se acerca dos progressos na área alcançados em escassas décadas. Dos hoje obsoletos computadores dos Anos 40, cruciais no desenvolvimento das gerações seguintes e afirmamos, os quais permitiram o desenvolvimento posterior do setor das telecomunicações. CUNHA, Paulo de Pitta e, - *Sombras sobre a integração europeia*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 185.

⁶⁹ MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia – Telecomunicações e protecção de dados. In Monteiro, António Pinto (coord.) - *As telecomunicações e o Direito na sociedade da informação. Atas do Colóquio organizado pelo IJC em 23/24 de Abril de 1998*. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 105.

⁷⁰ A *Advanced Research Projects Agency Network* surge com uma finalidade afincadamente militar, em virtude da tensão entre EUA e a então União Soviética, com o intuito de criar uma rede descentralizada para a transmissão de informação sigilosa.

⁷¹ VASSALO, António - Serviços de Comunicações Eletrónicas – do paradigma do analógico ao digital. Contributos para a História da Regulação das Comunicações em Portugal. Lisboa, 2019. [em linha]. Edição 1023775. Lisboa: ANACOM, 2019, p. 39-41. [Consult. 20 Jan. 2020]. Disponível em <https://www.anacom.pt/streaming/ANACOM30anos.pdf?contentId=1498028&field=ATTACHED_FILE>.

⁷² SÁ, Rui - *Introdução às Redes de Telecomunicações*. 3.ª edição. Lisboa: FCA Editora de Informática, 2016, p. 137.

*actividade humana*⁷³. Daqui se depreende a multiplicidade de ferramentas que, traduziram uma mutação na forma de comunicar e interligar a sociedade.

Presentemente, “*o setor das telecomunicações e o ecossistema das TIC na Europa são pedras basilares da nossa economia*”⁷⁴, não só no quotidiano dos cidadãos facilitando as interações pessoais e profissionais, mas igualmente num plano macroeconómico potenciando os mercados.

Particularmente, no caso da Europa e na senda do *Mercado Único Digital* o desenvolvimento das TIC é reiteradamente assumido como uma das estratégias fundamentais para garantir a competitividade europeia face aos países que sempre se assumiram na vanguarda do desenvolvimento tecnológico, como os Estados Unidos da América e o Japão⁷⁵.

Em 2010, em plena crise económica, da (relançada) Estratégia Europa 2020⁷⁶, surge como “uma das sete emblemáticas iniciativas”, a *Agenda Digital para a Europa* ambicionando a concretização do Mercado Interno na sua componente digital: o *Mercado Único Digital*.

A pedra de toque do sonho europeu extrapolava o esbatimento das fronteiras físicas passando para as virtuais, em virtude de potenciar aos cidadãos europeus uma melhoria no acesso à informação, desenvolvendo o comércio eletrónico com a redução dos custos associados, favorecendo uma melhoria na qualidade e quantidade dos bens transacionados e potenciando as administrações públicas eletrónicas. Assente na importância da implantação da banda larga para acautelar os métodos de comunicação a preços acessíveis para particulares e empresas.

Com maior vigor desde 2015, a Comissão Europeia⁷⁷ aprova a implementação da estratégia para o *Mercado Único Digital*⁷⁸, garantindo a sua prossecução de acordo com as competências partilhadas

⁷³ ARIAS, Daniel [et al.]. *A tecnologia da comunicação*. Centro editor PDA, cop. 2011, p. 18.

⁷⁴ Neste sentido pronunciou-se em 2013, Neelie Kroes, Vice-Presidente da Comissão Europeia e responsável pela Agenda Digital, relativamente à imperatividade de uma ação europeia neste domínio. Para consulta, Sítio Oficial da União Europeia [em linha] Bruxelas: Comissão Europeia. [Consult. 20 Dez. 2019]. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/SPEECH_13_622>.

⁷⁵ No período referente entre 2014 e 2020, mais de 20 mil milhões de euros do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) e do Fundo de Coesão foram disponibilizados para investimentos e desenvolvimento nas TIC, para a concretização do *Mercado Único Digital*. Sítio Oficial da União Europeia [em linha] Bruxelas: Comissão Europeia. [Consult. 21 Dez. 2019]. Disponível em: <https://ec.europa.eu/regional_policy/pt/policy/themes/ict/>.

A China e a Índia desde das décadas de 80 e de 90, respetivamente têm apresentando um crescimento económico notável, e tornaram-se no último reduto de *expertise* ao nível de indústrias em rede, nomeadamente no setor das telecomunicações, quer ao nível das infraestruturas, quer de serviços e equipamentos.

⁷⁶ Em Março de 2010, dos esforços da Comissão Europeia resulta a *Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, prevista na Comunicação *EUROPA 2020*, a qual visava através do estabelecimento das infraestruturas da sociedade de informação garantir uma sociedade baseada no conhecimento.

⁷⁷ A Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*, COM(2015) 192 final.

⁷⁸ Da qual resultaram 3 pilares fundamentais desde logo, *a)* o acesso por parte de particulares e empresas a bens e serviços disponibilizados de forma digital, *b)* garantir a criação de condições concorrenciais efetivas no âmbito dos serviços e redes digitais e, *c)* potenciar o crescimento da economia digital.

entre a União e os Estados-Membros⁷⁹. Na medida em que os Estados-Membros, isoladamente, demonstraram dificuldades em fazê-lo, acusando os diferentes graus de maturação das tecnologias ao seu dispor. Por seu turno, o Parlamento Europeu também adotou e tem vindo a adotar progressivamente uma série de resoluções⁸⁰, bem como de legislação⁸¹ para viabilizar esta estratégia.

Volvida meia década, o balanço da concretização do *Mercado Único Digital* é que estamos perante uma maratona e não um *sprint*, pelo que ainda há várias voltas a percorrer.

A título exemplificativo, ao nível dos direitos dos consumidores relativamente às transações em linha, as normas ganharam mais robustez e transparência de forma a ganhar a confiança dos consumidores e das empresas no comércio eletrónico na UE⁸², tal como no domínio dos direitos de autor e conexos uma adaptação à realidade digital⁸³

Destarte, no setor das telecomunicações, o novo quadro regulamentar das telecomunicações percorre várias dimensões, desde da coordenação de forma mais eficaz do espetro através de critérios comuns ao nível da União Europeia para sua atribuição a nível nacional, pretende garantir um quadro regulatório simétrico aos operadores tradicionais e aos *new players*, reafirma a necessidade dos incentivos à banda larga⁸⁴ e ao setor⁸⁵, entre outros.

⁷⁹ De acordo com o art. 4.º, n.º 2, al. a) do TFUE.

⁸⁰ Destacamos, a Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de janeiro de 2016 sobre *o rumo ao ato para o mercado único digital* (2015/2147 (INI)). Visível o encorajamento da Comissão para melhorar o acesso dos bens e serviços pelos consumidores, bem como uma maior proteção destes ao adquirir os conteúdos digitais. Por outro lado, também a necessidade de revisão do quadro regulamentar relativo às comunicações eletrónicas e à privacidade, compatibilizando-o com as novas disposições relativas à proteção de dados vigente na União.

⁸¹ Da intensa atividade legislativa cabe-nos ressaltar a Diretiva 2014/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa a medidas destinadas a reduzir o custo da implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito.

⁸² A introdução do Regulamento (UE) 2017/2394, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2017 sobre a cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de proteção do consumidor e que revoga o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, que altera a Diretiva do Conselho 93/13/CEE e as Diretivas 98/6/CE, a Diretiva 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, no que diz respeito a uma melhor aplicação e modernização das regras de defesa do consumidor da União.

⁸³ A Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

⁸⁴ O Regulamento (UE) n.º 651/2014, da Comissão, de 17 de junho de 2014 que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE, nomeadamente art. 1.º, alínea e) que prevê a ajuda para infraestruturas de banda larga, verificando-se as condições do art. 52.º do mesmo Regulamento. Entretanto alterado pelo Regulamento (UE) 2020/972 da Comissão de 2 de julho de 2020 o qual, em virtude da pandemia do Covid-19, prorroga em 3 anos, até 31 de dezembro de 2023 a vigência daquele.

⁸⁵ Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 162/2014, de 31 de outubro, última versão alterada pela Lei n.º 2/2020 de 31 de março, aprovou o novo Código Fiscal do Investimento (CFI) e procedeu à revisão dos regimes de benefícios fiscais ao investimento produtivo, e respetiva regulamentação. Visando a promoção da competitividade, do investimento e em consonância quadro legislativo europeu aplicável aos auxílios estatais para o período 2014-2020, este prevê no seu art. 2.º, n.º 2, alínea g) do CFI as telecomunicações. Todavia, a Portaria n.º 282/2014, de 30 de dezembro na qual constam os códigos de atividade económica (CAE) correspondentes a essas atividades é totalmente omissa quanto ao setor das telecomunicações. Levantando sérias dúvidas da sua aplicação, desde logo parecendo constringer a força normativa do diploma legal que lhe cumpria executar, ao excluir do seu âmbito as atividades de

2. O setor das telecomunicações no quadro europeu

De acordo com ALESSANDRA SILVEIRA, a União Europeia tal como a conhecemos tem na sua génese um passado sombrio e marcado pelo conflito bélico da segunda metade do século XIX, afinal “*nada como a desgraça para patrocinar a convergência de vontades...*”⁸⁶.

O nosso estudo sobre o setor das telecomunicações carece de uma prévia reflexão sobre a matéria de integração europeia⁸⁷, em particular do mercado interno enquanto *instrumento* da integração económica.

Podemos destrinçar cinco fases ou estádios de evolução da integração económica: *da zona de comércio livre, à união aduaneira, ao mercado comum, à união económica e união monetária*⁸⁸ as quais possuem as características da fase imediatamente anterior.

- a) *Zona de comércio livre*: a instituição de uma zona de comércio livre tem por finalidade eliminar obstáculos (restrições quantitativas e de imposições aduaneiras) às relações comerciais entre os Estados participantes da mesma, mas permitindo liberdade de ação na aplicação de pautas aduaneiras nacionais nas relações com Estados-terceiros à zona. Apesar de assumir a livre circulação de mercadorias, desta zona nascem várias dificuldades, tais como quais os critérios para proceder à distinção entre os *produtos originários* da zona e os que resultam de importações de países externos, a somar a uma limitação na liberdade de circulação, na medida em que nem todos os produtos podem ser igualmente transacionados.
- b) *União aduaneira*: compreende a livre circulação de mercadorias como a zona de Comércio Livre, todavia abrangendo quer os produtos originários dos Estados-Membros, quer os produtos legalmente importados de países terceiros à União e colocados em livre prática⁸⁹, através de uma pauta aduaneira comum.

telecomunicações, já conduzindo a diferendos legais. Decisão CAAD no Processo nº 545/2018-T, de 23 de maio de 2019, sufragamos o voto de vencido, questionando a compatibilidade da portaria com o direito interno.

⁸⁶ SILVEIRA, Alessandra - *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*. 2.ª edição (atualizada e ampliada). Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 20.

⁸⁷ “A integração económica é – e sempre foi – o principal instrumento de integração europeia”. FROUFE, Pedro Madeira, GOMES, José Caramelo - Mercado interno e concorrência. In Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana; Froufe, Pedro Madeira - *Direito da União Europeia: Elementos de direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 451.

⁸⁸ DUARTE, Maria Luisa - *União europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária*. Vol. I. Coimbra: Almedina. 2011, p. 75.

⁸⁹ Art. 29.º do TFUE o legislador comunitário concretizou o que implicava serem produtos providos de estados terceiros, desde que em livre prática.

- c) *Mercado Comum*: em resultado do art. 3.º do Tratado de Roma que institui a Comunidade Económica Europeia (CEE), a edificação do Mercado Comum resulta da ampliação da liberdade de circulação de mercadorias e da pauta aduaneira comum à livre circulação dos fatores de produção: a liberdade de circulação de pessoas, a livre circulação dos capitais, a livre prestação de serviços, bem como a existência de políticas comuns, principalmente no domínio económico e social.
- d) *União económica (é União monetária)*: a União Económica exige, na impossibilidade de uniformização, a harmonização das legislações nacionais com carácter económico, com políticas comuns do ponto de vista económico, financeiro e monetário as quais estejam subordinadas a uma autoridade comum. Enquanto a União Monetária implica a impossibilidade dos Estados participantes na mesma de manipularem administrativamente o valor da moeda em circulação no território nacional, através de *câmbios fixos e convertibilidade obrigatória das diferentes moedas nacionais*. No caso europeu resultou na renúncia da moeda nacional, em prol da substituição por uma *moeda única*.

Na década de 50 observamos o nascimento da primeira comunidade, através da “*Declaração Schuman*”⁹⁰ que incentivou uma partilha do carvão e do aço sob uma Autoridade comum aos Estados, criando em 1951 a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)⁹¹.

Em 1957, os seis Estados-Membros da CECA (Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo, Alemanha Ocidental, Itália e França) celebram em Roma o Tratado que institui a CEE⁹², constituindo uma *União Aduaneira*⁹³ assente na abolição de quotas, pautas aduaneiras e fronteiras físicas para alcançar o objetivo do *Mercado Comum*.

Consagra-se a ideia de um espaço de fronteiras abertas, no qual ocorre a livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais, ainda que com diferente amplitude daquela que hoje conhecemos.

⁹⁰O Ministro dos Negócios Estrangeiros Francês, partindo da premissa de Jean Monnet relativamente à criação de uma solidariedade de facto entre os vários países europeus e o primeiro presidente da Assembleia Parlamentar, depois Parlamento Europeu.

⁹¹ Instituída pelo Tratado de Paris, a 18 de Abril de 1951, o qual entrou em vigor a 23 de Julho de 1952 e teve a 23 de Julho de 2002 o seu termo de vigência.

⁹² Outro tratado relevante nesta matéria é o Tratado institutivo da Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEA ou EURATOM), o qual entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1958.

⁹³ A qual visava a substituição de um ou mais territórios aduaneiros por um só eliminando no domínio das trocas comerciais os direitos aduaneiros e criava uma pauta aduaneira externa comum, que funcionando como uma fronteira externa em relação a produtos de Estados terceiros.

As dificuldades de concretização do *Mercado Comum* conduzem à assinatura do Ato Único Europeu⁹⁴ em 1986, que constitui a primeira grande reforma dos Tratados de Roma e previa mais um objetivo da integração europeia: a formação até 1992 de um *Mercado Interno* como resposta aos desafios da cooperação política que surgiam no horizonte da Comunidade. Através da harmonização fiscal entre os Estados-Membros e do reforço da coesão económica e social⁹⁵, fins subjacentes ao *Mercado Comum*. A sua criação foi crucial para a liberalização dos mercados de monopólios que existiam nos vários Estados-Membros, desde logo nos serviços de rede, tais como a água, energia e no que nos convoca, as telecomunicações.

Após assinatura em Maastricht em 1992⁹⁶ do Tratado que institui a União Europeia (TUE), ocorre uma profunda alteração qualitativa na integração europeia, apontando-se alterações a nível económico e político.

Com o Tratado de Amesterdão em 1997 há um reforço nos poderes do Parlamento e um alargamento das competências da Comissão Europeia.

O Tratado de Nice de 2002 visava aumentar a eficiência e a legitimidade das instituições da UE e prepará-la o seu próximo grande alargamento, resolvendo as questões inacabadas do Tratado de Amesterdão.

Já com o Tratado de Lisboa de 2007, deixamos de falar na Comunidade Europeia substituída pela União Europeia. Veio determina uma nova arquitetura institucional repartindo novas competências entre os Estados-membros e a União Europeia, assumindo uma atividade política mais eficiente e democrática com novas políticas e novas competências.

2.1 A liberdade de circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais

Na concretização da integração europeia, o estabelecimento do *Mercado Interno* enquanto “*espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais*”⁹⁷ é o propulsor dos valores basilares assumidos pela União e na concretização dos seus objetivos⁹⁸.

⁹⁴ Assinado em 17 de fevereiro de 1986, vigente a 1 de julho de 1987.

⁹⁵ SILVEIRA, Alessandra - *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*. 2.ª Edição (atualizada e ampliada). Lisboa: Quid Juris. 2011, p. 28-32.

⁹⁶ Entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1993.

⁹⁷ Art. 26.º, n.º 2 do TFUE.

⁹⁸ Art. 2.º e art. 3.º do TUE, respetivamente.

A primeira das liberdades a ser desenhada como um elemento da União Aduaneira entre os Estados foi a *liberdade de circulação de mercadorias*. No quadro europeu implicou a proibição de direitos aduaneiros⁹⁹, encargos de efeito equivalente¹⁰⁰ (art. 28.º do TFUE), bem como de restrições quantitativas¹⁰¹ e medidas de efeito equivalente às importações e exportações¹⁰² (art. 34.º e art. 35.º do TFUE). A sua supressão explica-se, pois estes constituem uma forma de protecionismo económico, na medida em que falseiam a concorrência efetiva que ocorreria entre os produtos importados e os produtos nacionais.

No caso concreto das telecomunicações, a primeira intervenção normativa de relevo no direito europeu englobou a comercialização de uma mercadoria, a qual era crucial à sua efetividade: os equipamentos terminais¹⁰³. O monopólio público das telecomunicações não se restringia ao fornecimento dos serviços, mas igualmente à comercialização dos equipamentos terminais, limitando comercialmente as transações deste tipo de mercadorias. Devido ao impulso normativo europeu institucionalizou-se a liberdade de comércio de equipamentos terminais de telecomunicações, desde que pelos *equipamentos terminais devidamente aprovados*^{104,105}.

De outra forma, os novos operadores estariam constringidos a nível de acesso a equipamentos essenciais à efetivação dos serviços de telecomunicações. Neste sentido, para permitir o aumento do grau de concorrência¹⁰⁶ no mercado dos equipamentos terminais exigiu-se transparência relativamente

⁹⁹ São imposições pecuniárias que incidem sobre os produtos importados, no momento de colocação no mercado nacional resultantes do cálculo de uma percentagem do valor dos bens ou o montante da imposição pecuniária advém das características do produto e não do seu valor.

¹⁰⁰ O encargo pecuniário aplicado «a um produto importado de um Estado-Membro, mas não a um produto nacional similar, tenha, ao alterar o seu preço, a mesma incidência restritiva sobre a livre circulação de mercadorias que um direito aduaneiro» pelo simples facto de transpor uma fronteira. Acórdão do Tribunal de Justiça, 14 de dezembro de 1962, proc. 3/62.

¹⁰¹ Restringem a comercialização dos produtos importados quantitativamente.

¹⁰² Os redatores dos Tratados anteciparam a hipótese de os Estados-Membros atuarem no sentido de favorecerem os seus produtos em relação aos importados através de outros mecanismos que não os direitos aduaneiros ou as restrições quantitativas, mas gozando do mesmo efeito prático. Jurisprudencialmente o TJUE debruçou-se sobre este conceito. De destacar o *Acórdão Dassonville*, Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de julho de 1974, proc. 8/74 e pontos 63 a 67 do *Acórdão CassisDijon*, Acórdão de 15 de novembro de 2003, proc. C-320/03.

¹⁰³ A primeira Diretiva 86/361/ CEE, de 5 de Agosto de 1986 e transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 432/88, de 22 de Junho. No mesmo sentido de forma a promover a concorrência nos mercados relativos aos equipamentos terminais surgiu a Diretiva 88/301/CEE, de 23 de maio de 1988.

¹⁰⁴ A Diretiva 86/361/CEE, de 5 de agosto é revogada pela Diretiva 91/263/CEE, transposta pelo Decreto-Lei n.º 228/93, de 22 de Junho do qual constava o *princípio do reconhecimento mútuo de aprovações*. Ou seja, em virtude de um procedimento administrativo de aprovação conduzido, pelo então ICP-ANACOM era emanado um ato administrativo certificando que, o equipamento em questão cumulava os requisitos exigíveis.

¹⁰⁵ O Decreto-Lei n.º 119/96, de 7 de agosto transpunha para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 93/97/CEE do Conselho, de 29 de Outubro, respeitante à aprovação para a ligação à rede básica de telecomunicações, marcação, livre circulação, colocação no mercado, ligação e utilização, de equipamentos das estações terrenas de comunicações via satélite. Caso o fabricante ou o seu representante colocassem o equipamento no mercado sem a respetiva aprovação, consubstanciaria um ilícito de mera ordenação social, conduzindo à aplicação de coimas ou sanções acessórias

¹⁰⁶ Em vigor, a Diretiva 2008/63/CE da Comissão, de 20 de Junho de 2008, relativa à concorrência nos mercados de equipamentos terminais de telecomunicações

às especificações técnicas necessárias para garantir a interoperabilidade com as redes construídas e a construir.

A evolução dos últimos anos quanto às características técnicas da rede, exigiu a manutenção da preocupação europeia na normalização¹⁰⁷ de forma a encorajar a oferta harmonizada de redes e serviços de telecomunicações, bem como de recursos e serviços conexos de forma a promover e estimular o setor¹⁰⁸. Mais do que um apoio técnico, a visão moderna assenta na contribuição da normalização na promoção da inovação, no aumento da qualidade, da segurança e no fomento do emprego.

Já quanto à livre circulação de pessoas entendida como abrangendo a livre circulação de trabalhadores¹⁰⁹ e a livre circulação de cidadãos da União. Nos termos do art. 45.º, n.º 2 do TFUE compreende a liberdade de circulação dos trabalhadores e a proibição da discriminação em razão da nacionalidade¹¹⁰. Já o art. 45.º, n.º 3 do TFUE prevê nas suas alíneas o direito a responder a ofertas de emprego e a circular no território dos Estados-Membros, o direito de residência (a residir no Estado da União onde exerça a sua atividade) e o direito de permanência (permanecer no país onde trabalhou, mesmo depois de terminar o seu trabalho).

Num setor como o das telecomunicações, para o qual o desenvolvimento tecnológico é determinante para a não estagnação e para competitividade a nível global, o fator humano desempenha um papel preponderante. A União tem-se debatido com a escassez de mão-de-obra qualificada, pelo que a não consagração desta liberdade dificultaria sobejamente esta necessidade.

Para materializar o *Mercado Único Digital*, quer ao nível das empresas privadas, quer as próprias autoridades reguladoras nacionais carecem de equipas multidisciplinares preparadas para as especificidades do setor. Esta emergência do peso da pessoa/cidadão é visível igualmente ao nível das

¹⁰⁷ Além das normas obrigatórias ao nível da União Europeia, devem as autoridades reguladoras nacionais incentivar a utilização de normas técnicas não obrigatórias e de especificações pelas organizações europeias de normalização, nomeadamente o Comité Europeu de Normalização (CEN), o Comité Europeu da Normalização Eletrotécnica (CENELEC) e o Instituto Europeu de Normas de Telecomunicações (ETSI) no sentido do Regulamento (UE) n.º 1025/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, sobre a normalização europeia, alterado pela *Diretiva* (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, que estabelece um procedimento para a prestação de informações no domínio das regulamentações técnicas e das regras sobre os serviços da sociedade da informação.

¹⁰⁸ Em particular para o setor das telecomunicações, a Comissão apresentou em abril de 2016 a *Comunicação sobre TIC*, COM (2016) 176 final em consonância com os investimentos previstos no FEDER até 2020, para a consagração do *Mercado Único Digital*.

Mais recentemente, o relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a *Implementação da política de normalização da UE e o contributo das normas europeias para as políticas da União Europeia* – COM (2018) 26 final.

¹⁰⁹ Quanto ao conceito de trabalhador para efeitos desta liberdade, o TJUE optou por uma definição ampla garantindo aplicação uniforme pelos vários Estados. Constituir-se-á como trabalhador o nacional de um Estado-Membro que, durante um espaço de tempo, realizou, realize ou pretenda realizar uma atividade económica assalariada a favor de outrem, sob a direção desta. Neste sentido, definição *Acórdão Unger*, de 19 de março de 1964, proc. 75/63 e o *Acórdão Lawrie-Blum*, de 3 de Julho de 1986, proc. C-66/85.

¹¹⁰ Sendo que, aqui se distinguem os trabalhadores de Estados terceiros os quais só pela existência de acordos celebrados pela União é que se poderão aplicar regras semelhantes.

políticas europeias, como a política da concorrência, na medida em que a defesa dos interesses dos consumidores passou a ser um dos vetores no domínio das regras da defesa da concorrência¹¹¹.

Já a *liberdade de circulação de serviços* pressupõe duas dimensões, por um lado, o direito de estabelecimento¹¹² e, por outro lado, o direito de livre prestação de serviços¹¹³. O direito de estabelecimento é reconhecido aos nacionais dos Estados-Membros, bem como às sociedades europeias¹¹⁴. Neste âmbito deve ocorrer a coordenação e harmonização da legislação nacional em matéria de acesso e exercício das atividades económicas, bem como o reconhecimento internacional de diplomas, certificados e outros títulos. Se não forem reconhecidos, não há verdadeira liberdade de alguém se estabelecer noutro país¹¹⁵. O artigo 51.º do TFUE exclui do âmbito de aplicação do livre estabelecimento dois tipos de atividades: as que ainda que de forma ocasional estejam ligadas ao exercício da autoridade pública, bem como aquelas que Parlamento Europeu e o Conselho resolvam excluir da liberdade de circulação.

Quer o direito de estabelecimento, quer no direito de livre prestação de serviço é inerente o exercício de uma atividade económica independente pelo agente, contudo temos de atender ao carácter com que a mesma é praticada.

De acordo com o art. 57.º *in fine* do TFUE a livre prestação de serviços¹¹⁶ resulta de um serviço prestado de forma *temporária*. O maior reflexo do setor é neste domínio, atendendo a que durante décadas, as atividades de fornecimento e prestação de serviços de telecomunicações esteve sonogado à iniciativa privada. Em oposição hoje, os conglomerados de empresas de telecomunicações encontram-se hoje frequentemente nas empresas mais lucrativas e, algumas delas a atuarem em mais do que um país em razão da consagração desta liberdade.

Por fim, a liberdade de circulação de capitais e atendendo a que, a *União Aduaneira* que resultou do Tratado de Roma visava a eliminação de barreiras relativas à circulação de fatores de produção,

¹¹¹ FROUFE, Pedro Madeira, GOMES, José Caramelo - Mercado interno e concorrência. In Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana; Froufe, Pedro Madeira - *Direito da União Europeia: Elementos de direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 462.

¹¹² Art. 49.º ao art. 55.º do TFUE.

¹¹³ Art. 56.º ao 62.º do TFUE.

¹¹⁴ De acordo com o art. 54.º TFUE, “*As sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na União são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados-Membros*”. No número 2 do mesmo artigo é visível que o conceito de sociedade não é coincidente com o português, já que admite “*sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas coletivas de direito público ou privado, com exceção das que não prossigam fins lucrativos*”.

¹¹⁵ Transposta para o ordenamento jurídico pela Lei n.º 9/2009, de 4 de março, última alteração pela Lei n.º 26/2017, de 30 de Maio de 2017.

¹¹⁶ De acordo com o art. 57.º do TFUE são serviços as prestações realizadas mediante remuneração, que compreendam atividades industriais, comerciais, artesanais ou de profissões liberais. Sendo que as disposições se aplicam na ausência de disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas.

acreditava-se que a liberalização do capital no mercado interno conduziria a uma utilização mais eficiente e por consequência a um aumento do bem-estar^{117,118}.

Em 1988 é emitida a Diretiva n.º 88/361/CEE, a qual consagrou a liberalização, a partir de 1 de Julho de 1990 da circulação de capitais entre Estados-Membros. Todavia, não se verificava a sua efetividade por força do excerto legal que impedia a reconhecimento do seu *efeito direto*, resolvido apenas em 1994 com o Tratado de Maastricht e assumindo a redação que se mantém até hoje, possibilitando a sua concretização. Tornando um elemento central da realização do mercado interno e para a criação da união económica e monetária.

Esta é particularmente visível no decorrer do fenómeno de *nacionalização*, subsequente à liberalização do setor potenciado pela então Comunidade, na figura das ações privilegiadas¹¹⁹ das quais o Estado português era detentor na então Portugal Telecom, SGPS, S.A.¹²⁰, aquando da sua privatização. Estatutariamente, resultavam dessas ações um conjunto de direitos especiais¹²¹, permitindo ao Estado manter uma posição de protagonismo na empresa.

Apenas em 2011, na sequência do acordado no Memorando da Troika, Portugal comprometeu-se a eliminar os direitos especiais detidos como acionista, quer da Portugal Telecom, SGPS, S.A., quer da EDP - Energias de Portugal, S. A., na GALP Energia, SGPS, S.A.¹²².

¹¹⁷ PORTO, Manuel Lopes – *Teoria da integração e políticas comunitárias – Face aos desafios da Globalização*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2009. p. 232-233.

¹¹⁸ Na versão original, o art. 63.º do TFUE previa que as restrições aos movimentos de capitais seriam suprimidas apenas “*na medida em que tal fosse necessário ao bom funcionamento do mercado comum*”. Ora, o Tribunal de Justiça no *Acórdão Casati*, de 11 de Novembro de 1981, proc. 203/80 interpretou esta expressão como implicando a concessão de um poder discricionário às instituições da União (na instituição do Conselho) relativamente à decisão de abolição efetiva dessas restrições. Em consequência o Tribunal não reconheceu efeito direto à norma, impedindo a sua invocação pelos particulares quando pretendessem impugnar as restrições estatais aos movimentos de capitais ou decisões estatais decorrentes dessas restrições. Assim enquanto as restantes liberdades foram progressivamente realizadas, pois viram as normas que as previam gozar de efeito direto, esta liberdade padecia de falta de efetividade.

¹¹⁹ Usualmente designadas de “*golden share*” constituem uma forma privilegiada, na qual o seu titular (Estado) mantém controlo sobre decisões fundamentais de empresas públicas, após o fenómeno de privatização das mesmas. Estas resultam da titularidade de ações que conferem à entidade estadual direitos especiais ou *certos direitos* sobre decisões estratégicas de empresas privadas. A desconfiança da União nesta prática comum aos vários Estados resulta do poder que é conferido ao Estado de limitar a atuação das empresas em decisões imperiosas, consequentemente limitando setores, bem como condicionando o investimento externo em participações sociais na medida em que carece da anuência estadual para controlar a empresa.

CAMPOS, Manuel Fontaine – *Livre Prestação de Capitais*. In Pais, Sofia Oliveira, coord - *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, 2013, p. 391.

¹²⁰ Após fusão de empresas de capital exclusivamente público, era a sociedade gestora das participações sociais.

¹²¹ Resultando no acórdão Comissão c, República Portuguesa, de 8 de Julho de 2010.

¹²² Eliminados esses direitos pelo Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de Julho.

2.1.1 A liberdade de circulação de serviços: o setor das telecomunicações

A exploração comercial e económica das atividades integradas no setor das telecomunicações foi desenvolvida assente em dois modelos fundamentais: o modelo do *serviço público* vigente no contexto europeu, sustentado num princípio de monopólio estadual, no qual se depositava a responsabilidade da sua prestação no Estado ou concessionada a privados e no modelo das *public utilities* no contexto americano, no qual as atividades revestiam carácter privado e eram prestadas por um ente privado

Desde finais do século XIX, quando é datada a sua origem, as telecomunicações na Europa eram exploradas diretamente pelo Estado ou sob a sua responsabilidade através de empresas públicas ou privadas concessionárias, enquanto *serviço público*¹²³.

Nem todos os Estados conduziram o processo de liberalização ao mesmo ritmo¹²⁴, porém em todos, este foi potenciado pela então Comunidade Europeia (hoje, União Europeia). O dia 1 de Janeiro de 1996, foi fixado como o prazo limite na abolição de restrições ao fornecimento de serviços de telecomunicações através de todas as redes de telecomunicações, excetuando os serviços de telefonia vocal os quais poderiam ser mantidos até 1 de Janeiro de 1998¹²⁵.

No caso português, o monopólio público manteve-se até à segunda metade da década de 80 quando se inicia efetivamente a liberalização do setor¹²⁶, sendo a década seguinte profícuca em regulamentação, concluindo-se a liberalização em Portugal apenas, a 1 de Janeiro de 2000¹²⁷.

Após uma série de Comunicações¹²⁸ e de outras iniciativas com carácter supranacional que não vingaram¹²⁹, a primeira intervenção comunitária de relevo no setor das telecomunicações surgiu em 1987,

¹²³ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 29-30; GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 182.

¹²⁴ A Europa continental vivenciou uma “*liberalização gradual*” no domínio das telecomunicações, enquanto que, no Reino Unido, tal como nos Estados Unidos esta assumiu-se como “*rápida e total*”. GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 34.

¹²⁵ Atendendo à existência de redes com diferente desenvolvimento nos diferentes Estados-Membros admitiu-se a prorrogação por um período de 5 anos, mediante pedido dos Estados-membros. Daí que, a data de 1 de janeiro de 2000 para a plena liberalização do setor em Portugal tenha resultado de uma Decisão da Comissão, de 12 de Fevereiro de 1997, em virtude da concessão de um período extensível de transposição das *supra* citadas Diretivas.

¹²⁶ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 180.

¹²⁷ Data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 290-B/99 de 30 de Julho, que aprovou o regulamento da prestação do serviço fixo de telefone em regime de concorrência.

¹²⁸ Somos capazes de referir algumas comunicações da Comissão acerca do setor das telecomunicações, nomeadamente a Comunicação da Comissão ao Conselho, “*A Sociedade europeia perante os desafios das novas tecnologias da informação*”, COM(79) 650, de 23 de Novembro de 1979 e a Comunicação ao Conselho, “*Recomendações acerca das telecomunicações*”, COM(80) 422, de 1 de Setembro de 1980.

¹²⁹ Em 1984, uma Recomendação do Conselho (84/549/EEC) acerca da implementação da harmonização no setor das telecomunicações e a primeira Diretiva acerca da regulação técnica relativa à primeira etapa do reconhecimento mútuo de aprovações de equipamentos terminais de telecomunicações, Diretiva 86/361/ CEE, do Conselho de 24 de Julho de 1986.

com o *Livro Verde da Comissão das Comunidades sobre o desenvolvimento do mercado comum das telecomunicações* (doravante *Livro Verde de 1987*).

A indiferença normativa do direito comunitário relativamente à regulação do setor das telecomunicações termina efetivamente em inícios da década de 90, quando surgem as primeiras Diretivas. No entanto, anteriormente em 1985, no *Acórdão British Telecom*¹³⁰ já a Comissão se pronunciara acerca do setor das telecomunicações¹³¹. A evidenciar a viragem que esta jurisprudência traduziu na relação entre os órgãos comunitários e um setor que caminhava no sentido da sua abertura concorrencial. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO reitera que, "*teve um papel decisivo na legitimação jurídica do processo de abertura do mercado das telecomunicações por iniciativa da Comissão, num movimento que ultrapassa em muito o papel tradicional da Comissão enquanto órgão responsável pela aplicação do direito da concorrência*"¹³².

2.2 Os primeiros passos: a influência europeia

O *Acórdão British Telecom* antecipou as orientações do *Livro Verde de 1987*, colocando o setor no mapa das preocupações europeias¹³³. Num momento subsequente podem resultar em desenvolvimentos legislativos expressos nos *Livros Brancos*.

¹³⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 20 de Março de 1985, *República Italiana c. Comissão*, proc. n.º 41/83.

Em 1982 a Comissão pronunciou-se acerca da violação do então art. 82.º do Tratado de Roma (hoje o art. 102.º do TFUE, relativo ao abuso de posição dominante) por parte de uma empresa de direito público detentora do monopólio legal das telecomunicações no Reino Unido, a *British Telecom* pela publicação de dois regulamentos. Estes visavam a limitação da concorrência em matéria de retransmissão de mensagens de telex, pois pretendiam impedir que empresas privadas oferecessem um novo serviço de receção e transmissão de mensagens a preços inferiores do que o do operador público (decisão 82/861). Esta decisão foi alvo de recurso perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, do qual resultou em 1985 uma decisão emblemática. Resultou o reconhecimento da sujeição da empresa de direito público ao direito da concorrência previsto no Tratado de Roma, pois estava em causa a exploração de uma atividade empresarial, ainda que a competência dos órgãos comunitários não abrangesse expressamente o setor das telecomunicações. ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 321

¹³² CABO, Sérgio Gonçalves do, - Regulação e Concorrência no Sector das Comunicações Eletrónicas. In Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil - *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 230.

¹³³ Os *livros verdes* são documentos publicados pela Comissão Europeia nas mais variadas matérias que, pretendem promover uma reflexão a nível europeu sobre as mesmas. A Comissão pretende através de um processo de consulta e debate com organismos e particulares interessados na temática a elaboração de propostas acerca daquela. A título exemplificativo e sobre o mesmo assunto, menos de uma década depois surgiram o *Livro Verde sobre a liberalização da infra-estrutura de telecomunicações e das redes de televisão por cabo - Parte I: Princípios e calendário* COM(94)44 final, de 25 outubro de 1994 e o *Livro Verde sobre a liberalização da infra-estrutura de telecomunicações e das redes de televisão por cabo - Parte II: Abordagem comum da oferta de infra-estrutura de telecomunicações na União Europeia* (COM(94)682 final, de 25 de Janeiro de 1995).

Este em particular previa a reestruturação do setor das telecomunicações nos Estados-Membros, através de uma transição *gradual*¹³⁴ entre o monopólio público e a livre iniciativa económica, fomentado a própria competitividade da indústria das telecomunicações a nível comunitário e, tendo como objetivo *último*, a criação de um Mercado Interno no setor até 1992¹³⁵.

Os princípios básicos sobre os quais o quadro regulamentar comunitário seria subsequentemente estabelecido foram os seguintes¹³⁶:

1. Através da liberalização de setores explorados em domínio de monopólio e aplicação do direito da concorrência, com recurso a Diretivas¹³⁷;
2. A harmonização técnica e fixação de padrões mínimos, permitindo o livre *acesso* às redes e prestação de serviços do setor através de Diretivas que, visavam a harmonização das legislações dos vários Estados-Membros¹³⁸.

A então, Comunidade Europeia privilegiou o recurso a diretivas para regulamentar o setor, pois estas enquanto atos legislativos vinculativos, fixam um objetivo geral a alcançar por todos os países, ficando ao critério de cada um elaborar a sua própria legislação, aquando da transposição para lhe dar cumprimento. Neste sentido, a doutrina referenciou o *“dualismo básico do direito europeu das telecomunicações”*¹³⁹ o qual se estende aos nossos dias, em consequência da normatividade expressar o encontro (nem sempre feliz) entre as normas de direito da concorrência e as normas relativas à harmonização das legislações nacionais

¹³⁴ De tal forma gradual que, em vários países europeus, nos quais Portugal mais de 10 anos após, ainda não se verificava a possibilidade de concorrência em todos os segmentos do setor.

¹³⁵ ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 321.

¹³⁶ Neste sentido, WALDEN, Ian - Creating a competitive market: The evolving of European telecommunications law. In Guimarães, Maria Raquel (coord.) - *Direito e (tele)comunicações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 52-53; ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 321-322.

¹³⁷ Em virtude, dos poderes atribuídos pelo art. 106.º n.º 3 do TFUE.

¹³⁸ Ao abrigo do art. 114.º do TFUE. Os artigos 106.º e 114.º do TFUE correspondiam, aos artigos 90.º e 100.º do TCE, aquando da entrada em vigor das Diretivas enunciadas que, resultaram no primeiro quadro regulamentar comunitário.

¹³⁹ Por todos, ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 322.

Assim, as primeiras diretivas com base no modelo de liberalização desenhado no *Livro Verde de 1987* surgem na década de 90, ainda que o façam de forma “*parcial e discricionária*”¹⁴⁰, através da *Diretiva-Quadro relativa à Oferta de Rede Aberta*¹⁴¹ e da *Diretiva-Serviços*¹⁴².

2.2.1 A evolução legislativa: a fase inicial

Num primeiro momento, da regulação comunitária adveio uma liberalização *parcial*, uma vez que, transitoriamente ocorreu uma segmentação do setor. Desta bifurcação resultava que, enquanto o *serviço de telefone fixo* continuava reservado ao domínio público (na titularidade dos operadores públicos mantinham-se os direitos exclusivos ou especiais sobre este considerado *serviço fundamental*), os restantes serviços de telecomunicações poderiam ser prestados por empresas privadas¹⁴³, desde que habilitadas para tal.

Destarte, foi a possibilidade técnica da mesma rede¹⁴⁴ ser utilizada para fornecer serviços distintos, inclusive de diferentes operadores que, fomentou a liberalização do setor. Subsistindo a proibição do estabelecimento de *redes próprias* relativamente aos novos operadores, adotou-se o *princípio da rede aberta*. Pelo que, aqueles estavam condicionados ao aluguer da rede existente, pois esta era a única que poderia ser utilizada para fins de exploração comercial. Observa-se, pois, que na prática a *Diretiva-Quadro relativa à Oferta de Rede Aberta* foi crucial na consagração de um direito de acesso dos novos operadores à *rede básica de telecomunicações*.

Por outro lado, foi também uma liberalização *discricionária*, pois a exploração dos serviços pelos operadores estava condicionada à atuação prévia dos Estados, destinada a legitimá-los através da atribuição de licenças¹⁴⁵.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 40.

¹⁴¹ A Diretiva 90/387/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações, mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações.

¹⁴² A Diretiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações pela abolição de direitos exclusivos ou especiais nos serviços de telecomunicações, excluindo os serviços de telefonia vocal.

¹⁴³ Esta exclusão é explicada por fatores económicos, desde logo os custos associados ao estabelecimento de redes e infraestruturas poderiam ameaçar o “equilíbrio dos organismos de telecomunicações” caso não fosse gradual, de acordo com o considerando 5 da *Diretiva-Serviços*.

¹⁴⁴ Admitindo que os progressos tecnológicos foram responsáveis por este movimento liberalizador generalizado. TRUBNIKOV, Dimitrii - The Public Choice View at the “Deregulation” Movement: Analyzing the Experience of European Telecommunications. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. [em linha]. Vol. 11, n.º 1 (2019), p. 6 [Consult. 20 Fev. 2020]. Disponível em: < <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/24846/21956>>.

¹⁴⁵ Enquanto os operadores públicos estariam cobertos por legislação primária que lhes conferia a exploração dos serviços e da gestão da rede, aos novos operadores estava condicionada a prestação dos serviços complementares e de valor acrescentado, mediante procedimentos de licenciamento, autorização ou comunicação, no qual se impunham a satisfação de “*condições essenciais*” de forma transparente e não discriminatória, de acordo com o art. 2.º, n.º 2 da *Diretiva-Serviços*. GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 41-43

Neste seguimento há que destacar relativamente à liberalização das redes e dos serviços a Diretiva 94/46/CEE¹⁴⁶, a Diretiva 95/51/CE¹⁴⁷, a Diretiva 96/2/CE¹⁴⁸, responsáveis pelo alargamento do âmbito da *Diretiva-Serviços*.

No entanto, PEDRO COSTA GONÇALVES caracteriza como uma fase de *transição*¹⁴⁹ no processo de liberalização, na medida em que parte do setor ainda estava condicionada, o que só termina com a *Diretiva Plena Concorrência*¹⁵⁰. Esta afastou as limitações instituídas pela *Diretiva-Serviço*, aditando novas disposições no sentido de alcançar um genuíno mercado concorrencial no setor, tal como a possibilidade de exploração privada de todos os serviços de telecomunicações, recaindo sobre os Estados a obrigatoriedade de abolirem as medidas que concedam direitos exclusivos¹⁵¹ relativos à criação e oferta de redes e ao fornecimento de serviços. Além disso, consagra-se um processo de licenciamento através de *autorização geral* ou de *declaração*, relativamente à criação e oferta de redes e ao fornecimento de serviços, mediante condições “*objetivas, não discriminatórias, proporcionais e transparentes*” exigindo-se a fundamentação da recusa por parte das entidades administrativas e que esta seja passível de recurso¹⁵².

2.2.2 A harmonização legislativa

Devido à continuidade do processo de liberalização do setor, houve a necessidade de realizar reajustamentos às Diretivas em vigor¹⁵³. Atendendo a estarmos perante uma indústria de rede liberalizada,

¹⁴⁶ A Diretiva 94/46/CEE da Comissão, de 13 de outubro de 1994 incidia sobre a liberalização dos setores dos serviços e dos equipamentos relativos às comunicações via satélite.

¹⁴⁷ A Diretiva 95/51/CEE da Comissão, de 18 de outubro de 1995 era relativa à abolição das restrições à utilização de redes de televisão por cabo para fornecer serviços de telecomunicações liberalizados, além dos serviços de radiodifusão para as quais tinham sido criadas.

¹⁴⁸ A Diretiva 96/2/CEE da Comissão, de 16 de janeiro de 1996 era responsável pela liberalização dos “serviços móveis e pessoais” e do estabelecimento das redes capazes de suportar esses serviços, garantindo a plena concorrência e harmonizando a utilização do espectro radioelétrico. Assim, possibilitavam a concorrência efetiva entre os operadores, pois estes já não tinham que suportar os custos associados ao aluguer da rede básica, nem estarem sujeitos à influência dos organismos responsáveis pela gestão destas.

¹⁴⁹ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 40-48.

¹⁵⁰ A Diretiva 96/19/CE de 13 de Março de 1996, alterou a *Diretiva-Serviços*, introduzindo a plena concorrência nos mercados das telecomunicações

¹⁵¹ Excluindo os casos em que, tal era feito mediante critérios objetivos e não discriminatórios, nos termos do art. 2.º, n.º 1, alíneas a) a c) da *Diretiva Plena Concorrência*.

¹⁵² Art. 2.º, n.º 3, primeira parte da *Diretiva Plena Concorrência*.

¹⁵³ Entre 1994 e 1996, a Comissão emite vários Livros Verdes e documentação relativa aos mesmos que conduzem a estas alterações. A título exemplificativo, a COM (94) 145, Abril de 1994, “*Para o ambiente de comunicações pessoais: Livro verde sobre uma abordagem comum no domínio das comunicações móveis e pessoais na União Europeia*”; COM (94) 440, Outubro de 1994, “*Comunicação da Comissão – Livro Verde sobre a liberalização da infra-estrutura de telecomunicações e das redes de televisão por cabo: Parte I – Princípios e calendário*”; COM (94) 682, Janeiro de 1995, “*Livro Verde sobre a liberalização da infra-estrutura das telecomunicações e das redes de televisão por cabo - Parte II – Abordagem comum da oferta da infra-estrutura de telecomunicações*”

a entrada de novos operadores é crucial à promoção da concorrência e à oferta de novos serviços, como tal as condições administrativas de acesso ao mercado têm de estar previamente definidas. Assim, para garantir a concretização desta ambição, a Diretiva 97/13/CE, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações¹⁵⁴.

Esta visava garantir a rapidez e facilidade dos procedimentos administrativos que habilitavam os novos operadores, excluindo a discricionariedade que marcou a atuação primária das entidades estaduais e criar condições para que o ato resultante desses procedimentos tivesse validade transnacional, mediante o *procedimento do balcão único*.

Os Estados-Membros poderiam optar entre dispensar os operadores da prestação de um serviço ou do estabelecimento e/ou a exploração de uma rede da autorização, instituir um procedimento de comunicação ou sujeitar o fornecimento a uma autorização geral, não carecendo de decisão expressa¹⁵⁵. Ficando a atribuição de licenças individuais limitada a casos excecionais e pré-definidos¹⁵⁶, isto é, era necessário um ato administrativo atribuindo ao titular a para fornecer um serviço ou rede em concreto.

A *Diretiva - interligação*¹⁵⁷ reconhece que, no âmbito das telecomunicações, os titulares dos serviços devem garantir o acesso aos cidadãos de um conjunto de serviços mínimos, em virtude da sua fundamentalidade, para suprimir as necessidades humanas, o *serviço universal*.

O novo quadro concorrencial desenhava a atribuição do serviço universal¹⁵⁸ em lugar do até então, serviço básico de telefonia vocal¹⁵⁹. A inserção formal deste conceito é relevante, pois contrariamente à conceção de serviço público, em que caberia ao Estado a responsabilidade pela prestação e fornecimento de um conjunto de serviços que colmatam as necessidades básicas de comunicação dos cidadãos, no

na União Europeia". Ainda nesse sentido, em Novembro de 1996 é publicado um documento, "Para um ambiente europeu de numeração – Livro Verde sobre uma política de numeração para os serviços de telecomunicações na Europa", COM (96) 590.

¹⁵⁴ Além da Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações, complementar à Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro, relativa à proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 53. Veremos que, o quadro regulamentar atual mantém a figura, de acordo com o art. 19.º, n.º 1 e n.º 2 da LCE, a autorização decorre diretamente da lei, não carecendo de qualquer ato administrativo.

¹⁵⁶ Tinham lugar os procedimentos de licenciamento quando incidissem sobre o acesso a radiofrequências e números, a concessão de direitos especiais de acesso envolvendo o domínio público ou privado, a sujeição a obrigações especiais relativas à prestação de serviços ou de acesso à rede.

¹⁵⁷ A Diretiva 97/33/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no setor das telecomunicações com o objetivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta pretendeu fixar interoperabilidade entre as várias redes de telecomunicações e garantir o serviço universal. Sob pena de prejuízo dos consumidores, caso se admitisse a instalação livres de redes diversas, mas não a sua compatibilidade.

¹⁵⁸ A primeira referência no contexto europeu resulta da Resolução 94/C 48/01, do Conselho, de 7 de Fevereiro de 1994, prevendo os princípios do serviço universal no setor das telecomunicações.

¹⁵⁹ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 46.

serviço universal o papel do Estado encolhe, para o de garantir que os titulares da exploração destas atividades forneçam um conjunto mínimo de serviços, sob certas condições de preços e disponibilização geográfica que, poderiam deixar de existir em virtude dos interesses lucrativos privados.

Por fim, a Diretiva 1999/64/CE da Comissão, de 23 de Junho de 1999 procede à última alteração da *Diretiva-Serviços*, antes da revogação deste agregado de diretivas pela Diretiva 2002/77/CE¹⁶⁰.

IAN WALDEN assume uma divisão da regulação e política comunitária entre 1987 e 1993, atendendo a que o compromisso da plena liberalização a 1 de janeiro de 1998 resultava de uma Resolução de Conselho, de 22 de dezembro de 1994, em virtude da constatação que por si só os Estados não estavam a garantir a plena liberalização. Enquanto o segundo ciclo regulatório ocorreria entre 1993 e 2002, no qual o direito europeu visou o desmantelamento dos monopólios públicos nacionais, materializando a liberalização consagrada no *Livro Verde de 1987*¹⁶¹⁻¹⁶².

2.2.3 O quadro regulamentar de 2002: as Diretivas de 2002

Em virtude de uma comunicação da Comissão de 1999¹⁶³ constava a revisão de 1999 que, propunha uma série de alterações no quadro normativo vigente.

Ainda em 2000, surge pela primeira vez no direito comunitário aplicável ao setor das telecomunicações um regulamento relativo à *desagregação do lacete local*¹⁶⁴. Este, ao contrário das diretivas, é uma forma de eleição da atuação comunitária que não carece de transposição para as respetivas ordens jurídicas nacionais, gozando de efeitos jurídicos diretos, constituindo-se como uma regulação direta do mercado das telecomunicações¹⁶⁵.

¹⁶⁰ A Diretiva 2002/77/CE, da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas.

¹⁶¹ WALDEN, Ian – Creating a competitive market: The evolving of European telecommunications law. In Guimarães, Maria Raquel (coord.) - *Direito e (tele)comunicações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 52-53.

¹⁶² Para PEDRO COSTA GONÇALVES as diretivas apresentadas até aqui constituiriam as “*diretivas da primeira geração*”. Para o Autor, o segundo ciclo regulatório está compreendido entre 1990 e 1997 GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 189

¹⁶³ A Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, “*Para um novo quadro das infra-estruturas das comunicações eletrónicas e serviços conexos*”, COM (1999) 539.

¹⁶⁴ O lacete local corresponde ao circuito físico utilizado por sinais de comunicações eletrónicas, ligando a parte final da rede à infraestrutura de rede do operador.

¹⁶⁵ O Regulamento (CE) n.º 2887/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2000, relativo à oferta de acesso desagregado ao lacete local, estabeleceu as obrigações de acesso para os operadores de redes telefónicas públicas fixas, designados como tendo poder de mercado significativo. O *quadro regulamentar de 2002* atribuiu às autoridades reguladoras nacionais os instrumentos para regularem o acesso ao lacete local. Este regulamento é expressamente revogado pelo art. 4.º da Diretiva 2009/140/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009.

Este regulamento possibilitou aos operadores de serviços de telecomunicações a utilização de uma parte específica da infraestrutura da rede de acesso local que, há época mantinha-se como um dos “segmentos menos concorrenciais do mercado de telecomunicações liberalizado”¹⁶⁶. Não sendo viável para os novos operadores os investimentos associados à constituição de novas infraestruturas¹⁶⁷, bem como noutras casos por razões ambientais ou urbanísticas que o tornavam impossível¹⁶⁸, a desagregação do lacete permitia fomentar uma maior diversidade de serviços para os utilizadores.

O *novo ciclo regulatório* surge então em 2002, composto por uma diretiva-quadro e quatro diretivas específicas do setor, cabendo a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa à *Lei das Comunicações Eletrónicas*.

De acordo com IAN WALDEN, esta normatividade representa um marco no setor, pois englobava uma série de novidades e emergiu da necessidade de reforma¹⁶⁹:

a) do ponto de vista legal: era necessário transpor para o direito europeu o que resultou de um dos acordos¹⁷⁰ celebrados no âmbito da OMC¹⁷¹, nomeadamente acerca dos serviços básicos de telecomunicações;

b) do ponto de vista regulatório: em virtude das dificuldades na aplicação do quadro de 1990, por força da flexibilidade permitida aos vários Estados-Membros, a qual conduziu a divergências práticas que dificultavam a concretização do mercado único, impunha-se a mudança de forma a uniformizar os aspetos regulatórios;

c) do ponto de vista concorrencial: a necessidade de privilegiar a regulação da concorrência face a uma regulação sectorial *ex ante*, de forma a garantir a concorrência efetiva do setor;

¹⁶⁶ Considerando 3 do Regulamento (CE) n.º 2887/2000.

¹⁶⁷ A instalação das infraestruturas de acesso local em cobre foi efetuada aquando da exploração pelos operadores que beneficiavam de direitos exclusivos e como tal, financiadas com os lucros obtidos através dos preços praticados em regime de monopólio.

¹⁶⁸ ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 347.

¹⁶⁹ WALDEN, Ian – Creating a competitive market: The evolving of European telecommunications law. In Guimarães, Maria Raquel (coord.) - *Direito e (tele)comunicações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 54.

¹⁷⁰ Nesse sentido, o considerando 29 da *Diretiva-Quadro* refere que, “A Comunidade e os Estados-membros assumiram compromissos relativamente às normas e ao quadro regulamentar das redes e serviços de telecomunicações na Organização Mundial do Comércio”. Sítio Oficial da União Europeia [em linha] Bruxelas: União Europeia. [Consult. 20 Dez. 2019]. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0021>>.

¹⁷¹ A 15 de fevereiro de 1997, a OMC concluiu com êxito, após três anos de negociações com 69 governos, um acordo relativo ao acesso ao mercado para serviços básicos de telecomunicações, o “*WTO Basic Agreement on Telecommunications Services*”. Sítio Oficial da Organização Mundial do Comércio [em linha] Genebra: Organização Mundial do Comércio. [Consult. 20 Dez. 2019]. Disponível em: <https://www.wto.org/english/news_e/pres97_e/summary.htm>.

d) *do ponto de vista técnico*: a imperatividade de alterar a legislação vigente, uma vez que com a convergência tecnológica, começava a tornar-se inoportuna a existência de várias regulações, em risco de conflito e sobreposição das normas.

Porquanto foram introduzidas várias novidades que consolidaram o regime legal do setor, o qual ainda está em vigor nos dias de hoje¹⁷². Assim, evidenciando os traços mais marcantes¹⁷³ introduzidos por este novo quadro:

1. *A diferenciação entre a regulação da transmissão e a regulação de conteúdos*: a regulação europeia focaliza-se nas telecomunicações abrangendo quer as redes, quer os serviços de transmissão de sinais eletrónicos, porém excluindo expressamente o conteúdo de informação transmitida¹⁷⁴. A regulação desses conteúdos, como sejam os conteúdos radiodifundidos, serviços financeiros ou determinados serviços da sociedade da informação constariam de outros diplomas.
2. *A consagração da neutralidade tecnológica*: eliminam-se as limitações quanto aos modelos de tecnologia que podem ser utilizados nas faixas de frequências do espectro radioelétrico disponível. Atendendo a que, a nova tipologia de tecnologias é capaz de transportar e receber diferentes comunicações, esta *convergência tecnológica* carecia de fazer-se acompanhar de uma convergência regulatória.
3. *A supressão permanente dos direitos especiais ou exclusivos e a consagração da liberdade de acesso e de iniciativa económica*: ainda que tal já resultasse do quadro normativo anterior, a Diretiva 2002/77/CE consagra *expressamente* a abolição dos direitos especiais ou exclusivos. Quanto à prestação de serviços e oferta de redes, é simplificado o acesso, instituindo um regime especial de atribuição de frequências e números a par da *autorização geral*.
4. *A consolidação de um modelo institucional de regulação independente*: o novo *quadro regulamentar de 2002*, ainda que sem expressamente o contemplar, *insinua* que a função de regulação não deve estar atribuída ao Estado, mas a *autoridades administrativas independentes* de forma a garantir independência face aos interesses dos regulados, face ao risco de ingerência política e por traduzirem uma maior facilidade de articulação daquelas entidades com a União Europeia.

¹⁷² Até 21 de Dezembro de 2020 está prevista a transposição da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas e irá revogar o atual *quadro regulamentar de 2002*.

¹⁷³ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 191-197.

¹⁷⁴ De acordo com os Considerando 5 e 7 do diploma.

5. *Preferência da regulação da concorrência em detrimento da regulação sectorial ex ante*: aquando do primeiro pacote de Diretivas, a criação de um mercado concorrencial no setor estava dependente da liberalização, através do desmantelamento prévio dos monopólios do setor, pelo que o seu ponto de partida era nivelar o mercado. Para tal, recorreu-se a um amplo corpo de normas de forma a impor obrigações específicas aos operadores históricos, favorecendo o acesso e estabelecimento dos novos operadores. Contudo, esta regulação assimétrica, que nasceu com *prazo de validade*, deixa de fazer sentido nesta amplitude, quando emerge a implementação da política da concorrência europeia.

Entendeu-se então que, deveria ser privilegiada uma regulação geral simétrica através do *direito da concorrência*, do qual resulta que o funcionamento dos mercados deve ocorrer sem ingerência prévia, salvo a necessidade de uma atuação *repressiva e a posteriori* de forma inibir comportamentos desviantes dos regulados. Apesar do “*primado de regulação da concorrência*”¹⁷⁵, atendendo às especificidades do setor não se excluiu totalmente a regulação setorial de natureza *ex ante*, afastou-se foi a sua aplicação mecanizada, condicionando-a à verificação de um conjunto de características¹⁷⁶ para um segmento do setor.

6. *A regulação setorial - a dualidade entre regulação simétrica e regulação assimétrica*: do *quadro regulamentar de 2002*, além da típica divisão entre regulação setorial e regulação da concorrência comum aos setores em rede, é de salientar uma regulação que resulta da análise das empresas que atuam no mercado económico. A regulação simétrica engloba o conjunto de normas próprias do setor das comunicações, igualmente aplicável a todas, pelo facto de atuarem no setor em questão. À qual se acopla uma regulação assimétrica, limitada a determinadas empresas que, pela amplitude que assumem no mercado, estarão sujeitas a um acréscimo de regulação.

7. *A emergência de poderes regulatórios da Comissão Europeia*: deste quadro regulatório destaca-se a atribuição do poder de veto a favor da Comissão de medidas com carácter nacional e, a capacidade de emitir recomendações e linhas de orientação, as quais deveriam ser tidas “*na máxima conta*” pelas autoridades reguladoras nacionais, refletindo a miscigenação entre as autoridades nacionais e as autoridades europeias que passa a marcar o setor.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 29-30; GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 195.

¹⁷⁶ Da conceção que existem mercados pautados pelo risco de ausência de concorrência devido à presença de uma ou várias empresas com poder de mercado significativo, para os quais a regulação simétrica da concorrência é insuficiente e são necessárias imposições regulatórias específicas.

8. *A conservação do serviço universal*: além da *regulação económica* acima traduzida, confluía uma *regulação social*, que tem como finalidade “*acautelar valores de ordem social*”¹⁷⁷, como as obrigações de serviço universal que resultam do interesse público do Estado em garanti-lo aos cidadãos¹⁷⁸.

2.2.4 A “consolidação do mercado único concorrencial”: a *Reforma de 2009*

Em 2006¹⁷⁹, aquando da proposta de *Revisão de 2006*¹⁸⁰, entendeu-se que a normatividade continuava *adequada e funcional* à realidade socioeconómica e técnica do setor europeu, contudo foram apresentadas algumas propostas em finais de 2007¹⁸¹. Não restam dúvidas que esta Revisão prosseguiu numa ótica de continuidade do *quadro regulamentar de 2002* com mudanças ainda muito ténues.

Só no término de 2009, sucede a reforma geral do *quadro regulamentar de 2002*, com a finalidade de concretização do mercado único concorrencial das telecomunicações, em plena crise económica e financeira. Resultando deste esforço as seguintes Diretivas e Regulamentos europeus estruturantes nesta matéria: o Regulamento (CE) n.º 544/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de Junho¹⁸² e a Diretiva 2009/114/CE Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Setembro,

¹⁷⁷ ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 387.

¹⁷⁸ A *Diretiva Serviço-Universal* define as obrigações de serviço universal, mas permite aos Estados uma ampliação das mesmas, se assim o entenderem.

¹⁷⁹ Na sequência dos poderes conferidos à Comissão pela *Diretiva-Quadro* resultava no seu artigo 25.º, um procedimento de revisão no qual a Comissão deveria reportar ao Conselho e ao Parlamento o funcionamento das diretivas específicas e propostas de alterações. WALDEN, Ian – Creating a competitive market: The evolving of European telecommunications law. In Guimarães, Maria Raquel (coord.) - *Direito e (tele)comunicações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 56.

¹⁸⁰ Esta *Revisão* resultava de um pacote de 4 documentos com modificações para o setor, a Comunicação da Comissão sobre a *revisão do quadro regulamentar das comunicações eletrónicas* [COM (2006) 334 final, de 28 de Junho de 2006], acompanhado do documento de trabalho sobre as alterações propostas SEC (2006) 816, o estudo de impacto SEC(2006) 817 e a proposta de alteração da recomendação sobre mercados relevantes suscetíveis de regulação *ex ante* SEC(2006) 837, que teria de ser transposta para os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros até 25 de Maio de 2011.

¹⁸¹ Os espaços de mudança passariam pela gestão do espectro radioelétrico, por privilegiar a regulação da concorrência eliminando a regulação específica *ex ante*, por implementar um papel crescente da Comissão em matéria de regulação das comunicações eletrónicas, aumentar a concorrência e investimento no setor. Surge igualmente a proposta de criação de uma autoridade pan-europeia de forma a garantir o funcionamento eficaz das redes e serviços de comunicações.

¹⁸² Que altera o Regulamento (CE) n.º 717/2007, relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade, e a *Diretiva-Quadro*. Por esta razão, na sua resposta à consulta pública sobre o exame do Regulamento (CE) n.º 717/2007, as autoridades reguladoras nacionais, agindo no âmbito do Grupo de Reguladores Europeus para as Redes e Serviços de Comunicações Eletrónicas (ERG), criado pela Decisão 2002/627/CE da Comissão, instaram uma vez mais a Comissão a agir a nível comunitário, relativamente à prorrogação da vigência do regulamento e à regulamentação dos serviços de dados e SMS em itinerância.

que altera a *Diretiva GSM*¹⁸³, iniciaram o acervo que ficou completo a 25 de Novembro de 2009 com: *ij)* a Diretiva 2009/140/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁸⁴, *ii)* a *Diretiva Melhor Regulamentação*¹⁸⁵ e, *iii)* o Regulamento (CE) n.º 1211/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁸⁶.

O acervo legislativo *supramencionado* de 2009 assentou em vários pontos. Passando a enunciá-los:

1. *Maior do protecionismo dos consumidores:* ao nível dos direitos do consumidor em matéria de portabilidade, com a inclusão da obrigatoriedade de portabilidade num dia, isto é o direito do consumidor de mudar de operador de rede fixa ou móvel num único dia útil, mantendo o número antigo. Relativamente a usuários portadores de deficiências são os Estados-Membros instados a agir juntamente com as autoridades reguladoras nacionais no sentido de tomar medidas específicas para garantir o acesso e a acessibilidade dos serviços.
2. *Obrigatoriedade de publicação de informações:* os operadores devem disponibilizar toda a informação relativamente à prestação e fornecimento de serviços de forma gratuita e transparente, permitindo um acesso facilitado à informação relevante no momento da escolha.
3. *Reforço da concorrência:* com uma maior diversidade de operadores de serviços de telecomunicações no mercado, atribui-se o poder às autoridades reguladoras nacionais de estabelecerem níveis mínimos de qualidade para os serviços de transmissão em rede.
4. *Aumento da segurança:* no domínio da proteção de dados do consumidor através de obrigações, tais como a obrigação de implementar medidas de proteção técnica e organizacional adequadas ao tratamento dos dados e para garantir a livre circulação desses mesmos dados no seio da União.
5. *Melhoria no acesso à distância aos serviços de emergência:* o estabelecimento do 112 como o número único de emergência europeu.

¹⁸³A Diretiva 87/372/CEE do Conselho, de 25 de junho de 1987, reservava a utilização de parte da faixa dos 900 MHz às tecnologias de acesso baseadas na norma GSM (*Global System for Mobile*), nomeadamente para o serviço móvel terrestre. No seguimento da reforma visava-se garantir a utilização eficiente do espectro radioelétrico, nessas faixas tendo em vista o uso de tecnologias adicionais, garantindo, ao mesmo tempo, a compatibilidade técnica com o sistema GSM e outros sistemas de banda larga sem fios. Sítio Oficial da União Europeia [em linha] Bruxelas: Comissão Europeia. [Consult. 20 Dez. 2019]. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/SPEECH_13_622>.

¹⁸⁴ Altera a *Diretiva-Quadro*, a *Diretiva-Acesso* e a *Diretiva-Autorização*.

¹⁸⁵ A Diretiva 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro, altera a *Diretiva Serviço Universal*, a *Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas* e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor.

¹⁸⁶ Cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE) e o Gabinete do ORECE.

6. *Alterações em matéria de regulação económica*: a preocupação em estabelecer mais mecanismos de independência a favor das autoridades reguladoras nacionais para garantir uma regulação efetiva do setor e a prossecução do interesse dos cidadãos.
7. *A criação do ORECE*¹⁸⁷: a institucionalização da nova autoridade europeia com o intuito de garantir uma concorrência justa e uma maior consistência da regulação nos mercados de telecomunicações.
8. *Atribuição de mais poderes a favor da Comissão*: com o alargamento de poderes pela Comissão em articulação com o ORECE, pretendia-se implementar, eficazmente e de forma uniforme, soluções que garantissem o mercado concorrencial das telecomunicações.
9. *A separação funcional das operadoras*: às autoridades reguladoras nacionais é atribuída a capacidade de constringer as operadoras de telecomunicações a separar as empresas que exploram as redes de comunicação das suas filiais de serviços.
10. *Lista única dos devedores*: a constituição de uma lista partilhada por todos os operadores dos clientes com dívidas relativamente às telecomunicações.
11. *O novo regime para a gestão do espectro*: apesar da antiguidade de normas de harmonização do espectro¹⁸⁸, estas assumiram progressivamente uma maior importância com a oferta de novos serviços e a necessidade da promoção da concorrência, em particular no acesso à banda larga.

2.3 O lado (in)visível da década: a escassa mudança do setor

Os últimos anos não foram profícuos em termos de regulamentação das comunicações eletrónicas, mantendo-se o quadro original de 2002, apesar das mudanças resultantes da *Reforma de 2009*.

Por outro lado, *vigorava* um mercado europeu das telecomunicações fragmentado.

¹⁸⁷ Este visava dar resposta aos novos desafios do setor no território da União Europeia, assumindo parte das funções dos anteriores Grupo de Reguladores Europeus (ERG) e da Agência Europeia para Segurança das Redes e da Informação (ENISA), através da aplicação coerente das regras comunitárias relativas às comunicações eletrónicas, prestando aconselhamento e cooperando com as autoridades reguladoras nacionais e às instituições europeias. Simultaneamente é criado o Gabinete do ORECE, um organismo comunitário dotado de personalidade jurídica responsável pela prestação de serviços de apoio profissional e administrativo ao ORECE. Sítio Oficial da União Europeia [em linha] Bruxelas: Comissão Europeia. [Consult. 20 Jan. 2020]. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_07_1677

¹⁸⁸ ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial* – Volume V. Coimbra: Almedina, 2011, p. 286.

Apesar dos objetivos pretendidos pela ampla *Reforma de 2009*, permaneceram os seguintes problemas: *a)* os consumidores europeus não conseguiam usufruir das vantagens associadas à livre concorrência decorrente da segmentação do setor; *b)* a manutenção das posições privilegiadas dos operadores, enquanto resquícios da era anterior à liberalização; *c)* a falta de uniformidade na aplicação das normas legais no território europeu, conduzindo a disparidades incongruentes com um mercado único; *d)* o parco investimento fomentando o desenvolvimento do setor, em contraposição às economias emergentes da China e Índia¹⁸⁹.

2.3.1 A itinerância nas redes: o *Regulamento do Roaming*

Verificadas estas deficiências do setor das telecomunicações foram implementadas novas medidas legislativas para as atenuar, como o Regulamento (CE) n.º 717/2007, de 27 de junho, o qual visava a redução das tarifas máximas de itinerância. Este objetivo constava do leque de preocupações da Comissão Europeia, uma vez que um verdadeiro mercado interno não deveria estar limitado pelas fronteiras físicas de qualquer um dos Estados-Membros da União.

Na Comunicação da Comissão relativa a “*Uma Agenda Digital para a Europa*”¹⁹⁰, reiterou-se a vantagem para a concretização do mercado único das telecomunicações através da contínua redução até, idealmente, à eliminação da diferença entre as tarifas das comunicações nacionais e as de itinerância. Com a *Reforma de 2009*, o regulamento *supracitado* foi alterado e prorrogado por um período de 2 anos¹⁹¹, sob pena de os esforços encetados até então conduzirem ao retorno de preços retalhistas e grossistas que não refletiam os custos.

Posteriormente, o regulamento é revogado a partir de 1 de Julho de 2012 pelo atual *Regulamento do Roaming*¹⁹², e o qual visou, *a)* a abolição de sobretaxas de itinerância aplicáveis aos consumidores ao viajarem no interior da União, contudo alcançou apenas a sua redução e, *b)* o estabelecimento de medidas de salvaguarda para garantir que, os operadores de comunicações móveis ficassem protegidos

¹⁸⁹ Neste sentido, Paulo de Pitta e Cunha salienta que, já em Novembro de 2004, o Relatório do Grupo de Alto Nível presidido por Wim Kok, Bruxelas realçava os desafios que a Europa vivenciava, em particular do ponto de vista externo, na medida em que a concorrência mundial atingia o seu auge com os EUA a dominar a “*economia do conhecimento*” e reconhecendo a “*ascensão vertiginosa das potências emergentes*”, nomeadamente as referidas *supra*. CUNHA, Paulo de Pitta, - *Sombras sobre a integração europeia*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 194.

¹⁹⁰ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Digital para a Europa*, COM (2010) 245 final/2.

¹⁹¹ O prazo fixado era dia 30 de Junho de 2010.

¹⁹² O Regulamento (UE) n.º 531/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2012, relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União.

contra situações abusivas e, dessa forma fossem capazes de suportar as novas regras de itinerância sem aumentar os preços domésticos.

A concretização da abolição das sobretaxas de itinerância na União Europeia, designada por “*roam-like-at-home*” resulta da alteração introduzida pelo *Regulamento TSM*¹⁹³. Desde 15 de junho de 2017¹⁹⁴, os consumidores pagam preços domésticos pelas chamadas de voz, mensagens de texto, e pelo recurso à *Internet* móvel, independentemente do local em que viajam no seio da União, extinguindo-se a cobrança de tarifas de itinerância desde essa data¹⁹⁵.

Acresce que, o Regulamento *TSM* estabeleceu igualmente medidas respeitantes ao acesso à *Internet aberta*, das quais resulta a exigência relativamente aos prestadores de serviços de acesso à *Internet* de cuidarem a totalidade de tráfego de forma equitativa e não discriminatória, independentemente do remetente e do destinatário, do conteúdo acedido ou distribuído e ainda das aplicações ou serviços utilizados.

A última alteração ao *Regulamento do Roaming* foi introduzida em 2017¹⁹⁶, quanto aos preços grossistas de itinerância, isto é quanto aos preços que os operadores de comunicações móveis podem cobrar entre si pelos serviços de itinerância no interior da União¹⁹⁷.

2.3.2 A normalização europeia nas telecomunicações

Como adiantado num ponto anterior, a normatividade legal necessitou de adaptar-se à constante evolução tecnológica dos equipamentos, pelo que o recurso à normalização foi fulcral para o sucesso do desenvolvimento do setor das telecomunicações. O Regulamento (UE) n.º 1025/2012 do Parlamento

¹⁹³ O Regulamento n.º 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015. Conhecido como *Telecoms Single Market (TSM)*, altera a *Diretiva Serviço Universal*. Esta última, alvo de posterior alteração pelo Regulamento (UE) 2018/1971 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2018.

¹⁹⁴ Nos termos do art. 6.º-A do *Regulamento Roam-like-at-home*.

¹⁹⁵ Excecionalmente os casos em que, os prestadores de serviços de itinerância podem impedir a utilização *abusiva ou anómala* dos serviços de itinerância aos preços domésticos, aplicando uma sobretaxa tendo como limite máximo os preços máximos grossistas de itinerância, quando ultrapassada a *utilização responsável*, de acordo com o Artigo 6.º-B do *Regulamento Roam-like-at-home*. Prevendo a notificação ao consumidor em tempo útil e gratuitamente, da aplicação da política de «utilização responsável», quando os serviços tiverem sido totalmente utilizados.

¹⁹⁶ Através do Regulamento (UE) 2017/920, de 17 de Maio de 2017.

¹⁹⁷ Fixando o preço máximo a retalho de 0,032 euros por minuto (em vez dos anteriores 0,05 euros) para as chamadas de voz e de 0,01 euros (menos um cêntimo) para as mensagens escritas (SMS). No que respeita ao uso de dados móveis está prevista uma redução progressiva dos atuais 50 euros por ‘gigabyte’ para os 7,7 euros por ‘gigabyte’ a partir de 15 de Junho de 2017, para seis euros a partir de 01 de janeiro de 2018, 4,5 euros em 2019, 3,5 euros em 2020, três euros em 2021 e 2,5 euros em 2022.

Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativo à normalização europeia¹⁹⁸ permitiu garantir a interoperabilidade entre as redes existentes e os equipamentos desenvolvidos, sob pena de esta evolução não ter reflexos práticos pela *incompatibilidade* dos equipamentos.

A normalização assenta em diretrizes com natureza, em regra facultativa que, visam especificações técnicas ou padrões de qualidade aplicáveis quer a produtos, a serviços até a processos. Graças a estas disposições gerais há uma facilitação quer no exercício da liberdade de estabelecimento dos prestadores de serviços, quer da livre circulação de mercadorias e serviços, enquanto se mantêm uma alta qualidade, segurança e fiabilidade relativamente aos consumidores, sem descuidar a promoção da competitividade das empresas.

Na União Europeia, existem três organismos europeus de normalização oficiais, nomeadamente o *Comité Europeu de Normalização*, o *Comité Europeu de Normalização Eletrotécnica*, e o *Instituto Europeu de Normalização das Telecomunicações*, os quais mantêm um acordo de cooperação conjunto desde 1990¹⁹⁹, e com a convergência entre as tecnologias de informação e as telecomunicações adquiriram uma relevância ainda maior.

Em particular, este último, desempenha no setor em estudo um papel fundamental no apoio à regulamentação e legislação do setor através da criação de padrões europeus harmonizados. A adesão a estes por parte de fabricante de produtos e prestadores de serviços de telecomunicações, uma vez que encerram especificações técnicas adequadas para garantir a conformidade com os requisitos técnicos estabelecidos na legislação europeia, evita processos específicos de aprovação nos vários Estados-Membros e permite a utilização da marca CE nos seus produtos.

2.3.3 O reforço do papel europeu: o ORECE e o GRE

Em 2002 é criado o Grupo de Reguladores Europeus para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (GRE)²⁰⁰, o qual tinha como escopo o aconselhamento e apoio da consolidação do mercado

¹⁹⁸ O presente regulamento altera as Diretivas 89/686/CEE e 93/15/CEE do Conselho e as Diretivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Decisão 87/95/CEE do Conselho e a Decisão 1673/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁹⁹ Sítio Oficial do Instituto Europeu de Normalização das Telecomunicações [em linha] França: Instituto Europeu de Normalização das Telecomunicações. [Consult 20 Jan. 2020]. Disponível em: <<https://www.etsi.org/about/etsi-in-europe>>.

²⁰⁰ Através da Decisão 2002/627/CE, de 29 de Julho de 2002 e posteriormente revogada pela Decisão 2010/299/UE, de 21 de Maio de 2010.

interno das comunicações eletrónicas e, de um modo mais geral, facilitar a cooperação entre as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão Europeia.

Todavia, as exigências regulatórias do setor e os desafios da aplicação uniforme nas normas na União ditaram a insuficiência deste e conduziram à criação do ORECE e do Gabinete²⁰¹. O ORECE, enquanto organismo de natureza consultiva, aquando da sua criação é reconhecido como a instância que confere assistência técnica e promove a cooperação entre as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão. Ainda que a sua origem não tenha reunido consenso, conquistou o seu protagonismo num setor que claudicava na aplicação da regulação²⁰².

2.4 Do ponto de viragem ao presente

Tal como referido *supra*, a ambição europeia do *Mercado Único Digital* materializou-se mais afinadamente desde 2015, como uma das prioridades no âmbito da *Estratégia Europa 2020*²⁰³. A perceção dos responsáveis europeus na valência das ferramentas digitais e das soluções tecnológicas associadas às TIC, de nada valeriam senão acompanhadas de mudanças na estrutura legal e institucional.

Constatando que, a última reforma do quadro normativo das comunicações eletrónicas ocorrera em 2009, em contraposição ao ritmo desenfreado de mudanças tecnológicas e serviços emergentes, era categórico adequar a normatividade à realidade²⁰⁴.

Destacando-se em 2016 o pacote de proteção de dados²⁰⁵, a apresentação da proposta de Diretiva que estabeleceria o CECE²⁰⁶ e a proposta de Regulamento relativo ao ORECE, em virtude do

²⁰¹ Através do Regulamento (CE) n.º 1211/2009, do Parlamento e do Conselho de 25 de Novembro de 2009. O Gabinete foi criado com o objetivo de conferir apoio administrativo e profissional ao ORECE, e gozava de personalidade jurídica, bem como de autonomia jurídica, administrativa e financeira para prestar um apoio eficaz ao ORECE.

²⁰² Quanto ao ORECE, em maior desenvolvimento ponto seguinte.

²⁰³ A Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*, COM (2015) 192 final.

²⁰⁴ A Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao comité das Regiões, *As plataformas em linha e o mercado único digital: oportunidades e desafios para a Europa*, COM (2016) 288 final.

²⁰⁵ Composto pelo Regulamento (UE) n.º 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016 e a Diretiva (UE) n.º 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016.

²⁰⁶ A Comunicação da Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas*, Bruxelas, COM (2016) 590 final.

reconhecimento da dependência de particulares e empresas das novas plataformas digitais em detrimento dos serviços tradicionais de comunicações.

Legitimando a imperatividade de garantir uma conexão rápida e eficaz à *Internet*, dependente de redes de alta capacidade, que por sua vez carecem de avultados investimentos. Além de cumprir outro interesse do *Mercado Único Digital*, nomeadamente a implementação da *Sociedade Europeia a Gigabits*²⁰⁷.

Apenas no término de 2018, o Parlamento Europeu e o Conselho alcançam um acordo político para atualizar as regras das telecomunicações na União, o qual resulta na Diretiva que implementa o CECE²⁰⁸ e no *Regulamento do ORECE*²⁰⁹. Este último redefine, substitui e sucede às organizações originais com o mesmo nome criadas aquando da reforma ao setor das telecomunicações em 2009. Este diploma funciona como um ato instrumental relativamente ao CECE, uma vez que tem como finalidade facilitar e garantir o cumprimento do novo quadro regulatório²¹⁰.

No seguimento da prossecução do *Mercado Único Digital* pretendeu-se assegurar um quadro institucional mais eficiente²¹¹, uma vez que ainda se reconheciam (e reconhecem) disparidades significativas nas práticas regulatórias dos Estados-Membros. Salutando o contributo positivo até então do ORECE e do seu Gabinete no quadro regulamentar das telecomunicações, arquitetou-se um reforço das atribuições do ORECE e do Gabinete, enquanto agência descentralizada da União²¹².

Mantendo a independência no exercício da sua atividade face à Comissão, aos Governos nacionais e quaisquer outras entidades, o ORECE continua a ter um papel consultivo, através da emissão

²⁰⁷ Para um desenvolvimento mais extenso. ABREU, Joana Covelo de - Promotion of internet connectivity in local communities ("WIFI4EU" legislative framework): deepening European Digital Single Market through interoperability solutions - Editorial of October 2017. *UNIO – EU Law Journal - The official blog*. [em linha]. (2017). [Consult. 3 Fev. 2020] Disponível em <<https://officialblogofunio.com/2017/10/09/editorial-of-october-2017/#more-2265>>.

²⁰⁸ Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Dezembro de 2018.

²⁰⁹ Regulamento (UE) 2018/1971 do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que revoga o Regulamento (CE) 1211/2009, de 25 de Novembro.

²¹⁰ ABREU, Joana Covelo de - O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE). *UNIO – EU Law Journal* [em linha]. Vol. 4, n.º 2 (2018), p. 60. [Consult. 18 Abr. 2020]. Disponível em: <<https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/download/20/52/>>.

²¹¹ De acordo com a Resolução de 19 de janeiro de 2016, intitulada, "*Rumo a um ato para o mercado único digital*", o Parlamento Europeu exortou a Comissão a integrar melhor este mercado.

²¹² Ao contrário das instituições da União, estes organismos jurídicos têm finalidades técnicas específicas para dar cumprimento ao direito da União Europeia. ABREU, Joana Covelo de - O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE). *UNIO – EU Law Journal* [em linha]. Vol. 4, n.º 2 (2018), p. 68. [Consult. 18 Abr. 2020]. Disponível em: <<https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/download/20/52/>>.

de pareceres, em diversas matérias, alargando-se à aplicação do quadro regulatório da União, ao cumprimento das obrigações das autoridades reguladoras nacionais no que se refere ao acesso à *Internet aberta*, quanto à gestão dos recursos de numeração e no domínio das redes.

Há um reforço do seu papel de aconselhamento relativamente às autoridades reguladoras nacionais e às instituições da União Europeia, quanto aos projetos de medidas nacionais e quanto à preparação de propostas legislativas para o setor, respetivamente. Emitindo as suas orientações acerca da aplicação do quadro regulamentar das telecomunicações, quanto ao cumprimento de obrigações de natureza geográfica, aos parâmetros relevantes para aferir a qualidade de serviços e, aos critérios a adotar para que uma rede possa ser considerada de capacidade muito elevada. Devendo as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão ter “*na melhor conta*”²¹³, estes pareceres, orientações e posições comuns.

Reforçando uma atuação pró-ativa com a possibilidade de celebração de acordos com os órgãos e organismos da União e instituições internacionais, de forma a fortalecer relações de cooperação e, podendo consultar as autoridades nacionais competentes, nos domínios convergentes do setor como a defesa dos consumidores, proteção de dados e concorrência no âmbito da sua atuação.

Deste modo, o ORECE torna-se uma verdadeira ponte entre as várias autoridades reguladoras nacionais, responsável por criar e manter bases de dados, formular recomendações, posições comuns e divulgar as melhores práticas de regulação, coordenando as ações e harmonizando as atuações daquelas.

O *Gabinete do ORECE* continua a prestar serviços de apoio administrativo e profissional àquele, a divulgar práticas de regulação, a criar grupos de trabalho e a recolher informações junto das autoridades reguladoras nacionais. Com o novo diploma viu igualmente as suas funções ampliadas relativamente à elaboração de projetos de relatórios sobre aspetos específicos relacionados com a evolução do mercado europeu das telecomunicações, apoiando na criação de bases de dados e de um sistema de informação e comunicação e na realização de consultas públicas.

Enquanto o *Regulamento do ORECE* é diretamente aplicável aos Estados-Membros, o CECE carece de transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais²¹⁴ até 21 de Dezembro de 2020.

²¹³ Art. 4.º, n.º 4 do *Regulamento do ORECE*.

²¹⁴ O Despacho n.º 303/2020, publicado em Diário da República a 9 de Janeiro de 2020 criou um grupo de trabalho liderado pelo Dr.º Sérgio Gonçalves do Cabo, com o objetivo de procederem ao estudo e análise da nova legislação europeia relativa às comunicações eletrónicas e elaborarem um anteprojecto

Acompanhando as alterações que paulatinamente têm sido realizadas para a concretização do *Mercado Único Digital*, a sua “*nota de ambição*”²¹⁵ é visível na pluralidade de matérias sobre as quais se debruça, tais como:

- a) *A preocupação em garantir a maior qualidade e conectividade dos serviços*: o CECE visa promover a cooperação por investimentos, em particular nas redes da próxima geração *5G*, de forma a acompanhar os EUA, o Japão e a Coreia do Sul. O potencial destas redes extravasa as telecomunicações e reflete-se em campos que vão dos carros autónomos, às fábricas automatizadas, aos equipamentos médicos, à possibilidade de intervenções cirúrgicas à distância, entre outras.
- b) *Relativamente ao espectro radioelétrico*: a uniformização na atribuição de direitos de utilização do espectro radioelétrico a nível europeu e internacional, atendendo ao potencial económico subjacente e à necessidade de articular as frequências utilizadas. O recurso a procedimentos de constituição de direitos de utilização individuais balizados pelas exigências de adequação e transparência na sua atribuição.
- c) *Potenciar preços mais competitivos*: através da multiplicação das ofertas disponíveis, pelo aumento da capacidade das redes e promovendo a partilha das infraestruturas de forma a viabilizar os elevados investimentos necessários. Bem como, a previsão de tarifas únicas relativas à terminação de chamadas de voz em redes fixas e móveis na União, enquanto se revelar necessário para a concretização da concorrência.
- d) *Salvaguarda dos direitos do consumidor*: É inegável o crescimento do recurso aos serviços *OTT*, pelo que sensível a essa realidade, o diploma propõe uma abordagem regulatória igualitária para todos os prestadores, quer de serviços de telecomunicações tradicionais, quer de serviços *OTT* ao fornecerem serviços homólogos, garantindo o mesmo protecionismo ao utilizador. Desta forma, a serviços amplamente utilizados pelos utilizadores, como o *WhatsApp* e o *Skype* ser-lhes-ão aplicadas as regras das telecomunicações vigentes no território europeu e supervisionados pelas autoridades reguladoras nacionais.

legislativo que transponha o CECE e pondere a inclusão e consolidação da demais legislação setorial. Ao qual, posteriormente pelo Despacho n.º 4132/2020 foi integrado um representante da DECO.

²¹⁵ ABREU, Joana Covelo de - O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE). *UNIO – EU Law Journal* [em linha]. Vol. 4, n.º 2 (2018). [Consult. 18 Abr. 2020]. Disponível em: <<https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/download/20/52/>>.

e) *Em matéria de supervisão e segurança nas redes*: atendendo à importância das informações e dos dados transmitidos através destas redes tornou-se necessária a previsão de requisitos, relativamente à segurança e aos incidentes de segurança para o setor das telecomunicações uniformes à escala da União. Desde exigências de implementação e promoção de medidas de última geração para proteger a segurança e a privacidade dos consumidores na União²¹⁶, à obrigatoriedade dos fornecedores de redes públicas ou de serviços de comunicações eletrónicas informarem os seus clientes sobre *ameaças específicas e graves*²¹⁷. Pela exigência da atuação que se espera dos Estados-Membros e das autoridades competentes na manutenção da integridade e segurança das redes públicas e dos serviços, a ENISA²¹⁸ e a rede de CSIRT²¹⁹ tornam-se importantes auxiliares na concretização dessa missão.

Desde logo, o acervo legislativo relativo ao setor está fragmentado vigorando atualmente a *Diretiva-Quadro*²²⁰, a *Diretiva-Acesso*²²¹, a *Diretiva-Autorização*²²², a *Diretiva Serviço Universal*²²³. A *Diretiva relativa à Privacidade e às Comunicações Eletrónicas* manter-se-á em vigor com as recentes alterações²²⁴, bem como os recentemente reformulados, o *Regulamento do Roaming* e o *Regulamento do ORECE*.

O novo quadro traçado para o setor surge mais de uma década 10 anos após a última reforma profunda. Fazendo o paralelismo com o movimento liberatório europeu que se iniciou em 1987 e mais de 10 anos volvidos ainda existiam segmentos da indústria em vários países em que tal não se verificava, atualmente, a missão não estará facilitada.

Este será composto basilarmente pelo CECE, pelo *Regulamento do ORECE*, pelo *Regulamento do Roaming* e pela *Diretiva relativa à Privacidade e Comunicações Eletrónicas*. E não restem ilusões: a

²¹⁶ Art. 40.º, n.º 1 do CECE.

²¹⁷ Art. 40.º, n.º 3 do CECE.

²¹⁸ A Agência da União Europeia para a Segurança das Redes e da Informação através do fornecimento de competências especializadas e aconselhamento das melhores práticas.

²¹⁹ A rede de equipas de resposta a incidentes no domínio da segurança informática, sigla inglesa *Computer Security Incident Response Team*, criada pela Diretiva 2019/1148/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho, relativa a medidas destinadas a um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União. Estas equipas podem ser solicitadas a fornecer informações sobre riscos e incidentes de segurança suscetíveis de afetar redes e serviços de comunicações eletrónicas e formular recomendações para colmatar essas situações.

²²⁰ A qual se baseia na articulação da *Diretiva-Quadro* conjuntamente com as alterações da Diretiva 2009/140/CE.

²²¹ Resulta da versão originária da *Diretiva-Acesso* em articulação com as alterações da Diretiva 2009/140/CE e da *Diretiva Melhor Regulamentação*.

²²² Resulta da versão originária da *Diretiva-Autorização* em articulação com as mudanças introduzidas pela Diretiva 2009/140/CE e pela *Diretiva Melhor Regulamentação*.

²²³ Resulta da versão originária da *Diretiva Serviço Universal* e da Diretiva 2009/136/CE.

²²⁴ A versão originária da Diretiva 2002/58/CE relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas deverá ser articulada com a Diretiva 2006/24/CE, bem como com o Regulamento Geral da Proteção de Dados.

normatividade não poderá assistir na bancada ao desenrolar do desenvolvimento tecnológico como ocorreu e que, invariavelmente ocorrerá, sob pena de ficar no enalço da realidade e das necessidades dos cidadãos.

2.5 A problemática suscitada no setor das telecomunicações

Deste setor insubstituível para a vivência em sociedade, não se exaltam só os aspetos positivos e revolucionários por ele potenciados. Há, todavia, igualmente uma diversidade de problemas que surgem da dinâmica com outros setores e indústrias, com a legislação por um lado parca, por outro, extensa e incompatível entre si, conduzindo posteriormente a soluções insatisfatórias.

Economicamente, encontramos-nos perante um setor permeável aos grandes grupos de interesses, na medida em que as telecomunicações foram e são um setor estratégico nacional e internacional.

As especificidades desta indústria em rede, tornaram-na a primeira indústria a ser liberalizada no contexto europeu e, à luz do que já era a realidade anglo-saxónica, em virtude dos anseios de concretização de um mercado único europeu alicerçado numa concorrência plena e efetiva nos setores estruturantes das sociedades. Todavia, o desmantelamento dos monopólios públicos do setor um pouco por toda a Europa não garantiu por si só a concorrência efetiva.

Legalmente, só em 1997 é que o ordenamento jurídico português consagra o acesso à atividade das telecomunicações²²⁵ sendo que, até então estava vedado o acesso a empresas privadas. E se hoje, louva-se a concorrência existente no mercado das redes e dos serviços de telecomunicações, a entrada de operadores privados não foi, nem é isenta de problemas, envolvendo a concorrência, quer a nível internacional, europeu e mesmo nacional²²⁶.

Nesse prisma, a legislação europeia e a atuação das autoridades reguladoras nacionais em cooperação com as instâncias transnacionais, face à violação das regras da concorrência tem um lugar

²²⁵ A Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, a qual regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas.

²²⁶ A 20 de Dezembro de 2019, a AdC emite o comunicado 25/2019 na sequência de uma investigação iniciada em Novembro de 2018 da qual resultou a acusação de dois operadores de redes e serviços de telecomunicações de constituírem um cartel de forma a repartir o mercado e fixando os preços dos serviços de comunicações móveis, "*vendidos isoladamente ou em conjunto com serviços de comunicações fixas*". Como consequências ocorreu o aumento dos preços, o decréscimo da qualidade dos serviços e limitações na disponibilização geográfica dos serviços relativo ao período temporal entre 2017 e 2018. Sítio Oficial da Autoridade da Concorrência [em linha] Lisboa: Autoridade da Concorrência. [Consult. 15 Mai. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201925.aspx?lst=1&Cat=2019>.

de destaque. Atendendo aos prejuízos causados aos consumidores e às empresas, na medida em que ficam à mercê de preços mais elevados com uma redução da qualidade e variedade dos bens e serviços disponíveis.

Da mesma forma, reiteradamente são exigidas, atuações transparentes quer aos poderes públicos, às entidades privadas, quer às próprias autoridades reguladoras nacionais, as quais, no plano das telecomunicações pretendem um equilíbrio de uma relação naturalmente desequilibrada.

Às empresas, na medida em que na relação entre si e o consumidor, estamos perante serviços essenciais à vivência em sociedade. *Ab initio* providenciados apenas pelos tradicionais operadores de telecomunicações, hoje, de forma complementar ou substitutiva, pelos prestadores de serviços *OTT*, acompanhando-se a questão emergente das obrigações regulatórias de forma a garantir padrões elevados de qualidade e de legalidade.

Às autoridades reguladoras nacionais exige-se uma atuação exemplar no sentido da realização de consultas públicas, na obrigação de transparência na publicação de informações²²⁷, na prestação de informações ou esclarecimentos sobre as suas atividades perante a Assembleia da República, na vigilância da atuação feita pelas entidades no mercado e na defesa dos interesses dos consumidores.

Estas duas realidades têm reflexo imediato nos direitos dos consumidores, os quais têm sido progressiva e amplamente instituídos na proteção legal imposta no setor das telecomunicações. Casos paradigmáticos são, desde logo, a exigência de disponibilização de informações claras por parte dos operadores, sobre as reais vantagens²²⁸ e desvantagens relativas aos períodos de fidelização, assim como, acerca das exigências das cláusulas gerais em que assentam os contratos. Aspetos essenciais são ainda as cláusulas relativas às alterações e rescisões contratuais até às formas disponíveis de resolução dos litígios.

²²⁷ Art. 120.º da LCE.

²²⁸ A AdC, em dezembro de 2019 apontou no seu comunicado 23/2019 a “*falta de transparência*” por parte das operadoras e de colocarem entraves ao processo de mudança terminado o período de fidelização, apesar da intervenção legislativa de 2016, no sentido de serem obrigados a disponibilizar contratos com fidelizações de 6 e 12 meses e sem fidelização. Simultaneamente, a AdC identificou vulnerabilidades em termos de concorrência, uma vez que aumentaram os preços cobrados aos consumidores pela ativação/instalação do serviço, tornando a oferta mais desfavorável, face aos contratos de 24 meses. Nesse sentido apresentou uma série de recomendações quer ao legislador ordinário, quer à ANACOM para colmatar essas falhas. Sítio Oficial da Autoridade da Concorrência [em linha] Lisboa: Autoridade da Concorrência. [Consult. 15 Mai. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201923.aspx>.

Sendo que, as consequências da violação das regras da concorrência, as lacunas na transparência da atuação e a violação dos direitos dos consumidores penalizam quer o bem-estar destes, quer da competitividade das empresas, prejudicando, no plano macroeconómico, a própria economia.

Socialmente, face à incontestável relevância das telecomunicações tem vindo a ser trilhado um caminho legal no sentido de, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor na relação que estabelece com os operadores, exigirem-se práticas comerciais transparentes e que se coadunem às necessidades dos consumidores.

No entanto, apesar da lógica *preventiva* subjacente à regulamentação²²⁹ e da ANACOM, reiteradamente, sensibilizar os prestadores de serviços de comunicações no sentido de priorizar a redução do número de reclamações relativas aos serviços que prestam, o setor continua a apresentar uma das maiores taxas de reclamações anuais²³⁰. Não estamos perante um cenário positivo, uma vez que a autoridade reguladora das comunicações é a que no panorama português recebe mais reclamações. Num ano particularmente dependente da qualidade dos serviços como 2020, prevê-se que os principais problemas já não serão a faturação e contratação dos serviços como no ano transato, mas as falhas nos serviços e a assistência técnica.

A atuação do regulador setorial tem incidido na necessidade de ocorrer a resolução célere dos litígios entre consumidores e os prestadores de serviços de telecomunicações. Sensível a esta realidade e à morosidade da justiça a ANACOM, em Julho de 2019, assinou protocolos com sete centros de arbitragem de conflitos de consumo, simplificando o processo de resolução de litígios entre os consumidores e os prestadores de serviços de comunicações. A intenção subjacente passa por uma melhoria da cooperação com os centros de arbitragem que já existia, mas igualmente desincentivar as más práticas dos prestadores de serviços de comunicações.

Juridicamente, a inovação tecnológica do setor traduziu-se em novas implicações jurídicas e desafios, que adensaram já um domínio fértil em problemas legais.

²²⁹ Visível em diplomas como a *Lei de Defesa do Consumidor*, a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, última redação conferida pela Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto e na *Lei dos Serviços Públicos Essenciais*, a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, na última versão resultante da Lei n.º 51/2019, de 29 de julho.

²³⁰ Em 2019, o número de reclamações apresentadas à ANACOM ultrapassou as 100 mil reclamações, com quase 72 mil referentes às comunicações eletrónicas. Relativamente ao primeiro semestre de 2020 e marcado pela pandemia COVID-19, como expectável face aos regimes de teletrabalho e teleescola o número de reclamações aumentou, na ordem dos 35% face ao período homólogo do ano anterior.

Tradicionalmente, atendendo à função dos serviços de telecomunicações, a possibilidade de violação dos direitos de personalidade no “*bálsamo do refúgio da privacidade*”²³¹ é hoje, diariamente posto em causa. O direito de reserva sobre a intimidade da vida privada, enquanto direito fundamental²³² e o direito de personalidade estão associados de forma incindível à pessoa.

Todavia, a proteção e tratamento dos dados pessoais é um dos desafios legais mais preeminentes (e público) que o Direito tenta ultrapassar face às tecnologias digitais e ao valor que estas acarretam.

No horizonte do desenvolvimento do mercado interno, o ordenamento jurídico adotou medidas legislativas ao longo dos anos²³³ no sentido de garantir o armazenamento e processamento transparente dos dados pessoais dos indivíduos por um lado, e a salvaguarda dos direitos fundamentais dos titulares dos dados, por outro.

Com o desenvolvimento de serviços *OTT* de comunicação prestados através da *Internet*, os dados, alcançaram um lugar de destaque, na medida em que, grande parte destes serviços é gratuito para os utilizadores, possuindo os seus dados um valor económico.

Da convergência das telecomunicações com a *Internet*, resultaram igualmente consequências ao nível do combate a crimes tipicamente concentrados nas fronteiras físicas: como o (*ciber*)terrorismo. O recurso às novas tecnologias de comunicação passou a estar ao dispor das organizações terroristas facilitando as tradicionais atividades criminosas e potenciando outras, para as quais os ordenamentos ainda não têm solução.

²³¹ COSTA, José de Faria – As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista. In Monteiro, António Pinto (coord.) - *As telecomunicações e o Direito na sociedade da informação. Atas do Colóquio organizado pelo IJC em 23/24 de Abril de 1998*. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 69.

²³² Artigo 26.º, n.º 1 da CRP.

²³³ Nesse sentido, a evolução no ordenamento jurídico português, a Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, a Lei da Proteção de Dados Pessoais face à Informática, entretanto revogada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, a anterior Lei da Proteção de Dados Pessoais. Esta última revogada pelo diploma atualmente em vigor, a Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto, a Lei da Proteção dos Dados Pessoais, a qual assegura a execução, na ordem jurídica interna do RGPD.

CAPÍTULO II – A arquitetura de um novo modelo regulatório entre o Estado e a Economia

1. A evolução concetual e do modo de intervenção económica do Estado

Atendendo ao exposto no capítulo anterior não restam dúvidas que o setor das telecomunicações é permeável quer à evolução tecnológica, quer às exigências dos utilizadores. É comumente aceite que, o setor é incapaz de garantir o investimento no desenvolvimento tecnológico necessário, a qualidade e variedade dos serviços e a estabilidade dos preços praticados no mercado *per se*, sob pena de uma das premissas se sobrepor à outra. Porém, nem sempre foi esse o entendimento.

Ao longo do tempo é visível a mutação na organização e na gestão do papel estadual com o *mercado* num plano económico e, com a *sociedade* enquanto todo. Da necessidade de intervenção do Estado assentar num equilíbrio entre estas duas forças opostas há uma (re)definição do mesmo, sob a égide do *Estado Regulador e de Garantia*²³⁴.

1.1 A afirmação do Estado Liberal de Direito

No panorama europeu, nem sempre a Administração esteve subordinada ao Direito. Até ao final do século XVIII existia uma concentração do poder real, naquele que era o “*Estado-de-polícia*”²³⁵. Verificava-se a inexistência de separação de poderes e uma indistinção entre o exercício do poder administrativo e jurisdicional. A máquina administrativa estava dependente da vontade do soberano e da ausência de normas jurídicas escritas também as garantias dos cidadãos estavam fortemente condicionadas²³⁶.

Esta realidade criou as condições para uma insatisfação generalizada, que se materializou em revoluções na Europa²³⁷ e na arquitetura do *Estado Liberal*, assente num sistema económico de tipologia

²³⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim - O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares: Studia Iuridica* 61. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 708.

²³⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo – *Lições de Direito Administrativo*. Vol. I. Lisboa: Lex Edições, 1999, p. 19.

²³⁶ FONSECA, Isabel Celeste M. - *Direito Administrativo I-roteiro teórico prático*. ELSA UMINHO: NEDip, 2019, p. 44-45.

²³⁷ Os valores basilares da Revolução Francesa de 1789 irão resumir os princípios fundantes desta nova conceção de Estado, nomeadamente a *liberdade, a igualdade e a fraternidade* refletidos, desde logo nos textos constitucionais. MIRANDA, Jorge - *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 65-68.

capitalista que, predominou até ao advento da 1.^a Grande Guerra Mundial (1914-1918). Este assumiu a orientação de *Estado Mínimo*²³⁸, uma vez que a estrutura política, económica e social à época exigia uma separação expressa entre a esfera pública e a esfera privada. Nesta conceção centrada no indivíduo, o Estado reconhecia aos cidadãos direitos individuais, devendo a entidade estadual imiscuir-se de ingerir na esfera individual. Pelo que, da convergência dos interesses individuais com as regras naturais do mercado alcançar-se-ia o bem-estar coletivo ambicionado.

Daí que, economicamente, sob pena de falsear as leis do mercado, deveria o Estado abster-se de atuar, de acordo com os ideais de *laissez-faire*²³⁹, limitando as suas tarefas à garantia da paz e a ordem pública²⁴⁰. Alastrando-se ao mercado, as conceções económicas defendiam um mercado capaz de se regular por si só, generalizando-se a conceção *da Mão Invisível*²⁴¹. Afastando-se a possibilidade de qualquer intervenção exterior nesse sentido, salvo as situações em que o mercado não fosse capaz de as realizar. Isto é, justificando-se a sua intervenção na escassez da intervenção privada face a serviços ou produção de bens que não eram considerados lucrativas, e como tal os cidadãos não as queriam ou poderiam executar²⁴².

Naturalmente a regulação era uma característica própria do mercado e, no cânone da *autorregulação*. Desta parca atuação estadual resultava um aparelho administrativo igualmente reduzido.

²³⁸ SILVA, João Nuno Calvão da, - *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 26.

²³⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital - Economia de Mercado e Regulação. In Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital - *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Coimbra: Almedina, 2008, p. 13-15.

²⁴⁰ SILVA, João Nuno Calvão da, - *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 23-26.

²⁴¹ Propugnada por Adam Smith (1723-1790), o qual defendeu a desintervenção económica estadual, quer num plano de agente económico, quer enquanto agente regulador. Sendo a economia matéria do foro privado, qualquer intervenção exógena iria distorcer a concorrência, a qual era garantida pela autorregulação do mercado. Contudo, esta “*autorregulação espontânea da economia de mercado*” cede ainda em finais do séc. XIX, com o *Sherman Act* (1890) na realidade americana, em virtude das disfuncionalidades criadas pelos acordos de empresas. Culminando o seu afastamento com a primeira grande crise do capitalismo liberal e a inserção do pacote *New Deal*. MOREIRA, Vital - Provas de agregação de Vital Moreira – *Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”*. MOREIRA, Vital - Provas de agregação. Repositório Científico da UC. [em linha]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 16-17. [Consult. 15 Fev. 2020]. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

²⁴² NOVAIS, Jorge Reis - *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 62-63.

1.2 A emergência do *Estado-Providência* ou *Estado Social*²⁴³

No entanto, as ineficiências do mercado começaram a impor o nascimento de uma nova conceção, já não assente num *Estado Abstencionista*²⁴⁴, mas interventivo. Assim, a degradação resultante da 1.^a Grande Guerra Mundial juntamente com a crise da década de 30 que assolou os EUA são o prego no caixão da economia mundial, de tal forma que ocorre uma reviravolta nas conceções económicas, encabeçada por *Keynes*²⁴⁵ a disseminar-se na Europa, até há segunda metade do séc. XX. Daqui resultam novas tarefas que exigiram igualmente um alargamento das respetivas administrações públicas, na prossecução do bem-estar económico e social.

Contudo, a superação dos desequilíbrios económicos nos EUA não se reconduziu à prestação pública dos serviços, nem mesmo à produção dos bens pelo Estado tal como sucede na Europa, mas sim pautada pela atuação privada com a supervisão de novos entes públicos, através das “*independent regulatory commissions*”^{246,247}.

Esta transformação progressiva atinge o seu auge no Pós-2.^a Grande Guerra Mundial (1939-1945), com a consolidação do *Estado-Providência* ou *Estado Social*.

²⁴³ Ao fazermos esta, quase, miscigenação de conceitos não queremos, apesar disso apresentá-los enquanto sinónimos. Deve sim, entender-se o *Estado-Providência* enquanto característica de um *Estado-Social* no seu todo. Além do papel central na economia de mercado enquanto prestador direto de bens e serviços, deve igualmente garantir as condições materiais para uma existência humana condigna aos seus cidadãos. LOUREIRO, João Carlos - Estado Social em Portugal: reforma(s) ou revolução. In Mendes, Fernando Ribeiro; Cabral, Nazaré da Costa (org.) - *Por onde vai o Estado Social em Portugal?* Porto: Vida Económica, 2014, p. 100.

²⁴⁴ MOREIRA, Vital - Provas de agregação de Vital Moreira – *Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”*. Repositório Científico da UC. [em linha]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 8. [Consult. 15 Fev. 2020]. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%ABlico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

²⁴⁵ John Maynard Keynes (1883-1946) defendia caber ao Estado adotar uma posição ativa face à ineficiência da autorregulação do mercado e falhas de mercado, de forma a superar a crise mundial resultante da Grande Depressão de 1929. Face à insuficiência da procura, o Estado deveria implementar políticas públicas de investimento. A Grande Depressão de 1929 resultante do crash da bolsa de Nova Iorque marca a primeira grande crise do capitalismo e resulta na implementação da política do *New Deal* pelo Presidente Franklin Roosevelt e o nascimento do *Welfare State*. SANTOS, Sergio Denicoli dos - A implementação da Televisão Digital Terrestre em Portugal. Braga: Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2012, p. 63-64. Dissertação de Doutoramento em Ciências da Comunicação (área de especialização de Sociologia da Comunicação e da Informação).

²⁴⁶ A primeira agência reguladora é criada ainda em 1887, a “*The Interstate Commerce Commission*”, mas é necessário esperar até há década de 30 pela sua massificação. OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. 4.^a edição. Coimbra: Almedina, 2015, p. 31.

²⁴⁷ Na sequência da Grande Depressão de 1929, o Congresso norte-americano cria as primeiras *agências reguladoras* com atuação puramente económica, visando a regulação da concorrência. GUILHERME CATARINO, Luis - *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 376.

A exploração de setores estratégicos e, simultaneamente com características de monopólios naturais como a energia, os transportes e as comunicações é realizada neste contexto diretamente pelo próprio Estado. Desenvolvendo-se neste período, um pouco por toda a Europa uma panóplia de *monopólios públicos* ou de, pelo menos, a produção pública de bens e serviços resultando em extensos setores empresariais públicos²⁴⁸ emergindo um “*Estado de serviços públicos*”²⁴⁹. Não só o Estado *assegura* o fornecimento dos bens e serviços fulcrais ao bem-estar coletivo, como interceta o papel de protagonista enquanto *prestador direto* dos mesmos.

Será excessivo falar de um rompimento total²⁵⁰ com o *Estado Liberal*, na medida em que aos direitos individuais que surgiram com os ideais liberais visando assegurar a dignidade humana, acresceram os direitos sociais na promoção do bem-estar dos cidadãos.

Deparamo-nos então, com uma posição centralizadora do Estado, enquanto *produtor, proprietário e prestador*. Sem perder de vista que, em 1957 com o Tratado de Roma, o Mercado Único Europeu é desenhado e com ele o “*projeto regulador de economia de maior alcance e ambição*”²⁵¹, inserido num movimento de integração simultaneamente *económica, política e social*, sem paralelo.

Todavia, após 30 anos de prosperidade (1945-1975)²⁵², a falência deste Estado proprietário e gestor direto intensifica-se. Partindo da dualidade apresentada por PAZ FERREIRA e LUÍS SILVA MORAIS, temos, i) *Razões de ordem económica-institucional (geral)* e ii) *Razões intrinsecamente ligadas à dinâmica jurídica e económica da integração comunitária*²⁵³.

Inserida na primeira problemática, temos as sucessivas crises económicas e políticas a partir dos anos 70. Estas resultaram numa inflação crescente acompanhada de taxas de desemprego

²⁴⁸ Assim, os bens e serviços tidos como *razoáveis* deveriam ser prestados a todos de forma não discriminatória e contínua. FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

²⁴⁹ MOREIRA, Vital – *Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”*. Repositório Científico da UC. [em linha]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 53 [Consult. 12 Abr. 2020]. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

²⁵⁰ Nesta ótica, Paulo Otero quando nos diz que, o “*Estado Social é ainda herdeiro do Estado Liberal*”. OTERO, Paulo - *Instituições políticas e constitucionais*. Vol I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 336.

²⁵¹ AZEVEDO, Maria Eduarda – *Direito da Regulação da Economia*. Lisboa: Quid Juris, 2017, p. 120.

²⁵² SANTOS, Sergio Denicoli dos - A implementação da Televisão Digital Terrestre em Portugal. Braga: Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2012, p. 63. Dissertação de Doutoramento em Ciências da Comunicação (área de especialização de Sociologia da Comunicação e da Informação).

²⁵³ FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 15.

relativamente elevadas enquanto as taxas do PIB, a nível europeu entraram numa espiral decrescente²⁵⁴. Concomitantemente, os defensores das novas doutrinas políticas e económicas que se difundiam, teorizam falhas relativas à eficiência na atuação do Estado nos vários setores económicos, bem como em lograr resultados satisfatórios – as *government failures*²⁵⁵. Acresce ainda o desequilíbrio dos sistemas sociais, com taxas de envelhecimento superiores às de nascimento, bem como a escassez no erário público para sustentar as extensas despesas com as quais o Estado se defrontava²⁵⁶.

Relativamente à segunda problemática, os alicerces do Mercado Único Europeu potenciaram a dissolução da intervenção dos Estados nacionais na economia. A eliminação de barreiras às trocas comerciais entre Estados-Membros²⁵⁷, em nome da virtude da concorrência e do primado da mesma no direito europeu.

Desta cumulação de fatores, resultou a falência do *Estado-Social*, que culminou na década de 70 com o “advento de um «*Estado Mínimo de Regulação*»”²⁵⁸. Não se traduzindo, a nosso ver, num esvaziamento da atuação do Estado, mas uma mudança de flanco.

1.3 A convergência de vontades: *O Estado Regulador*

Este novo caminho vai resultar num encontro convergente entre a regulação económica americana e europeia visível segundo MAJONE, principalmente nas últimas duas décadas do séc. XX²⁵⁹.

²⁵⁴ NUNES, José Avelãs - *O Estado Capitalista e as suas máscaras*. Lisboa, Edições Avante, 2013, p. 129.

²⁵⁵ Associada a esta valorização da eficácia, surge a questão da eficiência, uma vez que surgiam igualmente dificuldades nos modos de controlo público sobre o setor empresarial público, resultante de uma certa *permeabilidade*, entre os interesses políticos e corporativos face ao interesse público, bem como de racionalidade económica relativamente às cadeias de produção. FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 16.

²⁵⁶ O recurso aos impostos enquanto forma de custear indiretamente as tarefas do Estado é abalada pelo não pagamento dos mesmos ou outras manobras que impossibilitem a sua cobrança eficaz. LOUREIRO, João Carlos - *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 21-22.

²⁵⁷ Como a proibição de auxílios de Estado a algumas empresas e a eliminação do protecionismo económico resultante da existência de direitos exclusivos ou de monopólios públicos em setores estratégicos da economia, os quais constituíam práticas que obstaculizavam a concorrência.

²⁵⁸ ANTÓNIO, Isa – *As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. O advento do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de Acesso à Saúde (Teses doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 227.

²⁵⁹ MAJONE, Giandomenico - The transformations of the regulatory State. *Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione* [em linha]. (Set. 2010), p. 6-8. [Consult. 7 Fev. 2020] Disponível em: <https://www.osservatorioair.it/wpcontent/uploads/2010/10/Paper_Majone_RegulatoryState_sept2010.pdf>.

O modelo regulador americano entrou, igualmente em crise, a qual, segundo TIM WU potenciou uma alteração qualitativa da regulação económica, num “*deregulatory movement*” que alterou as fundações da política das telecomunicações norte-americana ²⁶⁰. Enquanto do lado de cá do Atlântico, operava a transformação nos Estados europeus, num movimento de *re-regulação*^{261,262}.

Na década de 70 do séc. XX, face às crises económicas vivenciadas e aos conflitos, renasce a defesa da intervenção mínima do Estado na economia nos EUA. Privilegiando-se as denominadas “*independent agencies*”²⁶³, como solução face à problemática de interesses em colisão das entidades corporativas dos grandes setores económicos e o poder político e assim reforçando o movimento regulatório de forma generalizada.

Nesse sentido, quanto à realidade norte-americana mais recente escreveu VITAL MOREIRA, “*a ‘mão invisível’ do mercado carece da ‘mão visível’ da regulação pública*”²⁶⁴. O impulso no contexto

²⁶⁰ WU, Tim - A Brief History of American Telecommunications Regulation. *Oxford Encyclopedia of Legal History, Forthcoming* [em linha]. (2007). [Consult. 17 Mar. 2020]. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=965860>>.

²⁶¹ No caso europeu não se tratou de uma devolução simples às leis do mercado, mas de um reforço da regulação pública, em virtude da menor intervenção pública direta na prestação de bens e serviços. MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital - Economia de Mercado e Regulação. In Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital - *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Coimbra: Almedina, 2008, p. 13-15. MAJONE, Giandomenico – From the positive State to the regulatory State: causes and consequences for changes in the mode of governance. *Revista do Serviço Público*. [em linha] Vol. 50, (Jan/Mar. 1999), p. 9. [Consult. 10 Fev. 2020] Disponível em: <<https://doi.org/10.21874/rsp.v50i1.339>>.

²⁶² No sentido da *re-regulação*. GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 137. TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, O sector elétrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, p. 18. FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 20. APOLINÁRIO, Marisa - *O Estado regulador: o novo papel do Estado. Análise da perspectiva da evolução recente do direito administrativo e o exemplo do setor da energia*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 226;

²⁶³ Responsáveis pela regulação de vários mercados e pautadas por uma independência funcional e orgânica distinguem-se de outros órgãos executivos. Ressalvando que, não se confundem com as *executive agencies*, as quais prosseguem fins, em regra, de cariz social e estão dependentes da figura presidencial, bem como do *departement* em que estão integradas na estrutura governamental. BLANCO DE MORAIS, Carlos - O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia. In Sousa, Marcelo Rebelo et al. (org.) - *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Volume IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 184.

²⁶⁴ MOREIRA, Vital - Um marco regulatório: a Lei Sarbanes-Oxley. In Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital - *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 171-172.

européu na esteira dos EUA parte do Reino Unido²⁶⁵, precursor nos movimentos de *privatização*²⁶⁶ e *liberalização* dos seus setores tipicamente explorados por operadores públicos²⁶⁷.

Posteriormente, potenciado aos restantes Estados-Membros pela União Europeia, influenciou quer o corpo jurídico, quer as entidades de regulação da economia. Visando a abertura dos mercados à concorrência em setores tradicionalmente manejados por operadores públicos, de forma assegurar o seu funcionamento em livre concorrência, incentivando a atuação privada na prossecução de interesses públicos em exclusivo ou em concorrência com a figura estadual²⁶⁸.

Sem perder de vista que a conjuntura política em Portugal retardou esta tendência, uma vez que o final da década de 70 foi marcado por um movimento de nacionalizações, que só é invertido já no final da década de 80.

No entanto, as fragilidades que conduziram à liberalização e privatização destes setores, expõem a importância da regulação das atividades económicas liberalizadas²⁶⁹. Na equação estamos perante grandezas inversamente proporcionais, no sentido em que *decrecendo* o papel produtor e prestador do Estado, *crece* a exigência (e necessidade) de regulação²⁷⁰.

Propugnamos que a regulação e supervisão deverão ser realizadas, por entidades especializadas, não hierarquicamente inseridas na Administração Direta ou Central, mas na *Administração Indireta*

²⁶⁵ Sob a alçada do governo de Ronald Reagan nos EUA e de Margaret Thatcher no Reino Unido na década de 80 com um reforço do movimento regulatório mediante a criação de mais *agencies* e privatização de serviços. GUILHERME CATARINO, Luís - *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 198-199.

²⁶⁶ Entendida na sua dimensão *juridico-material*, isto é quando ocorre a *transferência da realização de serviços* que, tradicionalmente eram de responsabilidade pública para a iniciativa privada, ficando sujeitos às forças de mercado e à concorrência. OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2015, p. 106.

²⁶⁷ Enquanto por um lado, ocorria a privatização do setor das telecomunicações, por outro visava-se a abertura à concorrência do mesmo, o que para tal exigia a criação de um organismo regulador independente, como o *Office of Telecommunications* (OFTEL). MARQUES, Maria Manuel Leitão Marques; ALMEIDA, João Paulo Simões de Almeida; FORTE, André Matos - *Concorrência e Regulação (A Relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 37.

²⁶⁸ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 30.

²⁶⁹ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro - *O sector elétrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas da, Coimbra, p. 14-15.

²⁷⁰ Neste sentido, MOREIRA Vital - *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 38 - 44.

*Independente*²⁷¹. Desta forma advogamos em sentido idêntico a parte da doutrina, para o qual estas não devem ser inseridas num *fourth branch*²⁷² como sucede na realidade norte americana²⁷³.

Uma vez que, a *responsabilidade operacional*²⁷⁴ do Estado enquanto produtor de bens e prestador dos serviços públicos tornou-se insustentável, esta reconfigura-se sob a forma de uma *responsabilidade pública de garantia*²⁷⁵.

Em suma, ao Estado exige-se um “*dever institucional de assegurar ou garantir*”²⁷⁶ resultados (*assuring results*) e finalidades de realização de interesse público, apesar de não ser o fornecedor de serviços e o produtor de bens.

Daí que, em paralelo com esta *responsabilidade de garantia*, se aluda igualmente a uma *responsabilidade residual*, enquanto *função de reserva do Estado*. Isto é, caso os resultados ambicionados comecem a claudicar, o Estado funcionará como uma rede de segurança atuando diretamente no mercado, abandonando a sua posição de orientador²⁷⁷.

Esta faceta da atuação estadual não constitui um cenário hipotético, uma vez se materializou no contexto europeu e norte-americano, em particular no setor bancário. Com a crise de 2008 que, impôs o combate na linha da frente com a nacionalização²⁷⁸ do Banco Português de Negócios, S.A.²⁷⁹. Em 2014, também no setor bancário, da resolução do BES nasce o Novo Banco²⁸⁰, este último capitalizado através do Fundo de Resolução²⁸¹.

²⁷¹ Adiantando já que, não se trata de uma questão pacificada na doutrina. Quanto às entidades reguladoras no nosso ordenamento jurídico e de acordo com a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras temos, nos vários setores da sociedade temos, a CMVM, a ERSE, a AdC, a ANACOM, a ERSAR, a ERS, a AMT, a ANAC e a ASF.

²⁷² STRAUSS, Peter L. - The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch. *Columbia Law Review* [em linha]. Vol. 84, n.º 3, (1984), p. 578. [Consult. 12 Fev. 2020]. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/208>.

²⁷³ A expressão retroage à década de 40 e foi utilizada com um “*sentido perjorativo*” no *Brownlow Committee (President's Committee on Administrative Management)* instituído pelo Presidente Roosevelt. GUILHERME CATARINO, Luis - *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 298.

²⁷⁴ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 9.

²⁷⁵ GONÇALVES, Pedro Costa - *Entidades Privadas com Poderes Públicos (Teses doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 166.

²⁷⁶ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 56.

²⁷⁷ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 58

²⁷⁸ Nacionalizado pela Lei 62-A/2008, de 11 de Novembro.

²⁷⁹ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 58

²⁸⁰ Este ficou com os depósitos e os ativos considerados de qualidade em detrimento do BES que ficou com os ativos tóxicos, tendo sido vendido em 2017 ao fundo Lone Star, apesar do Fundo de Resolução bancário ter mantido uma parte deste, implicando injeções de capital, até pelo menos 2026.

²⁸¹ Criado em 2012, enquanto autoridade nacional de resolução com o intuito de auxiliar financeiramente o Banco de Portugal nas medidas de resolução ao Novo Banco, financiado através de contribuições de bancos, institutos financeiros e do próprio Estado, este último através de empréstimos remunerados.

No mesmo sentido, em virtude da conjuntura económica deficitária resultante da pandemia da COVID-19, foi a transportadora aérea portuguesa, TAP privatizada em 2015²⁸², a requerer a ajuda do Estado, reequacionando-se a sua nacionalização²⁸³.

2. A Regulação do mercado das telecomunicações em Portugal

O setor das telecomunicações foi pioneiro na regulação pública e campo fértil para funcionar como um “laboratório”²⁸⁴ das experiências regulatórias conjeturadas.

A concorrência já não será apenas a prossecução de um fim pelo Estado, mas exige-se dele a criação de um mercado europeu assente na concorrência, enquanto construção do mercado (*market building*). Passando a proteção e promoção do mercado concorrencial a constituir-se como uma das finalidades do Estado e assim, um valor de interesse público. Se após o fenómeno da liberalização o Estado adotasse uma postura neutra, não assegurando este acesso todo o processo acabaria por “fatalmente claudicar”²⁸⁵.

Paulatinamente, esta desenvolveu-se no compasso da evolução do próprio setor, cedendo certas obrigações, impondo-se outras de forma a garantir o normal funcionamento do mercado.

Da sinergia que nasce entre o Estado e o Mercado, cumpre-nos não perder de vista os distintos interesses que subjazem à atuação de cada qual.

Enquanto a Administração Pública está institucionalmente adstrita à prossecução dos interesses públicos, o mesmo não acontece relativamente aos particulares. Pelo que, no exercício da sua atividade regulatória pública deve o *Estado Regulador de Garantia* assegurar-se que não há uma sobreposição dos

²⁸² Sendo que, até meados de 2020 o seu capital era detido parceladamente entre o Estado Português (50%), o consórcio Atlantic Gateway (45%) e os trabalhadores (5%).

²⁸³ Em Julho de 2020, de forma a evitar o colapso da empresa, o Estado chega a um acordo com os privados, passando a deter 72,5%, os consórcios Atlantic Gateway passam a ser controlada apenas por um dos acionistas Humberto Pedroso e a deter 22,5% e os trabalhadores mantêm os 5%.

²⁸⁴ LEVI-FAUR, David *Apud* TRUBNIKOV, Dimitrii - The Public Choice View at the “Deregulation” Movement: Analyzing the Experience of European Telecommunications. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. [em linha]. Vol. 11, n.º 1 (2019), p. 6. [Consult. 20 Fev. 2020]. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/24846/21956>>.

²⁸⁵ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 71.

interesses privados em detrimento das tarefas públicas, quando estas sejam atribuídas aos particulares, mas um equilíbrio entre os interesses públicos e interesses privados²⁸⁶.

Todavia, se o conceito de *Estado Regulador* não é “homogéneo”²⁸⁷, também a regulação, enquanto bastião deste sofre da dificuldade inerente de uma definição unitária. A ausência de uma definição única e uniforme justifica-se pela pluralidade da teorização²⁸⁸ realizada ao longo dos anos relativamente à intervenção regulatória, da qual resultará uma maior ou menor amplitude dos instrumentos jurídicos e económicos que integram a regulação, condicionando a atuação das forças de mercado.

Desde logo, podemos entender a regulação como o “*desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva – indirecta, porque se exclui a participação pública directa na actividade empresarial – incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela actividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos*”²⁸⁹. Isto é, a regulação pública pretende garantir a viabilidade económica de uma atividade, em equilíbrio com a prossecução de interesses públicos que radicam na sua prestação através de uma intervenção pública, mediante um sistema de regras que irão condicionar o funcionamento dos agentes no Mercado.

²⁸⁶ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 66.

²⁸⁷ MOREIRA, Vital - Provas de agregação. Repositório Científico da UC. [em linha]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 15 [Consult. 25 Mar. 2020]. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

²⁸⁸ Existem uma série de doutrinas que se debruçam sobre a regulação, destacamos neste sentido quatro, nomeadamente a *Teoria do Bem-estar Social* ou *Teoria do Interesse Público*, a *Teoria da Contratação*, a *Teoria da Escolha Pública* e a *Teoria da Captura*. SANTOS, Sergio Denicoli dos - A implementação da Televisão Digital Terrestre em Portugal. Braga: Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2012, p. 40-42. Dissertação de Doutoramento em Ciências da Comunicação (área de especialização de Sociologia da Comunicação e da Informação).

²⁸⁹ FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 22.

Daí que, percorrendo a doutrina há mais do que um sentido no qual podemos delimitar a *regulação pública*²⁹⁰. Cingir-nos-emos à “*intervenção estadual externa (heteroregulação) na esfera da economia, do mercado e, em geral, das atividades privadas desenvolvidas em contexto concorrencial*”²⁹¹.

Igualmente há uma caracterização sistemática tripartida feita doutrina relativamente a quais as *instâncias regulatórias estaduais*²⁹²:

1. Os ministérios, direções gerais e múltiplos departamentos governamentais da área económica;
2. Os institutos públicos ou entidades públicas empresariais²⁹³, com certo grau de autonomia, mas ainda dependentes do Governo, pela sujeição aos poderes de superintendência²⁹⁴ e tutela²⁹⁵.
3. Os organismos reguladores independentes²⁹⁶, usualmente designados de *Autoridades Reguladoras Independentes*: pessoas coletivas de direito público de tipo institucional, a montante com autonomia (orgânica, funcional e financeira) em relação ao Governo e à Administração Pública Direta e a jusante independentes em relação às entidades reguladas.

²⁹⁰ Em oposição à regulação privada, a qual resulta numa autorregulação espontânea e voluntária por entidades privadas. MOREIRA, Vital – *Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”*. Repositório Científico da UC. [em linha]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 74 [Consult. 25 Mar. 2020]. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%ABlico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

Todavia, dentro da regulação pública podemos igualmente distinguir a *autorregulação oficial* (que inclui organizações dotadas de estatuto de direito público como as ordens profissionais e privadas oficialmente reconhecidas) da heteroregulação. Sob esta última que incidiremos a nossa análise, em particular a cargo das autoridades reguladoras independentes.

²⁹¹ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 15.

²⁹² FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 28.

²⁹³ Referindo-se a estes como “organismos reguladores relativamente dependentes”. FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 28.

²⁹⁴ A superintendência consiste num poder reconhecido ao órgão superior do Estado, no caso o Governo ou qualquer outro órgão desde que de uma pessoa coletiva de fins múltiplos de, fixando objetivos a cumprir através de diretivas, recomendações e orientando a atuação de pessoas coletivas públicas de fins específicos, como as enunciadas, num contexto de devolução de poderes. Podendo este poder ser ampliado se expressamente previstas na lei outras matérias: como poderes de autorização, aprovação, revogação ou até aplicação de sanções, conforme o art. 177, n.º 1 e 2 do CPA. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 98.

²⁹⁵ A tutela surge nos termos do art. 199.º, al. d) da CRP, enquanto complemento ao exercício do poder de superintendência, nas relações entre o Governo e a Administração Indireta e a Administração Autónoma. A tutela apresenta várias dimensões, desde logo quanto ao fim existe a *tutela de legalidade*, quando o Governo fica habilitado a assegurar o cumprimento da legalidade das decisões da entidade tutelada. Já a conveniência e oportunidade das suas decisões, isto é uma *tutela de mérito*. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 98-99.

²⁹⁶ Para Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Moraes estamos perante “*organismos reguladores autónomos*”, em virtude de materialmente desconsiderarem a problemática da *accountability* e da falta responsabilização destas perante órgão com legitimidade democrática direta. FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 28.

Em particular, a *regulação administrativa*, limitando-se à parcela de regulação que advém das instâncias integradas na Administração Pública, exprimir-se-á através de atos, formais e informais, excluindo os atos legislativos anteriores e uma possível atuação jurisdicional posterior²⁹⁷.

Afunilando o exercício de poderes administrativos de regulação por estas, num primeiro momento sendo necessário a definição e aprovação de condições normativas²⁹⁸ sob as quais assentará o funcionamento das atividades reguladas, num segundo momento, a implementação e controlo da sua aplicação em concreto, e por fim o exercício fiscalizador do cumprimento e punitivo dos regulados²⁹⁹.

2.1 A preeminência da Regulação Setorial: o princípio do fim

Prima facie, ao analisar-se um setor em particular, como o das telecomunicações somos remetidos para esta regulação. Verdadeiramente, aquando do processo de liberalização destacava-se uma preferência pela regulação setorial³⁰⁰. Em consequência de um entendimento generalizado que, em setores anteriormente explorados em regime de monopólio ou oligopólio como os das indústrias em rede, sem uma *regulação assimétrica* dificilmente se alcançaria o funcionamento adequado do mercado, num quadro de concorrência efetiva.

Contudo, este tratamento diferenciado deve ser limitado no tempo, permanecendo apenas enquanto tal se justificar, sob pena de ter efeito inverso e distorcer a concorrência.

Desde do *quadro regulamentar de 2002* e, em concordância com a posição da União em garantir a aplicação de um quadro regulatório uniforme ao setor, assiste-se a uma *atenuação regulatória*³⁰¹ da regulação setorial, isto é, limitando-a a segmentos do setor que por si só sejam incapazes de garantir a concorrência.

²⁹⁷ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 95.

²⁹⁸ Quanto à natureza das normas estaduais de regulação, podemos entender que estas enquanto instrumentos de intervenção com origem *pública*, podem resultar do exercício de poder público de natureza legislativa (as leis e decretos-leis emanadas pelo legislador) ou caráter administrativo (edição de regulamentos pelas entidades reguladoras). GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 79.

²⁹⁹ Neste sentido, MOREIRA, Vital - *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 35-37.

³⁰⁰ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 16.

³⁰¹ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 207.

Não desconsiderando as especificidades do setor, as alterações introduzidas pelas Diretivas mais recentes impuseram um reforço dos poderes do ORECE, a funcionar em cooperação com as autoridades reguladoras nacionais, mas privilegiando a *regulação geral* resultado do direito da concorrência³⁰².

2.1.1 O Direito da concorrência³⁰³ no horizonte das autoridades reguladoras independentes

A concorrência não falseada incentiva à inovação e à melhoria dos produtos e serviços, sendo particularmente visível no setor das telecomunicações na última década com a ampliação das redes de fibra ótica, a vulgarização dos *smarthphones*, o decréscimo generalizado dos preços das telecomunicações a nível europeu e com a abolição das tarifas do *roaming*.

Tendo sido o direito da concorrência descrito como, “*uma espécie de terra de ninguém entre as trincheiras dos juristas e dos economistas*”³⁰⁴ não há dúvidas da sua envergadura. A tutela da concorrência é transversal ao ordenamento jurídico nacional e internacional, apontando-se-lhe por isso uma *dimensão global*³⁰⁵.

Se no plano normativo-legal encontra a *proteção e promoção da concorrência* lugar enquanto atribuição da(s) autoridade(s) reguladora(s) e, por conseguinte, um *valor ou bem jurídico (também) de interesse público*³⁰⁶, no plano normativo-constitucional encontrar-se-á enquanto incumbência prioritária do Estado, de forma a garantir o equilíbrio concorrencial entre as empresas e o funcionamento dos mercados³⁰⁷. Sem descurar, o plano normativo-europeu em que esta assume papel preponderante, em

³⁰² Neste sentido, o Considerando 29 do CECE.

³⁰³ Os resquícios do direito da concorrência reconduzem-se ao Tratado de Roma, em 1957, por influência alemã, tornando-se posteriormente uma bandeira da integração do espaço europeu, moldando-se com a normatividade e as políticas públicas europeias. *Vide*, MARQUES, Maria Manuel Leitão – Quarenta anos depois. In Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital - *A Mão Visível: Mercado e Regulação, Coimbra*: Coimbra: Almedina, 2008, p. 199.

³⁰⁴ NORONHA, João Espírito Santo; MORAIS, Luís Silva – Editorial. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano I, n.º 1 (2010), p. 9. [Consult. 18 Mai. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%201.pdf>.

³⁰⁵ CORREIA, Carlos Pinto – As relações entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores sectoriais. In Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil - *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 721.

³⁰⁶ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 375. De acordo com o art. 7.º, n.º 1 do RJC, “*no desempenho das suas atribuições legais, a Autoridade da Concorrência é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência*”. No mesmo sentido, as diversas autoridades reguladoras setoriais preveem a defesa da concorrência, como é o caso do art. 5.º dos Estatutos da ERSE.

³⁰⁷ Art. 81.º, alínea f) da CRP.

particular, enquanto *princípio da economia de mercado aberto e de livre concorrência*³⁰⁸ e política comum basilar do Mercado Único Europeu.

A política da concorrência materializa-se como um alicerce no direito europeu o qual, retroage ao tempo das Comunidades³⁰⁹. O mercado comum exigiu a concorrência não falseada, quer na otimização económica da venda dos bens, quer na prossecução dos objetivos gerais na base da Comunidade Europeia e do projeto de integração europeu. Progressivamente, reconhece-se que, a concorrência é imprescindível à construção de uma *economia de mercado aberto e livre concorrência* e fundamental à concretização do objetivo do *Mercado Interno Europeu*, tal como resulta da atual redação do art. 3.º do TUE³¹⁰.

Neste sentido, foi necessário criar os mecanismos e instrumentos adequados à articulação entre os vários e díspares ordenamentos jurídicos nacionais e o ordenamento europeu.

Apontar-se-á o *Livro Branco sobre a reforma dos artigos 81.º e 82.º*³¹¹ como o ponto de partida da reforma do direito da concorrência na União Europeia, consequência do alargamento a novos Estados-Membros e das novas exigências de regulação com carácter transnacional.

Este perspectivava que a Comissão Europeia continuaria a definir a política de concorrência da União Europeia, estando assegurada a sua aplicação através da Direção-Geral da Concorrência. Quer através da adoção de medidas legislativas, quer outras medidas de carácter geral, porém diminuindo a centralidade da sua atuação, atribuindo competências paralelas às autoridades administrativas nacionais e os tribunais nacionais, na aplicação das normas. Para o sucesso desta atuação, impunha-se igualmente a concretização de mecanismos de cooperação entre as autoridades administrativas e judiciais nacionais e europeias.

³⁰⁸ Princípio pelo qual, os Estados-Membros devem pautar a sua atuação, presente nos artigos 119.º, n.º 1 e 2, 120.º e 127.º do TFUE. SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão - *Direito Económico*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 93.

³⁰⁹ O Tratado CECA previu normas para evitar falsear a concorrência, proibindo os “*os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas*”, nos termos do art. 65.º e quanto aos comportamentos das empresas com posição dominante a Comissão dirigir-lhes-ia as recomendações adequadas, as quais não sendo executadas num prazo razoável, a “*Comissão, por meio de decisões tomadas em consulta com o Governo interessado, fixará os preços ou condições de venda a aplicar pela empresa em causa, ou estabelecerá programas de produção ou de entrega a cumprir por ela, sujeitando-a às sanções previstas*” nos termos do art. 66.º, n.º 7 do Tratado CECA.

³¹⁰ Apesar da legislação sobre a política da concorrência ser uma *competência exclusiva* da União Europeia para a concretização das liberdades fundamentais, cabe às autoridades nacionais a sua aplicação, interpretação e execução.

³¹¹ Jornal oficial, C 132, de 12 de Maio de 1999.

Culminando a reforma processual explicitada acima no Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002³¹², conduzindo a alterações substanciais tais como, a partilha de competências da Comissão com as autoridades nacionais da concorrência e os tribunais nacionais na aplicação dos art. 81.º e art. 82.º e a substituição do controlo *a priori* por um controlo *a posteriori*, devendo as empresas assegurar que os acordos em que participam não restringem a concorrência ou caso o faça, preenchem as condições para beneficiarem de uma isenção.

A criação da *Rede Europeia da Concorrência* constitui um pilar na consolidação das competências partilhadas previstas no Regulamento (CE) n.º 1/2003 e na aplicação uniforme da política da concorrência³¹³. A cooperação resultante entre as autoridades da concorrência nacionais e a Comissão desde 2004, visou criar um mecanismo eficaz para reagir às atuações transfronteiriças das empresas que restringem a concorrência.

Todavia, foram sendo apontadas fragilidades na atuação das autoridades nacionais da concorrência, nomeadamente, quanto *i)* à efetividade da sua atuação, resultante da carência de salvaguardas das autoridades nacionais da concorrência de forma a garantir a sua atuação independente e a necessidade de um maior número de recursos ao seu dispor, *ii)* da falta de efetividade no exercício dos seus poderes como na aplicação de coimas, e na cooperação transfronteiriça, *iii)* disparidades entre os vários Estados-Membros, quanto aos programas de clemência pela ausência de uma base legal uniforme.

Recentemente, no sentido de ampliar esta eficácia e garantir o bom funcionamento do mercado interno foi emanada a *Diretiva ECN+*³¹⁴. Destaca-se o intuito de assegurar que as diversas autoridades da concorrência dos Estados-Membros da União Europeia no exercício das suas funções dispõem das “*garantias de independência, dos meios e das competências de execução e de aplicação de coimas necessários*”³¹⁵ para de forma eficaz lidarem com os comportamentos anticoncorrenciais no seio da

³¹² Igualmente, o Regulamento 139/2004, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, substituindo o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989. Ocorreram igualmente reformas quanto aos auxílios estatais, em especial os auxílios de emergência e reestruturação a empresas em dificuldade.

³¹³ A Comunicação da Comissão *sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência*, COM (2004/C 101/03).

³¹⁴ A Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018. Entrou em vigor no dia 4 de fevereiro de 2019 e deverá ser transposta para o ordenamento jurídico nacional até ao dia 4 de fevereiro de 2021. A AdC foi nomeada pelo Ministério da Economia como “serviço responsável” pela apresentação de uma proposta anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva, tendo-a finalizado e remetido ao Governo em abril de 2020, após consulta pública.

³¹⁵ Considerando 5 da *Diretiva ECN+*.

União, em particular os acordos anticoncorrenciais proibidos pelos artigos 101.º e 102.º, em paralelo com as leis nacionais da concorrência aplicáveis ao caso³¹⁶.

Em traços gerais, a Diretiva versa sobre a independência das autoridades nacionais da concorrência³¹⁷, quais os recursos técnicos e financeiros que os Estado-Membros devem colocar ao seu dispor³¹⁸, a cooperação entre as autoridades nacionais da concorrência, em específico no eficaz funcionamento da Rede *Europeia da Concorrência*³¹⁹, a proteção e salvaguarda dos direitos fundamentais³²⁰, a harmonização relativamente aos meios de prova admissíveis³²¹, a amplitude das competências inspetivas³²² e sancionatórias³²³, a uniformização das condições para a concessão de um programa de clemência³²⁴ até à cooperação entre as autoridades nacionais da concorrência e os tribunais nacionais³²⁵.

Com a ampliação de poderes a favor das autoridades, desde logo ao nível de competências efetivas de investigação e decisão³²⁶, previu-se igualmente um *mecanismo de assistência mútua* entre as autoridades da concorrência, garantindo que as empresas não se subtraem à aplicação desta normatividade³²⁷. Antevê-se que a sua transposição para o direito nacional implicará alterações substanciais e inovatórias no atual regime jurídico da concorrência, constituindo outro patamar diferenciador nesta área do direito³²⁸.

³¹⁶ De acordo com a Comissão Europeia, anualmente as perdas económicas pela não deteção de cartéis representa uma perda que varia entre 181 e 320 milhões de euros, pelo que se tornou imperativo repensar o poder atribuído às autoridades da concorrência nacionais para combater esta realidade. Avaliação de impacto que acompanha o documento *Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que confere poderes às autoridades de concorrência dos Estados-Membros para serem mais eficazes na aplicação da lei e para garantir o bom funcionamento do mercado interno* - SWD (2017) 114, p. 9.

³¹⁷ Art. 4.º da *Diretiva ECN+*.

³¹⁸ Art. 5.º da *Diretiva ECN+*.

³¹⁹ Previstos nos art. 24.º, art. 29.º e art. 33.º da *Diretiva ECN+*.

³²⁰ Previsto nos art. 3.º, art. 29.º e art. 31.º da *Diretiva ECN+*.

³²¹ Art. 32.º da *Diretiva ECN+*.

³²² No elenco compreendido entre o art. 6.º e o art. 12.º da *Diretiva ECN+*.

³²³ No elenco compreendido entre o art. 13.º e o art. 16.º da *Diretiva ECN+*.

³²⁴ No elenco compreendido entre o art. 17.º e o art. 23.º da *Diretiva ECN+*.

³²⁵ Art. 30.º da *Diretiva ECN+*.

³²⁶ No elenco compreendido entre o art. 6.º e o 9.º da *Diretiva ECN+*.

³²⁷ No elenco compreendido entre o art. 24.º e o 28.º da *Diretiva ECN+*.

³²⁸ Expondo uma opinião crítica quanto a determinadas opções por parte da AdC na transposição da *Diretiva ECN+* e apontando no sentido que esta “*excede a transposição da Diretiva*”. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; SAAVEDRA, Alberto - A Diretiva ECN + e a nova era do direito da concorrência. *Revista da Ordem dos Advogados*. [em linha]. Ano 80 (Jan/Jun. 2020), p. 224-226. [Consult. 3 Ago. 2020]. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131430/roa-i_ji-2020-web.pdf>.

No território nacional prevê-se que a AdC, em virtude desta nova diretiva verá o seu carácter independente reforçado³²⁹.

O nascimento desta entidade e dos seus estatutos retroagem ao Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro³³⁰, tendo como missão “*a criação de uma autoridade prestigiada e independente, que contribua, em primeira linha, para assegurar o respeito das regras de concorrência pelos operadores económicos*”.

A AdC, então pessoa coletiva de direito público, de natureza institucional gozava de autonomia administrativa e financeira sendo dotada de órgãos, serviços, pessoal e património próprios. Substituiu a Direção-Geral do Comércio e da Concorrência e o Conselho da Concorrência, entidades anteriormente responsáveis pela aplicação da legislação da concorrência em Portugal, cabendo à primeira a instrução dos processos e à segunda a tomada de decisão dos mesmos.

A revisão do regime jurídico da concorrência vigente em Portugal em 2012³³¹ e a aprovação da LQER em 2013 conduziram à necessidade de reforma dos seus Estatutos com o intuito de harmonizar as exigências decorrentes da proteção e promoção da concorrência decorrentes daqueles diplomas.

A AdC enquanto *entidade administrativa independente* dispõe de poderes sancionatórios³³², de supervisão³³³ e de regulamentação³³⁴ para a prossecução das suas atribuições legais³³⁵, orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência³³⁶.

No exercício dos seus poderes sancionatórios, nos termos do Regulamento (CE) n.º 1/2003 caberá à AdC a aplicação das regras da concorrência preceituadas no direito da União Europeia, na presença de práticas ilícitas e impactantes no mercado nacional, suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros. Sendo a entidade responsável pela investigação e por sancionar os comportamentos, reconhece-se à AdC a competência para priorizar a abertura dos processos de contraordenação de

³²⁹ Art. 1.º, n.º 1 e art. 4.º da *Diretiva ECN+*.

³³⁰ Entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto, que aprova os novos estatutos da AdC, adaptando-os ao regime estabelecido na *Lei-Quadro das Entidades Reguladoras*.

³³¹ Destacando-se os anos de 1972, 1983, 1993 e 2003 como os momentos nevrálgicos da legislação da concorrência nacional.

³³² Previstos no art. 6.º, n.º 2 dos Estatutos da AdC.

³³³ Previstos no art. 6.º, n.º 3 dos Estatutos da AdC.

³³⁴ Previstos no art. 6.º, n.º 4 dos Estatutos da AdC.

³³⁵ Art. 5.º dos Estatutos da AdC.

³³⁶ Art. 7.º, n.º 1 do RJC.

acordo com critérios previstos no RJC, visando uma atuação célere e eficiente³³⁷ à semelhança da Comissão³³⁸.

No que diz respeito aos seus poderes de supervisão, a sua atuação prima pela elaboração de estudos de mercado e inquéritos^{339,340} e prestações de informações³⁴¹, pela realização de inspeções ou auditorias³⁴² por si tidos como necessários nos vários setores económicos, enquanto mecanismos que facilitam a verificação do cumprimento das obrigações incutidas pelos seu Estatutos³⁴³.

Quanto ao exercício dos seus poderes regulamentares destacam-se a competência para aprovar e emanar *regulamentos*³⁴⁴, devendo promover a sua discussão pública³⁴⁵, antes da sua emissão, quando gozem de eficácia externa. Prevendo igualmente a possibilidade de instrumentos informais como

³³⁷ Nesse sentido o art. 7.º, n.º 2 do RJC, “A Autoridade da Concorrência exerce os seus poderes sancionatórios sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

³³⁸ No Acórdão *Automec c. Comissão*, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de setembro de 1992, proc. T-24/90 esclareceu que não recaía sobre a Comissão a obrigatoriedade de investigar todas as denúncias, mas priorizar de acordo com o *interesse comunitário*. Uma vez que isso não impedia que fossem apreciadas pelas nacionais, por não se tratar de uma competência exclusiva da Comissão. Contudo, sendo a AdC a única entidade responsável pela política da concorrência em território nacional há que mitigar este entendimento sob pena de violação do princípio da legalidade. Mais recentemente, o art. 4.º, n.º 5 da *Diretiva ECN+*, não impondo essa priorização, não a afasta e inclusive admite que as autoridades nacionais da concorrência podem ser obrigadas pelos Estados-Membros a apreciar denúncias formais”. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; SAAVEDRA, Alberto - A Diretiva ECN + e a nova era do direito da concorrência. *Revista da Ordem dos Advogados*. [em linha]. Ano 80 (Jan/Jun. 2020), p. 233. [Consult. 3 Ago. 2020]. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131430/roa-i_i-2020-web.pdf>.

³³⁹ De acordo com o art. 61.º do RJC articulado com o art. 6.º, n.º 3, alínea b) dos Estatutos da AdC. Elencados os motivos para a sua realização no art. 61.º, n.º 1, alíneas a) e b) do RJC. Estes, posteriormente, podem conduzir a AdC a desencadear a emissão de recomendações.

³⁴⁰ Podendo a elaboração destes estudos e inquéritos ser antecedida de consulta pública promovida pela AdC e devendo ocorrer a publicação e divulgação das conclusões na página eletrónica da AdC, de forma a promover a transparência nas atividades de supervisão, nos termos no art. 61.º, n.º 2 do RJC.

³⁴¹ A obrigatoriedade da prestação de informações à AdC, pelos diversos *stakeholders*, prevendo-se a confidencialidade de informações qualificadas como tal, nos termos do art. 61.º, n.º 5 do RJC e art. 43.º do RJC, respetivamente.

³⁴² A atribuição do poder regulamentar está previsto no art. 6.º, n.º 3, alínea b) dos Estatutos da AdC e a previsão quanto às condições em que a AdC deverá conduzir as inspeções e auditorias, ver art. 63.º e art. 64.º do RJC.

³⁴³ A título exemplificativo, contribuem para o fomento de práticas que promovam a concorrência e a cultura da concorrência junto dos agentes económicos e do público em geral, permitem o aperfeiçoamento do regime jurídico português da concorrência. Art. 5.º, alíneas b), f) e g) dos Estatutos da AdC.

³⁴⁴ Como o regulamento que aprova o formulário de notificação de operações de concentração previsto no art. 44.º, n.º 4 do RJC ou o regulamento que estabelece o procedimento de tramitação de dispensa ou redução de coima, previsto no art. 80.º do RJC.

³⁴⁵ Art. 66.º, n.º 1 do RJC.

*recomendações*³⁴⁶ fomentando as práticas concorrenciais e *linhas de orientação*³⁴⁷ de forma a explicar a interpretação legal feita pela autoridade reguladora. No quadro das suas atribuições, destacam-se:

- a. a responsabilidade pela garantia do cumprimento de *hard law* nacional e europeia relativa à promoção e defesa da concorrência, bem como a apresentação ao Governo, às entidades públicas ou às entidades reguladoras setoriais de *soft law* como *recomendações*, quando determinar que certas condutas praticadas estão a afetar a concorrência, sob a forma de medidas de carácter comportamental ou estrutural no sentido de repor a plena concorrência³⁴⁸ e difundir orientações *relevantes* da política da concorrência;
- b. a representação do Estado Português nos organismos europeus e internacionais em matéria de concorrência;
- c. a promoção de práticas que fomentem a concorrência e o tratamento da priorização das questões controvertidas de acordo com o regime da concorrência;
- d. Além disso, e como sozinhos vamos mais rápido, mas juntos vamos mais longe, compete à AdC estabelecer relações de cooperação, quer com entidades públicas ou privadas, quer com as instituições da União Europeia, as entidades e organismos nacionais e internacionais com atribuições na área da concorrência.

Facilmente se percebe que a AdC e a ANACOM em virtude das suas atribuições possuem, *potencialmente*, domínios de atuação sobrepostos, uma vez que a AdC atua transversalmente aos setores económicos³⁴⁹, enquanto a ANACOM atua especificamente no setor das comunicações eletrónicas e serviços postais. Com o intuito de evitar decisões inconsistentes no ordenamento jurídico das autoridades em causa é relevante uma definição dos campos de cada uma e uma atuação articulada.

Os estatutos originais da AdC, anteciparam a respetiva articulação com as autoridades reguladoras setoriais, em particular o então ICP-ANACOM³⁵⁰. Normativamente, quer os atuais estatutos de ambas as autoridades³⁵¹, quer os seus diplomas³⁵² preveem que na aplicação do regime jurídico da concorrência no setor das comunicações estas devem cooperar entre si.

³⁴⁶ Além de atribuir competência à AdC para emanar recomendações, prevê as especificidades que as mesmas devem revestir, no art. 62.º do RJC.

³⁴⁷ Como estatuído no art. 25.º, n.º 7 do RJC e no art. 69.º, n.º 8 do RJC quanto à investigação e tramitação processuais e à determinação do montante de coimas aplicáveis ao abrigo do diploma, respetivamente.

³⁴⁸ Art. 62.º do RJC.

³⁴⁹ Art. 2.º, n.º 1 do RJC.

³⁵⁰ Art. 6.º, n.º 4, alínea e) do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro.

³⁵¹ Respetivamente o art. 9.º, n.º 2 dos Estatutos da AdC e art. 14.º, n.º 3 dos Estatutos da ANACOM.

³⁵² Respetivamente o art. 5.º, n.º 4 do RJC e art. 7.º, n.º 2 da LCE.

Recai sobre a AdC o *dever* de notificar os reguladores sectoriais quando existam suspeitas de práticas restritivas da concorrência, tendo depois estes o dever de se pronunciarem acerca das mesmas num prazo fixado por aquela³⁵³. Mutuamente, se a entidade reguladora setorial suspeitar de práticas restritivas da concorrência no seu setor de atuação deverá dar conhecimento do mesmo à AdC³⁵⁴, resultando num dever recíproco de informação e consulta.

No mesmo sentido, concluída a instrução, a adoção da decisão final deverá ser precedida de um parecer³⁵⁵ da autoridade reguladora no prazo fixado pela AdC³⁵⁶. Pelo que, quanto a práticas que resultem na *infração das regras da concorrência*, aponta-se à AdC uma *competência universal e exclusiva*³⁵⁷, não se questionando a sobreposição de competências com a autoridade reguladora³⁵⁸.

Solução semelhante foi assumida para as operações de concentração de empresas, as quais ocorrendo num mercado objeto de regulação setorial deve a AdC solicitar à autoridade reguladora um parecer antes da decisão que finalizará o procedimento³⁵⁹, não prejudicando o exercício dos poderes que competem à autoridade reguladora na concentração³⁶⁰.

Aqui poderá configurar-se uma situação caricata, na qual a AdC proíbe uma operação de concentração, mas caso o Governo entenda que desta resultarão benefícios na “*prosecução de interesses estratégicos fundamentais da economia nacional superem, em concreto, as desvantagens para a concorrência inerentes à sua realização*” pode contornar a proibição através do *recurso extraordinário*³⁶¹. Cabendo a decisão de autorizar a operação de concentração ao Conselho de Ministros, acompanhada das condições e obrigações tendentes a minorar o impacto negativo sobre a concorrência

³⁵³ Art. 35.º, n.º 1 do RJC.

³⁵⁴ Art. 17.º, n.º 3 do RJC.

³⁵⁵ Entendendo-se que este é obrigatório e não vinculativo, nos termos no art. 91.º, n.º 2 do CPA.

³⁵⁶ Art. 35.º, n.º 2 do RJC.

³⁵⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão, MOREIRA, Vital – Artigo 35.º Articulação com autoridades reguladoras setoriais no âmbito de práticas restritivas de concorrência. In Porto, Manuel [et al.] (coord.), Henriques, Miguel Gorjão (dir.) - *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 500.

³⁵⁸ No sentido de sublinhar a exclusividade da atuação da AdC, o processo 03/05 no âmbito das telecomunicações, no qual as empresas de telecomunicações arguidas invocaram a presença num mercado regulado e que, a sua atuação tendo sido acompanhada pelo regulador setorial, as isentaria da violação das regras da concorrência e da consequente sanção pela AdC. Em sentido argumentativo semelhante o proc. 04/01, também envolvendo uma empresa de telecomunicações e a aprovação pelo então ICP-ANACOM de descontos, considerados pela AdC ilícitos.

³⁵⁹ Art. 55.º, n.º 1 do RJC.

³⁶⁰ Art. 55.º, n.º 5 do RJC. No âmbito das telecomunicações foram já vários os casos em que a AdC e a ANACOM, em virtude de processos de controlo de concentrações divergiram entre o parecer e a decisão final. A título exemplificativo a decisão *Sonaecom/PT* (C-CENT. 08/2006) em que o parecer do então ICP- ANACOM era desfavorável à concentração e a decisão da AdC foi de não oposição. Por outro lado, na decisão *OniTelecom/Winreason* (C-CENT. 58/2006), ambas as autoridades concordaram, resultando numa posição de não oposição.

³⁶¹ Previsto no art. 41.º, n.º 1 dos Estatutos da AdC.

decorrente da sua realização³⁶². Com a utilização deste *recurso de reexame*, poder-se-á inferir que há a possibilidade de os interesses tutelados pela concorrência cederem em detrimento de razões económicas³⁶³.

Aquando da realização de estudos de mercado ou inquéritos em setores regulados sectorialmente pela AdC, a sua finalização deve ser antecedida de parecer não vinculativo à respetiva autoridade reguladora setorial³⁶⁴ e, concluindo que existam circunstâncias que afetem a concorrência no setor regulado analisado, deverá *dar conhecimento* à autoridade reguladora setorial³⁶⁵ e, caso seja possível, recomendar medidas de caráter comportamental ou estrutural adequadas³⁶⁶.

A *Lei das Comunicações Eletrónicas* explicita a exigência da intervenção regulatória da ANACOM ser antecedida por um parecer prévio da AdC, nomeadamente nas situações de transmissão e locação de direitos de utilização de frequência³⁶⁷, bem como nos projetos de decisão relativos à análise de mercados e determinação de poder de mercado significativo por uma empresa³⁶⁸.

Em suma, no domínio da regulação da concorrência, a normatividade legal prevê a cooperação e colaboração entre a AdC e a ANACOM³⁶⁹, enquanto prevê a separação funcional de tarefas. Concretizado o dever de cooperação ao nível do RJC, especificamente quanto à aplicação de *medidas cautelares*³⁷⁰, de *processos relativos a práticas restritivas*³⁷¹ e *procedimentos de controlo de concentrações de empresas*³⁷², não se questiona a competência decisória final compete à AdC.

³⁶² Art. 41.º, n.º 3 e n.º 4 dos Estatutos da AdC. Devendo a decisão ser integralmente publicada no Diário da República.

³⁶³ VILAÇA, José Luís da Cruz; CARVALHO, Miguel Marques – Artigo 5.º Autoridade da Concorrência. In Porto, Manuel [et al.] (coord.), Henriques, Miguel Gorjão (dir.) - *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 141.

³⁶⁴ Esta recomendação prevista no art. 61.º, n.º 3 do RJC reflete o *princípio da boa colaboração* entre os reguladores, uma vez que a *expertise* técnica dos reguladores setoriais poderão ser um contributo fulcral para entender a dinâmica do setor e dos respetivos mercados. Entre 2003 e janeiro de 2020 a AdC emitiu cerca de 2 dezenas de pareceres a pedido da ANACOM relativamente a diferentes mercados setoriais regulados por si. Sítio Oficial da Autoridade da Concorrência [em linha] Lisboa: Autoridade da Concorrência. [Consult. 10 Jul. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Pareceres/Paginas/Recomendacoes-e-Pareceres.aspx?pagenr=14&Cat=Pareceres#top>.

³⁶⁵ Art. 62.º, n.º 2 do RJC

³⁶⁶ Art. 62.º, n.º 3 do RJC.

³⁶⁷ Art. 34.º, n.º 6 da LCE.

³⁶⁸ Art. 61.º da LCE.

³⁶⁹ Art. 14.º, n.º 3 dos Estatutos da ANACOM e art. 9.º, n.º 2 dos Estatutos da AdC.

³⁷⁰ Art. 34.º do RJC.

³⁷¹ Art. 35.º do RJC.

³⁷² Art. 55.º do RJC.

Particularmente, quanto há transmissão e locação de direitos de utilização de frequência e relativamente à decisão para a determinação do mercado relevante ou a detenção ou não de uma empresa de poder de mercado significativo é competência da ANACOM³⁷³, sujeito a parecer prévio da AdC.

Todavia, a lei é omissa relativamente à possibilidade de divergência entre decisões das autoridades e pela coincidência de domínios de atuação, cada vez mais sobrepostos seria benéfico uma uniformização legal. A doutrina tem defendido a convocação de princípios³⁷⁴, bem como o alargamento da existência de acordos de cooperação conjunta³⁷⁵ entre as entidades³⁷⁶. A previsão de critérios legais uniformizadores poderiam delimitação a atuação de cada qual, dispensando a discricionariedade e as incertezas associadas. Torna-se particularmente relevante, uma vez que, da nova normatividade legal resulta a manutenção da intervenção reguladora na gestão das frequências radioelétricas, em específico a questão envolvendo a *rede 5G*, um reforço na promoção da neutralidade de rede até à questão da proteção dos utilizadores.

2.2 As protagonistas da regulação: As Autoridades Reguladoras Independentes

Se regulação é atualmente um “*fenómeno jurídico incontornável*”³⁷⁷ do *Estado Regulador de Garantia*, uma das consequências deste modelo estadual resultou no plano institucional ou orgânico na criação na Europa de Autoridades *Reguladoras Independentes*.

A adjudicação de funções regulatórias a entidades exógenas da Administração Central resulta da pretensão de garantir a independência da intervenção pública, isto é, sem que esta acabe por sucumbir a estratégias políticas em detrimento da defesa da concorrência e do interesse público. Sendo que, a

³⁷³ Art. 18.º da LCE.

³⁷⁴ BARROS, Pedro Pita - *Sobre a articulação entre o ICP – ANACOM e a Autoridade da Concorrência*. [em linha]. ANACOM, 2003, p. 12-14. [Consult. 3 Mar. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/parec_anacom.pdf?contentId=128075&field=ATTACHED_FILE>.

³⁷⁵ Estando previsto legalmente a possibilidade da AdC celebrar protocolos de cooperação bilaterais ou multilaterais com as autoridades reguladoras setoriais, de acordo com o art. 5.º, n.º 4 do RJC. Num primeiro momento, em 26 de Setembro de 2003 foi assinado um acordo de cooperação entre a Autoridade da Concorrência e a ANACOM com o intuito de facilitar a cooperação entre as duas autoridades nas suas funções, evitando a duplicação de trabalho e assegurar coerência entre as decisões ou medidas tomadas.

³⁷⁶ APOLINÁRIO, Marisa - *O Estado regulador: o novo papel do Estado. Análise da perspetiva da evolução recente do direito administrativo e o exemplo do setor da energia (Teses de Doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 325.

³⁷⁷ ROQUE, Ana - *Regulação do Mercado, Novas Tendências*. Lisboa: Quid Juris, 2006, p. 23.

ineficiência burocrática e a excessiva centralização associadas à Administração seriam afastadas pelo maior rigor e conhecimento técnico dos membros das autoridades reguladoras independentes, de acordo com as exigências de uma sociedade técnica³⁷⁸.

A génese das *independent regulatory commissions* é reconduzida ao continente americano, em particular aos anos 30, onde se conclui que estas seriam o “*melhor remédio para os problemas sociais e económicos que a América enfrentava*”³⁷⁹. Este modelo administrativo, resulta de uma desconfiança relativa ao Executivo, pelo que a solução passaria por entidades independentes do poder político e imparciais perante interesses dos agentes de mercado, constituídas através da nomeação dos seus membros e controladas pelo Congresso.

Enquanto no continente europeu a sua expansão ocorre por intermédio do Reino Unido³⁸⁰, já na década de 70 através das *regulatory agencies* em virtude, dos movimentos de privatização e liberalização das *public utilities*³⁸¹, de forma a garantir o acesso não discriminatório às infraestruturas históricas exige-se a atuação de agências reguladoras.

Os contributos das autoridades administrativas independentes francesas e da “*ministerialfreie Verwaltung*” alemã vão veicular a sua propagação por toda a Europa, resultando, em consonância com a regulação económica, em medidas regulatórias que se debruçam sobre interesses públicos fundamentais como a defesa de direitos dos consumidores, o domínio ambiental, os direitos sociais, entre outros com distintos estatutos jurídicos nos vários ordenamentos³⁸².

³⁷⁸ GUILHERME CATARINO, Luis - O novo regime da administração independente: *quis custodiet ipsos custodes*. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano V, n.º 17 (2014), p. 175-176. [Consult. 8 Fev. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2017.pdf>.

³⁷⁹ Exercendo um poder normativo, fiscalizador, sancionatório e de resolução de litígios. Neste sentido, GUILHERME CATARINO, Luis - O novo regime da administração independente: *quis custodiet ipsos custodes*. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano V, n.º 17 (2014), p. 175-176. [Consult. 8 Fev. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2017.pdf>.

³⁸⁰ No Reino Unido, criaram-se *corpos intermédios autónomos*, que executam e prestam serviços, mas mantendo no ministério respetivo o poder de decisão sobre estes, os *QUANGOS* (Quasi-Autonomous Non Governmental Organizations). VIEIRA DE ANDRADE entende, que as autoridades administrativas reguladoras enquanto *entidades híbridas*, em função da sua semi-independência caberiam nesta figura, apesar da lei as designar entidades administrativas independentes. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 120.

³⁸¹ Quanto aos fenómenos *supracitados*, CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucia López; ARIÑO ORTIZ, Gaspar - *La competencia en sectores regulados: Regulación empresarial y mercado de empresas*. 2.ª edição ampliada. Fundación de Estudios de Regulación. Granada: Comanes editorial, p. 11- 12.

³⁸² SIMÕES, Tânia Cardoso – Entidades Reguladoras: um ano de Lei-Quadro. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano V, n.º 17 (2014), p. 243. [Consult. 8 Fev. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2017.pdf>.

As autoridades reguladoras independentes são regidas em território nacional pela *Lei-Quadro das Entidades Reguladoras*³⁸³, na qual se estatui um conjunto de características e princípios pelos quais estas devem pautar a sua atuação.

É a própria Lei a designá-las como, “*entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público, cooperativo e social*”, pelo que se pode inferir, estarmos perante entidades administrativas independentes às quais foram *especificamente* atribuídas funções de regulação económica e financeira nos vários setores³⁸⁴. A presente Lei vem cumprir o preceito constitucionalmente consagrado, desde a quarta revisão constitucional de 1997, “*bem ou mal*”³⁸⁵, no art. 267.º, n.º 3 da CRP³⁸⁶, *a criação das entidades administrativas independentes resultar da lei*³⁸⁷.

Em Portugal, tal como na generalidade dos países de tradição continental, as autoridades reguladoras independentes traduzem uma disrupção no envolvimento do Governo relativamente à atuação da Administração Pública. Aquando da sua transposição para o domínio europeu, já se erigiam algumas questões relativamente aos poderes das mesmas nos EUA, e outras se colocaram já em território nacional.

Apesar de se tratar de um diploma recente no panorama jurídico português, já anteriormente a doutrina se debruçara sobre a sua necessidade³⁸⁸, mas nem por isso a sua elaboração é imune a algumas

³⁸³ Aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, última alteração introduzida pela Lei n.º 71/2018, de 31/12. A LQER no seu art. 3.º, n.º 3 delimita quais as entidades reguladoras reconhecidas, excluindo no n.º 4 a sua aplicação, apenas o BdP e à ERC, remetendo para legislação própria.

³⁸⁴ Quanto à constituição da triade de setores de produção em Portugal, o art. 82.º da CRP. Em particular quanto ao setor cooperativo e social e à centralidade da figura das IPSS, ver nosso ALVES, Mafalda Manuela Magalhães - Terceirização das Autarquias Locais: as IPSS. In Fonseca, Isabel Celeste M. (coordenação científica) - *Estudos de democracia e poder local: a descentralização em curso*. Coleção Estudos Jurídicos Mestrado em Direito Administrativo. NEDip, junho de 2019.

³⁸⁵ BLANCO DE MORAIS, Carlos - As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*. [em linha]. Ano 61 – Vol. I (2001), p. 110. [10 Mar Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B5a323e37-4297-4bd2-97d5-7ccb97a3a31d%7D.pdf>>].

³⁸⁶ A estatuição do art. 267.º, n.º 3 da CRP, “*A lei pode criar entidades administrativas independentes*”.

³⁸⁷ Criada em 1978 pela Lei n.º 71/78, de 27 de dezembro, a CNE é apontada como a primeira manifestação de entidade administrativa com funções de regulação em Portugal. BLANCO DE MORAIS, Carlos - As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*. [em linha]. Ano 61 – Vol. I (2001), p. 107. [10 Mar. 2020]. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B5a323e37-4297-4bd2-97d5-7ccb97a3a31d%7D.pdf>>].

³⁸⁸ Temos de recuar a 2002 e ao fracasso da iniciativa legislativa do Projeto de Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, pela demissão do então primeiro-ministro do XIV Governo Constitucional, António Guterres. Em 2004 é aprovada uma Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro), a qual se aplicava às entidades reguladoras que assumissem estatutariamente a natureza jurídica de instituto público. Contudo, o diploma não se debruçava acerca das particularidades das entidades reguladoras, no universo dos vários institutos públicos. Só em 2011, aquando da assinatura do Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Económica na sequência do Plano de Ajustamento Económico Financeiro, acordado entre o Governo Português, a Comissão Europeia, o BCE e o FMI é exigido um relatório autónomo pelas instâncias internacionais de forma a aferir o nível de independência

considerações³⁸⁹. O diploma visou colmatar algumas incertezas associadas a estas figuras, uma vez que como resulta da CRP, a criação e os termos de funcionamento das entidades administrativas independentes, mormente das entidades reguladoras resultam de legislação ordinária, conduzindo a disparidades relativas ao grau de independência, à organização ou à amplitude dos poderes de cada uma. Este promoveu uma reforma subsequente dos Estatutos das autoridades, que no caso da ANACOM conduziu à redação do Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de Março.

Resulta do diploma que estas instâncias agregam um conjunto (amplo) de poderes³⁹⁰, tradicionalmente dispersos na Administração, sendo que há na doutrina³⁹¹ quem os condense de forma muito idêntica à tríade dos poderes públicos.

- I. *Poder de Regulamentação*: a competência para emanar regulamentos não é reservada ao Governo, sendo a própria Constituição³⁹² a consagrar esta possibilidade. Os regulamentos administrativos são “*normas jurídicas editadas pela Administração no exercício da função administrativa*”³⁹³.

Na primazia de emissão de regulamentos por entes públicos, encontram-se as autoridades reguladoras independentes, daí que há quem refira poderes *quase-legislativos* a favor destas entidades³⁹⁴.

das autoridades nacionais para implementar medidas de forma a reforçar a sua independência. Já em 2013, o Governo apresentou a Proposta de Lei n.º 132/XII, que viria a dar origem à Lei n.º 67/2013, atualmente vigente.

³⁸⁹ Desde logo, a situação da LQER não possui valor reforçado, nos termos do art. 112.º, n.º 3 da CRP, pelo que, enquanto lei ordinária da Assembleia da República está numa posição de igualdade hierárquica relativamente a um qualquer decreto-lei do Governo em matéria concorrente, podendo ser derogadas as suas normas ou revogada em diploma posterior, nos termos do art. 112.º, n.º 2 da CRP.

³⁹⁰ Art. 40.º, n.º 1 da LQER.

³⁹¹ LOURENÇO, Maria João - Deslegalização e poder regulamentar das entidades reguladoras independentes. *Julgar Online* [em linha]. (junho de 2018), p. 9. [Consult. 16 Mar. 2020]. Disponível em: <<http://julgar.pt/deslegalizacao-e-poder-regulamentar-das-entidades-reguladoras-independentes/>>.

FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 28.

³⁹² Art. 112.º, n.º 4 da CRP. É a CRP a prever a possibilidade desta competência regulamentar ser estabelecida em lei ordinária a favor de outros entes.

³⁹³ Quanto à sua eficácia estes podem ser *internos* (esgotam a sua eficácia jurídica do interior da pessoa coletiva administrativa, através de normas, por exemplo que visam regular a organização e funcionamento dos serviços) ou *externos* (os efeitos das normas projetam-se no ordenamento jurídico geral). OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2015, p. 149-150.

³⁹⁴ Este poder tem levantado sucessivas questões pela doutrina, entre as quais a ordenação hierárquica dos regulamentos das autoridades reguladoras face regulamentos governamentais e se a competência regulamentar das autoridades reguladoras será passível de substituir a competência do Governo. LOURENÇO, Maria João - Deslegalização e poder regulamentar das entidades reguladoras independentes. *Julgar Online* [em linha]. (junho de 2018), p. 14-15. [Consult. 16 Mar. 2020]. Disponível em: <<http://julgar.pt/deslegalizacao-e-poder-regulamentar-das-entidades-reguladoras-independentes/>>.

Não devemos perder de vista que, apesar da amplitude deste poder, estas entidades estão *ainda* a exercer uma função administrativa³⁹⁵, portanto a sua atuação está subordinada ao princípio da legalidade³⁹⁶.

Como tal, são aplicáveis os princípios que regulam a atividade da Administração Pública, mormente os que resultam do artigo 266.º, n.º 2 da CRP. Não podem os regulamentos contradizer lei anterior vigente, e cedem perante lei posterior em sentido diverso (*prevalência de lei*), não lhes é permitido infringir princípios ou normas constitucionais, em particular neste cenário regular matérias de reserva de ato legislativo (*reserva de lei*) e carecem de uma lei habilitante (*precedência de lei*)³⁹⁷.

Contudo, apesar da exigência de lei prévia, o grau de dependência a esta é variável³⁹⁸.

Destacando-se a problemática associada à emissão de regulamentos *independentes*³⁹⁹. Surgem em consequência de lei habilitante anterior que, apenas fixa, a *competência* para a sua emissão, bem como a *matéria* a regulamentar.

II. *Poderes de supervisão e fiscalização*⁴⁰⁰: resultam na responsabilidade de supervisionar o cumprimento das normas, podendo as autoridades reguladoras independentes emitir injunções dirigidas à prática de determinados atos ou comportamentos ou recomendações.

No que respeita à fiscalização, recaem sobre estas entidades poderes de investigação, inspeção, inquérito e audiência do cumprimento das normas pelos regulados, além do cumprimento dos

³⁹⁵ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 23; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 33. Este último, reiterando a impossibilidade de ser considerada uma função política advém da *falta de legitimidade democrática* e de uma responsabilização posterior por *decisões primárias* na prossecução de interesses.

³⁹⁶ Como expressão da independência funcional da ANACOM, a prossecução das suas atribuições está vinculada à legalidade e não sujeita à ingerência do Governo, salvo certos atos que estão sujeitos à tutela ministerial, como o relatório de atividades e de contas.

³⁹⁷ Art. 112.º, n.º 7 da CRP.

³⁹⁸ Os *regulamentos de execução* ou *executivos* vão “interpretar, esclarecer ou pormenorizar”, os preceitos legais, não emanando um sentido inovatório, mas visando a aplicação uniforme das normas legislativas. Já os *regulamentos complementares* podem ser de *desenvolvimento* ou *integrativos*, os quais desenvolvem e aprofundam o quadro legal estabelecido anteriormente. Por fim, os *regulamentos autorizados* ou *delegados*, resultam de possibilidade conferida pela lei da Administração atuar na vez do legislador. OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2015, p. 154.

³⁹⁹ Não se levantando a questão da admissibilidade legal dos *regulamentos independentes autónomos* e dos *regulamentos independentes do Governo*, os primeiros emitidos pela Administração Autónoma e os segundos pelo Governo sem referência imediata à lei, ainda que a doutrina encontre o seu fundamento nestes últimos em normas distintas. Para maior desenvolvimento, OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2015, p. 156-159.

⁴⁰⁰ Art. 40.º, n.º 2 em articulação com o art. 43.º da LQER.

deveres de informação aos regulados. Em consonância, recai sobre os regulados um *dever de colaboração*, nomeadamente de prestar as informações⁴⁰¹ e entregar documentos solicitados.

No exercício do poder de fiscalização geram-se incertezas, por um lado quanto à amplitude deste poder exercido por uma entidade administrativa e por outro, quanto aos direitos garantísticos dos visados, uma vez que da observância dos princípios típicos do Direito Administrativo podem resultar consequências no exercício do seu direito de defesa num processo contraordenacional subsequente.

III. *Poder Sancionatório*⁴⁰²: uma das principais características destas entidades é a atribuição de poderes sancionatórios a exercer quando se verifique o incumprimento de normas ou injunções regulatórias. Assumindo uma veste pró-ativa, a autoridade reguladora vê assim reforçados os seus poderes autoritários, bem como os comandos e imposições legais⁴⁰³.

O exercício de poderes sancionatórios, acarreta uma especial dimensão agressiva⁴⁰⁴, uma vez que, aos montantes das coimas⁴⁰⁵ (que assumem valores por si só elevados), poder-se-ão somar a aplicação de sanções acessórias ou sanções pecuniárias compulsórias. Ou seja, apesar de não acarretar o desvalor de uma sanção penal, as sanções administrativas poderão ser tão ou mais desvantajosas para os visados.

IV. *Poder de resolução de litígios*⁴⁰⁶: a atribuição deste poder a autoridades reguladoras, no sentido de dirimir conflitos entre sujeitos e operadores económicos intervenientes no setor regulado, ocorre dentro de certos limites e sujeita a escrutínio jurisdicional, na medida em que nos encontramos perante decisões administrativas. Explicar-se-á este poder numa ótica de conferir celeridade e maior simplicidade à resolução dos litígios em detrimento dos tribunais, simultaneamente aproveitando a posição privilegiada e conhecimento técnico das especificidades inerentes a cada setor regulado pelas autoridades reguladoras independentes.

⁴⁰¹ Art. 44.º da LQER. Neste sentido, a jurisprudência constante do Acórdão n.º 78/2013 do TC da qual consta, que “[...] a obrigação de prestar informações e entregar documentos à entidade reguladora surge como uma condição de eficácia da efetiva salvaguarda da necessidade de regulação, supervisão e fiscalização da atividade económica, num domínio em que a colaboração dos agentes económicos se torna fundamental para o exercício de tais funções de excecional relevância pública”.

⁴⁰² Art. 40.º, n.º 3 e n.º 5 da LQER.

⁴⁰³ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 54.

⁴⁰⁴ Desta dimensão, há quem aponte às autoridades reguladoras um poder “parajudicial”. FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 31.

⁴⁰⁵ Os produtos das coimas são em virtude do art. 36.º, n.º 2, alínea b) da LQER entregues à entidade, contribuindo para a sua autonomia financeira.

⁴⁰⁶ Art. 40.º, n.º 4 da LQER.

Contudo, a atribuição deste poder não deve ser entendida no sentido de quitar o direito de acesso jurisdicional.

2.2.1 A problemática da escassez de legitimidade democrática?

A atuação das autoridades reguladoras na regulação das várias atividades económicas não é imune a uma “*tensão indisfarçável*”⁴⁰⁷ entre alcançar uma regulação efetiva e eficaz, sem perder de vista as exigências de legitimidade e *accountability*⁴⁰⁸ que se impõem.

Atendendo à titularidade destes poderes, fica explícito a exigência de garantias a recair sobre as autoridades reguladoras para o “*exercício autónomo e livre de pressões do Estado ou por parte dos demais operadores no sector*”⁴⁰⁹. Os conceitos de *entidades reguladoras* e *independência* caminham de mãos dadas em todo o diploma, inclusive no art. 3.º, n.º 2 da LQER⁴¹⁰, o legislador estatuiu os requisitos que estas devem observar para a prossecução dessa independência. Veremos em particular no caso da ANACOM, a concretização das três dimensões de independência: *orgânica, funcional e técnica*⁴¹¹.

⁴⁰⁷ FERREIRA, Rui Cardina; COSTA, Vasco Freitas da - Governação da entidade reguladora do (sub)setor dos seguros e fundos de pensões. In Gonçalves, Pedro Costa [et al.]. - *Governo da Administração Pública*. Coleção Governance Lab. Coimbra: Almedina, 2013, p. 232.

⁴⁰⁸ Enquanto um dever do agente de prestação de contas na esfera pública e, simultaneamente a sujeição ao escrutínio público, em virtude de uma decisão ou ausência da mesma quanto esta lhe competia. Sendo em convergência com a transparência imperativas na efetividade da democracia. PEPAJ, Islam; JASHARI, Murat - The Role of the Principle of Transparency and Accountability in Public Administration. *Acta Universitatis Danubius*. [em linha]. Vol. 10, n.º. 1, (2018), p. 65. Disponível em: <<http://journals.univ-danubius.ro/index.php/administratio/article/view/5038/4717>>.

⁴⁰⁹ A consagração expressa de um princípio constitucional da transparência pelo qual a Administração Pública rege a sua atuação está ausente da CRP, todavia, nos art. 51.º, n.º 5 e art. 113.º, n.º 3, alínea d) da CRP surge enquanto princípio geral do direito eleitoral. O próprio CPA alude à *transparência*, nos seus artigos 14.º e 221.º, ainda que, não enquanto princípio geral da atividade administrativa. Sendo ao nível do CCP, que este foi consagrado no art. 1.º-A, n.º 1. Destacando-se o direito da contratação pública como o campo de eleição da convocação deste princípio.

⁴¹⁰ ANTÓNIO, Isa – *As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. O advento do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de Acesso à Saúde (Teses doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 182.

⁴¹¹ Art. 3.º, n.º 2 da LQER, “*Por forma a prosseguirem as suas atribuições com independência, as entidades reguladoras devem observar os requisitos seguintes:*

a) Dispor de autonomia administrativa e financeira;

b) Dispor de autonomia de gestão;

c) Possuir independência orgânica, funcional e técnica;

d) Possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio;

e) Ter poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações;

f) Garantir a proteção dos direitos e interesses dos consumidores”.

⁴¹¹ Art. 32.º, n.º 2, alínea c) da LQER.

O estatuto de independência é representativo de uma “*responsabilidade acrescida*”⁴¹². Derivada desta garantia de independência, questionar-se-á então a problemática de existirem autoridades com poderes de regulação teleologicamente orientados para prossecução do interesse público que, flexionam os limites da legalidade e da separação de poderes num Estado de Direito Democrático. Resultando esta tensão da carência da *legitimidade democrática* e *responsabilização política*⁴¹³ das autoridades reguladoras.

A montante, e como sustenta MAGGETTI⁴¹⁴ o défice de democracia resulta da (alegada) inexistência de legitimidade e controlo democrático que adviria do processo legislativo. Efetivamente, ao contrário do Parlamento e do Governo, sendo direta e indiretamente eleitos por sufrágio dos cidadãos constituindo a proveniência da sua fonte de legitimidade, nas autoridades reguladoras esse processo é inexistente.

A jusante, a ausência de controlo político reconduzir-se-á à não sujeição a poderes de direção ou orientação do Governo quanto às suas decisões enquanto órgão superior da Administração Pública⁴¹⁵, aos seus titulares beneficiarem de mandatos fixos, com amplas garantias de inamovibilidade perante o Governo e à falta de *accountability* perante o Governo.

Quanto à primeira questão, *ex ante* devemos ter em conta que, a missão destas entidades é atuar munidas de elevado grau de conhecimento técnico, em áreas que assim o exigem, bem como de afastar a desconfiança de nomeações com intuito puramente político, arriscando setores imprescindíveis.

⁴¹² GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 29.

⁴¹³ MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda – *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projeto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 270; GUILHERME CATARINO, Luís - O novo regime da administração independente: *quis custodiet ipsos custodes*. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano V, n.º 17 (2014), p. 173. [Consult. 8 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2017.pdf>. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 33.

⁴¹⁴ Como sustenta o autor, se os poderes tradicionalmente políticos encontram-se no seio destas entidades, o mesmo já não se poderá dizer da tradicional legitimidade democrática. MAGGETTI, Martino - Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: a Critical Review. *Living Reviews in Democracy*. *Living Reviews in Democracy* [em linha]. Vol. 2, (2010), p. 3. [Consult. 12 Mar. 2020]. Disponível em: <https://ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/cis-dam/CIS_DAM_2015/WorkingPapers/Living_Reviews_Democracy/Maggetti.pdf>.

⁴¹⁵ Art. 182.º da CRP articulado com o art. 199.º, alínea d) da CRP, relativamente ao exercício de poderes de direção e/ou controlo ou sobre as estruturas administrativas que compõem a administração direta, indireta e autónoma.

Assim, a designação dos dirigentes do Conselho de Administração das entidades reguladoras é feita da articulação do Governo⁴¹⁶ com a Assembleia da República de indivíduos “*com reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequada ao exercício das respetivas funções*”⁴¹⁷, indicado pelo membro do Governo responsável pela área, no caso da ANACOM das comunicações. Ou seja, o controlo político, ainda que parco, e passível de ser ampliado, existe.

Por outro lado, a audição do Governo, das empresas, de outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora, das associações de utentes ou consumidores relevantes e do público em geral, quando estamos perante regulamentos com eficácia externa, reconduzir-se-á na ótica das transformações do novo direito administrativo, enquanto *princípio da participação* de todos os visados no procedimento decisório enquanto garantia administrativa e controlo de legitimação.

Num plano *ex post*, anualmente as entidades reguladoras enviam à Assembleia da República um relatório *detalhado* acerca das atividades e do funcionamento do ano anterior⁴¹⁸. No primeiro trimestre de cada ano, têm de apresentar na comissão parlamentar competente da Assembleia da República, o respetivo plano de atividades e a programação do seu desenvolvimento.

Sendo que, pode o membro do Governo responsável pela área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora⁴¹⁹ solicitar informações aos órgãos desta sobre a execução dos planos de atividades, anuais e plurianuais, bem como dos orçamentos⁴²⁰.

Bem como, o dever que impede sobre as entidades reguladoras de esclarecerem, através de comissões parlamentares⁴²¹ a Assembleia da República⁴²² sobre a sua atuação e prossecução dos seus atos.

⁴¹⁶ Os membros do conselho de administração das entidades reguladoras são designados por resolução do Conselho de Ministros, após audição da comissão parlamentar competente, a pedido do Governo, acompanhado do parecer da CREsAP, criada pela Lei n.º 64/2011, de 22 de dezembro. Poder-se-á questionar o porquê destes pareceres não assumirem natureza vinculativa, e desta forma a intervenção destas entidades pode ser desconsiderada pelo Governo.

⁴¹⁷ De acordo com o art. 17.º, n.º 2 da LQER e art. 18.º, n.º 3 dos Estatutos da ANACOM.

⁴¹⁸ Art. 49.º, n.º 2 da LQER.

⁴¹⁹ A LQER prevê no seu art. 9.º, n.º 1 e n.º 2 respetivamente que, sem prejuízo da sua independência, as entidades reguladoras encontram-se adstritas a um “*ministério responsável*”, nomeadamente aquele “*cujo membro do Governo seja o responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação*”.

⁴²⁰ Devendo a aprovação ocorrer no prazo de 60 dias, sob pena de decorrido o prazo, nos termos do art. 45.º, n.º 3 da LQER e, na ausência de decisão expressa os documentos serem considerados tacitamente aprovados, de acordo com o art. 45.º, n.º 7 da LQER.

⁴²¹ Da conjugação do art. 178.º, n.º 1, n.º 4 e n.º 5 CRP e art. 49.º, n.º 3 da LQER.

⁴²² Nos termos do art. 162.º, alínea a) da CRP é a Assembleia da República titular do poder de apreciar os atos do Governo, bem como da Administração.

Igualmente num plano económico-financeiro a sujeição ao regime de jurisdição e controlo financeiro do Tribunal de Contas⁴²³ e *inclusive*, do regime de inspeção e auditoria dos serviços do Estado⁴²⁴.

De forma mais flagrante esse controlo é visível na situação da necessidade de aprovação prévia dos planos plurianuais, os orçamentos, os balanços e as contas, após 60 dias da sua receção, por parte dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora, bem como os balanços e as contas⁴²⁵-⁴²⁶. Bem como, a aprovação prévia de atos de incidência financeira prevista nos estatutos, prestada pelo membro do Governo responsável pela área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora⁴²⁷. Estas aprovações poderão ser recusadas com fundamento na sua “*ilegalidade*”, bem como, do “*prejuízo para os fins da entidade reguladora ou para o interesse público*”⁴²⁸, reconduzindo-nos para uma tutela quer de legalidade, quer de mérito que justifica a inserção na *Administração Indireta Independente*.

Já a segunda questão, relativa ao princípio da separação de poderes, reconduz-se à tripartição clássica dos poderes resultantes dos ideais da revolução francesa. Conquanto, previamente à temática das autoridades reguladoras nacionais, já a relação estabelecida entre Estados-Membros e as entidades supranacionais europeias implicou uma reorganização da estrutura clássica deste princípio basilar⁴²⁹. O desajustamento do princípio da separação de poderes é transversal à organização atual dos ordenamentos jurídicos nacionais, influenciados pelo fenómeno da europeização, fruto da integração europeia.

Emergente desde os anos 90, os quadros de cooperação entre as instituições da União Europeia e as Administrações Públicas Nacionais (*enquanto administrações funcionalmente europeias*), a consagração do primado do direito europeu e a emergência e proliferação de agências, mudou a

⁴²³ Art. 5.º, n.º 3, alínea d) da LQUER.

⁴²⁴ Art. 5.º, n.º 3, alínea e) da LQUER.

⁴²⁵ Ainda no que obsta a doações, heranças ou legados, bem como a aquisição ou alienação de bens imóveis ou outros atos de incidência patrimonial cuja aprovação prévia se encontre prevista nos estatutos, carecem ainda desta *dupla* autorização sob pena de ineficácia jurídica, de acordo com o art. 45.º, n.º 8 da LQUER.

⁴²⁶ Art. 45.º, n.º 4 da LQUER. Se decorrido o prazo não for proferida decisão expressa, consideram-se os documentos *tacitamente aprovados*, nos termos do art. 45.º, n.º 7 da LQUER.

⁴²⁷ Art. 45.º, n.º 5 da LQUER.

⁴²⁸ Art. 45.º, n.º 6 da LQUER.

⁴²⁹ Neste sentido, um dos pontos abordados na parte letiva do Mestrado em Direito Administrativo, disciplina de Direito administrativo global, ano letivo 2018/2019, pela Professora Doutora Joana Covelo de Abreu: A superação do princípio da separação de poderes no contexto global - novos paradigmas e reflexões.

estrutura deste princípio constitucional. Não nos sendo possível enveredar sobre tão rica e vasta temática, fica a ressalva que os novos fenómenos - resultaram não só num novo paradigma de Estado, mas também numa recompreensão da normatividade e dos princípios. A finalidade desta *desgovernamentalização*⁴³⁰ de estruturas administrativas, em particular das autoridades reguladoras é criar um espaço sem interferências inerentes ao exercício da função política, ainda que o risco de falta de independência face aos interesses políticos e dos próprios regulados não desapareça por magia.

Da identificação destes *desvios*, nos quais se afigura uma influência exógena das autoridades reguladoras independentes, explicar-se-á a inexistência de unanimidade quanto à inclusão destas no quadro orgânico da Administração⁴³¹. Uma vez que, não caberão *ipsis verbis* na administração independente, pela ingerência externa prevista e anteriormente explanada, todavia pela existência dessa ingerência de menor calibre, também não caberão na administração estadual indireta em sentido estrito⁴³². A recondução feita por VIEIRA DE ANDRADE⁴³³ à administração estadual *indireta*⁴³⁴ seja a que nos parece mais adequada e sensivelmente necessária, sob pena de não se saber “*quem controla o controlador*”⁴³⁵.

⁴³⁰ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

⁴³¹ Para uma parte da doutrina, a Administração Independente constitui uma categoria unitária onde coexistem as autoridades administrativas independentes como o Provedor de Justiça, CNE, a CNPD, a ERC, a CADA, a Comissão para a Fiscalização do Segredo de Estado e a Comissão de Fiscalização dos Serviços de Informações, as entidades reguladoras e os júris (quando a atuar como órgãos ocasionais não sujeitos a hierarquia). Por todos, OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2015, p. 69 e 79.

⁴³² Em sentido divergente, Guilherme Catarino aponta que a utilização da expressão *independente* é “*equivoca*”, pelo que considera que seria mais razoável a designação de *autoridades com autonomia reforçada*. GUILHERME CATARINO, Luís - O novo regime da administração independente: *quis custodiet ipsos custodes*. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano V, n.º 17 (2014), p. 102-103. [8 Mar. 2020]. Disponível em <http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2017.pdf>.

⁴³³ Distinguindo no seio da administração indireta, a administração indireta pública, a administração indireta privada e a administração indireta independente, esta última onde caberão as autoridades administrativas reguladoras. Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 120. ANTÓNIO, Isa – *As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. O advento do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de Acesso à Saúde (Teses doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 183.

⁴³⁴ Em sentido convergente, CARLOS BLANCO MORAIS referindo-se às entidades reguladoras como “autoridades semi-independentes”. BLANCO DE MORAIS, Carlos - A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência. *Jurismat* [em linha].N.º 7, p. 164. [Consult. 5 Mar. 2020]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10437/8108>>.

⁴³⁵ Neste sentido, GUILHERME CATARINO, Luís - O novo regime da administração independente: *quis custodiet ipsos custodes*. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano V, n.º 17 (2014), p. 173. [8 Mar. 2020]. Disponível em <http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2017.pdf>.

Não sendo possível desconsiderar que estamos perante entidades que, não cumprem com a tradicional fonte de legitimação democrática⁴³⁶. Pelo que a doutrina, vêm equacionando outras formas para facilitar a confiança e credibilização perante a sociedade como um todo.

Desde logo, a falta da tradicional legitimidade colmata-se com outras características, tais como a “*legitimação técnica*”⁴³⁷, isto é o conhecimento, prestígio e idoneidade dos titulares dos seus órgãos, cruciais num primeiro momento, para a sua nomeação e num momento posterior para o exercício pleno e efetivo das suas funções. Admitimos, no entanto, que este patamar poderia ser reforçado, desde logo no modo de seleção dos membros dos seus órgãos executivos, através da possibilidade da Assembleia da República, vetar as escolhas do Governo⁴³⁸ em detrimento dos pareceres não vinculativos que emana.

Por outro lado, afastando-nos dos seus membros e direcionando o olhar para a sua atuação, a inserção de procedimentos e mecanismos que assegurem uma maior transparência da sua atividade facilitam o afastamento da desconfiança face a estas entidades.

TATCHER⁴³⁹ expôs, ainda no início do milénio, o recurso destas entidades a procedimentos públicos e envolvendo vários atores, sem descurar do escrutínio necessário constituem fonte de legitimidade da sua atuação.

⁴³⁶ Não se confunde com défice de legitimação, simplesmente não nos encontramos perante entidades democraticamente eleitas por sufrágio direto, mas que apresentam outras formas de legitimação. LOURENÇO, Maria João - Deslegalização e poder regulamentar das entidades reguladoras independentes. *Julgar Online* [em linha]. (junho de 2018), p. 19. [Consult. 16 Mar. 2020]. Disponível em: <<http://julgar.pt/deslegalizacao-e-poder-regulamentar-das-entidades-reguladoras-independentes/>>.

⁴³⁷ MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda – *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projeto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 132.

⁴³⁸ Também neste sentido, MARTINS, Jorge Silva – Governação do Setor Aeroportuário. In Gonçalves, Pedro Costa [et al.] - *Governo da Administração Pública*. Coleção Governance Lab. Coimbra: Almedina, 2013, p. 197.

⁴³⁹ “*The evidence suggests that they have increased openness in the practice of decision-making and remain subject to political and administrative public scrutiny. The number of actors involved in debates and consultation has risen (although this is due to liberalization as well as new IRAs). They include new entrants, consumer groups, the European Commission and users. IRAs have created new procedures, such as producing consultation papers and draft decisions and inviting comment*”. TATCHER, Mark – Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe *Journal of European Public Policy*. [em linha]. Vol. 9, n.º 6 (2002), p. 966 - 967. [Consult. 16 Mar. 2020]. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/action/doSearch?AllField=10.1080%2F1350176022000046445>>.

Hodiernamente, as *tecnologias da sociedade de informação*, facilitam quer a publicização das discussões de projetos, bem como a sua disponibilização pública nas páginas eletrónicas⁴⁴⁰, permitindo a formação de uma opinião pública e uma visão panorâmica das ponderações de interesses⁴⁴¹.

2.2.2 A proposição de mecanismos conducentes com a transparência

Posto isto, há determinadas considerações que nos parecem pertinentes fazer. No domínio da independência orgânica da ANACOM da atual redação dos Estatutos, resulta o impedimento *à entrada* de designação para membro do Conselho de Administração, quem nos 2 anos anteriores tenha assumido um cargo no corpo gerente, enquanto trabalhador ou colaborador permanente das empresas do setor das comunicações com funções de chefia ou direção, pelo risco de captura do regulador pelos regulados⁴⁴². Articulado com os impedimentos da LQER *à saída*, ou seja, de após a cessação do seu mandato e nos 2 anos seguintes os membros do Conselho de Administração, os titulares de cargos de direção ou equiparados das entidades reguladoras ficarem impedidos de estabelecerem vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da respetiva entidade reguladora⁴⁴³.

Estas restrições justificam-se para evitar um fenómeno de *revolving doors*, como explicita DAL BÓ⁴⁴⁴, situação pela qual os titulares dos órgãos da entidade reguladora migrarem dos órgãos das entidades reguladas (ou vice-versa) arriscando a independência dos mesmos.

⁴⁴⁰ Nos termos do artigo 48.º da LQER, foram elencados um conjunto de dados relevantes que as entidades reguladoras devem apresentar nas suas páginas eletrónicas. No mesmo sentido, art. 52.º dos Estatutos da ANACOM.

⁴⁴¹ Em sentido convergente, LOURENÇO, Maria João - Deslegalização e poder regulamentar das entidades reguladoras independentes. *Julgat Online* [em linha]. (junho de 2018), p. 22. [Consult. 21 Mar. 2020]. Disponível em: <<http://julgar.pt/deslegalizacao-e-poder-regulamentar-das-entidades-reguladoras-independentes/>>.

⁴⁴² Art. 18.º, n.º 8 dos Estatutos da ANACOM.

⁴⁴³ Art. 19.º, n.º 2 e art. 32.º, n.º 6 da LQER. Apontando já as fragilidades da “*solução normativa de revolving door*” da LQER, em termos constitucionais, relativamente aos princípios de proporcionalidade, de igualdade, ou de proteção da confiança legítima. GUILHERME CATARINO, Luís – Segredos da Administração: Segredos de Supervisão e de Sanção. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano X, n.º 38 (Abril-Junho2019), p. 45. [8 Out. 2020]. Disponível em <http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista_ReC_38.pdf>.

⁴⁴⁴ DAL BÓ, Ernest – Regulatory Capture: A review. *Oxford Review of Economic Policy*. [em linha]. Vol. 22, n.º 2, (2006), p. 214-216. [Consult. 2 Out. 2020]. Disponível em: <http://faculty.haas.berkeley.edu/dalbo/regulatory_capture_published.pdf>.

Entendemos que seria expectável um raciocínio semelhante relativamente a quem tenha exercido cargos políticos com incidência no setor de forma a garantir igualmente a independência em relação a estes. Ainda que se admita, um conhecimento vasto que recai sobre os mesmos por inerência das funções anteriormente desempenhadas, entendemos que a sociedade hoje exige esse afastamento, no seguimento da máxima, *à mulher de César não basta ser séria, tem de o parecer*.

Assim, a previsão de um igual *período de nojo*, relativamente àqueles, de maneira a que, sem colocar em causa o direito constitucionalmente consagrado de acesso à profissão, salvaguarda-se a transparência da contratação⁴⁴⁵.

Equacionamos ainda que, no limite, poder-se-ia igualmente reequacionar a forma de nomeação dos membros do Conselho de Administração, mediante um processo de seleção aberto e transparente do tipo concursal⁴⁴⁶ de forma a obviar possíveis conflitos de interesses ou envolvendo a designação por maioria qualificada de um órgão parlamentar⁴⁴⁷.

No domínio da independência financeira, a possibilidade de alteração do financiamento da ANACOM ser reforçado através da contribuição aplicada aos regulados pelo exercício da atividade de regulação e diminuição da percentagem resultante das coimas aplicáveis, de forma a não levantar incertezas acerca do papel sancionador da autoridade.

Por outro lado, há países que optaram por uma autoridade reguladora única dos *media* e reguladora das comunicações eletrónicas ou mesmo a integração desta última na autoridade da concorrência⁴⁴⁸. Contudo, entendemos que relativamente à primeira hipótese se num primeiro momento iria diminuir o número de entidades e mormente de recursos humanos, na medida em que há uma convergência dos domínios estamos perante áreas de elevado rigor técnico e *expertise*, que exigem um corpo direcionado para as exigências legais resultantes distintas. Na segunda hipótese, as complexas problemáticas a que quer a AdC, quer a ANACOM são expostas exigem um acompanhamento e resolução

⁴⁴⁵ Em sentido semelhante o projeto de Lei 433/XIV, proposto pelo PEV, de maio de 2020, visa a fixação de um período de nojo de 5 anos, bem como a natureza obrigatória e vinculativa do parecer da Assembleia da República, quer na designação dos membros do Conselho de Administração, quer na dissolução do mesmo, tendo o mesmo sido aprovado na generalidade.

⁴⁴⁶ Há semelhança do que os seus Estatutos preveem para a contratação dos trabalhadores dos serviços da ANACOM, nos termos do art. 42.º, n.º 2 dos Estatutos da ANACOM.

⁴⁴⁷ Também neste sentido, advogava BLANCO DE MORAIS. A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência. Jurismat [em linha]. N.º 7, p. 161-162. [Consult. 5 Mar. 2020]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10437/8108>>.

⁴⁴⁸ Na Europa não existe um modelo institucional unitário relativamente à regulação dos *media* e das telecomunicações. Em países como o Reino Unido existe um regulador único responsável por ambos os setores enquanto na vizinha Espanha a regulação das telecomunicações está integrada na autoridade reguladora da concorrência.

rigorosa e célere que poderia ser prejudicada, caso se cumulassem as duas entidades. Contudo, exalta-se a permanente cooperação que deve existir entre as várias entidades nos seus âmbitos de atuação para garantir o efetivo mercado concorrencial e que poderiam beneficiar de uma estatuição de critérios rigorosos para a sua decorrência.

2.3 Os *Serviços de Interesse Económico Geral* (SIEG): a especificidade do Serviço Universal

A retração do Estado prestador deu lugar a um aparelho “*essencialmente regulador e vigilante*”⁴⁴⁹, potenciando a iniciativa privada na realização de tarefas económicas de interesse público.

Constituídos um pouco por toda a Europa como *serviços públicos económicos*⁴⁵⁰, estes eram prestados diretamente pela entidade estadual através de monopólios públicos ou, em consequência de ato administrativo⁴⁵¹ delegados a entidades privadas.

Todavia, se juridicamente ocorreram alterações nevrálgicas, a sua essencialidade para colmatar as necessidades humanas manteve-se. Nesse horizonte, e reconhecendo que a prestação de um serviço por privados tem como principal finalidade o lucro, era determinante garantir a manutenção de certas condições preexistentes aquando do serviço público. A autonomização do termo de matriz europeia de *serviço de interesse económico geral* apresenta-se então como uma conceptualização “*sucedânea do tradicional Estado prestador de serviços públicos*”⁴⁵².

⁴⁴⁹ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 52.

⁴⁵⁰ Resultado da terminologia de origem francesa, uma vez que apesar da sua prestação ser exclusivamente através de entidades públicas ou privadas em regime de concessão, estava adstrito o pagamento de um valor pecuniário (enquanto tarifa) de base contratual. MOREIRA, Vital - Provas de agregação. Repositório Científico da UC. [em linha]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 317. [Consult. 25 Mar. 2020]. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

⁴⁵¹ Através de ato de concessão a entidades privadas, em regra em regime de exclusividade. MOREIRA, Vital - Provas de agregação. Repositório Científico da UC. [em linha]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 49. [Consult. 25 Mar. 2020]. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

⁴⁵² SILVA, Suzana Tavares da, - *Direito da Energia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 17.

Desde logo, decorrem da legislação europeia, ainda que não enquanto sinónimos⁴⁵³, os *serviços de interesse económico geral* (SIEG) e os *serviços de interesse geral* (SIG). Mesmo amplamente difundidos nos atos institucionais da União Europeia, é inexistente uma definição unitária dos mesmos.

Socorrendo-nos dos inestimáveis contributos da doutrina, partimos desde logo do conceito mais abrangente, o SIG no qual se subsume o mais restrito, o SIEG. O primeiro englobará atividades que satisfazem as necessidades essenciais dos cidadãos e das empresas com caráter económico, social ou cultural que, por serem de interesse geral se encontram sujeitas a princípios e obrigações específicas, podendo ser prestadas pelo Estado ou por iniciativa privada⁴⁵⁴. Enquanto o segundo⁴⁵⁵ restringe-se a uma tipologia dos serviços de interesse geral, aludindo às atividades económicas consideradas essenciais para a generalidade dos cidadãos, que promovem a coesão social e territorial⁴⁵⁶, excluindo as atividades no domínio social e de autoridade.

Decorre do TFUE, que os prestadores de SIEG⁴⁵⁷, estão igualmente sujeitos às regras da concorrência⁴⁵⁸, em especial em matéria de auxílios de Estado⁴⁵⁹, salvo se a aplicação destas normas constituir um obstáculo ao cumprimento das suas missões⁴⁶⁰.

Caberá às instâncias europeias definir os princípios e as condições em que estes deverão ser prestados⁴⁶¹, porém é competência dos Estados-Membros⁴⁶² em articulação com o quadro europeu, a

⁴⁵³ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral*, COM (2004) 374 final.

⁴⁵⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Um enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa* - COM (2011), 900 final, p. 3.

⁴⁵⁵ De acordo com o art. 36.º da CEDF, a União reconhece e respeita o acesso aos serviços de interesse económico geral, de acordo com as legislações nacionais. Pelo que, só há uma obrigatoriedade *formal* a impender sobre os Estados de designar determinados serviços como *serviços de interesse económico geral* quando tal resultar *diretamente* do direito da União, como acontece com a imposição do serviço universal no setor das telecomunicações.

⁴⁵⁶ Art. 14.º do TFUE.

⁴⁵⁷ Art. 106.º, n.º 2 do TFUE. No mesmo sentido no ordenamento nacional, o art. 4.º, n.º 2 do RJC.

⁴⁵⁸ Ver art. 101.º ao art. 105.º do TFUE.

⁴⁵⁹ Ver art. 107.º ao art. 109.º do TFUE.

⁴⁶⁰ O TJUE tem flexibilizado a sua posição relativamente à aplicação do art. 106.º, n.º 2 do TFUE, excluindo as regras da concorrência quer quando o *equilíbrio económico* da empresa que presta o serviço fique em risco, quer por fatores não económicos.

⁴⁶¹ De acordo com o previsto no Protocolo n.º 26, relativo aos serviços de interesse geral, anexo ao Tratado de Lisboa.

⁴⁶² No âmbito do princípio da subsidiariedade, art. 5.º, n.º 3 do TUE.

fixação de quais os serviços, os termos da sua exploração, as entidades responsáveis pela prestação, como será realizado o seu financiamento...⁴⁶³.

No panorama nacional a Lei n.º 23/96, de 26 de julho⁴⁶⁴, seguindo a tradição da dogmática é a *Lei dos Serviços Públicos Essenciais*. A própria designação é suscetível de gerar alguma controvérsia, uma vez que o legislador optou pela manutenção de um conceito com tradição no nosso ordenamento jurídico, em desadequação com o direito europeu. Não obstante, na sua interpretação e aplicação ou de qualquer diploma setorial, deve entender-se que, os serviços públicos essenciais serão os “*serviços de interesse geral que se encontram expressamente consagrados na Lei n.º 23/96*”⁴⁶⁵.

A presente lei não define *serviços públicos essenciais*, optando por apresentar o elenco de serviços abrangidos, onde prevê o serviço de comunicações eletrónicas⁴⁶⁶. Quanto à taxatividade do elenco, esta discute-se na doutrina, parecendo-nos, com a modéstia que se impõe, ser de acompanhar a posição defendida, entre outros autores, por JORGE MORAIS CARVALHO⁴⁶⁷ no sentido da taxatividade da enumeração.

Não nos deparamos com um conceito imutável, contudo com o progresso tecnológico a influenciar a evolução social e humana, novas tipologias de serviços vão surgindo como impreteríveis para satisfazer as necessidades dos indivíduos e da comunidade, ascendendo à condição de essenciais. Todavia, podemos equacionar que estas novas necessidades nem sempre o são realmente, mas sim resultado de uma atuação dos operadores económicos incitando a vontade de possuir intrínseca à

⁴⁶³ Daí se infere que, estes serviços podem ser em todo ou em parte explorados pelo mercado, como podem subsistir na esfera pública, uma vez que resultará de uma opção soberana. GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 62.

⁴⁶⁴ Última alteração pela Lei n.º 51/2019, de 29 de julho.

⁴⁶⁵ CARDOSO, Elionora - *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 52.

⁴⁶⁶ A redação atual do art. 1.º, n.º 2, alínea d) resulta da alteração introduzida pela Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro. Na versão originária, apenas constava “*serviço de telefone*”. Com o desenvolvimento do serviço de telefone móvel gerou-se uma controvérsia jurisprudencial no sentido de saber, se o conceito abrangia igualmente o serviço de telefone móvel. Hoje ultrapassada pela substituição do conceito mais abrangente. Para uma visão completa da controvérsia ver, ALMEIDA, Mariana Pinheiro, SIMÕES, Fernando Dias – *Lei dos Serviços Públicos Essenciais Anotada e Comentada*. Lisboa: Almedina, 2012, p. 28-32.

⁴⁶⁷ O autor sublinha que “*apesar de se debater acerca do carácter taxativo ou meramente exemplificativo da lista, é muito duvidoso que, face à letra do preceito [...], possam ser acrescentados serviços na sequência de simples determinação, por via interpretativa, da sua natureza de serviço público essencial*”. CARVALHO, Jorge Morais - *Manual de Direito do Consumo*. 5.ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 356.

No mesmo sentido, ALMEIDA, Mariana Pinheiro, SIMÕES, Fernando Dias – *Lei dos Serviços Públicos Essenciais Anotada e Comentada*. Lisboa: Almedina, 2012, p. 22. Em sentido diferente, defendendo apenas a “*tendencial taxatividade*”. BARBOSA, Mafalda Miranda - *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho? Estudos de Direito do Consumidor*. [em linha]. N.º 6. (2004), p. 414. [Consult. 18 Mai. 2020]. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_6_completo.pdf>.

condição humana⁴⁶⁸. Pelo que, a eliminação destes serviços não colocaria, necessariamente em causa a sobrevivência do Homem, mas afetá-lo-ia.

De acordo com o art. 9.º, n.º 8 do RJC, “*incumbe ao Governo adotar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objeto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia elétrica, gás, telecomunicações e transportes públicos*”.

Assim, a todos os cidadãos dos Estados-Membros (universalidade), independentemente da natureza da entidade prestadora, devem ser prestados em condições não discriminatórias (equidade), de forma contínua (continuidade) assegurando níveis de qualidade e segurança predefinidos (qualidade), e dentro do possível, a participação e informação dos utentes (defesa dos utentes)⁴⁶⁹.

Estas exigências resultam, de uma *dimensão social*⁴⁷⁰ da regulação, marcada pela defesa e proteção dos direitos e interesses dos utilizadores que, na sua ausência correriam o risco de não ser atendíveis.

Apesar do peso dos SIEG, estes consubstanciam igualmente um dos ramos onde surgem mais litígios⁴⁷¹.

Neste contexto torna-se categórico a referência ao *serviço universal*⁴⁷², o qual encontra “*dimensão substantiva ou material*”⁴⁷³ no tradicional conceito de *serviço público*, daí a referência a este por MORENILLA como “*nuevo servicio público*”⁴⁷⁴. Resultando a prestação do serviço num conjunto de

⁴⁶⁸ Apontando os exageros cometidos pelos consumidores quando aliciados, Mário Ferreira Monte “*outras, ainda, são criadas e promovidas artificialmente por meios técnicos, em virtude do realce que é conferido à utilidade de certos bens ou serviços*”. MONTE, Mário Ferreira - *Da Protecção Penal do Consumidor: O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 17.

⁴⁶⁹ O recurso pelo TJUE às “*Leis de Roland*” relativas aos princípios típicos de um serviço público, para definir a *missão de interesse geral*. SILVA, João Nuno Calvão da, - *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 122-123.

⁴⁷⁰ Defendendo que, as finalidades que justificam a intervenção regulatória são exteriores à atividade económica, e incluem a proteção ambiental, a segurança e outros interesses dos consumidores, resultando numa *regulação social*. Vide, Neste sentido, MOREIRA, Vital - *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 39. Em sentido divergente, apesar de reconhecerem que são bens com valor autónomo, não devem ser considerados exteriores à atividade económica e, que esta distinção resulta numa “*contraposição artificial*”. FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luis Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luis Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 23.

⁴⁷¹ MOREIRA, Teresa – Regulação e Proteção dos Consumidores – Algumas Notas. In Carvalho, Jorge Morais – *I Congresso de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 263.

⁴⁷² Neste sentido, particularmente os setores das telecomunicações, serviços postais e energia elétrica.

⁴⁷³ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 63.

⁴⁷⁴ MORENILLA, José María Souvirón - La acción de las administraciones públicas y la regulación de las telecomunicaciones. In González Rios, Isabel, (coord.) - *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red energía, telecomunicaciones y transportes y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 310.

condições, em função de certos princípios basilares⁴⁷⁵, existindo em contrapartida uma remuneração ou compensação pelos encargos na sua prestação.

A LSPE não prevê qualquer norma a impor um dever de contratar a impender sobre as entidades que prestam os serviços públicos essenciais. Contudo, relativamente ao *serviço universal*, em particular no setor das telecomunicações, poder-se-á afirmar igualmente? A LCE, em virtude da transposição do direito europeu⁴⁷⁶ acolhe o conceito de *serviço universal*. No seu art. 88.º, n.º 1 impõe a satisfação por parte dos prestadores de serviço universal, de “*todos os pedidos razoáveis de ligação à rede telefónica pública num local fixo e de acesso aos serviços telefónicos acessíveis a público num local fixo*”, logo existe uma *verdadeira imposição de contratar*⁴⁷⁷.

Em suma, o Estado sob as suas vestes de Regulador adequa mecanismos de intervenção regulatória condicionando a atuação dos agentes de mercado quanto à acessibilidade dos preços praticados, a obrigatoriedade de fornecimento em todo o território nacional e tratamento diferenciado de acordo com as necessidades de indivíduos com necessidades especiais.

2.3.1 O Serviço Universal de Telecomunicações

As *obrigações de serviço universal* ou simplesmente, o *serviço universal de telecomunicações* são expressões de um Estado que, ainda que despido das vestes de *prestador* está incumbido constitucionalmente da promoção do bem-estar e da qualidade de vida dos cidadãos⁴⁷⁸. O conceito de serviço universal absorvido pela legislação europeia remonta à realidade americana⁴⁷⁹.

Não sendo específico do setor ou mesmo uma inovação expandida por este, o serviço universal está igualmente presente noutras indústrias de rede, como a energia com algumas características similares àquelas que o caracterizam no setor das telecomunicações.

⁴⁷⁵ Como consta da Comunicação da Comissão Europeia, *Serviços de Interesse Geral na União Europeia*, COM (2001/C 17/04). Da qual resulta que, o serviço universal deve ser prestado de acordo com princípios de *universalidade, equidade, continuidade, adaptabilidade e transparência* na gestão e fixação de preços, bem como no financiamento e controlo por organismos independentes dos que prestam os serviços.

⁴⁷⁶ Neste sentido a *Diretiva Serviço Universal* alterada pela *Diretiva 2009/136/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009.

⁴⁷⁷ SÁ, Flávia da Costa de, - Contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas: a suspensão do serviço universal. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014, p. 31. Dissertação de Mestrado em Direito.

⁴⁷⁸ Art. 9.º, al. d) da CRP.

⁴⁷⁹ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 216.

A LCE define o serviço universal de forma genérica como, o “conjunto mínimo de serviços, definido na presente lei, de qualidade especificada, disponível para todos os utilizadores, independentemente da sua localização geográfica e, em função das condições nacionais, a um preço acessível”⁴⁸⁰.

Quanto ao elenco de obrigações específicas de serviço universal no ordenamento jurídico português⁴⁸¹, este resulta da LCE, em conformidade com a *Diretiva Serviço Universal*⁴⁸² no conjunto de:

- a. *Ligação a uma rede de comunicações pública num local fixo e a prestação de um serviço telefónico acessível ao público através daquela ligação, ou seja, a prestação de um serviço de telefone fixo (além do acesso funcional à Internet);*
- b. *Disponibilização de uma lista telefónica completa e de um serviço completo de informações de listas;*
- c. *Oferta adequada de postos públicos, isto é de cabines telefónicas;*

Torna-se por demais evidente, a desadequação entre a previsão legal e a realidade tecnológica atual. Todavia, o próprio diploma prevê um “conceito dinâmico”⁴⁸³ no seu art. 86.º, n.º 2, do qual resulta que, o “âmbito de serviço universal deve evoluir por forma a acompanhar o progresso da tecnologia, o desenvolvimento do mercado e as modificações da procura por parte dos utilizadores, sendo o seu âmbito modificado sempre que tal evolução o justifique”.

Um dos fatores relacionados com essa dificuldade advém da *ubiquidade geográfica* resultante do conceito, uma vez que é necessário garantir o acesso em condições igualitárias, independentemente da localização geográfica dos clientes. A essencialidade desta disposição prende-se com o facto de que, caso inexistisse essa obrigação, correr-se-ia o risco dos prestadores privilegiarem as comunidades urbanas, desprezando as necessidades de comunidades de menor dimensão e isoladas, nas quais os seus consumos seriam injustificados face ao investimento necessário para garantir a prestação destes serviços⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Art. 3.º, alínea jj) e art. 86.º, n.º 1 da LCE.

⁴⁸¹ Do conceito ao âmbito do serviço universal, o dever dos prestadores deste serviço adotarem medidas específicas para utilizadores com deficiência, a obrigação de oferta de determinada qualidade de serviço e de acessibilidade de preços. Igualmente a forma de financiamento e o mecanismo de designação da entidade ou entidades responsáveis pela prestação do serviço universal.

⁴⁸² Na sua última versão, constitui atualmente, a nível da União Europeia, a referência a atender no quadro da prestação do Serviço Universal.

⁴⁸³ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 217.

⁴⁸⁴ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 217. ABREU, Joana Covelo de - O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e

Cabe à autoridade reguladora o controlo dos preços praticados relativamente às prestações que incorporam o serviço universal de forma a garantir a exigência de acessibilidade de acordo com o panorama nacional⁴⁸⁵, determinando quais as “*opções ou pacotes tarifários diferentes dos oferecidos em condições comerciais normais*”⁴⁸⁶.

Quanto ao financiamento pelas obrigações do serviço universal, cabe à ANACOM proceder ao cálculo do custo líquido do serviço⁴⁸⁷ quando este se revele um *encargo excessivo* para os prestadores.

A opção portuguesa⁴⁸⁸ recaiu por financiar os custos das obrigações de serviço universal através do *fundo de compensação do Serviço Universal de Comunicações Eletrónicas*⁴⁸⁹ gerido pela ANACOM, resultante de contribuições pecuniárias realizadas pelas empresas a atuar em território nacional⁴⁹⁰. Entendemos que a opção estatal por compensar os prestadores privados através dos *fundos de compensação* reflete uma solução consentânea com a prossecução da concorrência e menos lesiva do que a mera atribuição de fundos estatais ou a imposição de taxas de acesso à rede⁴⁹¹.

Quanto aos prestadores, a *Diretiva Serviço Universal* previa, nos termos do seu art. 8.º que, a sua designação fosse realizada mediante um mecanismo “*eficaz, objetivo, transparente e não discriminatório, assegurando que à partida todas as empresas possam ser designadas*”⁴⁹². Pelo que, nos termos no art. 99.º, n.º 3 da LCE a designação da(s) empresa(s) é competência do Governo, por resolução do Conselho de Ministros, na sequência de concurso⁴⁹³. Todavia, o Governo português, recorreu

do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE). *UNIO – EU La Journal* [em linha]. Vol. 4, n.º 2 (2018), p. 66. [Consult. 18 Abr. 2020]. Disponível em: <<https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/download/20/52/>>.

⁴⁸⁵ Art. 93.º, n.º 1 da LCE.

⁴⁸⁶ Art. 93.º, n.º 3, alínea a) da LCE.

⁴⁸⁷ Os procedimentos através dos quais a ANACOM poderá calcular os custos líquidos estão vertidos no art. 95.º, alíneas a) e b) e art. 96.º da LCE.

⁴⁸⁸ Nos termos do art. 97.º, n.º 1 da LCE, competia ao Governo, a faculdade de determinar qual o mecanismo compensatório mais adequado, nomeadamente entre *a) fundos públicos e, b) fundos de compensação do serviço universal suportados por empresas do setor*, recaindo a opção neste último.

⁴⁸⁹ Criado pela Lei n.º 35/2012, de 23 de agosto, alterada pela Lei n.º 149/2015, de 10 de setembro.

⁴⁹⁰ Deverão contribuir as empresa que, cumulativamente prestem serviços de comunicações eletrónicas e/ou oferecem redes de comunicação acessíveis ao público as quais, no ano civil a que respeitam os custos líquidos, tenham registado um volume de negócios elegível no setor das comunicações eletrónicas que lhes confira um peso igual ou superior a 1% do volume de negócios elegível global do setor nos termos do art. 7, n.º 2.º da Lei n.º 35/2012, de 23 de agosto.

⁴⁹¹ Em sentido convergente, PORTO, Manuel; CALVÃO DA SILVA, José Nuno – Artigo 4.º - Serviços de Interesse Económico Geral. In Porto, Manuel [et al.] (coord.), Henriques, Miguel Gorjão (dir.) - *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 131.

⁴⁹² Assim transposto no art. 99.º, n.º 2 da LCE.

⁴⁹³ Como se verá de seguida, a previsão formal na LCE, em transposição da *Diretiva Serviço universal*, constituía *letra morta*, até 2012 quando pela Portaria n.º 318/2012, de 12 de outubro são lançados os concursos para a designação dos prestadores das obrigações de serviço universal.

GONÇALVES, Pedro Costa - Regulação nacional das telecomunicações – um caso de europeização da regulação de uma indústria em rede. In González Ríos, Isabel, (coord.) - *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red energía, telecomunicaciones y transportes y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 290.

ao ajuste direto⁴⁹⁴ à então PT Comunicações, S.A, enquanto *cessionária do serviço público*⁴⁹⁵ de *telecomunicações*, num contrato que pretendia vigorar até Março de 2025⁴⁹⁶!

No Memorando de Entendimento com a *Troika* em 2011 foi reiterada a exigência de proceder à sua alteração. Todavia, no término do prazo estipulado e após notificação da Comissão a Portugal, este manteve o incumprimento, originando a proposição de uma ação de condenação contra o Estado português. Esta culminou na sua condenação em 25 de junho de 2014⁴⁹⁷, a uma sanção pecuniária fixa de 3 milhões de euros, bem como numa sanção compulsória de 10 mil euros ao dia enquanto, não demonstrasse a designação dos novos prestadores e a revogação do contrato de concessão⁴⁹⁸. O contrato

⁴⁹⁴ Contrariamente ao que estava estabelecido no art. 8.º, n.º 2 da *Diretiva Serviço Universal*, no qual se exigia aos Estados-Membros que utilizassem “um mecanismo de designação eficaz, objetivo, transparente e não discriminatório, em que nenhuma empresa esteja a priori excluída da possibilidade de ser designada”.

⁴⁹⁵ Esta situação resulta de, já depois de iniciado o fenómeno da liberalização, em 1995 o Estado decidir manter com o incumbente histórico a então, Portugal Telecom, S.A, um contrato de concessão do *serviço público de telecomunicações*. Ou seja, resultando a concessão na entrega por parte do Estado, da gestão de uma missão da sua titularidade a uma empresa, no caso português, as atividades do serviço de telecomunicações não estavam mais na sua titularidade. Piorando, em 2003, é redigido um Acordo Modificativo do Contrato de Concessão do Serviço Público de Telecomunicações, uma vez que o Estado vende a “rede básica” à sua concessionária e inclui na concessão a “prestação do serviço universal das telecomunicações” até 2025, de acordo com o Decreto-Lei n.º 31/2003, 17 de fevereiro. Em 2004, aquando da transposição do *quadro regulamentar de 2002*, em particular da versão originária da *Diretiva Serviço Universal* não são expressamente alteradas as bases da concessão, havendo uma discordância entre o contrato de concessão e o direito europeu. Desta forma, a Comissão notifica Portugal entre 2005 e 2007 para proceder à revogação da concessão e lançar o concurso público de acordo com as exigências legais europeias. Face à inércia de Portugal é intentada uma ação por incumprimento, sendo declarado o incumprimento pelo TJUE no Acórdão Comissão c. Portugal, de 7 de outubro de 2010, proc C-154/09. Desta decisão, advém a obrigação de revogação do contrato de concessão e na nova designação de prestadores do serviço universal até junho de 2011. Para um maior desenvolvimento do procedimento de designação ver, GONÇALVES, Pedro Costa - Regulação nacional das telecomunicações – um caso de europeização da regulação de uma indústria em rede. In González Ríos, Isabel, (coord.) - *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red energía, telecomunicaciones y transportes y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 290-291.

⁴⁹⁶ A cessação antecipada da prestação do serviço pela PT Comunicações, S.A por parte do Estado visando dar cumprimento à decisão judicial europeia em julho de 2013 resultou no pagamento a título compensatório de 33,5 milhões de euros dos prejuízos decorrentes. GONÇALVES, Pedro Costa - Regulação nacional das telecomunicações – um caso de europeização da regulação de uma indústria em rede. In González Ríos, Isabel, (coord.) - *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red energía, telecomunicaciones y transportes y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 291.

⁴⁹⁷ O *acórdão Comissão c. República Portuguesa*, de 25 de junho de 2014, proc. C-76/13.

⁴⁹⁸ Este acórdão levantou algumas questões pertinentes. Desde logo, quanto ao modo como foi contabilizado o valor da sanção fixa e quanto à (des)necessidade da sanção pecuniária compulsória, uma vez que aquando da condenação, Portugal já encetara esforços, nomeadamente a adjudicação das componentes do serviço universal por concursos, não tendo um deles sido concluído pela ausência de concorrentes. Para um maior desenvolvimento deste acórdão ver FERRO, Miguel Sousa – Processos por incumprimento e poderes sancionatórios do Tribunal de Justiça da União Europeia: Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 25 de Junho de 2014, Comissão Europeia c. Portugal, Proc. C-76/13. *Anuário Português de Direito Internacional 2014-2015* [em linha]. Lisboa: Instituto Diplomático, Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2016, p. 301-306. [Consult. 22 Mar. 2020]. Disponível em: <<https://ahd.mne.gov.pt/nyron/library/catalog/winlibimg.aspx?key=3C4D11C3DC8B483C97ADB3888D15583A&doc=60552&img=6010>>.

entre o Governo e os prestadores das obrigações de serviço universal⁴⁹⁹ terminaram em 2019 e envoltos em alguma confusão.

No caso do serviço de telefone fixo, a cessação do contrato não foi sucedida de um novo procedimento de designação do prestador em razão dos valores envolvidos na sua prestação e o reduzido número de beneficiários⁵⁰⁰, no sentido da recomendação da ANACOM de 2018⁵⁰¹.

Por outro lado, pretendia-se a prorrogação do contrato relativo à oferta de postos públicos até que fosse designado um prestador de serviço universal, na sequência de um procedimento concursal ou que a nova lei dispense essa designação⁵⁰². Ainda que também aqui a recomendação da ANACOM tenha sido no sentido de não proceder à designação, por ser “ineficiente” e “desproporcionada”⁵⁰³.

Na sequência de despacho em 31 de julho de 2019, foi outorgada entre o Estado Português e a empresa MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. uma adenda ao contrato⁵⁰⁴ para a prestação

⁴⁹⁹ Com a NOS, SGPS o Governo contratualizou entre 2014 a 2019 a componente de ligação a uma rede de comunicações pública em local fixo e serviços telefónicos acessíveis ao público e com a MEO, o serviço de postos públicos.

⁵⁰⁰ A ANACOM conclui que os 5 anos de vigência dos contratos com os prestadores de serviços resultou num encargo de cerca de 24 milhões de euros, que no caso no serviço de telefone fixo se limitava a 2 clientes e a um custo de 9,6 milhões de euros. Sítio Oficial da ANACOM [em linha] Lisboa: ANACOM. [Consult. 19 Abr. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/apresentacaoPCA18052018SU.pdf?contentId=1435614&field=ATTACHED_FILE&fbclid=IwAR0Qnh-UQAen5XDT9Zjjulj89mwBH0TFK5Zh_vpo8jSZ-X3cD5MxoCEH1cg>.

⁵⁰¹ As recomendações da ANACOM neste sentido teriam por base que ocorreria a alteração legislativa da LCE pela transposição do CECE, antes da cessação dos respetivos contratos, o que não ocorreu, pelo que o Governo solicitou à ANACOM, que desencadeasse o processo de designação. Após consulta pública e na ausência da alteração legislativa, deveriam ser lançados concursos públicos válidos por um período transitório para designar um prestador para o serviço de telefone fixo e outro para o serviço de postos públicos, pelo período de 1 ano e com possibilidade de renovação de 1 ano com valores muito inferiores aos contratualizados anteriormente. Sítio Oficial da ANACOM [em linha] Lisboa: ANACOM. [Consult. 13 Abr. 2020]. Disponível em: <<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1470230>>.

⁵⁰² Despacho do Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações, datado de 7 de abril de 2019.

⁵⁰³ Com um custo de 12,3 milhões em 5 anos e uma média de 2 chamadas diárias. Sítio Oficial da ANACOM [em linha]. Lisboa: ANACOM. [Consult. 13 Abr. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/apresentacaoPCA18052018SU.pdf?contentId=1435614&field=ATTACHED_FILE&fbclid=IwAR0Qnh-UQAen5XDT9Zjjulj89mwBH0TFK5Zh_vpo8jSZ-X3cD5MxoCEH1cg>.

⁵⁰⁴ Se a adenda ao Contrato tivesse sucedido em data anterior ao termo do prazo de vigência daquele estaríamos perante uma *efetiva modificação contratual*, sendo que, nessa eventualidade, cumpriria então aferir da sua conformidade com as exigências emergentes, quanto aos seus fundamentos e limites, nos termos das disposições dos artigos 312.º e 313.º do CCP.

do serviço universal de oferta de postos públicos, sendo que posteriormente foi recusado o visto à adenda em sede de fiscalização prévia do Tribunal de Contas^{505,506}.

2.3.2 O Mercado Único Digital: a recompreensão do Serviço Universal de Telecomunicações

A Comissão está encarregue de reapreciar, periodicamente, o âmbito do serviço universal à luz dos desenvolvimentos sociais, económicos e tecnológicos que se tenham verificado⁵⁰⁷, tendo-o feito em quatro momentos temporais distintos e optado pela manutenção do mesmo⁵⁰⁸.

Todavia, desde 2016 e em resultado das iniciativas concretizadas em instrumentos de *hard law* e *soft law*, conjuntamente com a ambição de concretização do *Mercado Único Digital*, a perceção da Comissão Europeia da necessidade de alterar o conjunto de condições que compõem o serviço universal densificou-se e resultou numa alteração substancial a transpor para os ordenamentos jurídicos da União⁵⁰⁹.

Estas alterações coadunam-se com as novas exigências da era digital e espelham o avanço tecnológico dos últimos anos. Desde logo, prevendo a remoção dos serviços de postos públicos, bem como o serviço de informações de listas e as próprias listas telefónicas, instrumentos obsoletos do que é hoje a realidade nas comunicações⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ A recusa ocorre em Outubro de 2019 com fundamento no incumprimento legal do regime de enquadramento orçamental que, “*proibem qualquer despesa que não disponha de inscrição orçamental, e a falta de autorização e registo dos compromissos plurianuais*”; sem lugar a previsão contratual ou apoiada pelo CPP para a ocorrência da prorrogação. Acórdão 40/2019 da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, de 15 de outubro de 2019, proc. 2671/2019.

⁵⁰⁶ Em sede de recurso, o Acórdão 31/2020 do Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, de 14 de julho de 2020 confirma a decisão de recusa do visto, julgando o recurso “*totalmente improcedente*”. O tribunal *ad quem* conclui não existir uma modificação contratual nos termos do art. 311.º, n.º 2 do CCP. Pelo que, já tinha operado a caducidade do contrato no termo da sua vigência, com a consequência ali prevista da extinção da relação contratual entre as partes em abril de 2019 pelo que, “*não houve sequer uma real prorrogação*”, mas a celebração de um novo contrato com efeitos retroativos. O qual, nos termos do art. 99.º, n.º 2 e n.º 3 deveria ter sido precedido de um procedimento concursal e não um Despacho do SEAC.

⁵⁰⁷ Art. 15.º da Diretiva *Serviço Universal*.

⁵⁰⁸ Nomeadamente em 2005, 2008, 2011 e 2014. Aquando da última reapreciação considerou que os serviços de telefone móveis eram prestados de forma competitiva e não reuniam as condições para serem incluídos no âmbito do serviço universal. Quanto à banda larga de altos débitos seria então, ainda prematuro a sua inclusão.

⁵⁰⁹ Art. 84.º, n.º 1 do CECE, “*Os Estados-Membros garantem que todos os consumidores nos seus territórios têm acesso, a um preço acessível e em função das condições nacionais específicas, a um serviço adequado e disponível de acesso à Internet de banda larga e a serviços de comunicações vocais com a qualidade especificada nos seus territórios, incluindo à ligação subjacente, num local fixo*”.

⁵¹⁰ A possibilidade de manutenção das atuais obrigações poder-se-ão manter caso, os Estados-Membros o demonstrem atendendo às circunstâncias nacionais, devendo reexaminar a sua necessidade de 3 em 3 anos, de acordo com o art. 87.º do CECE.

Em concordância com as necessidades atuais, a Comissão previu no Anexo V do CECE, o conjunto mínimo de serviços que deve o acesso à *Internet* banda larga adequado ser capaz de prestar aos utilizadores⁵¹¹. Podendo o próprio consumidor prescindir do serviço de *Internet*, se assim o entender⁵¹², sendo que esta última inclusão causa-nos alguma estranheza atendendo à dependência das tecnologias digitais e da *Internet*, inclusive na prestação de serviços da *E-Administração* nos vários Estados-Membros que ocorrem exclusivamente online^{513,514}.

Podem, à semelhança da legislação atual, os Estados-Membros exigir aos agentes económicos a oferta de opções ou pacotes tarifários distintos dos oferecidos em condições normais, de acordo com necessidades sociais ou baixos rendimentos⁵¹⁵ dos consumidores.

Prevendo-se que, as obrigações de acesso só poderão ser impostas, quando o Estado Membro demonstrar que o acesso funcional à *Internet* e a serviços de comunicações de voz fixa não pode ser assegurado em “*circunstâncias comerciais normais ou por outros potenciais instrumentos de políticas públicas*”⁵¹⁶.

2.3.3 A proteção dos direitos dos utilizadores

A *relação dual* entre o cidadão e o Estado prestador deu lugar a uma *relação triangular*, na qual o Estado cede o seu lugar de prestador aos privados, passando a intervir enquanto regulador e igualmente numa ótica de proteção e controlo face aos clientes ou utilizadores de serviços.

A regulação pública, em determinados setores, materializa a proteção desses mesmos direitos pelo que, se impõe um “*dever específico*”⁵¹⁷, de forma a inviabilizar prejuízos e promover a salvaguarda

⁵¹¹ O catálogo de onze serviços é composto pelo correio eletrónico, vulgo *e-mail*, motores de busca que permitam encontrar todo o tipo de informação e permitam a encomenda e compra de bens e serviços online, ferramentas básicas de formação e de educação online, jornais e revistas online, ferramentas de pesquisa de emprego, a ligação a redes de contacto profissionais, o acesso a serviços bancários online, o recurso aos serviços da Administração Pública em linha, vulgo *e-Government*, às mensagens instantâneas e redes sociais e chamadas e videochamadas de qualidade-padrão.

⁵¹² Art. 84.º, n.º 4 do CECE.

⁵¹³ A título exemplificativo, em Portugal desde 2018, a entrega da declaração de IRS é realizada obrigatoriamente através da Internet.

⁵¹⁴ Em matéria de serviços públicos digitais, Portugal ocupa o 13.º lugar entre os 28 Estados-Membros, de acordo com o IDES de 2020. Sítio Oficial da ADC - *Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade (IDES) de 2020 Portugal* [em linha]. ADC: Lisboa. [Consult. 20 Nov. 2020]. Disponível em: <https://www.adcoesao.pt/sites/default/files/noticias/desi2020_portugal.pdf>.

⁵¹⁵ Art. 85.º, n.º 2 do CECE.

⁵¹⁶ Art. 86.º, n.º 1 do CECE.

⁵¹⁷ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 69.

da esfera de direitos dos utentes, enquanto se garante o funcionamento equilibrado do Mercado. A proteção dos direitos dos particulares é uma das bandeiras deste Estado. Nesse mesmo sentido aponta o *Protocolo n.º 26 relativo aos Serviços de Interesse Geral, anexo ao Tratado da União*.

Nas sociedades modernas, diariamente surgem novos produtos e serviços para colmatar necessidades dos cidadãos, com uma roupagem adequada a um mundo globalizado, como decorre da prestação dos serviços *OTT*, todavia a exigência imanente da proteção dos consumidores não será uma novidade, mas uma natural exigência.

No âmago deste direito está a intenção de acautelar a vulnerabilidade, conducente com a posição desprivilegiada do consumidor, que encontra origem na “*assimetria de informação e no desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais*”⁵¹⁸.

Com a generalização do consumo, a partir da década de 70 do século XX, nasce a consciência jurídica da exigência de mecanismos de proteção da parte mais débil da relação jurídica, sob pena dos seus interesses ficarem submissos aos dos produtores.

Na Europa é em meados dos anos 70⁵¹⁹ que, a proteção do consumidor ganha ímpeto, formalizando-se os eixos da proteção dos consumidores que, posteriormente influenciaram a redação do artigo 60.º da CRP⁵²⁰. O número 1 do artigo estabelece expressamente quais são esses eixos estatuidos que, “*os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos*”.

Ainda na CRP, dever-se-á ressaltar as alíneas f) e i) do art. 81.º respetivamente, quanto às incumbências prioritárias do Estado no âmbito económico e social, as quais determinam que cabe ao Estado respetivamente, “*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*”, e a “*garantir a*

⁵¹⁸ AMORIM, Ana Clara Azevedo de,- Obsolescência programada e proteção dos consumidores: abordagem comparada de direito luso-brasileiro. *Law, State and Telecommunications Review* [em linha]. Vol. 11, n.º 2, p. 157 (2019). [Consult. 7 Abr. 2020] Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/27028/23482>>.

⁵¹⁹ Com a aprovação do Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor, de 17 de maio de 1973 e do Programa Preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma Política de Proteção e Informação dos Consumidores, de 14 de abril de 1975.

⁵²⁰ AMORIM, Ana Clara Azevedo de,- Obsolescência programada e proteção dos consumidores: abordagem comparada de direito luso-brasileiro. *Law, State and Telecommunications Review* [em linha]. Vol. 11, n.º 2, p. 157 (2019). [Consult. 7 Abr. 2020] Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/27028/23482>>.

defesa dos interesses e os direitos dos consumidores". Ou seja, é a própria Lei Fundamental a legitimar uma atuação estadual *indireta* na economia, com o intuito de proteger a livre concorrência e, *garantística* dos consumidores no mercado⁵²¹.

Em articulação, no ordenamento jurídico português está prevista a *Lei de Defesa do Consumidor*⁵²², onde encontramos a definição "*mais relevante de consumidor*"⁵²³ e o leque de direitos a seu favor é ampliado⁵²⁴.

Na dimensão subjetiva da relação jurídica controvertida resulta, de acordo com o diploma, que "*considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*"⁵²⁵. Por conseguinte, o consumidor será uma pessoa atuando nas vestes de um particular, contratando com um profissional o qual, prestará ou fornecerá o respetivo serviço, como tal numa posição francamente mais frágil⁵²⁶.

Sem perder de vista que, os contratos relativos aos serviços consagrados na LPSE, resultam em "*contratos de execução duradoura, que têm por objeto uma prestação de execução continuada, a cargo do prestador do serviço (fornecimento permanente do bem ou do serviço), e uma prestação de execução periódica, a cargo do utente (pagamento do preço)*"⁵²⁷.

Não obstante, na LSPE o legislador optou pela utilização de *utente* em vez de *consumidor* pelo que, se deverá verificar se tal se traduz numa mera preciosidade terminológica ou se pretendeu uma efetiva diferenciação. O utente é o destinatário final, que poderá contratar ou não sob as vestes de um profissional, sendo uma pessoa singular ou coletiva, com quem o prestador ou fornecedor do serviço se

⁵²¹ Vide anotação ao art. 81.º al.) f) da CRP. GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa: Anotada*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 969-971.

⁵²² Lei n.º 24/96, de 31 de julho, última redação decorrente da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto.

⁵²³ Neste sentido, Jorge Morais Carvalho expõe a inexistência de um conceito único de consumidor quer a nível nacional, quer internacional e como tal o expresso na *Lei de Defesa do Consumidor* é utilizado como referência. CARVALHO, Jorge Morais - *Manual de Direito do Consumo*. 5.ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 23-24.

⁵²⁴ Art. 3.º da LDC

⁵²⁵ Art. 2.º, n.º 1 da LDC.

⁵²⁶ Esta maior vulnerabilidade atribuída ao consumidor pode ser *informacional, técnica, jurídica ou socioeconómica* e justifica-se pela utilização do bem ou do serviço não ser a título profissional. AMORIM, Ana Clara Azevedo de,- Obsolescência programada e proteção dos consumidores: abordagem comparada de direito luso-brasileiro. *Law, State and Telecommunications Review* [em linha]. Vol. 11, n.º 2, p. 158 (2019). [Consult. 7 Abr. 2020] Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/27028/23482>>.

⁵²⁷ CARVALHO, Jorge Morais - *Manual de Direito do Consumo*. 5.ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 358.

obriga a prestar⁵²⁸. Deste modo, *todo o consumidor é utente, mas pode nem todo o utente ser consumidor*. Daí se infere que, só no caso de o utente ser, *simultaneamente* consumidor é que tratar-se-á de uma relação de consumo e, como tal aplicar-se-á o regime legal que lhe confere uma maior proteção legal, todavia não se exclui a afinidade entre as normas dos diplomas⁵²⁹.

Compatibilizando a LPSE com a LCE aquela, servirá de uma “*boa base*”⁵³⁰ para a interpretação dos princípios mais específicos relativos aos serviços de comunicações eletrónicas, na medida em que, sujeita os prestadores de serviços a normas não existentes na LCE, alargando o alcance de proteção dos utentes. A título exemplificativo, a proibição de serviços mínimos e, o estabelecimento de um prazo de prescrição relativo ao pagamento do serviço, relativamente curto relativo ao direito de exigir o pagamento do preço do serviço⁵³¹.

⁵²⁸ Art. 1.º, n.º 3 da LSPE.

⁵²⁹ CARVALHO, Jorge Morais - *Manual de Direito do Consumo*. 5.ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 354.

⁵³⁰ CARVALHO, Jorge Morais - *Manual de Direito do Consumo*. 5.ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 357.

⁵³¹ Art. 8.º, n.º 1 e art. 10.º da LSPE, respetivamente. CARVALHO, Jorge Morais - *Manual de Direito do Consumo*. 5.ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 357

CAPÍTULO III - A Concorrência e Transparência do Setor das Telecomunicações

1. A Concorrência no Setor das Telecomunicações

O valor da concorrência não é novo e consubstancia-se no presente *Estado Garante* como o “*dever de proteger, promover e, (...), até de produzir*”⁵³², sendo especialmente visíveis estas facetas no setor das telecomunicações.

Temporalmente aquando da liberalização do setor para garantir a construção do mercado, sob pena de ser insuficiente a consagração da livre iniciativa económica, a atuação estadual foi direcionada para o fabrico da concorrência. A previsão de procedimentos públicos e abertos de seleção e a adjudicação dos concorrentes, ainda hoje, fomenta e protege a concorrência. Pela compatibilização do arsenal normativo da regulação setorial com a regulação da concorrência, através de autoridades munidas com amplos poderes para a sua efetiva realização.

Formalmente, as regras da concorrência resultantes quer do TFUE, em particular previstas do art. 101.º ao art. 109.º, quer dos regulamentos e orientações assumem um papel categórico no plano jurídico-normativo europeu.

As regras da concorrência previstas visam evitar restrições e distorções da concorrência no mercado interno europeu, aplicando-se às empresas privadas e com algumas *nuances*, às empresas públicas e aos serviços de interesse económico.

As gigantes tecnológicas materializam o crescimento e a expansão do mercado digital e, invariavelmente, o incremento das suas posições tem sido acompanhado da ocorrência de condutas suscetíveis de violarem o direito da concorrência. Marcadamente, o caso *Microsoft* em 2004⁵³³ constitui expressão desse comportamento desviante, porém outros lhe sucederam⁵³⁴, instando à necessidade de reequacionar as normas à luz das exigências atuais.

⁵³² GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 378.

⁵³³ Decisão da Comissão de 24 de Março de 2004, proc. COMP/C-3/37.792.

⁵³⁴ Destacando três decisões envolvendo a gigante *Google*, nomeadamente a Decisão da Comissão de 27 de Junho de 2017 (Caso AT.39740 Google Search (Shopping)), a Decisão da Comissão de 18 de Julho de 2018 (Caso AT. 40099 Google Android) e mais recentemente a Decisão da Comissão de 20 de março de 2019 (Caso AT 40411 Google Search (AdSense)) por violação das normas concorrenciais. O somatório de coimas aplicadas nestes processos ascende aos 8 mil milhões de euros.

Os acordos suscetíveis de restringir a concorrência, os *acordos anticoncorrenciais* são proibidos e automaticamente nulos pelos art. 101.º, n.º 1 e n.º 2 do TFUE, respetivamente⁵³⁵. Resultam, *cumulativamente*, de três requisitos⁵³⁶, nomeadamente de uma, *a) concordância entre duas ou mais empresas*⁵³⁷⁻⁵³⁸, *b) suscetível*⁵³⁹ de provocar uma *possível afetação do comércio*⁵⁴⁰ entre Estados-Membros, prejudicando os consumidores e empresas, uma vez que aqueles terão como consequência, *c) restringir*⁵⁴¹ ou *falsear a concorrência*.

Formulou-se então uma proibição geral relativamente a *acordos*⁵⁴², a *práticas concertadas*⁵⁴³ e a *decisões de associações de empresas*⁵⁴⁴ anticoncorrenciais⁵⁴⁵.

⁵³⁵ Em sentido correspondente na legislação nacional no art. 9.º, n.º 1 e n.º 2 do RJC.

⁵³⁶ FROUFE, Pedro Madeira, GOMES, José Caramelo - Mercado interno e concorrência. In Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana; Froufe, Pedro Madeira - *Direito da União Europeia: Elementos de direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 467.

⁵³⁷ A noção de empresa tem sofrido alterações na jurisprudência, mas poder-se-á entender como, qualquer entidade que exercendo uma atividade económica, independentemente da forma de financiamento e do estatuto jurídico que lhe foi atribuído. Consistindo a atividade económica na oferta de bens ou serviços num determinado mercado. Acórdão *Aéroports de Paris c. Comissão*, de 24 de outubro de 2002, proc. 82/01.

⁵³⁸ Decorre da jurisprudência da União resultante do Acórdão *Commercial Solvents (ICI SpA e Commercial Solvents Corp c. Comissão)*, de 6 de março de 1974, proc. 7/73 que, caso a coligação ocorra entre empresas pertencentes ao mesmo grupo, poderá estar sujeita igualmente à proibição deste artigo, na medida em que seja um *comportamento economicamente autónomo*, isto é a atividade desenvolvida pela filial em relação à sociedade-mãe não se traduza numa extensão desta, mas numa atividade potencial ou atualmente concorrente. Caso contrário, atuando as empresas em *unidade económica*, o art. 101.º do TFUE não poderá ser convocado, só podendo eventualmente ser nos termos do art. 102.º do TFUE. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 636.

⁵³⁹ Tendo como critério de avaliação para aferir da suscetibilidade, designadamente *fatores de direito ou de facto*, como a quota de mercado e não se atende à intenção das partes, e não é necessária a sua verificação efetiva. Comunicação (2004/C 101/07), *Comunicação da Comissão contendo as orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*.

⁵⁴⁰ O acordo deve ser suscetível de exercer uma influência "*directa ou indirecta actual ou potencial sobre as correntes de troca entre os Estados membros num sentido que possa prejudicar a realização do objectivo do mercado único entre os Estados membros*". Acórdão *LTM/MBU*, 30 de junho de 1966, proc. 56/65.

⁵⁴¹ Apesar de à primeira vista parecer incluir qualquer restrição da concorrência, a Comissão já esclareceu oportunamente na *Comunicação* (2004/C 101/07), que, apenas as restrições *sensíveis* terão aqui lugar. O diploma português da concorrência aponta já no art. 9.º, n.º 1 essa precisão desde da redação original.

⁵⁴² Resultado da coordenação entre pelo menos duas empresas, em que uma delas se compromete a assumir um determinado comportamento no mercado. Não se exigindo uma formalização por escrito, mas um acordo de vontades comum, que pode inclusive ser implícito. Acórdão *British Sugar*, de 12 de Julho de 2001, proc. T-202/98.

⁵⁴³ Entender-se-á como uma forma de coordenação prática prévia de um comportamento no mercado entre empresas, existindo um nexo de causalidade entre ambos, em substituição dos riscos da concorrência, conduzindo a condições anticoncorrenciais. Acórdão de 4 de Junho de 2009, *T-Mobile e outros c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, proc. C-8/08.

⁵⁴⁴ Incluindo-se os estatutos, regulamentos ou deliberações dos órgãos sociais de qualquer associação empresarial e comercial, de cooperativas, de associações não lucrativas, de federações ou ordens profissionais, ainda que não sejam vinculativas, mas que o seu incumprimento seja suscetível de sanção. Acórdão *Verband der Sachversicherer*, de 27 de Janeiro de 1987, proc. 45/85.

⁵⁴⁵ Pelo que, só será necessário demonstrar que o objeto da prática coletiva é restritivo da concorrência para incluir-se nesta proibição caso contrário é necessário provar, pelo menos, a possibilidade de um efeito restritivo da concorrência. Acórdão *Consten e Grundig*, de 13 de Julho de 1966, proc. 56/64.

O n.º 1 do art. 101.º apresenta uma lista não exaustiva de comportamentos coligados suscetíveis de constituir práticas restritivas proibidas pela lei, dos quais:

1. Práticas relativas a preços e condições de transações;
2. Exercer controlo sob a produção, distribuição, desenvolvimento técnicos ou investimentos;
3. A repartição dos mercados ou das fontes de abastecimento;
4. A imposição nas trocas comerciais de *condições desiguais relativamente a prestações equivalentes*, colocando os parceiros em posição desvantajosa concorrencialmente;
5. A dependência de aceitação de *prestações suplementares* à celebração de contratos comerciais, sem vínculo ao seu objeto.

A jurisprudência europeia identifica ainda determinados acordos como anticoncorrenciais quanto ao seu *objeto*, nomeadamente os acordos explícitos em práticas de fixação de preços, de troca de informação sobre preços e de repartição de mercados, os cartéis⁵⁴⁶.

Pela dificuldade inerente à concretização dos processos envolvendo os cartéis, o direito da concorrência europeu, seguindo o modelo norte-americano⁵⁴⁷ criou mecanismos de incentivo à sua denúncia, como o *programa de clemência*⁵⁴⁸ e o *procedimento de transação em processos de cartéis*⁵⁴⁹. Os quais têm sido curiais na defesa da concorrência, em particular no setor das telecomunicações,

⁵⁴⁶ Em 2010 a *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, a autoridade reguladora espanhola da concorrência informou a AdC e a Comissão Europeia acerca de dúvidas sobre a legalidade de uma cláusula inserida num contrato para a aquisição da participação detida pela PT, no então operador brasileiro de telefonia móvel VIVO, no seguimento de um acordo de compra de ações celebrado entre a PT e a empresa espanhola TELEFÓNICA. A Comissão, após investigação entendeu tratar-se de uma cláusula de não concorrência que equivalia a “*um acordo de partilha de mercado com o objeto de restringir a concorrência*”, resultando no processo AT 39839, que em 2013 condenou ambas ao pagamento de coimas, no caso da Telefónica de cerca de 66,9 milhões de euros e da PT de 12 milhões. Entretanto, em sede de recurso, no Acórdão *Telefónica c. Comissão*, de 26 de junho de 2016, proc. t-216/13, confirmou a ilegalidade da cláusula, mas anulado na parte em que fixou o valor das coimas com base no valor das vendas considerado pela Comissão.

⁵⁴⁷ Desde 1978 que no contexto norte-americano existe um programa de clemência (*Corporate Leniency Policy*) num contexto de combate às práticas de cartéis.

⁵⁴⁸ O primeiro programa foi introduzido pela *Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*, de 18 de julho de 1996, tendo sido posteriormente alterado em 2002, 2006 e 2015.

Quando uma empresa participante num cartel, de forma voluntária partilha informações e provas da infração à Comissão é recompensada na redução ou até extinção da coima a aplicar pela Comissão, de acordo com os artigos 75.º a 82.º do RJC.

⁵⁴⁹ Introduzido pelo Regulamento (CE) n.º 622/2008, de 30 de junho de 2008. Facilitam a investigação das autoridades competentes em investigações que muitas vezes se revelam complexas, o que se reflete ao nível das empresas na diminuição do tempo dos processos e complementando o programa de clemência, através de uma redução de 10% no valor da sanção aplicável a uma decisão de um cartel na circunstância da admissão da irregularidade pelas partes. *Comunicação relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos de adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do art. 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis*.

especificamente no caso português resultando na aplicação de uma das maiores coimas aplicadas pela AdC a uma só empresa perfazendo um total de 84 milhões de euros⁵⁵⁰.

Todavia, o n.º 3 do art. 101.º prevê a possibilidade de isenções de determinados acordos⁵⁵¹, desde que preenchidos determinados requisitos⁵⁵². Consubstanciando-se em isenções individuais ou categoriais, estas últimas consagradas nos *Regulamentos de Isenção por Categoria*⁵⁵³, igualmente aplicáveis a práticas coletivas apenas sujeitas ao direito nacional⁵⁵⁴.

1.1 As práticas restritivas da concorrência no setor

A proibição de abuso de posição dominante constante no art. 102.º do TFUE⁵⁵⁵ resulta da detenção por parte de uma empresa de uma posição dominante, num determinado mercado, implicando a afetação do comércio entre Estados-Membros⁵⁵⁶, prejudicando concorrentes e os consumidores.

Para aferir a existência de uma posição dominante é imprescindível determinar o mercado relevante, pois é neste que se irá aferir da existência de uma posição de dominância e o consequente

⁵⁵⁰ Em dezembro de 2019, a AdC emite uma nota de ilicitude onde acusa a MEO e a NOWO da constituição de um cartel entre 2017 e 2018 com o intuito de “*repartição do mercado e fixação dos preços dos serviços de comunicações móveis, vendidos isoladamente ou em conjunto com serviços de comunicações fixas*”, penalizando os consumidores do setor, reduzindo a qualidade dos serviços e aumentando os preços praticados. A origem do processo ocorreu em virtude de uma denúncia feita pela NOWO em 2018 ao abrigo do Programa de Clemência. Em dezembro de 2020 é aplicada à MEO a coima pela violação das regras da concorrência e a sanção acessória da publicação do extrato da decisão em Diário da República e em jornal de expansão nacional. Já a NOWO, enquanto ficou dispensada do pagamento da coima.

⁵⁵¹ Comunicação (2004/C 101/08), *Comunicação da Comissão – “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”*.

⁵⁵² Nomeadamente, que estes acordos contribuam para melhorar a produção, a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, que parte equitativa do lucro resultante seja reservada aos consumidores e que estes acordos não imponham restrições desnecessárias ou tenham a finalidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos. Apesar de não referenciar os *serviços*, entende-se que a disposição é aplicável igualmente aplicável por analogia. *Comunicação da Comissão “Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”*.

⁵⁵³ A título exemplificativo, o Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, na última versão de 8 de maio de 2020, relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3 do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. Este visa estabelecer uma disciplina uniforme relativamente a acordos verticais puros e impuros, isto é acordos estabelecidos entre empresas que, não são concorrentes e operam em fases diferentes do processo económico ou produtivo e empresas que operam em fases diferentes do processo económico ou produtivo. Ou seja, este constitui uma *isenção genérica* para os acordos verticais quer referentes a produtos finais, a produtos intermédios e serviços, desde que não contenha nenhuma das restrições graves constantes do regulamento e que as empresas não detenham uma quota de mercado superior a 30%. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 658.

⁵⁵⁴ Art. 10.º, n.º 3 do RJC.

⁵⁵⁵ Art. 11.º do RJC.

⁵⁵⁶ Entendida a afetação nos mesmos termos do art. 101.º do TFUE.

abuso. Não existindo um sentido *unívoco*⁵⁵⁷ quanto ao mercado relevante, este é determinado, em regra atendendo a duas dimensões⁵⁵⁸, a dimensão geográfica⁵⁵⁹ e a dimensão material⁵⁶⁰.

Socorrendo-nos dos contributos da Comissão para determinar a existência de uma posição dominante, esta pode ser *individual* ou *coletiva*, uma vez que resulta da “*combinação de vários factores que, considerados separadamente, não são necessariamente determinantes*”⁵⁶¹. Entre estes, pode enumerar-se título principal, a quota de mercado⁵⁶², todavia outras condicionantes como a rede de distribuição, o grau de diferenciação do produto, os direitos de propriedade intelectual, a existência de concorrência atual ou potencial, o poder negocial dos compradores, as políticas de preços, as barreiras à entrada são objeto de avaliação.

Quanto ao abuso, a detenção de uma posição dominante não constitui *per si* uma infração ao direito da concorrência europeu, mas uma *responsabilidade especial*⁵⁶³ na manutenção da concorrência efetiva. O art. 102.º fornece uma lista não taxativa de possíveis abusos, que tal como nas práticas do art. 101.º não dispensa uma análise casuística. Não se exigindo para a afirmação o abuso, a afetação da estrutura concorrencial, nem as motivações anteriores ao comportamento abusivo⁵⁶⁴.

- a) *As práticas de imposição de preços ou condições de transações não equitativas*⁵⁶⁵: constitui o fundamento legal de variadas situações que ocorrem ao nível do setor das telecomunicações, como o *esmagamento de margens*⁵⁶⁶, os *preços predatórios* e os *preços excessivos*.

⁵⁵⁷ Acórdão *United Brands*, de 14 de Fevereiro de 1978, proc. 27/76.

⁵⁵⁸ A Comunicação da Comissão, *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*, COM (97/C 372/03).

⁵⁵⁹ Geograficamente, quanto menor ou específico for o mercado, maior a probabilidade de uma empresa a comercializar um determinado produto ou serviço, deter uma quota de mercado muito elevada.

⁵⁶⁰ Também designado como *mercado de produto ou serviço*, pretende aferir o grau de sucedaneidade de certos serviços ou produtos, atendendo a critérios como a *elasticidade cruzada da procura*, isto é de que formas as mudanças nas condições da oferta de um bem influenciam a procura de outros aptos a satisfazer as mesmas necessidades dos utilizadores. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 667.

⁵⁶¹ Acórdão *United Brands*, *cit. supra* nota 14, para. 66.

⁵⁶² Embora uma quota de mercado elevado não implique necessariamente uma posição dominante, esta tem sido utilizada como fator de presunção da existência de uma posição dominante, quando de pelo menos 50% do mercado relevante. Acórdão *Akzo c. Comissão*, de 3 de Julho de 1991, proc. C-62/86.

⁵⁶³ Acórdão *Michelin II*, de 30 de setembro de 2003, proc. T-203/01.

⁵⁶⁴ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 673.

⁵⁶⁵ Art. 102.º, alínea a) do TFUE e art. 11.º, n.º 2, alínea a) do RJC.

⁵⁶⁶ A Comunicação da Comissão, *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, COM (2009/C 45/02).

No primeiro caso, esta implica uma ficção simultânea entres preços, no qual a empresa dominante pratica um preço no mercado a montante (o preço grossista) em que a diferença face ao preço cobrado no mercado a jusante (preço retalhista) é insuficiente para que um concorrente eficiente seja capaz de suportar a atividade retalhista⁵⁶⁷. Esta tipologia de abuso, por vezes era confundida com a *recusa em contratar*⁵⁶⁸.

Já no segundo caso, a prática de preços predatórios, tem sido aceite pelos Tribunais da União⁵⁶⁹. De dimensão europeia no setor, a decisão da Comissão condenando a *Wanadoo Interactive* a uma coima de 10 milhões de euros pela prática de preços predatórios que prejudicaram o mercado francês pela eliminação do outro concorrente do mercado, a *Mangoosta* e do próprio mercado comum⁵⁷⁰. Relativamente à prática de preços excessivos, exigir-se-á que a posição dominante da empresa ocorra no mercado onde esta pratica preços *desproporcionais* pelos seus serviços ou produtos⁵⁷¹, prejudicando os clientes ou os parceiros comerciais. No panorama nacional, a abertura de um processo de inquérito pela AdC relativamente à atuação da TMN⁵⁷² e

⁵⁶⁷ A Decisão da AdC, “*Banda Larga*” de 28 de agosto de 2009, proc. 05/03. A AdC condenou empresas de telecomunicações por ficção de preços da banda larga entre 2002 e 2003, obstando qualquer concorrente a obter lucro neste mercado, afetando o comércio entre os Estados-Membros. Da decisão, em Agosto de 2009 resultaram em condenações de cerca de 45 milhões e, de 8 milhões, bem como acoplada a título de sanção acessória a publicação em *Diário da República* e num jornal de expansão nacional. Apesar da impugnação judicial, o Tribunal de Comércio de Lisboa não apreciou o caso, porque decorreu o prazo legal de prescrição.

No contexto europeu, igualmente no setor das telecomunicações, a decisão da Comissão *Deutsche Telekom AG* de 1 de maio de 2003, proc. COM/ C 1/37.451, 37.578, 37.579 resultou na condenação a uma coima de 12,6 milhões de euros pela violação do art. 82.º do TCE. Originou o acórdão *Deutsche Telekom c. Comissão*, 14 de Outubro de 2010, proc. C-280/08 P, confirmando a decisão da Comissão, negando provimento ao recurso.

A decisão da Comissão *Wanadoo España/Telefónica*, proc. COMP/38.784 que resultou na aplicação de uma coima de mais de 151 milhões de euros à Telefónica SA e à Telefónica de España SAL. Originou o acórdão *Telefónica e Telefónica de España v Commission*, de 29 de março de 2012, proc. T-336/07, confirmando a decisão da Comissão, negando provimento ao recurso. O valor avultado da coima prendeu-se não apenas com os efeitos perniciosos da atuação da empresa, mas igualmente pela existência do precedente da *Deutsche Telekom*, o qual deveria ter funcionado como um efeito dissuasor e não funcionou.

⁵⁶⁸ No sentido de destrinçar as duas práticas o Acórdão *Konkurrensverket/TeliaSonera*, de 17 de fevereiro de 2011, proc. C-52/09.

⁵⁶⁹ Partindo da média dos custos variáveis, se os preços praticados pela empresa foram inferiores à média daqueles serão considerados predatórios. Ou mesmo que os preços sejam superiores à média dos custos variáveis, mas forem inferiores à média do custo total, nesse caso tem de se demonstrar a intenção predatória da empresa. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 674.

⁵⁷⁰ A France Telecom ocupa o lugar da sua sucursal e recorre da decisão para o Tribunal Geral no Acórdão *France Telecom c. Comissão*, de 30 de janeiro de 2007, proc. T- 340/03 e para o Tribunal de Justiça, no Acórdão *France Telecom c. Comissão*, de 2 de abril de 2009, proc. C- 202/07, os quais confirmam a decisão inicial.

⁵⁷¹ De acordo com o que resulta do Acórdão *United Brands*, para aferir a desproporcionalidade dos valores realiza-se um teste com duas condições. Num primeiro momento verifica-se se entre o custo suportado pela empresa e o preço praticado existe uma *desproporção excessiva* e, num segundo momento se o preço praticado é em si injusto ou em comparação com produtos concorrentes. Num momento posterior o acórdão *General Motors c. Comissão*, 13 de novembro de 1975, proc. 26/75 estabeleceu uma correlação entre o preço do produto e o seu valor económico para aferir da excessividade ou não do preço.

⁵⁷² A então subsidiária da PT Comunicações, S.A. a Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. e atualmente, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.

da Vodafone⁵⁷³, que alegadamente praticariam preços excessivos no “*mercado retalhista de prestação de serviços de comunicações móveis e dos mercados grossistas de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais e de terminação de mensagens curtas (SMS) em redes móveis individuais*”, no seguimento de uma denúncia pela Optimus⁵⁷⁴. Todavia, da análise da AdC resultou o arquivamento processo por não se verificar um abuso de posição dominante⁵⁷⁵.

- b) *A impor a limitação da produção, distribuição ou do desenvolvimento técnico, prejudicando os consumidores.* Assume relevância a figura dos *acordos exclusivos*. Acordos dos quais resultam uma obrigação de exclusividade imposta a um cliente de forma a que num dado mercado só compre bens e serviços à empresa em posição dominante ou quando a empresa em posição dominante impõe uma obrigação de fornecimento exclusivo aos seus fornecedores⁵⁷⁶.
- c) *Aplicação de condições desiguais no caso de prestações equivalentes que gerem efeitos anticoncorrenciais*⁵⁷⁷. Esta discriminação pode resultar na exigência de preços desiguais para produtos ou serviços iguais⁵⁷⁸ ou pela imposição de condições negociais distintas. No plano nacional a decisão da AdC em 2008 condenou a PT Comunicações, S.A. pela imposição de condições discriminatórias a prestações equivalentes no aluguer de circuitos a uma das suas concorrentes, a OniTelecom entre 2002 e 2003, a qual dependia destes para a prestação dos seus serviços. A AdC condenou a PT Comunicações em 2,1 milhões de euros e a título de sanção acessória a publicação da decisão no Diário da República e num jornal de expansão nacional. Todavia, a impugnação judicial no Tribunal de Comércio de Lisboa absolveu a PT⁵⁷⁹.
- d) *A recusa de contratar através do fornecimento de produtos ou prestação de serviços que resulte na distorção da concorrência no mercado.* Com particular interesse para o nosso estudo, uma vez que, em razão da autonomia privada dos sujeitos económicos está na sua esfera contratar ou não com outro sujeito. Todavia, entendeu o direito europeu que, excepcionalmente, essa

⁵⁷³ A empresa Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A.

⁵⁷⁴ A então Optimus – Comunicações, S.A. e atualmente, NOS, Comunicações, S.A.

⁵⁷⁵ O Processo 2013/04., de 21 de novembro de 2014.

⁵⁷⁶ Esta prática consubstanciará igualmente um abuso ainda que, não diga respeito à totalidade da compra ou do fornecimento, mas a uma obrigação que abranja 80% das necessidades. De acordo com o art. 1.º, n.º 1, alínea d) do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE sobre determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas

⁵⁷⁷ Art. 102.º, alínea c) do TFUE e art. 11.º, n.º 2, alínea c) do RJC.

⁵⁷⁸ O Acórdão *Clearstream Banking*, de 9 de setembro de 2009, proc. T- 301/04.

⁵⁷⁹ Sentença de 29 de fevereiro de 2012, proc. 1232/08.9TYLSB.

recusa pode traduzir-se num abuso⁵⁸⁰. Especialmente visível nas indústrias em rede, pelas dificuldades geradas devido ao impedimento de acesso a uma rede ou outra infraestrutura imprescindível para a disponibilização dos serviços. Esta figura assenta na particularidade de, face à recusa de venda ou de fornecimento pela empresa em posição dominante, a empresa fica impossibilitada de exercer a sua atividade pela carência das matérias-primas, sendo excluída do mercado⁵⁸¹. Apesar da ausência no Tratado institutivo da União⁵⁸², está expressamente prevista no diploma português no art. 11.º, n.º 2, alínea e) do RJC a recusa relativamente ao acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais, a qual assenta em vários pressupostos⁵⁸³. Impondo a demonstração que sem o acesso à infraestrutura o acesso ou a permanência no mercado fica obstaculizada, relevando o *princípio da proporcionalidade* para aferir ou não da razoabilidade da recusa⁵⁸⁴. Além disso, em regra, o meio essencial gozará de *precariedade* do seu estatuto, uma vez que este se atenderá à sua valência no mercado relevante em determinado momento, isto é, a inexistência *naquele momento* de uma alternativa razoável⁵⁸⁵. Em Portugal, o primeiro caso a aplicar o conceito de recusa de acesso a infraestrutura essencial⁵⁸⁶ é inclusive no setor das telecomunicações, o Caso *Condutas*⁵⁸⁷⁻⁵⁸⁸.

⁵⁸⁰ No setor das telecomunicações, a Comissão dispôs na Comunicação *sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no setor das telecomunicações* os critérios objetivos dos quais se socorre para os casos em que, não existindo uma recusa explícita ocorre um resultado análogo e como tal enquadrar-se-á igualmente – COM (98/C 265/02).

⁵⁸¹ ANASTÁCIO, Gonçalo – Artigo 11.º - Abuso de posição dominante. In Porto, Manuel [et al.] (coord.), Henriques, Miguel Gorjão (dir.) - *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 248.

⁵⁸² Prevista no considerando 75 da Comunicação da Comissão – “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”.

⁵⁸³ Nomeadamente, *i)* a titularidade de uma *posição dominante*, *ii)* que o comportamento da empresa se traduza numa recusa relativa a uma infraestrutura imprescindível contra remuneração adequada, *iii)* da qual resulte por razões de facto ou legais, *iv)* a eliminação de da concorrência efetiva no mercado a montante ou a jusante e, *v)* não sendo a recusa objetivamente justificada.

⁵⁸⁴ ANASTÁCIO, Gonçalo – Artigo 11.º - Abuso de posição dominante. In Porto, Manuel [et al.] (coord.), Henriques, Miguel Gorjão (dir.) - *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 250.

⁵⁸⁵ ANASTÁCIO, Gonçalo – Artigo 11.º - Abuso de posição dominante. In Porto, Manuel [et al.] (coord.), Henriques, Miguel Gorjão (dir.) - *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 251.

⁵⁸⁶ No art. 6.º, n.º 1, alínea b) na versão originária do RJC.

⁵⁸⁷ A questão controvertida envolveu a AdC e a então PT Comunicações, resultando numa coima de 38 milhões de euros pela prática de abuso de posição dominante, na forma de recusa de acesso às suas condutas no subsolo aos seus concorrentes, e em virtude da gravidade do comportamento na cominação de uma sanção acessória, que revestia a publicação do extrato da decisão no Diário da República e num jornal de expansão nacional e uma sanção pecuniária compulsória, por cada dia de atraso no pagamento da coima, no montante de 5% da média diária do volume de negócios da empresa no último ano, a contar da data do trânsito em julgado da decisão condenatória. Descontente com a decisão e com as sanções aplicadas, a PT Comunicações impugnou a decisão no órgão jurisdicional à data responsável, o Tribunal de Comércio de Lisboa, e o qual julgou procedente o recurso de impugnação, absolvendo-a na sentença do TCL, de 02 de março de 2010, "*PT Comunicações c. AdC*", Proc. N.º 1065/07.0TYLSB.

⁵⁸⁸ Em sede de recurso, a AdC tenta inverter a impugnação recorrendo para o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), mas este confirmou *tout court* a sentença recorrida. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º1065/07-0TYLSB-L, de 20 de dezembro de 2010.

No contexto europeu, destacam-se o caso envolvendo a *Slovak Telekom* e a autoridade reguladora nacional eslovaca⁵⁸⁹, bem como o que opôs a Comissão Europeia à operadora polaca *Telekomunikacja Polska*⁵⁹⁰.

- e) As vendas ligadas ou subordinadas⁵⁹¹, comumente o *tying* e do *bundling*. No primeiro caso, a empresa dominante impõe ao cliente que adquire um produto (subordinante) a compra de outro (subordinado) da mesma empresa dominante.

No segundo caso, ocorre a prática da venda por uma empresa de dois ou mais produtos no mesmo conjunto. Podendo a venda dos produtos só ocorrer através do conjunto e em proporções fixas (*puro*) ou ocorrer a venda separada dos produtos, todavia o seu valor comercializado individual é superior ao pacote. Em ambos os casos os produtos são distintos e não têm ligação ao objeto contratual.

Ao contrário do art. 101.º, n.º 3 não se prevê formalmente a possibilidade de autorização do comportamento abusivo, todavia a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça tem admitido a licitude de certos comportamentos por empresas em posição dominante, através de um *balanço concorrencial ou racional*⁵⁹².

Acresce que, apesar da aparente não coincidência entre o âmbito de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, a sua aplicação cumulativa já ocorreu⁵⁹³.

No plano sancionatório, compete à Comissão a aplicação de coimas e sanções pecuniárias compulsórias⁵⁹⁴ nos termos do Regulamento (CE) n.º 1/2003, todavia e com o intuito de eliminar os comportamentos ofensivos da concorrência, dispõe igualmente de *soluções de carácter comportamentais* ou *estruturais*⁵⁹⁵. Até este regulamento, a política e o direito da concorrência estavam *subordinados* à

⁵⁸⁹ O acórdão *Deutsche Telekom c. Comissão* do Tribunal Geral, de 13 de dezembro de 2018, processo T-851/14, condenou por recusa de fornecimento (e compressão de margens) a *Slovak Telekom*, em cerca de 38 milhões de euros, e a *Deutsche Telekom* enquanto empresa-mãe, e capaz de exercer influência decisiva sobre a sua subsidiária, solidariamente numa coima única de cerca de 19 milhões.

⁵⁹⁰ Acórdão *Orange Polska SA c. Comissão Europeia*, de 25 de julho de 2018, proc. C 123/16 resulta de um recurso de anulação apresentado pela sucessora legal, da anterior responsável pelo monopólio estadual polaco de telecomunicações. Do Acórdão *Orange Polska SA c. Comissão*, de 17 de dezembro de 2015, anteriormente *Telekomunikacja Polska SA* que resultou na condenação da operadora polaca por recusa de fornecimento em 127 milhões de euros, em virtude da recusa de fornecimento de acesso à rede nacional.

⁵⁹¹ Art. 102.º, alínea d) do TFUE.

⁵⁹² Em pormenor, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 675.

⁵⁹³ Neste sentido, o Acórdão *Tetra Park Rausing SA c. Comissão*, de 10 de julho de 1990, proc. T-51/89.

⁵⁹⁴ Respetivamente, os artigos 23.º e 24.º do Regulamento 1/2003.

⁵⁹⁵ A preferência recai sobre as soluções comportamentais, dependendo as soluções estruturais de um juízo de adequação e de necessidade. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 677.

concretização do mercado interno e refletindo este diploma uma mudança de foco na *garantia e promoção da eficiência* direcionada à defesa dos consumidores⁵⁹⁶.

Paralelamente, desde 2014 foi adotada a Diretiva 2014/104/UE, de 26 de novembro referente a ações de indemnização por violação do direito da concorrência, com o intuito de fortalecer o *efeito dissuasor* das práticas proibidas pelo art. 101.º e art. 102.º do TFUE, enquanto amplia as garantias dos consumidores.

Além das normas nucleares do art. 101.º e art. 102.º existem outras situações em que a Comissão, em vez de atuar no sentido de instar as empresas a reporem a situação que existiria caso não ocorressem as práticas violadoras da normatividade da concorrência, pretendeu evitar a consolidação de uma situação que acarreta riscos para a manutenção da liberdade da concorrência de mercado.

Referimo-nos ao *controlo de concentração de empresas*⁵⁹⁷. As reestruturações empresariais resultam da liberdade de iniciativa económica privada e podem ser benéficas para as próprias empresas envolvidas, para os consumidores, como para a economia num todo, através das sinergias criadas e do aumento da eficiência. Todavia, podem igualmente constituir um aumento do poder de mercado através da obtenção de uma posição dominante que, enfraqueça a concorrência e assim elimine os possíveis benefícios.

Num primeiro momento a União Europeia recorria ao art. 102.º para controlar jusconcorrencialmente as concentrações⁵⁹⁸, o que pela sua inadequação impôs a necessidade da redação do *Regulamento das Concentrações*⁵⁹⁹. Deste se retira que, as operações de concentração poderão ocorrer de três formas, mediante:

1. *fusão*⁶⁰⁰: constituindo o caso mais comum, esta resulta da constituição de uma única empresa por aglutinação de duas anteriores que, deixam de existir ou em consequência da fusão só uma subsiste, havendo uma diferença *meramente formal* em relação a uma concentração por aquisição de controlo.

⁵⁹⁶ FROUFE, Pedro Madeira, GOMES, José Caramelo - Mercado interno e concorrência. In Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana; Froufe, Pedro Madeira - *Direito da União Europeia: Elementos de direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 462.

⁵⁹⁷ Correspondente ao art. 36.º do RJC.

⁵⁹⁸ Quanto às insuficiências na aplicação do art. 102.º do TFUE às concentrações de empresas, ver GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 684.

⁵⁹⁹ Sendo redigido o Regulamento (CE) n.º 139/2004, doravante *Regulamento sobre as concentrações*.

⁶⁰⁰ Art. 3.º, n.º 1, alínea a) *ab initio* do *Regulamento sobre as Concentrações* e art. 36.º, n.º 1, alínea a) do RJC.

2. *aquisição de controlo*⁶⁰¹: ocorre quando, uma empresa é absorvida por outra que, vai adquirir o controlo sobre ambas, em virtude de um negócio jurídico⁶⁰².
3. *criação de uma empresa comum de “pleno exercício”*⁶⁰³: advém da constituição de uma nova empresa, sendo controlada em conjunto pelas empresas-mãe, mas enquanto uma *unidade económica autónoma* de forma duradoura⁶⁰⁴.

Assim, verificando-se qualquer um dos casos descritos acima, deve ocorrer a notificação *antes da sua realização*⁶⁰⁵. Contudo, só as concentrações de *dimensão comunitária*⁶⁰⁶ devem ser notificadas à Comissão⁶⁰⁷, caso contrário essa apreciação é competência das autoridades nacionais da concorrência⁶⁰⁸.

Pelas suas características específicas, no setor das telecomunicações são visíveis ao longo das décadas tentativas de fusões e aquisições sem sucesso em virtude da intervenção da Comissão que, em nome da promoção da concorrência as impediu, entendimento que parece estar a mudar^{609,610}.

Por fim, o regime da *proibição dos auxílios de Estado* segue a mesma teologia que, edificou as liberdades circulatórias e a política da concorrência europeia, isto é impedir que os Estados-Membros

⁶⁰¹ Art. 3.º, n.º 1, alínea b) do *Regulamento sobre as Concentrações* e art. 36.º, n.º 1, alínea b) do RJC.

⁶⁰² Nesse sentido, quer o *Regulamento sobre as Concentrações*, quer o art. 36.º, n.º 3 do RJC, explicitam que desse ato nasce a possibilidade, de exercer com *caráter duradouro, uma influência determinante* na aquisição total ou parcial do capital social, dos direitos de propriedade, de uso ou fruição sobre o total ou parcela dos ativos ou na aquisição de direitos ou celebração de contratos que influenciem a composição ou as deliberações dos órgãos da empresa.

⁶⁰³ Art. 3.º, n.º 1, alínea a) *ad fine* do *Regulamento sobre as Concentrações* e art. 36.º, n.º 2 do RJC.

⁶⁰⁴ Art. 3.º, n.º 4 do *Regulamento sobre as Concentrações*.

⁶⁰⁵ Art. 4.º, n.º 1 do *Regulamento sobre as Concentrações*.

⁶⁰⁶ Art. 1.º, n.º 2 do *Regulamento sobre as Concentrações* quanto aos elementos quantitativos exigidos para preencher a dimensão comunitária. Todavia, se reunidos certos pressupostos, pode o controlo ser parcialmente exercido pelas autoridades dos Estados-Membros, como se configura nos casos dos art. 9.º, n.º 4, 21.º, n.º 3 e 4 e 22.º, n.º 4 do *Regulamento sobre Concentrações*. Ou ainda nos casos em que as empresas o requeiram, de acordo com os requisitos do art. 5.º do *Regulamento sobre as Concentrações*.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 699.

⁶⁰⁷ Art. 21.º, n.º 2 do *Regulamento sobre as Concentrações*. Valendo a doutrina da barreira única, ou seja, serão as operações de concentração de empresas apreciadas em exclusividade a um único nível, nacional ou europeu consoante o circunstancialismo concreto.

⁶⁰⁸ Também pode ocorrer que, uma concentração que não apresente *dimensão comunitária*, mas tenha a potencialidade de *afetar significativamente a concorrência* nos Estados-Membros é cometida pelas autoridades nacionais à Comissão, nos termos do art. 22.º do *Regulamento sobre as Concentrações*.

⁶⁰⁹ A Decisão 2003/790/CE da Comissão, de 28 de Junho de 2000 da Comissão acerca incompatibilidade da operação de concentração entre as duas empresas de telecomunicações, a *MCI WorldCom e a Spring* que originou o Acórdão *MCI c. Comissão*, de 28 setembro de 2004, proc.T-310/00.

⁶¹⁰ Em 2016, a Comissão adotou uma decisão pela qual bloqueou com base no *Regulamento sobre as Concentrações*, o projeto de aquisição da *Telefónica UK* (conhecida como *O2*) pela *Hutchison 3G UK 3*. A fundamentação da sua decisão assentou na factualidade da aquisição eliminar um concorrente importante no mercado do serviço telefónico móvel do Reino Unido, bem como na circunstância da entidade resultante da concentração passaria a ter unicamente a concorrência de dois operadores de rede móvel o que, no entendimento da Comissão provocaria um aumento dos preços do serviço telefónico móvel no Reino Unido e restringiria a escolha para os consumidores. Descontente com a decisão a *Hutchison 3G UK* interpôs um recurso no Tribunal Geral da União Europeia para obter a anulação da decisão da Comissão, tendo este anulado a decisão. Acórdão do Tribunal Geral, de 28 de maio de 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd c. Comissão Europeia*, proc. T-399/16.

sejam capazes de restringir a concretização do mercado interno, distorcendo a concorrência e potenciando a concessão de vantagens seletivas a algumas empresas. A proibição dos auxílios estatais⁶¹¹ exige o preenchimento dos quatro elementos⁶¹² previstos na norma, uma vez que, nem toda a afetação de recursos estatais é proibida. Contudo, existem derrogações⁶¹³ à proibição dos auxílios estatais, que podem assumir a forma de exceções *ex lege* ou *convencionais*⁶¹⁴, *regulamentares*⁶¹⁵ ou *individuais*⁶¹⁶.

A Comunicação da Comissão relativa aos auxílios estatais na banda larga⁶¹⁷ de 2013 traduzia a estratégia para a *Europa 2020*, sublinhando a importância da implantação da banda larga no âmbito da estratégia de crescimento da União. Com esse horizonte das orientações resulta o caráter subsidiário das intervenções públicas nas redes de banda larga, ou seja, só devem ocorrer na insuficiência dos investimentos privados. Por conseguinte, em zonas com deficiências de mercado evitando que o financiamento público comprometa os investimentos privados em áreas em que os operadores do mercado normalmente optam por investir ou já investiram, salvaguardando a concorrência.

No caso da atribuição de compensações aos prestadores de SIEG, o Tribunal de Justiça enunciou as condições em que estes não sendo qualificáveis como auxílios estatais e como tal não são proibidos⁶¹⁸.

Em suma, o direito da concorrência, está tradicionalmente associado a atuações *ex post* de caráter repressivo, uma vez que a interferência pública visa não disciplinar o Mercado, mas reprimir as práticas

⁶¹¹ Art. 107.º, n.º 1 do TFUE.

⁶¹² A auxílio implica *i)* a utilização de recursos estatais, *ii)* que podem afetar o comércio entre os Estados-Membros, *iii)* capaz de conceder uma vantagem enquanto tratamento preferencial e que, *iv)* falseie ou afete negativamente as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Acórdão *Denkavit*, de 27 de março de 1980, proc. 61/79.

⁶¹³ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 725-730.

⁶¹⁴ Elencadas no art. 107.º, n.º 2 do TFUE estão as situações nas quais a atribuição de auxílios se tornam admissíveis, nomeadamente por objetivos globais específicos, tais como de *natureza social, calamidades naturais* ou outros *acontecimentos extraordinários ou económicos*. Sendo que, ocorrendo essa atribuição fica dependente de uma notificação prévia à Comissão.

⁶¹⁵ A título exemplificativo, o art. 1º, n.º 1, alínea xiii) do Regulamento (UE) 2015/1588, de 13 de julho de 2015 prevê isenções relativas a auxílios a infraestruturas para o serviço de banda larga.

⁶¹⁶ Nos termos do Art. 107.º, n.º 3 do TFUE podem ser autorizadas pela Comissão Europeia as previstas nas alíneas a) a d) ou quando por proposta da Comissão e deliberação por maioria qualificada pelo Conselho, alínea e) ou nos termos do art. 108.º, n.º 2 e 3 do TFUE.

⁶¹⁷ A Comunicação da Comissão, *“Orientações da UE relativas à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais à implantação rápida de redes de banda larga”*, COM (2013/C 25/01).

⁶¹⁸ Da legislação nacional deve resultar a atribuição do serviço público àquele ente, as matrizes de cálculo do valor compensatório devem estar predefinidas de forma transparente, sendo que este não deve exceder as despesas com o serviço e a seleção do ente deve resultar de um concurso público ou o cálculo do valor compensatório terá por base uma empresa com uma gestão eficiente e com os meios necessários à prestação do serviço. Acórdão *Altmark*, de 24 de julho de 2003, proc. C-280/00.

abusivas de interesse geral⁶¹⁹. Há autores que admitem que a atuação dirigista apontada à regulação setorial é igualmente visível no direito da concorrência⁶²⁰, nomeadamente no controlo prévio de operações de concentração⁶²¹. Todavia, não falamos de regulação *strictu sensu* uma vez que, não se perderá de vista que a atuação estadual na defesa da concorrência não visa suprir as *falhas ou insuficiências do mercado*, mas uma atuação preventiva ou punitiva dos comportamentos dos agentes económicos (ou do próprio Estado) que limitem as regras do mercado⁶²².

2. A Defesa da Transparência

A *concorrência* surge como uma incumbência constitucional de vigilância que recai sob o Estado, tendo a política da concorrência europeia expandindo-se em conformidade com a consagração do mercado interno europeu.

Já a *transparência* tradicionalmente surge como uma imposição inerente à complexidade atual da Administração Pública⁶²³, em particular das autoridades reguladoras para garantir e promover o acesso à informação das práticas e dos procedimentos de forma a promover a confiança e o controlo pelos

⁶¹⁹ Como resulta da aplicação de sanções relativamente a práticas restritivas. GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 81.

⁶²⁰ Esta primazia que acompanha hoje o direito da concorrência resulta da sua “crescente publicização e administrativização”. GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 20-21.

⁶²¹ Artigo 29.º, n.º 4 do RJC. Não menosprezando que, a atuação da autoridade reguladora da concorrência no exercício da sua função poderá orientar o mercado, em particular nos procedimentos de controlos de empresas, mas não será este o fundamento último da sua atuação. Fundamentar-se-á na eliminação dos efeitos nefastos da concentração para a incumbência constitucional da prossecução da concorrência.

⁶²² MOREIRA, Vital - *Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”*. Repositório Científico da UC. [em linha]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 51 [Consult. 5 Mai. 2020]. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

⁶²³ Entre abril de 2016 e setembro de 2019, em Portugal exerceu funções a Comissão Eventual para o reforço da Transparência. Dos vários projetos legislativos subsumidos destacam-se os projetos de lei relativos à regulamentação do *lobbying*, ao enriquecimento injustificado, à alteração do regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, à alteração dos Estatutos dos Deputados. Culminaram na Lei 52/2019, de 31 de Julho, a qual aprova o regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos e na Lei n.º 60/2019, de 13 de agosto, resultando na décima terceira alteração ao Estatuto dos Deputados, aprovado pela Lei n.º 7/93, de 1 de março.

Destaca-se ainda, a proposta de criação da Entidade da Transparência, assumindo funções de receção e fiscalização das declarações dos políticos, de rendimentos, de patrimónios e interesses. O Estatuto desta última foi já aprovado pela Lei orgânica n.º 4/2019, de 13 de setembro.

Na mesma linha, em Agosto de 2017 é promulgada em França de um extenso pacote legislativo é aprovada a *Lei da moralização da vida política* com o intuito de regular o acesso a empregos públicos de familiares de titulares políticos.

cidadãos. Apesar do princípio da transparência não ter consagração expressa geral⁶²⁴, este surge frequentemente, enquanto conceito polissémico⁶²⁵, *em voga* no plano político⁶²⁶ e económico⁶²⁷ português.

Progressivamente estes dois conceitos andam de mãos dadas, uma vez que para garantir uma sã concorrência exigir-se-á às empresas uma atuação *transparente*, para a qual o papel das autoridades nacionais da concorrência e as autoridades reguladoras setoriais contribuem com imposições regulatórias.

No quadro regulamentar das telecomunicações a transparência surge em destaque a recair quer sobre a autoridade reguladora, quer sobre a atuação generalizada dos operadores de redes e prestadores de serviços de telecomunicações.

Apesar da entrada de *new players* no setor através dos serviços *OTT*, aos operadores tradicionais dos serviços de telecomunicações continua a ser apontado um imponente poderio económico. Paralelamente, também paira sobre o setor problemáticas associadas a comportamentos ilícitos que violam a normatividade e lesam o mercado num todo. Progressivamente, a regulação europeia do setor tentou acompanhar os novos desafios regulatórios sem perder de vista a posição desfavorecida de consumidores, inculcando obrigações de transparência e concorrência atenta à sua importância para a consolidação do mercado único digital europeu.

⁶²⁴ A consagração expressa de um princípio constitucional da transparência pelo qual a Administração Pública rege a sua atuação está ausente da CRP, todavia, nos art. 51.º, n.º 5 e art. 113.º, n.º 3, alínea d) da CRP surge enquanto princípio geral do direito eleitoral. O próprio CPA alude à “transparência”, nos seus artigos 14.º e 221.º, ainda que, não enquanto princípio geral da atividade administrativa. Sendo ao nível do CCP, que este foi consagrado no art. 1.º-A, n.º 1. Destacando-se o direito da contratação pública como o campo de eleição da convocação deste princípio.

⁶²⁵ Num sentido objetivo, convoca a propriedade de um corpo que deixando-se atravessar pela luz permite visualizar o seu interior, nomeadamente distinguir o que está no interior e além deste, num sentido figurado remete para algo evidente e inequívoco. AMORIM, João Pacheco de - *Princípio da Transparência no Direito dos Contratos Públicos*. II Congresso Luso-Brasileiro sobre a Transparência de 16 de julho de 2019, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2019.

⁶²⁶ Hodiernamente, a transparência é indissociável da cena política internacional e surge associada a outros conceitos centrais, tais como a *legitimidade* e *accountability*. Cfr. TAVARES DA SILVA, Suzana - O princípio da transparência: da revolução à necessidade de regulação. In Olmeda, Alberto Palomar [et al.]; Vieira de Andrade, José Carlos; Tavares da Silva, Suzana (coord.) - *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 150.

A *transparency international* é uma organização não-governamental constituída na década de 90, presente em inúmeros países, inclusive em Portugal desde 2010 pela associação cívica da Transparência e Integridade, tem como missão a *promoção da participação cívica, o acesso à informação, a transparência dos processos decisórios e a regulação eficiente dos sistemas e organizações reforçando a prevenção e o combate à corrupção*.

⁶²⁷ Comprometida com a prossecução da transparência, a Europa constitui o *Registo de Transparência*, uma base de dados onde constam as entidades que, *procuram influenciar as políticas e o processo legislativo das instituições europeias*. É possível a sua consulta e assim um controlo público de quais os interesses promovidos, quem o faz, e as fontes de financiamento. À data da consulta, constavam do Registo 11678 entidades. Para aceder, ver Sítio Oficial da Comissão Europeia [em linha] Bruxelas: União Europeia. [Consult. 20 Jun. 2020]. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/search.do?locale=en&reset=>>>.

Em 2015, um relatório da *Transparency International* classificou o nível de transparência das empresas de telecomunicações de maior dimensão a nível internacional não obtendo resultados favoráveis, no global⁶²⁸. Neste prisma solidifica-se a necessidade das autoridades reguladoras nacionais e as agências europeias atuarem de forma a (tentar) nivelar este terreno.

Nos diplomas que regem o setor em Portugal a transparência é evidenciada, desde logo nos Estatutos da ANACOM relativamente à atuação dos membros do Conselho de Administração no art. 21.º, o *dever de transparência*, consubstanciando-se num dever de informação que incide sobre estes relativamente à atividade da ANACOM enquanto prossecutora do interesse público, sem colocar em causa o dever de sigilo. Este releva, particularmente, em sede das comissões de inquérito relativamente à atuação do regulador do ano transato e para promover melhorias necessárias no subsequente.

O dever de apoio e informação que recai sobre a ANACOM relativamente aos prestadores do mercado e aos consumidores⁶²⁹ é reflexo de uma maior preocupação pela transparência no setor regulado em questão. Também a emissão de guias orientadoras e manuais de boas práticas têm surgido progressivamente, de forma a facilitar o acesso aos consumidores dos seus direitos e deveres, bem como a explicitar a legislação aos prestadores do mercado.

Quanto às empresas que atuam no setor também o legislador considerou pertinente fazer incidir específicas obrigações de transparência. Em geral, para qualquer empresa que ofereça redes e serviços de comunicações se estatui essas obrigações para garantir a conectividade dos meios e assim facilitar a interoperabilidade de redes e serviços.

Justamente na relação com outras empresas, através da publicização das condições que, permitidas nos termos da lei, limitem o acesso ou a utilização dos seus serviços e aplicações e, se *necessário e proporcional* o acesso por parte da ANACOM à informação necessária para comprovar o rigor dessa divulgação⁶³⁰.

Prevê igualmente uma *obrigação de transparência* no art. 67.º da LCE, em especial, sobre as empresas com poder de mercado significativo. Concretizando-a numa obrigação de publicização das

⁶²⁸ Assentando em três critérios avaliativos, nomeadamente os programas anticorrupção, transparência organizacional e relatórios corporativos nacionais. PAPP, Krisztina - *Transparency in corporate reporting – Assessing the World's Largest Telecommunications Companies 2015*. [em linha]. Transparency International, p. 37. [Consult. 3 Mai. 2020]. Disponível em: <https://images.transparencycdn.org/images/2015_TRAC_Telecoms_EN.pdf>.

⁶²⁹ Também neste sentido, os art. 40.º, n.º 4, al. d) e art. 47.º, n.º 3, al. b) da LQER relativamente às exigências de prestação de informações. orientação e apoio aos utentes e consumidores.

⁶³⁰ Art. 27.º, n.º 1, alinea c) da LCE.

informações mais exigente, abrangendo desde da oferta de acesso e interligação do operador, às características técnicas e contabilísticas⁶³¹, aos termos e condições de ofertas e preços dos serviços, competindo à reguladora definir quais, de que forma e o modo da publicitação das informações. Esta clareza exigível relativamente às informações dos serviços, não sendo exclusiva das empresas com poder de mercado significativo, demonstra a preocupação com as restantes empresas do setor e do próprio consumidor em aceder a informações das empresas em posição privilegiada para afetar o mercado⁶³².

Os consumidores destes serviços, são utilizadores ávidos pelos benefícios que diariamente se traduz o fenómeno da comunicação. Relativamente a estes, estas obrigações de transparência ganham maior relevância enquanto parte mais débil da relação jurídica controvertida. Neste sentido foram sendo reforçadas as obrigações a recaírem sobre os regulados. Desde logo, a obrigatoriedade das empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas de disponibilizarem informações “*adequadas, transparentes, comparáveis e atualizadas*”, relativamente ao acesso e à utilização dos serviços que prestam aos utilizadores finais e aos consumidores, explicitando preços e demais encargos, as condições de cessação dos contratos nos seus sítios na *Internet* e nos pontos de venda dos serviços⁶³³. O direito à faturação detalhada funciona igualmente como um mecanismo de salvaguarda do consumidor e de transparência⁶³⁴.

Neste sentido o desenvolvimento pela ANACOM de ferramentas interativas como o COM. Escolha e a NET. mede permitem aos consumidores consultar tarifários e simular um consumo nos serviços desejados e testar a velocidade da sua *Internet*. O que não impede que Portugal apesar das descidas, apresente dos preços mais elevados da Europa.

3. A Autoridade Reguladora Nacional: a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)

⁶³¹ Art. 71.º, n.º 3 da LCE.

⁶³² Nesse sentido o Art. 69.º do CECE.

⁶³³ Art. 47.º, n.º 1 e n.º 2 da LCE.

⁶³⁴ Art. 9.º, n.º 3 da LSPE.

A regulação específica de um setor baseado numa indústria de rede e *tendencialmente* de *atividades qualificadas como serviços de interesse económico geral*⁶³⁵, acusa exigências regulatórias acrescidas à abertura do mercado e à livre iniciativa privada⁶³⁶, de forma a fomentar efetivamente a concorrência.

Após a delimitação das atividades sujeitas à regulação setorial, caberá ao Estado numa opção político-legislativo, definir a estratégia regulatória⁶³⁷ pela qual irá efetivar esta regulação.

No caso das telecomunicações, a opção recaiu numa *“regulação por agência”*⁶³⁸ ou *“regulação por autoridade administrativa”*⁶³⁹, materializada na ANACOM, consubstanciando a sua criação num *“processo longo e pouco articulado”*⁶⁴⁰.

Da integração de Portugal na União Europeia, aos alicerces que sustentam o setor das telecomunicações é irrefutável a vocação internacional da regulação aplicável. Não sendo surpreendente que, a legislação nacional reguladora do setor é, em grande medida, produto da transposição do direito europeu ou resultado da sua direta aplicação, da atuação das suas (inúmeras) agências, temperada com decisões judiciais das instâncias jurisdicionais internacionais com o intuito de o mercado se desenvolver num quadro harmonizado⁶⁴¹.

3.1 De nascer, a crescer, à idade adulta: Os Estatutos ANACOM

⁶³⁵ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 82.

⁶³⁶ Em virtude de colmatar falhas e distorções no funcionamento do Mercado.

⁶³⁷ Quanto às opções de estratégias regulatórias, surgem a *“regulação por agência”*, a *“regulação por contrato”* (através da celebração de contratos públicos entre entidades públicas e os agentes de mercado, em regra na forma de concessões de serviços, obras públicas ou parcerias público-privadas) ou o *“modelo misto”* (resultando da convergência dos dois modelos anteriores, nas quais as empresas submetem-se à regulação por agência do setor e, simultaneamente à regulação através dos contratos celebrados com o Estado). GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 82-83.

⁶³⁸ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 82.

⁶³⁹ GÓMEZ-IBÁÑEZ APUD GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 117.

⁶⁴⁰ GAMITO, Conceição; RAPOULA, João Riscado - As taxas de regulação económica no sector das comunicações electrónicas. In Vasques Sérgio [et. al] (coord.) - *As taxas de regulação económica em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 173.

⁶⁴¹ Expondo a ampla conformação legislativa e administrativa da regulação pelo direito europeu, quer num plano jurídico-formal, quer jurídico-procedimental, VIDE GONÇALVES, Pedro Costa - Regulação nacional das telecomunicações – um caso de europeização da regulação de uma indústria em rede. In González Ríos, Isabel, (coord.) - *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red energía, telecomunicaciones y transportes y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 276- 282.

Somos capazes de distinguir 3 momentos temporais na sua existência, *i)* o primeiro compreendido, entre 1981 e 2001, *ii)* o segundo entre, 2002 e 2015 e *iii)* de 2015 até à atualidade.

Devemos recuar no plano jurídico nacional até ao início da década de 80, para identificar o nascimento do organismo público de acompanhamento do setor das comunicações, sob a tutela do ministro responsável pela área das comunicações: o *Instituto de Comunicações Portugal (ICP)*⁶⁴². Constitui-se então, estatutariamente enquanto instituto público dotado de personalidade jurídica, com autonomia administrativa e financeira, sob a tutela do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, herdando as anteriores atribuições de autorregulação da empresa pública CTT.

Desde a sua origem é visível a influência do direito europeu, o qual conduziu à incorporação no direito interno de normas que, se consubstanciaram em alterações sucessivas ao seu funcionamento e no reconhecimento de diversas atribuições.

Todavia, da leitura conjunta dos Estatutos de 1989 com a LBT de 97, constata-se a natureza de uma pessoa de direito público do tipo institucional (e como tal da administração indireta do Estado), sujeita à “*tutela e superintendência do Ministro do Equipamento Social, do Planeamento e da Administração do Território*”⁶⁴³. Ou seja, da sua natureza de instituto público, emanava uma relação jurídica de superintendência e tutela com o Governo, pelo que quer a designação e constituição dos seus órgãos, quer a independência era francamente pouca.

Torna-se visível o risco de a opacidade toldar as decisões e atuações do então ICP, em virtude das relações interadministrativas com o Estado, colocando-o numa “*posição de dominância-dependência mais ou menos intensa*”⁶⁴⁴.

Entre as suas atribuições destacavam-se, *i)* o apoio ao Governo (emissão de pareceres, preparação de medidas políticas e legislação e representando o Estado no plano institucional europeu), *ii)* a gestão do espaço radioelétrico, *iii)* a verificação das características e a conformidade dos equipamentos de comunicações, *iv)* a garantia e promoção de concorrência no âmbito da interligação,

⁶⁴² Este foi criado em 1981, pelo Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de julho, com estatutos aprovados em 1983, todavia não ocorreu a sua implementação. O ICP só é verdadeiramente estabelecido em 1989, através do Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de agosto com uma nova redação dos estatutos. É legalmente qualificado como “*entidade reguladora do sector*” pela LBT de 97. Assume também funções como entidade reguladora postal, como decorre da Lei n.º 102/99, de 26 de julho.

⁶⁴³ O decreto-Lei n.º 23/96, de 20 de Março, criou o Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território o qual, entre outros, integrou as funções do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações.

⁶⁴⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 82.

v) o acesso e imposição aos operadores de obrigações relativas ao serviço universal, w) a fiscalização e aplicação de sanções aos infratores, entre outras⁶⁴⁵.

3.1.1 A inovatória lei orgânica de 2001

Em 2001, a preocupação em garantir a independência da entidade responsável pela regulação deixa de ser um lugar etéreo passando para a realidade, transformando-a numa *entidade reguladora institucionalmente independente*.

Formalmente a nomenclatura legal passaria a ser de *ICP - Autoridade Nacional de Comunicações* (ICP-ANACOM). Constitui-se uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio.

Refletindo uma tendência europeia de garantir a concorrência no setor, o organismo foi dotado de maiores poderes normativos e determinados poderes sancionatórios gozando de maior independência face ao poder político e diferente composição orgânica. Conduziu à incorporação no direito interno de todo um acervo de normas até então, dispersas nos vários diplomas legais que, se consubstanciaram no reconhecimento do seu papel como a autoridade reguladora nacional.

Especialmente relevante, a inserção da independência dos seus membros, com a introdução de mandatos não renováveis e a possibilidade de destituição a ocorrer só em caso de “*falta grave*”, visando assegurar uma atuação transparente e rigorosa sem temor de represálias. Tal-qualmente, o impedimento dos seus membros de desempenhar funções em empresas submetidas à regulação da entidade reguladora durante o mandato e, dois anos após o seu termo visava prevenir o risco de captura regulatória.

O seu carácter inovatório também se verifica no sentido que, pela primeira vez a lei estabeleceu a *accountability* de uma entidade reguladora independente face ao Governo⁶⁴⁶. Impondo a apresentação perante este, na Assembleia da República, de um relatório anual de funções e a obrigatoriedade do seu presidente comparecer perante a comissão parlamentar prestando declarações acerca da atividade da

⁶⁴⁵ GONÇALVES, Pedro – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 112-114.

⁶⁴⁶ MOREIRA, Vital - A reforma da entidade reguladora das telecomunicações. In Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital - *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Coimbra: Almedina, 2008, p. 103-105.

entidade. Em suma, anteriormente à LQER já a ANACOM se regia por estatutos com padrões significativos de independência.

3.1.2 A atualidade da ANACOM

Mais de uma década após a aprovação dos últimos Estatutos, em 2015 são aprovados⁶⁴⁷ os novos Estatutos da autoridade reguladora, em resultado da exigência legal resultante da LQER, na adaptação dos estatutos das entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão⁶⁴⁸ ao novo diploma legal. Assumindo a que é hoje, a designação legal de *Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)*⁶⁴⁹.

Esta constitui-se nos termos do art. 1.º, n.º 1 dos Estatutos como “*uma pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa, financeira e de gestão, bem como de património próprio*”. À qual compete, a regulação do setor das comunicações⁶⁵⁰, incluindo-se as *comunicações eletrónicas*⁶⁵¹ e *postais*⁶⁵² em todo o território nacional⁶⁵³.

Da sua configuração institucional resulta então como característica primordial a *independência*⁶⁵⁴, materializada na ausência de poderes quer de superintendência, quer tutela por parte do Governo, aquando do exercício das suas funções, não obstante o disposto da LQER e os Estatutos⁶⁵⁵.

⁶⁴⁷ Após aprovação do Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março, em resultado da exigência legal resultante da LQER em 2013, em adaptarem os seus estatutos ao novo diploma legal.

⁶⁴⁸ Art. 3.º, n.º 3, alínea e) da LQER.

⁶⁴⁹ Art. 2.º, n.º 2 dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁵⁰ Art. 1.º, n.º 2 dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁵¹ Para o presente estudo atendemos à sua atuação apenas enquanto reguladora das comunicações eletrónicas.

⁶⁵² A ANACOM é também a autoridade reguladora postal (art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril, na sua última versão alterada pela Lei n.º 16/2014, de 04 de Abril relativa ao Regime Jurídico aplicável à Prestação de Serviços Postais).

Tendo a ANACOM em 2019 assumido a presidência do Grupo de Reguladores Europeus para os Serviços Postais (GRESPE) e prevendo como um dos objetivos a desenvolver no triénio de 2019-2021 no seio do GRESPE o processo de revisão da Diretiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Dezembro de 1997, relativa aos serviços postais e a implementação do Regulamento n.º 2018/644, de 18 de abril de 2018 relativo aos serviços transfronteiriços de entrega de encomendas, que visa aumentar a transparência dos preços e melhorar a supervisão regulatória desses serviços.

⁶⁵³ Art. 1.º, n.º 2 e 3 dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁵⁴ Art. 5.º dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁵⁵ A independência da ANACOM não é absoluta. Visível na designação dos membros do Conselho de Administração da ANACOM ocorrer por resolução do Conselho de Ministros, após audição da comissão parlamentar competente, a pedido do Governo, acompanhado do parecer da CRESAP, quanto à adequação do perfil do candidato. Neste sentido, a articulação do art. 17.º, n.º 3 e n.º 4 da LQER articulado com o art. 18.º, n.º 2 dos Estatutos da ANACOM.

A inamovibilidade dos seus membros, podendo ocorrer a sua destituição em restritos critérios que impõem uma *resolução do Conselho de Ministros fundamentada em motivo justificado*⁶⁵⁶. *Consagra o diploma que este motivo deve consubstanciar-se em “falta grave, responsabilidade individual ou coletiva, apurada em inquérito instruído por entidade independente do Governo, e precedendo audição da comissão parlamentar competente”*⁶⁵⁷. Sem perder de vista que, no elenco de critérios⁶⁵⁸ previsto na LQER e transposto para os Estatutos da ANACOM, pela sua indeterminação podem “*fundar juízos de oportunidade política*”⁶⁵⁹.

A previsão de mandatos de 6 anos⁶⁶⁰ e não renováveis⁶⁶¹, porém com a particularidade de após a cessação do mandato poderão após um intervalo temporal de 6 anos ser providos no mesmo cargo⁶⁶².

Igualmente relevante a colegialidade das entidades reguladoras e a previsão da obrigatoriedade de determinados órgãos na composição das autoridades reguladoras⁶⁶³, mormente o Conselho de Administração⁶⁶⁴ e o Fiscal Único⁶⁶⁵. Como já exposto a designação dos membros do Conselho Fiscal⁶⁶⁶ e

Já quanto ao fiscal único, nos termos do art. 33.º, n.º 3 dos Estatutos da ANACOM, é designado, por despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e comunicações, “*obrigatoriamente*”, entre os auditores registados na Comissão do Mercado de Valores Imobiliários ou quando não for adequado, entre os revisores ou sociedades de revisores oficiais de contas inscritos na Ordem dos Revisores Oficiais de Contas.

Bem como a exigência de prestação de informações pela ANACOM, perante a comissão parlamentar competente da Assembleia da República no primeiro trimestre de cada ano de atividade quanto ao seu plano plurianual de atividades de acordo com o art. 49.º, n.º 1 dos Estatutos da ANACOM, para consultar o do presente ano ver,

Já nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, a exigência de responder a solicitações de informações por parte do membro do Governo responsável pela área das comunicações, acerca da execução do plano plurianual de atividades e do orçamento da autoridade.

⁶⁵⁶ Art. 24.º, n.º 1 dos Estatutos da ANACOM e art. 20.º, n.º 4 da LQER.

⁶⁵⁷ Art. 24.º, n.º 2 dos Estatutos e art. 20.º, n.º 5 da LQER.

⁶⁵⁸ Art. 24.º, n.º 2, alínea a) dos Estatutos da ANACOM, “... designadamente o não cumprimento das obrigações de transparência e informação no que respeita à atividade da entidade reguladora...” e alínea c), “Incumprimento substancial e injustificado do plano de atividades ou do orçamento da ANACOM”.

⁶⁵⁹ BLANCO DE MORAIS, Carlos - A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência. *Jurismat* [em linha]. N.º 7, p. 163. [Consult. 5 Mar. 2020]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10437/8108>>.

⁶⁶⁰ A inclusão na LQER de mandatos de 6 anos explica-se pela não coincidência com os mandatos de qualquer ciclo político.

⁶⁶¹ Art. 20.º, n.º 1 da LQER e art. 18.º, n.º 10 dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁶² Art. 20.º, n.º 2 da LQER e art. 18.º, n.º 11 dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁶³ Art. 15.º, alíneas a) e b) respetivamente da LQER.

⁶⁶⁴ Enquanto órgão colegial é responsável por definir a atuação da autoridade, nomeadamente a definição e implementação da atividade da ANACOM e pela direção dos serviços, nos termos do art. 16.º da LQER e art. 17.º dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁶⁵ Sendo este responsável por assegurar o “*controlo da legalidade, da regularidade e da boa gestão financeira e patrimonial da ANACOM*” e funcionar como um órgão de consulta do Conselho de Administração nestas áreas, de acordo com o art. 27.º da LQER e art. 32.º dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁶⁶ O regime de incompatibilidade e impedimentos resulta da previsão da LQER e dos respetivos Estatutos a título principal, articulado com o regime de incompatibilidades e impedimentos dos titulares dos órgãos públicos em tudo o que não esteja especificamente regulado nos anteriores, de acordo com o art. 19.º, n.º 9 dos Estatutos.

do Fiscal Único visa garantir uma atuação pautada pela transparência e idoneidade refletindo a independência orgânica da autoridade.

Todavia, a inclusão de um poder de veto a favor do Presidente do Conselho de Administração⁶⁶⁷ relativamente a deliberações do Conselho de Administração que “*repute contrárias à lei, aos presentes estatutos ou ao interesse público*” confere, e seguimos de perto BLANCO DE MORAIS, uma “*entorse à colegialidade*”⁶⁶⁸, fragilizando a independência orgânica das entidades reguladoras.

Quer sobre os titulares dos órgãos, quer sobre pessoal, prestadores de serviços e colaboradores recai um dever de segredo profissional⁶⁶⁹ justificando-se pelo conhecimento de factos no exercício das suas funções, os quais em caso de divulgação, constituem uma vantagem para si ou para terceiros.

Além disso destacam-se na sua atuação outros valores⁶⁷⁰, tais como *excelência*⁶⁷¹, *a cultura de equipa*⁶⁷² e *a transparência*. Enfatizamos este último, também por nós considerado extremamente significativo neste mercado regulado. É a própria ANACOM a evidenciar a necessidade da prossecução da sua missão de forma “*independente, isenta e rigorosa*” com as partes no mercado. Contudo, mais do que “*ser imparcial na sua atuação*”, entendemos que esta transparência exigida é um passo adiante. Há autores que, reconduzem a transparência ao princípio da imparcialidade⁶⁷³, por outro lado, não deixando de reconhecer a proximidade entre a imparcialidade e a transparência, contudo expondo uma distinta natureza e um conteúdo autónomo face à Administração Pública atual. Se a transparência anda de mãos dadas com a imparcialidade⁶⁷⁴, não se esgota nesta⁶⁷⁵.

⁶⁶⁷ Art. 23.º, n.º 4 da LQER e art. 29.º, n.º 5 dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁶⁸ BLANCO DE MORAIS, Carlos - A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência. *Jurismat* [em linha]. N.º 7, p. 164. [Consult. 5 Mar. 2020]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10437/8108>>.

⁶⁶⁹ Art. 14.º da LQER e art. 45.º dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁷⁰ De acordo com a página institucional da ANACOM. Sítio Oficial da ANACOM [em linha] Lisboa: ANACOM. [Consult. 9 Abr. 2020]. Disponível em: <<https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=381611>>.

⁶⁷¹ No sentido de na prossecução da sua missão de reguladora setorial ser capaz de acompanhar e até antecipar a evolução do mercado, pautando a sua atuação por uma rigorosidade técnica.

⁶⁷² Enquanto um todo, a necessidade de trabalho articulado entre todos os envolvidos, de forma a potenciar recursos e sinergias.

⁶⁷³ Nesta perspectiva, António Francisco de Sousa, quanto à instrumentalização da transparência a favor da imparcialidade na atuação da Administração, no sentido de “*contribuir decisivamente para assegurar a boa imagem e o bom-nome*”. SOUSA, António Francisco de – *Direito Administrativo*. Lisboa: Prefácio, 2009, p. 342.

⁶⁷⁴ O princípio da imparcialidade está previsto no art. 9.º do CPA e no art. 226.º, n.º 2 da CRP..

⁶⁷⁵ Relativamente à Instrumentalidade da transparência e associação aos princípios consagrados no CPA, em particular o princípio da imparcialidade. AMORIM, João Pacheco de - *Princípio da Transparência no Direito dos Contratos Públicos*. II Congresso Luso-Brasileiro sobre a Transparência de 16 de julho de 2019, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2019.

3.2 Missão, objetivos e atribuições

Os Estatutos da ANACOM foram modificados para que, o seu conteúdo estivesse harmonizável⁶⁷⁶ com as normas legais da LQER e, de forma a acompanhar a transmutação do setor. Em virtude da “*especificidade institucional*” e “*grau adequado e autonomia decisória*”⁶⁷⁷ dos Estatutos e das funções conferidas pela União. Os objetivos da regulação previstos no art. 5.º da LCE a prosseguir pela ANACOM são:

- i. *Promoção da concorrência na oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas, de recursos e serviços conexos;*
- ii. *Contribuição para o desenvolvimento do mercado interno da União Europeia;*
- iii. *Defesa dos interesses dos cidadãos, nos termos da LCE.*

Para a concretização dos *supracitados* objetivos de forma plena e efetiva destaca-se um amplo catálogo de atribuições previsto no art. 8.º, n.º 1 dos Estatutos⁶⁷⁸, trespassando o domínio técnico⁶⁷⁹, ao consultivo⁶⁸⁰, até à possibilidade de representação do Estado⁶⁸¹.

Sendo que, no domínio da função consultiva da ANACOM ao Governo, o Tribunal de Contas⁶⁸², questionou se a atuação da mesma, mormente pelo auxílio na definição de linhas de estratégias e das políticas gerais das telecomunicações não afetaria a *transparência* da relação entre os dois. O Gabinete do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações em sede de contraditório apontou o elevado grau de especialização da autoridade reguladora enquanto fundamento que, “*naturalmente*” a capacita

⁶⁷⁶ Como aludimos *supra*, a LQER não goza de valor reforçado, pelo que, apesar da sua nomenclatura de *Lei-Quadro* no plano jurídico-constitucional não está num plano de superioridade-normativa relativamente aos decretos-lei que aprovaram os Estatutos das respetivas autoridades, pelo que só se poderá aludir a uma “*(auto)vinculação política do legislador*” e, nunca num plano normativo, podendo em teoria os Estatutos não observar o seu regime legal. Quanto a esta imprecisão, GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes – Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica. *Textos de regulação da saúde. Ano 2013*. [em linha]. Lisboa: ERSE, 2014, p. 10-12. [Consult. 19 Abr. 2020]. Disponível em: <http://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/textos/revista_ers_4.pdf>.

⁶⁷⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 121.

⁶⁷⁸ Sem prejuízo de coadjuvar o Governo nos termos do art. 8.º, n.º 2 dos Estatutos. Estando este dever de prestação de apoio e aconselhamento explicitado no art. 12.º, n.º 2 da LQER.

⁶⁷⁹ Neste sentido, as alíneas b), d), e) e f), do n.º 2 do art. 8.º dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁸⁰ Neste sentido, as alíneas a) e b), parte final do n.º 2 do art. 8.º dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁸¹ Neste sentido, a alínea c) do n.º 2 do art. 8.º dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁸² Do Plano de Fiscalização do Tribunal de Contas, para 2006, o TC escolheu pela primeira vez uma auditoria temática e horizontal à atividade regulatória, com incidência nos setores da concorrência, da água, da energia, das telecomunicações e do transporte ferroviário. No caso das telecomunicações resultando no Relatório de Auditoria n.º 37/06 – 2.ª secção do Tribunal de Contas.

como o ente melhor colocado para auxiliar o Governo. Atendendo à finalidade *sub judice* destacamos nas atribuições da ANACOM, nos termos da:

- ⟨ *alínea a)*, a promoção da concorrência na oferta de redes e serviços;
- ⟨ *alínea b)*, a garantia de acesso quer a redes, infraestruturas, recursos e serviços;
- ⟨ *alínea c)*, assegurar a garantia da liberdade de oferta de redes e de prestação de serviços;
- ⟨ *alínea d)*, o seu contributo no desenvolvimento do mercado interno das redes e serviços de comunicações eletrónicas da União Europeia, nos termos da *alínea d)*.
- ⟨ *alínea e)*, quanto à responsabilidade na gestão, supervisão e coordenação do espectro radioelétrico, quer no contexto de radiocomunicações civis, militares e paramilitares;
- ⟨ *alínea f)* aprovação do Plano Nacional de Numeração, a atribuição de recursos de numeração e condições de utilização;
- ⟨ *alínea g)*, a possibilidade de resolução administrativa de litígios entre regulados, nos termos da legislação aplicável;
- ⟨ *alínea h)*, a salvaguarda, quer dos direitos e interesses dos consumidores, quer dos demais utilizadores finais;
- ⟨ *alínea i)*, assegurar o cumprimento das obrigações de serviço universal, por parte dos prestadores de serviços designados, nos termos da *alínea i)*;
- ⟨ *alínea j)*, a promoção da resolução extrajudicial de conflitos entre regulados, consumidores e demais utilizadores finais através dos existentes, na criação de outros por iniciativa da autoridade ou em colaboração com outras entidades;
- ⟨ *alínea k)*, prestar o seu contributo na garantia de um elevado nível de proteção dos dados pessoais e da privacidade;
- ⟨ *alínea n)* e *o)*, estabelecer relações de cooperação e associação⁶⁸³ com outras entidades reguladoras, e com os organismos europeus, como a Comissão e o ORECE e internacionais, como a UTI.

Prevendo ainda, o presente diploma a impossibilidade de os órgãos da ANACOM delegarem ou concessionarem a “*entidades públicas ou privadas, por prazo determinado ou indeterminado, com ou sem remuneração, contrapartida ou renda periódica, a prossecução de quaisquer das suas atribuições*”

⁶⁸³ Como resulta do art. 11.º da LQER.

e poderes”, ainda que lhes seja reconhecida a possibilidade de contratação de serviços e de tarefas de suporte com entidades exógenas⁶⁸⁴.

4. Os poderes da ANACOM: o âmago do Papel regulador

Para garantir a panóplia de atribuições legalmente atribuídas à ANACOM impõe-se a necessidade de um organograma⁶⁸⁵ articulado com um leque de poderes igualmente amplo⁶⁸⁶. Relativamente ao exercício de poderes pela autoridade reguladora estes subdividem-se em:

- a. *Poderes regulamentares*, a título principal a elaboração de regulamentos⁶⁸⁷, mas igualmente a emissão, ordens, recomendações⁶⁸⁸ e medidas técnicas de execução⁶⁸⁹. A publicação de estudos e relatórios⁶⁹⁰ e a proposição de códigos de conduta e manuais de boas práticas⁶⁹¹.
- b. *Poderes de supervisão e fiscalização*, como a implementação⁶⁹² e verificação⁶⁹³ do cumprimento de leis, regulamentos e atos da União Europeia, a monitorização a atividade dos regulados e o funcionamento do mercado das comunicações⁶⁹⁴, desde logo na imposição das obrigações aos regulados, da atribuição dos direitos de utilização, das emissões das declarações necessárias ao exercício das atividades e no âmbito das infraestruturas. Os *pedidos de informação*⁶⁹⁵ e a

⁶⁸⁴ Art. 8.º, n.º 3 dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁸⁵ No sentido de adaptar a estrutura organizacional da ANACOM às novas exigências normativas europeias na prossecução das suas competências em Outubro de 2019, a ANACOM apresentou o seu novo organograma de onde constam mudanças, tais como o Encarregado de Proteção de Dados, com uma triade de delegações entre os arquipélagos e o Porto e a existência de Gabinetes em domínios como o Apoio ao Conselho de Administração, à Auditoria Interna, à Comunicação, ao Contencioso e às Relações Externas em paralelo com as várias Direções, que agora se reduzem à Direção de Regulação, à Direção Geral de Supervisão, à Direção de Informação e Inovação e Direção Geral de Gestão de Pessoas e de Recursos Financeiros.

⁶⁸⁶ Art. 9.º, n.º 1 dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁸⁷ Art. 9.º, n.º 2, alínea a) dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁸⁸ Art. 9.º, n.º 2, alínea b) dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁸⁹ Art. 9.º, n.º 2, alínea d) dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁹⁰ Art. 9.º, n.º 2, alínea f) dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁹¹ Art. 9.º, n.º 2, alínea g) dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁹² Art. 9.º, n.º 1, al. f) dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁹³ Art. 9.º, n.º 1, al. h) dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁹⁴ Art. 9.º, n.º 1, alíneas i) dos Estatutos da ANACOM.

⁶⁹⁵ A obrigatoriedade de colaboração dos regulados, na qual lhes compete fornecer as informações para análise da ANACOM, nos termos do art. 15.º dos Estatutos da ANACOM.

promoção da realização de auditorias, inspeções e inquéritos⁶⁹⁶, dos quais advém para os regulados um dever de cooperação com a autoridade reguladora⁶⁹⁷.

- c. *Poderes sancionatórios*⁶⁹⁸, face ao incumprimento por parte dos regulados das obrigações legais resultantes do quadro setorial, a ANACOM, pode adotar medidas cautelares⁶⁹⁹ ou provisórias, sancionar comportamentos previamente tipificados e aplicar sanções acessórias ou sanções pecuniárias compulsórias. E quando, no desempenho das suas funções, se depare com infrações que extravasam o âmbito das suas funções deve proceder à denúncia das mesmas e colaborar com as autoridades competentes⁷⁰⁰.

4.1 O exercício do Poder Regulamentar da ANACOM

No exercício das suas funções, a ANACOM poderá editar regulamentos administrativos externos que irão condicionar o comportamento dos operadores e dos próprios consumidores do mercado das telecomunicações.

Das exigências resultantes do princípio da legalidade⁷⁰¹, no subprincípio de prevalência da lei entender-se-á que, os regulamentos da ANACOM não poderão contrariar os regulamentos do Governo, quando aqueles sejam editados relativamente a matérias concorrentes, salvo se a competência para a edição de regulamentos for *especialmente* conferida por lei à autoridade reguladora deverão os últimos prevalecer⁷⁰².

Os regulamentos com *eficácia externa* estão sujeitos ao controlo político e ao escrutínio público logo enquanto projetos, mediante a exigência de dar conhecimento ao membro do Governo responsável

⁶⁹⁶ Art. 9.º, n.º 1, al. l) dos Estatutos da ANACOM. Nos termos dos art. 12.º e art. 44.º dos Estatutos da ANACOM, a ANACOM prevê os termos em que deve ocorrer o procedimento de fiscalização e quais as prerrogativas que os seus trabalhadores gozam nesse exercício de funções, respetivamente.

⁶⁹⁷ Art. 112.º, n.º 2 da LCE.

⁶⁹⁸ Art. 40.º, n.º 3, alíneas c), d), e) e f) e art. 43.º da LQER

⁶⁹⁹ Art. 9.º, n.º 1, al. p) dos Estatutos da ANACOM. Os procedimentos sancionatórios iniciados pela ANACOM devem respeitar os princípios da audiência de interessados e do contraditório, bem como os demais, resultantes do CPA.

⁷⁰⁰ Art. 13., n.º 3 dos Estatutos da ANACOM.

⁷⁰¹ De acordo com o art. 10.º, n.º 1 dos Estatutos da ANACOM no exercício do seu poder regulamentar está adstrita ao cumprimento ao *princípio da legalidade, da necessidade e da clareza*. Sendo que, no caso dos regulamentos externos, que criam direito e que se aplicam com eficácia externa aos regulados, acrescem o princípio da publicação e o da publicidade.

⁷⁰² Art. 138.º, n.º 1 do CPA, "*Os regulamentos governamentais, no domínio das atribuições concorrentes do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais, prevalecem sobre os regulamentos regionais e autárquicos e das demais entidades dotadas de autonomia regulamentar, salvo se estes configurarem normas especiais*".

pela área das comunicações e a divulgação na página eletrónica para consulta pública⁷⁰³, contendo o relatório preambular a fundamentação das opções vertidas no articulado final do regulamento. Sendo posteriormente publicado em Diário da República e na página eletrónica da ANACOM.

Refletindo esta procedimentalização um fator legitimador da atuação da ANACOM, e da transparência subjacente. Ou seja, podendo resultar no exercício de “*poderes normativos genéricos*”⁷⁰⁴ atribuídos por lei, contendo *direito inicial ou primário*⁷⁰⁵, sendo a sua admissibilidade no quadro das autoridades reguladoras a possibilidade de emitir os regulamentos que, se “*mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições*”⁷⁰⁶.

Estando constitucionalmente consagrada a possibilidade de órgãos *não legislativos* contribuírem com atos normativos e atendendo aos desafios de especialização e tecnicidade de setores sensíveis, admite-se que as autoridades reguladoras estarão numa melhor posição para intervir. Contudo, sem descurar que estes regulamentos tomam uma grande dimensão num mercado que é cada vez mais lucrativo e no qual conflituam interesses privados lucrativos e interesses públicos de acesso a uma necessidade básica de comunicação dos cidadãos. Pelo que, a sua redação por uma autoridade que *carece* da tradicional legitimidade democrática levante algumas dúvidas.

No nosso entendimento, a existência de consultas públicas relativas aos projetos de regulamentos mitigam as críticas apontadas, uma vez que atribuem uma voz ativa à sociedade de forma mais direta⁷⁰⁷. Por outro lado, a sua *expertise* técnica coloca a autoridade reguladora na melhor posição para garantir a sua adequação às necessidades do mercado, independentemente de conflitos políticos e interesses privados. Garantindo que, *à priori*, ocorrendo a nomeação e contratação dos indivíduos mais

⁷⁰³ Art. 10.º, n.º 2 dos Estatutos da ANACOM.

⁷⁰⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 147.

⁷⁰⁵ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 227.

⁷⁰⁶ Art. 9.º, n.º 2, al. a) dos Estatutos da ANACOM. Vieira de Andrade entende que esta disposição carece de uma interpretação restritiva, sob pena de inconstitucionalidade, na medida em que não sendo as autoridades reguladoras parte da Administração Autónoma, não deveriam os seus regulamentos arrogar caráter independente, mas apenas admitidos como regulamentos de execução ou no limite, complementares. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 149. Numa perspetiva mais flexível, SILVA, Suzana Tavares da - *Direito da Energia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 162.

⁷⁰⁷ A título exemplificativo, a consulta pública relativa ao projeto de Regulamento n.º 829/2016, de 23 de agosto, sobre a informação pré-contratual e contratual no âmbito das comunicações eletrónicas, na qual a Associação de Operadores de Telecomunicações (APRITEL), transmitiu à ANACOM um conjunto de problemas identificados no âmbito do processo de implementação e que, no seu entendimento, justificavam que fosse equacionada uma diferente abordagem do regime, resultou na abertura pela ANACOM de um procedimento de alteração do referido regulamento, para modificação do seu Anexo I.

capazes e idóneos através de métodos transparentes colmatará futuras incertezas nos atos praticados pela instituição.

4.2 O exercício dos Poderes de Supervisão e Fiscalização da ANACOM: O início do trilho: a entrada no mercado

Se na origem do setor a inserção de novos operadores no mercado estava francamente condicionada, presentemente a entrada no mercado é *ab initio* permitida legalmente carecendo, apenas, de uma comunicação prévia à autoridade reguladora. Permitindo-lhe o exercício da sua função de supervisão do setor, através do registo dos operadores em atividade no território nacional e, de um eventual controlo posterior. Sendo que, a *declaração* configura-se como um *ato administrativo meramente verificativo*, isto é apenas reconhece a comunicação prévia e a situação jurídica resultante da lei⁷⁰⁸.

Esta facilidade coaduna-se com a natureza concorrencial do setor que, igualmente prevê e promove o acesso às infraestruturas das redes e serviços de telecomunicações.

Todavia, existem recursos, como é o caso do *espectro radioelétrico*, que se caracterizam pela sua escassez, pelo que a liberdade que compagina a iniciativa de prestação de serviços e o acesso às infraestruturas é no caso limitada, sob pena de ceder à lei do mais forte⁷⁰⁹. Em pormenor.

4.2.1 A obrigação geral de conceder acesso e de interligação às redes

O acesso às redes e serviços e interligação das redes comporta simultaneamente um direito e uma obrigação de ceder o que é seu, e aceder ao que é dos outros⁷¹⁰, prevendo a lei que as empresas têm o

⁷⁰⁸ ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 392.

⁷⁰⁹ Numa visão dicotómica da regulação setorial distinguindo entre a “regulação uniforme (fraca)”, onde se insere a obrigação geral, na medida em que se aplica, indistintamente a todas as empresas que atuem no mercado das comunicações, que explorem redes ou forneçam serviços de comunicações eletrónicas, resultante diretamente da lei; e uma “regulação especial (forte)”, na qual a lei define os seus termos de aplicação, mas está dependente de um procedimento de análise do mercado pela autoridade reguladora setorial para posteriormente segmentar o setor de forma a determinar quais os mercados relevantes para que esta regulação incida. Ocorrendo unicamente, em empresas que dentro desses mercados relevantes detenham poder de mercado significativo. GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 205-206.

⁷¹⁰ Nos termos do art. 22.º, alínea a) da LCE.

direito de negociar as “*modalidades técnicas e comerciais*” de acesso e interligação⁷¹¹. Sem prejuízo da competência da ANACOM determinar as obrigações inerentes⁷¹², as quais os operadores terão que cumprir na *forma, modo e prazo fixados*⁷¹³, na impossibilidade de acordo entre as empresas.

Sendo que, a ANACOM poderá igualmente intervir, quer na ausência de acordos a pedido das partes envolvidas, quer relativamente a acordos já celebrados pelos operadores por iniciativa própria, “*quando justificado*” no âmbito de resolução de litígios⁷¹⁴. Esta obrigação, que tal como a *autorização geral* decorre diretamente da lei, aplica-se a todos os operadores que desenvolvem atividades de fornecer redes ou prestem serviços de comunicações eletrónicas.

Esta obrigação remete-nos para uma temática particularmente atual, relativamente à discriminação do tráfego na *Internet*, mormente o *princípio da neutralidade de rede*⁷¹⁵.

Apesar da (aparente) atualidade do princípio⁷¹⁶, este já vem a ser discutido no contexto europeu desde 2010, aquando do lançamento da consulta pública da Comissão Europeia sobre esta temática⁷¹⁷. Em finais de 2011, no seguimento desta consulta, o ORECE, sensível à relevância da transparência para alcançar a neutralidade da rede, apresentou “*linhas de orientação sobre neutralidade da rede e transparência, recomendando abordagens específicas em matéria de transparência*”. Revelando igualmente, a necessidade de enquadramento das práticas de gestão de tráfego neste contexto.

Atendendo às tendências do consumo em torno da *Internet* e dos conteúdos *over-the-top* dos últimos anos impôs-se a necessidade da fixação do *princípio da neutralidade de rede*, do qual resulta a impossibilidade do operador de rede discriminar o acesso através dos conteúdos disponíveis no serviço

⁷¹¹ Art. 62.º da LCE.

⁷¹² Art. 63.º, n.º 2, alínea a) da LCE.

⁷¹³ Art. 63.º, n.º 3 da LCE.

⁷¹⁴ Art. 10.º, n.º 1 da LCE.

⁷¹⁵ Um pequeno apontamento, no sentido da utilização indiferenciada da designação de *princípio de neutralidade da rede* e de *princípio da Internet aberta*, contudo este último abarque um domínio mais amplo, pois visa assegurar o acesso a conteúdos e a serviços online aos utilizadores de *Internet*, sempre e quando desejarem. Por conseguinte, a neutralidade da rede é considerada um meio para garantir o acesso à *Internet* aberta.

⁷¹⁶ No plano internacional, nos EUA já ocorrera a implementação de legislação específica relativa à neutralidade de rede, quando em 2017, numa decisão contrarcorrente relativamente à realidade europeia, a autoridade reguladora setorial norte-americana, a Comissão Federal de Comunicações, revoga-a. Nesse sentido, aos operadores norte-americanos é possível privilegiar determinados serviços e conteúdos na *Internet*, em detrimento de outros de acordo com os seus interesses.

⁷¹⁷ Já em 2009, aquando da reforma do quadro regulatório do setor se questionava a inserção do princípio da *neutralidade da Internet*, todavia não ficou consagrada como “*objectivo político e princípio regulamentar a promover*”, retardando para final de 2010 a “*eventual necessidade de orientações suplementares*”, de acordo com a Declaração da Comissão sobre a *neutralidade da Internet*, COM (2009/C 308/02).

de *Internet*, exceto para um reduzido conjunto de circunstâncias⁷¹⁸. Uma vez que, manter a *Internet* como uma rede o mais aberta e neutra possível, e face às reduzidas barreiras de entrada típicas de indústrias de rede, potencia a entrada de novos serviços e conteúdos fomentando a inovação e a concorrência entre as *startups digitais* e as grandes empresas corporativas no mercado.

A sua entrada em vigor no plano comunitário, retroage a 2016⁷¹⁹ ao *Regulamento TSM* - tendo em vista a garantia do acesso à *Internet* aberta, estabelecendo medidas comuns para os vários Estados-Membros da União Europeia.

O *Regulamento TSM* pretendeu garantir uma harmonização entre os diversos ordenamentos jurídicos, relativamente à problemática da neutralidade da rede, uma vez que isoladamente alguns países já apresentavam legislação específica nessa matéria⁷²⁰.

No seu art. 1.º, n.º 1 é definido como objetivo do diploma, a garantia de um “*tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego na prestação de serviços de acesso à Internet, e os direitos conexos dos utilizadores finais*”⁷²¹, em simultâneo, com a abolição do *roaming* na União Europeia⁷²².

As proibições inerentes a este princípio, a tender claramente para a completa neutralidade da rede subsumem-se em proibições de, *a) bloqueio*, pelo que não poderão os operadores bloquear o acesso a serviços, conteúdos e aplicações da *Internet*, *b) estrangulamento*, do qual os operadores não podem prejudicar ou promover o abrandamento do tráfego no acesso a determinado conteúdo e, *c) priorização paga*, sendo que os operadores não podem privilegiar determinados conteúdos ou serviços na *Internet* em detrimento de outros, em razão de uma maior retribuição de certa empresa em relação aos concorrentes, nem o podem fazer relativamente a empresas associadas.

⁷¹⁸ Neste sentido, o considerando 8 do Regulamento *TSM*, “*quando da prestação de serviços de acesso à Internet, os prestadores desses serviços deverão tratar todo o tráfego equitativamente, sem discriminações, restrições ou interferências, independentemente do seu emissor ou recetor, conteúdo, aplicação, serviço ou equipamento terminal*”.

⁷¹⁹ Altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento do *Roaming*.

⁷²⁰ Em 2015, países como a Eslovénia e Holanda tinham disposições nacionais acerca da exigência de neutralidade de rede, já outros como a Noruega apresentavam abordagens de autorregulação e/ou correção claudicando a ambição europeia de um *Mercado Único Digital*.

MESTRE, Kristel – Neutralidade de rede. *Contributos para a História da regulação das comunicações em Portugal*. [em linha]. Lisboa: ANACOM, 2019, p. 244. [Consult. 11 Jul. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/ANACOM30anos.pdf?contentId=1498028&field=ATTACHED_FILE>.

⁷²¹ Quanto aos direitos dos utilizadores finais, consagra o art. 3.º, n.º 1 do Regulamento *TSM* que estes devem ser capazes de “*aceder a informações e conteúdos e de os distribuir, de utilizar e fornecer aplicações e serviços e utilizar equipamento terminal à sua escolha, através do seu serviço de acesso à Internet, independentemente da localização do utilizador final ou do fornecedor, ou da localização, origem ou destino da informação, do conteúdo, da aplicação ou do serviço*”.

⁷²² Art. 1.º, n.º 2 do Regulamento *TSM*. Acerca da abolição das sobretaxas de itinerância a nível retalhista ver Capítulo I.

Sem prejuízo destas proibições, o *Regulamento TSM* prevê certas exceções quanto à gestão do tráfego que circula nas redes, sujeitas a requisitos de proporcionalidade. É admissível os operadores por razões de *proteção, preservação* ou *segurança* dos sistemas, em virtude do cumprimento da lei nacional, atos legislativos da União ou determinações judiciais *limitarem* ou *impedirem* a transmissão de comunicações não solicitadas ou atendendo à natureza do conteúdo atribuir-lhes prioridade⁷²³.

Resultam igualmente um conjunto de imposições de transparência relativamente aos prestadores de serviços de acesso à *Internet*, de forma a que, os utilizadores finais estejam dotados da informação relativa às condições do serviço de acesso à *Internet* pela sua prévia publicação, bem como a especificação nos contratos que incluam esta tipologia de serviços⁷²⁴.

A supervisão e a aplicação do presente diploma está atribuída às autoridades reguladoras nacionais, competindo-lhes a monitorização do mercado, de acordo com as medidas regulatórias⁷²⁵. Não se adivinhando uma tarefa fácil, o ORECE emitiu diretrizes para auxiliar as autoridades reguladoras nacionais na aplicação do novo quadro normativo e, nas obrigações que daí advém⁷²⁶.

Neste prisma, destacam-se determinadas práticas comerciais, como as ofertas de *zero-rating*. Destas resulta a ausência de contabilização no consumo de volumes de dados subscrito pelo cliente, nem a cobrança de um preço de tráfego relativamente a determinados conteúdos ou aplicações. Por outro lado, as *ofertas similares às ofertas zero-rating* incluem o acesso gratuito a aplicações ou conteúdos específicos, beneficiando o consumidor de um limite de tráfego adicional ao plafond geral de dados do tarifário base.

Ainda que, não sendo expressamente proibidas pelo *Regulamento TSM*, estas práticas e similares conduzem a incertezas na garantia de acesso a serviços em condições não discriminatórias.

⁷²³ SÁ, Rui - *Introdução às Redes de Telecomunicações*. 3.ª edição. Lisboa: FCA Editora de Informática, 2016, p. 138-139. Neste sentido, o art. 3.º, n.º 3 do *Regulamento TSM*.

⁷²⁴ Art. 4.º, n.º 1, alíneas a) a e) do *Regulamento TSM*, explicitam quais as informações que devem constar.

⁷²⁵ Art. 5.º do *Regulamento TSM*. Na aplicação destas regras, devem as autoridades reguladoras nacionais respeitar as linhas de orientação sobre a neutralidade da rede de Agosto de 2016, publicadas pelo ORECE em cooperação com a Comissão e após consulta do mercado. Apesar da ausência de carácter vinculativo, as linhas de orientação visam a uniformidade de medidas regulatórias entre os Estados-Membros, permitindo alguma flexibilidade na atuação das autoridades reguladoras.

⁷²⁶ As orientações do ORECE originais de 2016 foram, entretanto, atualizadas nos termos do art. 5.º, n.º 3 do *Regulamento TSM*. Sítio Oficial do ORECE [em linha] Riga: Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas [Consult. 20 Abr. 2020]. Disponível em: <https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/9277-berec-guidelines-on-the-implementation-o_0.pdf>.

Não obstante, deve a ANACOM proceder à análise casuística, de forma a verificar se estão em causa práticas de gestão de tráfego discriminatórias entre os diferentes *plafonds* disponibilizados⁷²⁷.

No caso português admite-se que as ofertas comerciais não sendo ofertas zero-rating *puras*, podem suscitar efeitos semelhantes, uma vez que favorecem o acesso a aplicações ou conteúdos específicos, na medida em que os dados de tráfego móvel consumidos nesses serviços não são contabilizados para os limites de tráfego contratado.

Em abril de 2019⁷²⁸, a Comissão emitiu um relatório de implementação do *Regulamento TSM*, reforçando a importância do acesso à *Internet* aberta na edificação do *mercado único digital*. Reiterando a relevância do diploma, concluindo pela adequação das suas disposições face ao mercado, e eficazes na proteção dos direitos dos utilizadores. As práticas comerciais adotadas pelos prestadores no contexto da *Internet Aberta*, vão ter, efeitos imediatos nas escolhas dos utilizadores, e efeitos mediatos no plano concorrencial e no desenvolvimento tecnológico do setor, potenciando ou colocando em risco a construção do *mercado único digital*.

A previsibilidade deste princípio explica-se pelo impacto *negativo* gerado na ótica da inovação de conteúdos e aplicações face aos já preexistentes no mercado, e pela limitação da escolha do utilizador final, na medida em que a entrada de novos conteúdos ou aplicações no mercado estaria fortemente condicionada pelos interesses corporativos já estabelecidos⁷²⁹.

4.2.2 A autorização geral

⁷²⁷ No exercício do seu poder de supervisão a ANACOM detetou que, face ao esgotamento do *plafond* disponível no contrato com o prestador de serviços de *Internet*, existiam determinados conteúdos e aplicações que se mantinham disponíveis (previamente selecionados pelo prestador), enquanto os restantes estavam indisponíveis. Neste sentido, e após uma consulta pública realizada em julho de 2018, a ANACOM recomendou aos prestadores dos serviços de telecomunicações, que publicassem os termos e condições da inclusão de conteúdos nas ofertas de *zero-rating*, para que as entidades tivessem conhecimento igualitário. Recomendou ainda que, aumentassem o volume de dados mensais nos *plafonds* gerais, assemelhando-se aos *plafonds* previstos nas ofertas de *zero-rating*.

Para consultar a decisão da ANACOM, Sítio Oficial da ANACOM [em linha] Lisboa: ANACOM. [Consult. 27 Abr. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/decZeroRating03072018.pdf?contentId=1456081&field=ATTACHED_FILE.>.

⁷²⁸ O relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *A aplicação das disposições do Regulamento (UE) 2015/2120 respeitantes ao acesso à Internet aberta*, COM (2019) 203 final.

⁷²⁹ Todavia, a doutrina não é consensual relativamente ao balanço entre as vantagens e desvantagens resultantes da inserção deste princípio.

Não havendo dúvidas que estamos perante um setor liberalizado e como tal, suscetível à livre iniciativa económica, a prestação de serviços e oferta de redes de comunicações eletrónicas está sujeita ao *regime de autorização geral*⁷³⁰. Ao contrário do que o conceito poderia sugerir⁷³¹, a autorização geral resulta numa permissão legal para as empresas fornecerem redes e serviços de comunicações eletrónicas, dispensando qualquer ato administrativo anterior ou posterior para o efeito⁷³².

Contudo, num momento *anterior* ao início da atividade, as empresas interessadas estão obrigadas ao envio de uma *comunicação prévia* à ANACOM, na qual devem descrever de forma sucinta o, *i)* fornecimento de rede ou prestação de serviço a que se propõem, *ii)* qual o momento temporal⁷³³ e, *iii)* os elementos identificativos das empresas. Caso, iniciem a atividade sem esta ter sido antecedida de uma comunicação prévia à ANACOM, esta constitui uma *contraordenação grave*⁷³⁴. Após o envio da comunicação, devendo obter prova do mesmo⁷³⁵, poderão iniciar de imediato a atividade, excetuando os casos em que careçam de constituir direitos de utilização de frequências e números⁷³⁶. A ANACOM emitirá uma *declaração*⁷³⁷ na qual, descreve detalhadamente quais os direitos previstos na LCE⁷³⁸, bem como as condições⁷³⁹. Servindo o propósito de facilitar o exercício dos direitos, inclusive face a outros operadores.

Pode então afirma-se que, a comunicação prévia constitui um *regime menos restritivo (da liberdade de exercício da atividade privada)*⁷⁴⁰, face à exigência de autorização (leia-se licença), pois não

⁷³⁰ Art. 19.º, n.º 2 da LCE.

⁷³¹ Alertando para o facto da *autorização* não estar sempre associada a um controlo prévio por parte da Administração com o objetivo da verificação de requisitos previamente definidos na lei, mas enquanto *medida regulatória* pela qual a autoridade administrativa é chamada a decidir. Sendo que, no caso da ANACOM, esta não goza de uma "*generosa margem de apreciação*". GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 148.

⁷³² Art. 19.º, n.º 1 e n.º 2 da LCE.

⁷³³ Art. 21.º, n.º 1 da LCE. A própria ANACOM no site institucional disponibiliza o formulário de comunicação prévia. Sítio Oficial da ANACOM [em linha] Lisboa: ANACOM. [Consult. 13 Abr. 2020]. Disponível em: <<https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=338169>>.

⁷³⁴ Art. 113.º, n.º 2, al. b) da LCE. Sendo o montante da coima calculada nos termos do art. 7.º, n.º 3 da Lei n.º 99/2009 de 4 de Setembro, aprova o *Regime Quadro das Contraordenações do Setor das Comunicações (RQCOSC)*.

⁷³⁵ Art. 21.º, n.º 3 da LCE.

⁷³⁶ Art. 21.º, n.º 4 da LCE.

⁷³⁷ No prazo de 5 dias a contar da receção da comunicação.

⁷³⁸ Art. 21.º, n.º 5 da LCE. Incluir-se-ão aqui, o direito de aceder à utilização de números e de frequências, o direito de instalar redes de comunicações eletrónicas e direito de aceder às infraestruturas aptas à instalação dessas redes, além dos direitos conferidos diretamente pelo diploma legal, como os de natureza procedimental ou ser designado prestador do serviço universal. ALVES, Nuno Peres – *Direito Administrativo das Telecomunicações*. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 391.

⁷³⁹ De acordo com o anexo A da *Diretiva-Autorização*, todavia estas condições decorrem diretamente da lei. ALVES, Nuno Peres – *Direito Administrativo das Telecomunicações*. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 392.

⁷⁴⁰ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 164

dará lugar a qualquer procedimento de controlo público prévio por parte da ANACOM, conjuntamente diminuindo a margem de discricionariedade que poderia envolver este mecanismo.

No quadro da nova regulação em resultado da transposição do CECE para o ordenamento jurídico português, as disposições relativas à *autorização geral de redes e serviços de comunicações eletrónicas* previstas no art. 12.º do CECE, parecem genericamente de acordo com as disposições atuais, apenas excetuando do regime de autorização geral, os “*serviços de comunicações interpessoais independentes do número*”⁷⁴¹. Nesse sentido passará a ser aplicado este procedimento com as obrigações subsequentes às empresas que, prestem serviços *semelhantes* aos disponibilizados pelas empresas de comunicações eletrónicas atualmente abrangidas pela LCE, ou seja as empresas que prestam os *serviços OTT* quando *dependentes do número*, como é o caso do *Whatsapp*.

Todavia, e em sentido convergente com as incertezas apontadas pela APRITEL⁷⁴², a multiplicidade de serviços *OTT* prestados por estas empresas, conduzem a que, por um lado parte destes se incluam no regime de autorização geral, enquanto outros incluir-se-ão no regime excecionado no preceito.

Tendo a ANACOM reconhecido esta necessidade de clarificação no Plano Plurianual de Atividades 2020-2022⁷⁴³ e admitindo que irá aguardar a transposição do CECE, para determinar se será necessário “*o desenvolvimento do estudo da avaliação do impacto destes prestadores na atividade dos operadores de serviços de comunicações eletrónicas*”.

4.2.3 Em busca das frequências perfeitas: o espectro radioelétrico e a numeração

⁷⁴¹ Art. 12.º, n.º 2 do CECE.

⁷⁴² A Associação dos Operadores de Telecomunicações no âmbito da auscultação pública pela transposição do CECE, apresentou algumas dúvidas acerca de como esta ocorreria. Sítio Oficial da ANACOM [em linha] Lisboa: ANACOM. [Consult. 10 Jul. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/APRITEL_tema2.pdf?contentId=1500498&field=ATTACHED_FILE>.

A título exemplificativo, o caso do SKYPE, suscetível de prestar serviços de se enquadrarem como “Serviço de comunicações interpessoais independente de números”, (entre utilizadores do serviço - *Skype In*), quer como “Serviço de comunicações interpessoais com base em números”, (quando possibilita a realização de chamadas para fora dos utilizadores do serviço em causa – *Skype Out*).

⁷⁴³ Para consultar o Plano Plurianual relativo ao triénio de 2020-2022, consultar Sítio Oficial da ANACOM [em linha] Lisboa: ANACOM. [Consult. 10 Jul. 2020]. Disponível em: <<https://www.anacom.pt/download.jsp?contentId=1498515&fileId=1498520&channel=graphic>>.

O espectro radioelétrico é o espaço onde “o conjunto de frequências associadas às ondas radioelétricas”⁷⁴⁴ se propaga e constitui domínio público do Estado⁷⁴⁵. Assumindo uma importância *supra* no setor das comunicações, de tal ordem que, a sua utilização está regada a medidas de harmonização a nível global pela UIT e a nível europeu pela Comissão Europeia⁷⁴⁶.

À ANACOM, enquanto entidade responsável pela gestão do espectro⁷⁴⁷ em território nacional, compete planificar o uso das frequências de acordo com a disponibilidade, a garantia de concorrência efetiva nos mercados relevantes, assegurando a sua utilização efetiva e ponderando os interesses dos utilizadores⁷⁴⁸.

Neste sentido, o *Quadro Nacional de Atribuição de Frequências (QNAF)*⁷⁴⁹, enquanto “documento orientador da planificação e da gestão do espectro a nível nacional”⁷⁵⁰ expõe quais as faixas de frequências do espetro atribuídas e as faixas a disponibilizar às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas.

Não havendo dúvidas que assistimos nos últimos anos a uma, “*marginalização ou (...) subalternização da figura da autorização administrativa*”⁷⁵¹ por parte das entidades públicas nacionais, em virtude das exigências propagadas por uma Europa unida em torno de um objetivo comum. Todavia, há domínios que em virtude da *escassez*, quer por razões técnicas, de interesse geral ou mesmo da limitação do recurso natural há ainda uma restrição quantitativa relativamente aos títulos de autorização disponíveis impondo para a sua atribuição a necessária seleção das entidades autorizadas⁷⁵².

Destarte, é o que ocorre no setor das telecomunicações relativamente à atribuição de direitos de utilização de determinadas frequências radioelétricas⁷⁵³. Em regra, aplicando-se as condições relativas à

⁷⁴⁴ Art. 15.º, n.º 1 da LCE.

⁷⁴⁶ Art. 14.º da LCE.

⁷⁴⁶ De acordo com o art. 15.º, n.º 3 da LCE e art. 30.º, n.º 10, respetivamente deve a ANACOM cooperar com as instâncias europeias sendo que, estando a utilização de frequências harmonizada na União compete à ANACOM a atribuição de acordo com tais disposições. ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 396.

⁷⁴⁷ Art. 15.º, n.º 1 da LCE.

⁷⁴⁸ De acordo com os critérios previstos no art. 15.º, n.º 2, alíneas a) a d) da LCE.

⁷⁴⁹ Nos termos do art. 16.º, n.º 2 da LCE, esta publicitação exclui as frequências cuja gestão esteja delegada às Forças Armadas e às forças de segurança.

⁷⁵⁰ ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 397.

⁷⁵¹ GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 158.

⁷⁵² GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 195-196.

⁷⁵³ Art. 30.º, n.º 5 da LCE.

autorização geral, salvo se, para *i)* evitar interferências prejudiciais, *ii)* assegurar a qualidade técnica do serviço; *iii)* salvaguardar a utilização eficiente do espectro ou, *iv)* realizar outros objetivos de interesse geral definidos na lei⁷⁵⁴ ficará dependente da constituição de direitos de utilização.

Legalmente, a atribuição destes pode decorrer de um *regime de acessibilidade plena*⁷⁵⁵ ou sujeita a *procedimentos de seleção por concorrência ou comparação*⁷⁵⁶, nomeadamente *leilão ou concurso*.

Quando fundamentado, a ANACOM pode decidir limitar o número de títulos de direitos de utilização a atribuir⁷⁵⁷, definindo previamente o procedimento de seleção de forma a garantir a satisfação de critérios de seleção *objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais*⁷⁵⁸. Antecedendo o procedimento de seleção a realização de consulta pública, de forma a ouvir consumidores e utilizadores⁷⁵⁹.

Independentemente do procedimento este deverá pautado por critérios de seleção “*objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais*”⁷⁶⁰.

A atribuição dos direitos de utilização de frequências ocorrerá, em regra, por um período de 15 anos⁷⁶¹, contudo é possível nos termos legais a sua transmissão⁷⁶².

⁷⁵⁴ Art. 30.º, n.º 1, alíneas a) a d) da LCE.

⁷⁵⁵ Caberá ao interessado apresentar pedido à ANACOM, de acordo com os requisitos legais exigíveis para comprovar a sua capacidade para cumprir as condições previstas no art. 32.º da LCE, associadas ao direito de utilização. Esta deve proferir e tornar pública no prazo de 30 dias uma decisão. Limitando-se o procedimento de autorização à conciliação da pretensão entre o interesse privado da empresa que fornece rede ou serviços de comunicações eletrónicas e o interesse público da ANACOM. GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 196.

⁷⁵⁶ Estes procedimentos estão edificados de forma a promoverem a competição entre os interessados, baseando-se a decisão final na confrontação de ofertas ou elementos relativos aos interessados. GONÇALVES, Pedro Costa – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 228-235. O autor, de forma pertinente, questiona a adequação de se alocar um recurso escasso através do leilão, baseado unicamente no valor da oferta económica envolvida, “*alheio e indiferente às qualidades materiais da oferta*”. *Ibidem*, p. 230.

⁷⁵⁷ Art. 31.º, n.º 1 e n.º 2 da LCE.

⁷⁵⁸ Na redação atual do CECE, no art. 55.º mantém-se o entendimento de que, sendo a procura superior à disponibilidade e o Estado-Membro entenda imitar os direitos de utilização, deverá aplicar procedimentos adequados e transparentes, nomeadamente o procedimento de seleção por concurso ou por comparação, indicando as razões porque o faz, estabelecendo os objetivos prosseguidos pelo procedimento, limitando o elenco que pode ser invocado pela autoridade reguladora nacional.

⁷⁵⁹ Art. 31.º, n.º 3, alínea a) da LCE.

⁷⁶⁰ Art. 31.º, n.º 4 da LCE.

⁷⁶¹ Art. 33.º, n.º 1 da LCE. poderá, em situações devidamente fundamentadas ser reduzido para um prazo mínimo de 10 anos ou ampliado para um máximo de 20 anos.

⁷⁶² Art. 34.º, n.º 1 da LCE. O CECE prevê no seu art. 49.º, n.º 1 que este direito seja concedido por um “*período adequado*” tendo no horizonte a utilização eficaz do espectro e assegurar a concorrência. No número 2, e no caso específico da utilização de espectro de radiofrequências harmonizado para serviços de comunicações eletrónicas de banda larga sem fios devem ser atribuídos por um período mínimo de 15 anos. Sendo atribuídos num intervalo inferior a 20 anos, pode ocorrer uma prorrogação do mesmo nas condições previstas.

A sua escassez e a transversal utilização pelos serviços da sociedade digital justificam o valor económico atribuído e que sejam amplamente disputados no mercado. Assim, associada à atribuição da exploração de faixas do espectro podem estar acopladas outras obrigações de interesse público ou nacional⁷⁶³, de forma mais eficaz e menos suscetível de afetar o mercado do que seriam através de obrigações de serviço universal.

Quanto à gestão de recursos de numeração, tal como quanto às frequências radioelétricas exige-se uma atuação de acordo com as normas harmonizadas a nível mundial e na União Europeia. O *plano nacional de numeração* (PNN) é competência da ANACOM, sendo que deve definir e publicar as linhas de orientação e os princípios gerais deste, nomeadamente da *transparência, da eficácia, da igualdade e da não discriminação*. É neste que constarão os intervalos de numeração, bem como o respetivo serviço⁷⁶⁴.

O procedimento para obter direitos de utilização é de iniciativa do particular à ANACOM⁷⁶⁵, o qual deve comprovar a sua capacidade para o cumprimento das condições legais exigidas⁷⁶⁶. Atendendo ao *“valor económico excepcional”*⁷⁶⁷, os direitos poderão ser atribuídos através de um procedimento de *seleção concorrencial ou por comparação*. Sendo possível a transmissão destes direitos de utilização, nos termos a definir pela ANACOM e salvaguardando a utilização efetiva e eficiente dos números e os direitos dos utilizadores⁷⁶⁸.

Neste âmbito, em articulação com a crescente preocupação europeia em garantir os direitos dos consumidores, uma das condições imperativas é assegurar a *portabilidade do número*. Traduzida na

⁷⁶³ A associação de obrigações de cobertura da banda larga a direitos de utilização do espectro tem sido um instrumento utilizado pela ANACOM e, previsto no art. 32.º, n.º 1, alínea a) da LCE, no sentido de apoiar a implantação de redes de banda larga em zonas rurais e menos densamente povoadas. Em Portugal, no seguimento do leilão multifaixa, no qual licitaram frequências de espectro para o 4G, os três prestadores de serviços de comunicações eletrónicas ficaram adstritos de disponibilizar a 480 freguesias com obrigações de cobertura de banda larga móvel, tendo a velocidade das mesmas sido revista em Julho de 2019, 43,2 Mbps para a MEO e para a VODAFONE e de 21 Mbps para a NOS.

Sítio Oficial da ANACOM – *Decisão de Revisão das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz*. [em linha] Lisboa: ANACOM, 2019. [Consult. 19 Jul. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/DecFinal21nov2019Freq800MHz.pdf?contentId=1495932&field=ATTACHED_FILE>.

⁷⁶⁴ ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial* – Volume V. Coimbra: Almedina, 2011, p. 399.

⁷⁶⁵ Art. 36.º, n.º 1 da LCE.

⁷⁶⁶ Art. 37.º, n.º 1, alíneas a) a h) da LCE. Devendo a decisão ser proferida, comunicada e publicada no prazo de 15 dias, nos termos do art. 36.º, n.º 5, alínea a) da LCE.

⁷⁶⁷ Art. 36.º, n.º 4 da LCE. Alargando o prazo decisório para 30 dias, nos termos do art. 30.º, n.º 5, alínea b) da LCE.

⁷⁶⁸ Art. 38.º da LCE.

possibilidade de os utilizadores solicitarem a manutenção do seu número, no mesmo serviço, independentemente da empresa que o presta⁷⁶⁹.

4.2.4 A instalação de redes de comunicações eletrónicas

Tal como, reiteradamente evidenciado, a construção e instalação de infraestruturas são uma parte cabal do setor das telecomunicações.

O diploma relativo à construção, acesso e instalação de redes e infraestruturas de comunicações eletrónicas⁷⁷⁰ consagra um direito de acesso aberto e não discriminatório, por parte das empresas de comunicações eletrónicas às infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas no solo⁷⁷¹⁻⁷⁷². Teleologicamente orientada para facilitar e incentivar a implantação de *redes de nova geração*, as quais permitiram comunicações eletrónicas de elevado débito, através da utilização de infraestruturas já existentes, em condições de igualdade, transparência e não discriminação e mediante condições remuneratórias orientadas para os custos⁷⁷³. Estando a construção inserida em operações de loteamento, urbanização ou edificação são aplicáveis as regras do presente diploma, respetivamente a *ITUR*⁷⁷⁴ e *ITED*⁷⁷⁵.

Competindo à ANACOM prever as prescrições técnicas de projetos, instalações e especificações técnicas de materiais sob a forma de *Manual de ITUR e Manual de ITED*.

⁷⁶⁹ A respetiva regulamentação do regime resulta do *Regulamento da Portabilidade*, o Regulamento n.º 58/2005 de 18 de agosto, última alteração introduzida pelo Regulamento n.º 257/2018, de 8 de maio, este último já alterado pelo Regulamento n.º 85/2019, de 21 de janeiro.

⁷⁷⁰ O Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, última versão, resultante do Decreto-Lei n.º 95/2019, de 18 de julho. Articulado com o Decreto-Lei n.º 11/2003, de 18 de janeiro, relativo à infraestruturas das estações de radiocomunicações.

⁷⁷¹ Detidas ou geridas não apenas por entes públicos como o Estado, as Regiões Autónomas e as autarquias locais, mas igualmente as entidades que estão sujeitas à sua tutela ou superintendência, e que exerçam funções administrativas, independentemente da sua natureza empresarial, bem como, as empresas públicas, concessionárias ou outras entidades que detenham infraestruturas instaladas no domínio público.

⁷⁷² Compondo este elenco: a rede de tubagens, postes, condutas, caixas, câmaras de visita, armários ou edifícios, bem como acessórios e quaisquer infraestruturas associadas necessários à transmissão de comunicações eletrónicas naquelas redes.

⁷⁷³ De acordo com o artigo 19.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 123/2009 é a ANACOM a autoridade competente para aprovar, por regulamento, a metodologia a utilizar para a fixação do valor da remuneração a pagar pelas empresas de comunicações eletrónicas como contrapartida pelo acesso e utilização das infraestruturas, salvo quando estas pertençam às autarquias locais. Tendo em dezembro de 2019 a ANACOM, aprovado por deliberação o projeto de regulamento.

⁷⁷⁴ Infraestruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações e conjuntos de edifícios.

⁷⁷⁵ Infraestruturas de telecomunicações em edifícios.

Este diploma permitiu a uniformização das obrigações dos operadores⁷⁷⁶, evitando a duplicação de infraestruturas e facilitar a partilhar o custo de investimento das redes.

4.2.5 A imposição de obrigações específicas

Anteriormente aludimos a que, as mesmas empresas a operar no mesmo setor regulado não estarão necessariamente sob a sujeição das mesmíssimas medidas regulatórias.

Atendendo à regulação assimétrica aplicável a uma parcela do setor, esta constitui a imagem de marca dos primeiros anos de liberalização das telecomunicações e encontra justificação nas complexidades intrínsecas a um mercado secularmente limitado a poucos e, no qual se pretendia, de forma efetiva fazer germinar a iniciativa económica privada e a concorrência.

Contudo, devido ao seu caráter intrusivo, e no caso das telecomunicações, particularmente a sua inserção nunca foi perspectivada com caráter definitivo, tendo as reformas normativas subsequentes comprovando a preferência pela regulação da concorrência, ainda que sob determinadas circunstâncias exigir-se-á a regulação setorial.

4.2.5.1 O procedimento de análise de mercado

Para que sejam impostas obrigações regulamentares *ex ante* é necessário *a)* a prévia definição dos mercados relevantes, *b)* analisar se os mercados relevantes definidos são concorrenciais no panorama nacional, *c)* a declaração de empresas com poder de mercado significativo e, mediante o resultado obtido *d)* impor, modificar ou excluir obrigações específicas às empresas com poder de mercado significativo⁷⁷⁷. A este procedimento, designamos o *procedimento de análise de mercado*.

⁷⁷⁶ Prevendo uma plataforma de referência o Sistema de Informação Centralizado (SIC), gerido pelo então ICP-ANACOM, no qual é disponibilizado aos interessados acesso imediato à informação atualizada e georreferenciada acerca das infraestruturas aptas a instalar redes de comunicações eletrónicas, as condições de acesso, bem como o planeamento a nível municipal.

⁷⁷⁷ ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial* – Volume V. Coimbra: Almedina, 2011, p. 407.

De acordo com a *Diretiva-Quadro*⁷⁷⁸, após consulta pública e consulta às autoridades reguladoras nacionais caberá à Comissão indicar, primariamente, os mercados relevantes de produtos e serviços no setor das comunicações eletrónicas cujas características podem justificar a imposição de obrigações regulatórias através de uma *recomendação*⁷⁷⁹.

Assim, a ANACOM na definição dos mercados relevantes no mercado nacional irá “*ter em conta*”⁷⁸⁰ essa *recomendação* e as *linhas de orientação para a análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo*⁷⁸¹ sempre em conformidade com o direito da concorrência⁷⁸². No seguimento da genética dinâmica do setor, a Comissão reaprecia periodicamente a *Recomendação*⁷⁸³, sendo que estamos perante um “*juízo discricionário na regulação*”⁷⁸⁴.

Após analisar os mercados identificados na *Recomendação*, não fica excluída a possibilidade da ANACOM definir como *mercados relevantes* outros que lá não encontrem consagração expressa⁷⁸⁵.

Ao proceder à definição dos mercados relevantes, a ANACOM deverá recorrer ao “*teste dos três critérios*”⁷⁸⁶ enunciado no considerando 22 da *Recomendação*⁷⁸⁷ de forma a determinar se estes possuem

⁷⁷⁸ Art. 15.º, n.º 1 da *Diretiva-Quadro*.

⁷⁷⁹ Mantendo-se a competência no CECE, nomeadamente no art. 64.º.

⁷⁸⁰ Art. 15.º, n.º 3 da *Diretiva-Quadro* e art. 58.º da LCE. De acordo com o art. 64.º, n.º 3 do CECE, as autoridades reguladoras nacionais deverão tomar na “*melhor conta*”, quer a recomendação, quer as linhas de orientação. Atendendo às novas exigências digitais, passa a prever-se igualmente a possibilidade de terem em conta os resultados obtidos nos levantamentos geográficos sobre a implantação de redes de comunicações eletrónicas que passam a estar previstos no art. 22.º do diploma. Estes incluem uma análise atual da cobertura geográfica das redes de banda larga nos territórios.

⁷⁸¹ Sem perder de vista que as recomendações, em regra, não acompanham um caráter vinculativo, o TJUE no Acórdão C-28/15, *T-Mobile c. ACM*, de 15 de setembro de 2016, pronunciou-se no sentido de que, quando estas permitem esclarecer disposições vinculativas, o afastamento das mesmas pelos órgãos e instituições nacionais deve resultar de uma avaliação casuística e da desadequação das mesmas à realidade nacional.

⁷⁸² Atender igualmente à Comunicação da Comissão — *Linhas de orientação para a análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar da UE para as redes e serviços de comunicações eletrónicas*, COM (2018/C 159/01).

⁷⁸³ Art. 15.º, n.º 1, parte final da *Diretiva-Quadro*. A Recomendação da Comissão 2014/710/UE de 9 de outubro de 2014, *Recomendação relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no setor das comunicações eletrónicas*, atualmente em vigor.

⁷⁸⁴ GONÇALVES, Pedro Costa - Regulação nacional das telecomunicações – um caso de europeização da regulação de uma indústria em rede. In González Ríos, Isabel, (coord.) - Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red energía, telecomunicaciones y transportes y su incidencia en los espacios naturales protegidos. Madrid: Dykinson, 2015, p. 280.

⁷⁸⁵ De acordo com os arts. 7.º, n.º 4 a n.º 7 da *Diretiva-Quadro* e art. 57.º da LCE. A Comissão tem um mês para se pronunciar acerca do projeto de decisão da ANACOM, no qual deve informá-la se entende que este é suscetível ou não de constituir um entrave ao mercado interno ou se tem dúvidas quanto à sua compatibilidade com o direito europeu. Caso a resposta seja afirmativa, pode adiar a sua aprovação por um prazo de 2 meses, improrrogável. Após parecer do ORECE, e mediante fundamentação a Comissão irá retirar as suas incertezas ou vetar a medida, sendo que neste último caso poderá a ANACOM acompanhar a decisão da Comissão ou alterar o projeto, num período de 6 meses.

⁷⁸⁶ Art. 7.º, n.º 3 da *Diretiva-Quadro*. O teste passou a estar plasmado no art. 67.º, n.º 1, alíneas a) a c) do CECE. Incluiu-se igualmente, um juízo prospetivo quando a ARN analisar o mercado relevante, equacionando como este mercado se desenvolveria na ausência de regulação e atendendo aos critérios vertidos no artigo.

⁷⁸⁷ A sua enumeração resulta dos anexos das recomendações anteriores, nomeadamente a Recomendação 2003/311/CE da Comissão (6) e da Recomendação 2007/879/CE, uma vez que se mantém a referência a estes, mas deixaram de constar do anexo da presente recomendação.

características que justifiquem a imposição de obrigações específicas. Este teste reconduz-se ao preenchimento de três critérios cumulativos, nomeadamente:

- a. Se à entrada no mercado encontram-se obstáculos fortes e não transitórios, que podem assumir uma natureza *estrutural, jurídica ou regulamentar*;
- b. Numa análise *prospetiva* pertinente verifica-se se a estrutura de mercado não favorece a concorrência efetiva, atendendo à situação da concorrência baseada nas infraestruturas e outras fontes, além dos obstáculos à entrada;
- c. A impossibilidade do direito da concorrência *per sí* corrigir oportunamente as deficiências do mercado.

Os resultados do teste deverão ser disponibilizados à Comissão, ao ORECE e às restantes autoridades reguladoras nacionais. A ausência de notificação de um projeto de medida suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros pode originar um processo de infração contra o Estado-Membro em causa⁷⁸⁸.

4.2.5.2 Empresas com poder de mercado significativo (PMS)

Após a definição dos mercados relevantes, compete à ANACOM uma análise individual destes, para determinar se existe ou não *concorrência* no panorama nacional, através da existência ou inexistência de empresas com *poder de mercado significativo*. Atendeu-se à definição de *posição dominante* para concetualizar o *poder de mercado significativo*⁷⁸⁹.

Caso a ANACOM conclua tratar-se de um mercado efetivamente concorrencial, por não existir, pelo menos, uma empresa com *poder de mercado significativo*, não poderão resultar quaisquer obrigações regulamentares específicas, e caso existam de um procedimento anterior deverão ser excluídas⁷⁹⁰, informando as partes visadas.

⁷⁸⁸ Como descrito no considerando 38) da *Diretiva-Quadro*.

⁷⁸⁹ De acordo com o art. 60.º, n.º 1 da LCE, "*considera-se que uma empresa tem poder de mercado significativo 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*". No mesmo sentido a redação do art. 63.º, n.º 2 do CECE.

⁷⁹⁰ Previsto no art. 59.º, n.º 3 da LCE.

Por outro lado, concluindo pela inexistência de concorrência efetiva pela presença de uma ou mais empresas com *poder de mercado significativo*, já existindo obrigações prévias, deve a ANACOM, optar pela sua manutenção ou alterá-las em conformidade⁷⁹¹.

Quanto à declaração de que, determinada empresa possui *poder de mercado significativo*, este não constitui um simples *ato declarativo*⁷⁹², mas um ato de *verificação constitutiva*⁷⁹³.

Após a conclusão deste procedimento a ANACOM poderá impor obrigações específicas em matéria de acesso⁷⁹⁴ ou interligação, qualquer uma das previstas no art. 66.º, n.º 1 da LCE, devendo justificar na sua *adequação e proporcionalidade*⁷⁹⁵ atendendo à natureza do problema identificado:

- I. *Obrigação de transparência*: na publicação de informações, incluindo propostas de referência e preços⁷⁹⁶, com o intuito de reduzir a ocorrência de litígios subsequentes, tornar as negociações mais céleres e transmitir confiança quanto às condições negociais entre empresas.
- II. *Obrigação de não discriminação*⁷⁹⁷: garante que não ocorra a distorção da concorrência entre empresas que prestam serviços entre si e concorrem no mesmo mercado.
- III. *Obrigação de separação de contas*⁷⁹⁸: além de tornar visível os preços de transferência interna, permite que as autoridades reguladoras nacionais verifiquem a conformidade com as obrigações de não discriminação;
- IV. *Obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso*⁷⁹⁹: economicamente, permite uma poupança significativa pela desnecessidade de duplicação de ativos físicos, o que no caso de infraestruturas novas devem as condições de acesso refletir os investimentos

⁷⁹¹ De acordo com o art. 59.º, n.º 4 da LCE.

⁷⁹² Neste sentido, GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 210.

⁷⁹³ ALVES, Nuno Peres – *Direito Administrativo das Telecomunicações*. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 411.

⁷⁹⁴ Acórdão *TDC A/S c. Teleklagenævnet*, de 19 de junho de 2014, proc. C 556/12. Em consequência de um pedido de decisão prejudicial, no âmbito de um litígio que opôs a *TDC* (empresa de telecomunicações) à *Teleklagenævnet* (comissão dos recursos em matéria de telecomunicações), a respeito da obrigação de instalar, a pedido de um outro operador de comunicações eletrónicas, ligações especiais que permitam o acesso dos utilizadores finais à rede de fibras óticas, nos termos da *Diretiva Acesso*.

⁷⁹⁵ No mesmo sentido, o art. 68.º, n.º 2 do CECE.

⁷⁹⁶ Nos termos dos art. 67.º a 69.º da LCE e do art. 69.º do CECE.

⁷⁹⁷ Em particular, o art. 70.º da LCE e do art. 70.º do CECE.

⁷⁹⁸ Em particular, o art. 71.º da LCE e do art. 71.º do CECE.

⁷⁹⁹ Em particular, o art. 72.º da LCE e do art. 72.º do CECE, relativamente a ativos de engenharia civil e o art. 73.º do CECE, relativamente a elementos de rede específicos e recursos conexos.

envolvidos. No caso dos elementos de rede específicos e recursos conexos deverá a recusa justificar-se *apenas* com base em *critérios objetivos*⁸⁰⁰, atendendo à crucialidade do acesso aos mesmos para aumentar a concorrência.

- V. *Obrigação de controlo de preços e contabilização de custos*⁸⁰¹: sem perder de vista as condicionantes envolvidas no estabelecimento do serviço, a autoridade reguladora nacional aquando da contabilização de custos deve perspetivar a promoção da concorrência e investimentos futuros em paralelo com os benefícios do utilizador final⁸⁰²;
- VI. *Obrigação de separação funcional de empresas verticalmente integradas*^{803,804}. Esta obrigação resulta da *Reforma de 2009*, mantendo-se no novo quadro regulatório do CECE com carácter subsidiário e excecional em relação às restantes e, sujeita a um procedimento específico de notificação à Comissão acompanhado de uma fundamentação *particularmente exigente*. Todavia, poderá assumir natureza voluntária, partindo a iniciativa da própria empresa interessada informando previamente a ANACOM, a qual pode auxiliar a empresa relativamente aos melhores termos da separação⁸⁰⁵.
- VII. A ANACOM poderá quando, “*excecionalmente e adequado*”, estruturar outras obrigações, desde que, com a autorização prévia da Comissão Europeia⁸⁰⁶.

A introdução do CECE implicará o esboço de novas obrigações *ex ante* acrescendo às exigências atuais. Tais como a adaptação à ampla procura dos serviços de banda larga através da avaliação dos compromissos estabelecidos entre empresas, relativamente aos elementos das redes de capacidade muito elevada, quer por regimes de copropriedade, cofinanciamento de forma a partilhar os riscos a longo prazo ou acordos de compra de direitos específicos⁸⁰⁷.

⁸⁰⁰ Os quais nos termos do *Considerando 191*) do CECE poderão ser a “*viabilidade técnica ou a necessidade de manter a integridade da rede*”.

⁸⁰¹ Em particular dos arts. 74.º a 76.º da LCE e no art. 74.º do CECE.

⁸⁰² Neste sentido, a articulação com a Recomendação 2013/466/ UE da Comissão, de 11 de setembro de 2013, sobre a coerência das obrigações de não discriminação e dos métodos de cálculo dos custos para promover a concorrência e melhorar o contexto de investimento em banda larga.

⁸⁰³ Em particular, o art. 76.º-A da LCE e o art. 77.º do CECE.

⁸⁰⁴ A obrigação de separação funcional não implica necessariamente a separação jurídica entre empresas, impõe sim, de acordo com o art. 76.º-A, n.º 1 da LCE, “*às empresas verticalmente integradas a obrigação de afetarem as atividades relacionadas com o fornecimento grossista de produtos de acesso relevantes a uma entidade operacionalmente independente*”.

ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 412-413.

⁸⁰⁵ Nos termos do art. 76.º-B da LCE e no art. 78.º do CECE.

⁸⁰⁶ Art. 66.º, n.º 4 da LCE.

⁸⁰⁷ Art. 76.º a art. 79.º do CECE.

Noutro prisma, visando a resolução dos problemas de concorrência nos mercados de terminação fixa e móvel através da fixação de tarifas únicas⁸⁰⁸ e a crescente preocupação pela maximização dos benefícios dos consumidores⁸⁰⁹.

Deste elenco se infere que os atos de imposições de obrigações *ex ante* específicas constituem uma intromissão na esfera individual de cada regulado, materializada em *atos administrativos desfavoráveis*⁸¹⁰. Daí que, sob a ANACOM incida um “*princípio da fundamentação plena da aplicação de obrigações regulamentares específicas*”⁸¹¹, devendo essa fundamentação demonstrar que a obrigação imposta pela ANACOM face à identificação que naquele mercado a empresa em questão ostenta um *poder de mercado significativo* é *a)* adequada, proporcional e justificada face aos objetivos da regulação estabelecidos no diploma, *b)* é objetivamente justificável em relação às redes, serviços ou infraestruturas em que incidirão, *c)* não conduz a um tratamento discriminatório face a outro operador e, *d)* é transparente quanto à finalidade a que se destina.

4.2.6 A salvaguarda e proteção dos consumidores e utilizadores finais

A ampliação da *regulação social* foi um dos bastiões da *Reforma de 2009*, todavia nas (parcas) alterações subsequentes ao regime setorial foi visível a preocupação europeia pela proteção da parte mais débil da relação jurídica controvertida, tal qual nas alterações relativas à proteção e privacidade dos dados pessoais em 2016.

A alteração dos períodos de fidelização obrigatórios de 24 meses dos contratos de comunicações para a existência de contratos sem período de fidelização, bem como a dever de ofertas de contratos por

⁸⁰⁸ Visando um mercado transfronteiriço competitivo, a Comissão através de ato delegado até ao final de 2020 pretende definir as tarifas únicas relativas à terminação de chamadas de voz em redes fixas e móveis na União, as *eurorates*. Serão impostas a qualquer fornecedor da terminação das chamadas em qualquer Estado-Membro, nos termos do art. 75.º do CECE.

⁸⁰⁹ Com o intuito de facilitar a migração das tradicionais redes de cobre para as redes de próxima geração, comprovadamente mais eficientes e como tal beneficiando os utilizadores finais, caberá à ANACOM acompanhar o processo, e *se necessário* criar as condições necessárias para tal movimento.

⁸¹⁰ Uma vez que, da atuação da ANACOM resulta na esfera jurídica dos regulados uma obrigação que, anteriormente não existia aos seus direitos. ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 414.

⁸¹¹ Art. 55.º, n.º 2 da LCE.

períodos de 6 ou 12 meses⁸¹², demonstra a progressiva preocupação do regulador em que os prestadores adequem as ofertas às necessidades dos consumidores.

Além do regime da LCE⁸¹³, não se deve perder de vista a previsão normativa da LSPE, da qual resultam normas quanto aos consumidores de comunicações eletrónicas. Tais como a existência de um regime de suspensão da prestação do serviço, mais favorável relativamente aos demais utentes⁸¹⁴, a emissão de faturação detalhada a pedido do interessado⁸¹⁵ e a prescrição dos serviços telefónicos⁸¹⁶.

No mesmo sentido, a redação do CECE encetou esforços na proteção dos consumidores, na medida em que foram visíveis os entraves à constituição do mercado interno, bem como os riscos à segurança jurídica de utilizadores finais e prestadores de serviços resultantes da divergência normativa dos vários ordenamentos jurídicos. Neste sentido, a previsão explícita de quais os encargos que podem ser cobrados em caso de denúncia antecipada por iniciativa dos consumidores nos contratos que prevejam períodos de fidelização⁸¹⁷.

A proteção dos direitos e interesses dos consumidores vai radicar, entre outros neste *poder-dever* sobre a ANACOM de prestar informações aos consumidores, numa clara materialização do valor da transparência. Esta prestação de informação deve ser, mais do que a *mera divulgação de informações*, a sua transmissão numa linguagem de fácil compreensão, não entendida exclusivamente por especialistas.

4.2.7 A faceta fiscalizadora

⁸¹² Art. 48.º, n.º 8 da LCE.

⁸¹³ Em particular o art. 39.º da LCE quanto à defesa do consumidor e dos assinantes e art. 40.º em articulação com o art. 92.º quanto à qualidade do serviço prestado.

⁸¹⁴ Em caso de mora do utilizador dos serviços de comunicações eletrónicas, a antecedência do pré-aviso de 30 dias em vez dos 20 dias. Art. 5.º, n.º 5 da LSPE, o qual remete para o art. 52.º-A da LCE.

⁸¹⁵ Sem prejuízo da salvaguarda de privacidade e sigilo das comunicações, nos termos do art. 9.º, n.º 3 da LSPE.

⁸¹⁶ Nesse sentido toda a questão controvertida passa pela simultaneidade de diplomas sobre a matéria, que conduziram a divergências doutrinárias e jurisprudenciais, resolvidas em definitivo em de Maio de 2008 fixando-se o entendimento unânime que, o prazo de prescrição de 6 meses quanto à exigência de pagamento por serviços de telecomunicações. *Vide*, PAZ, Margarida – A contratação no âmbito dos serviços públicos essenciais. *Direito do Consumo – 2015/2017* [em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 71-78. [Consult. 15 Fev. 2019]. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DrtoConsumo_2015_2017.pdf>.

⁸¹⁷ Art. 105.º do CECE.

À ANACOM compete a fiscalização da atuação dos operadores de redes e de serviços de telecomunicações, especialmente no cumprimento das normas previstas na LCE e nos seus regulamentos⁸¹⁸.

Esta deve efetuar, pontualmente, inspeções e auditorias⁸¹⁹ através de trabalhadores mandatados para essas funções⁸²⁰ e em dois momentos específicos, nomeadamente na execução de planos *previamente aprovados* e quando se verifiquem circunstâncias que *indiciem perturbações* no respetivo setor de atividade⁸²¹.

O recurso a auditorias e inspeções, desde logo pelo seu caráter intrusivo pressupõe uma previsão prévia da sua ocorrência ou nos dois casos anteriormente explanados e não um uso discricionário pela ANACOM. Todavia, não recai sobre esta a obrigatoriedade de notificar a realização de inspeções às entidades destinatárias⁸²². A atuação dos regulados nestes momentos deve ser pautada pelo dever de cooperação relativamente à ANACOM⁸²³ no exercício das funções de fiscalização.

Em particular, na LCE está ainda estatuído no seu art. 9.º, a adoção de *medidas urgentes*. Estas resultam de uma atuação excecional da ANACOM, à luz de um juízo de proporcionalidade⁸²⁴, com natureza provisória para a *salvaguarda da concorrência* ou *defesa dos interesses dos utilizadores*. Aquando da sua aplicação deve a ANACOM informar e fundamentar à Comissão Europeia, restantes autoridades reguladoras nacionais e ao ORECE a sua aplicação.

Ainda referente ao mesmo diploma, a ANACOM é competente para instaurar um *procedimento por incumprimento*, relativamente às condições aplicáveis ao exercício das atividades que fiscaliza, mormente quanto ao cumprimento das condições gerais e especiais e quanto aos direitos de utilização atribuídos às empresas, quando em desacordo com a normatividade instada. Se no exercício dos seus

⁸¹⁸ Art. 112.º da LCE.

⁸¹⁹ Art. 12.º, n.º 1 dos Estatutos da ANACOM.

⁸²⁰ A exigência de credencial atesta a legitimidade de quem se apresenta no nome da ANACOM, de acordo com o art. 44.º dos Estatutos da ANACOM.

⁸²¹ A utilização de "*circunstâncias que indiciem perturbações*" e não um conceito técnico e rigoroso, poder-se-á explicar pela circunstância de no momento do exercício dos poderes inspetivos ainda não existir, com clareza, uma limitação de qual a conduta anticoncorrencial que pode ser imputada à entidade.

⁸²² Art. 44.º, n.º 2 dos Estatutos da ANACOM.

⁸²³ Art. 15.º dos Estatutos e art. 112.º, n.º 2 da LCE.

⁸²⁴ As medidas impostas devem ser *adequadas*, isto é aptas a combater os problemas identificados, a atingir os fins visados, não sendo expectável, a retificação da situação pelo normal funcionamento do mercado; *necessárias*, uma vez que são as medidas menos gravosas e indispensáveis à salvaguarda da concorrência e dos direitos dos utilizadores e *proporcionais*, ou seja, os benefícios decorrentes para o interesse público suplantam os prejuízos que decorreriam da sua não aplicação ou num momento posterior. Não se exigindo, nos termos do art. 124.º do CPA, que a sua aplicação seja antecedida de audiência prévia.

poderes de fiscalização a ANACOM verifica o incumprimento por uma empresa das condições aplicáveis à atividade por esta explorada ou relativamente à atribuição dos direitos de utilização notifica a empresa visada de forma a possibilitar a sua pronúncia. Após a audiência da empresa, a ANACOM pode exigir-lhe a cessação *imediata* do incumprimento ou num *prazo razoável*, por si fixado⁸²⁵.

Todavia, caso a empresa insista no incumprimento *grave ou reiterado*, pode a autoridade reguladora *suspender a empresa da atividade* ou proceder à *suspensão ou revogação total ou parcial dos direitos de utilização*⁸²⁶.

Quando este incumprimento represente uma *ameaça imediata e grave à segurança ou à saúde pública*⁸²⁷ ou constitua um *foco de sérios problemas*, quer num plano económico, quer operacional pode a ANACOM adotar *medidas provisórias*, possibilitando a sanção da situação anterior à tomada de decisão definitiva⁸²⁸, sendo posteriormente dada a oportunidade à empresa de se pronunciar⁸²⁹.

4.3 O poder sancionatório

A evolução do *Estado Prestador* para o *Estado Regulador e de Garantia* impôs a necessidade de regular e supervisionar os setores alvo de privatização ou liberalizados. Ao lado da tradicional *atividade preventiva*, característica da Administração protetora do ordenamento jurídico, dos interesses dos cidadãos e da comunidade, cresce uma *atitude reguladora* de aspetos essenciais ao desenvolvimento das atividades, na qual se pronuncia uma dimensão sancionatória que adotou a via contraordenacional, como afirma NUNO BRANDÃO, “*quase como uma inevitabilidade*”⁸³⁰.

⁸²⁵ Art. 110.º, n.º 1 e n.º 2 da LCE. Podendo aplicar sanções pecuniárias compulsórias ou emitir ordens de cessação ou de adiamento da prestação de serviços ou pacotes de serviços, quando a sua disponibilização constitua um risco de causar prejuízos significativos para a concorrência, na circunstância do incumprimento ser relativo a obrigações em matéria de acesso.

⁸²⁶ Nos termos do art. 110.º, n.º 5 da LCE.

⁸²⁷ Numa situação em que um prestador de redes de telecomunicações não cumpre com os limites impostos na legislação, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 11/2018, publicado a 15 de fevereiro, que estabelece as restrições básicas ou níveis de referência referentes à exposição humana a campos eletromagnéticos derivados de linhas, instalações e demais equipamentos de alta e muito alta tensão.

Em Portugal, os limites de exposição a ondas de rádio seguem os referenciais de organismos internacionais como a ICNIRP reconhecida pela OMS, conforme indicação da DGS. A ANACOM, nas suas funções de fiscalização, compete zelar pelo cumprimento desses padrões.

⁸²⁸ As quais não podem ser aplicadas por um período superior a 6 meses, nos termos do art. 111.º, n.º 3 da LCE.

⁸²⁹ Nos termos do art. 111.º, n.º 1 e 2 da LCE e art. 89.º do CPA.

⁸³⁰ BRANDÃO, Nuno - O Direito contra-ordenacional económico na era da regulação. In Loureiro, Flávia Novera (coord.) - *A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada: atas da conferência internacional*. 1.ª edição. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 95.

Apesar da sua natureza intrusiva, não se poderá questionar o seu valor quando aplicado em consonância com os restantes poderes das autoridades reguladoras, uma vez que após o exercício de poderes de supervisão e fiscalização impõe-se a necessidade de sancionar determinados comportamentos desviantes. Após o exercício do seu poder de fiscalização, caso verifique o incumprimento por parte de um regulado das exigências legais a ANACOM ajuizará com sancionar o seu comportamento através dos mecanismos legalmente previstos.

O ramo do direito convocado por excelência no ordenamento jurídico português para sancionar as condutas contrárias ao regime regulatório é o Direito de Mera Ordenação Social ou Direito Contraordenacional⁸³¹. O ilícito de mera ordenação social estaria reservado à censura de *condutas ético-socialmente neutras*, das quais a sua ilicitude resultaria da estatuição da proibição legal prevista no regime geral e cominava com uma sanção específica, a coima⁸³². Todavia, desabrocharam no ordenamento jurídico, uma panóplia extensa de diplomas específicos que derogam o regime geral, estabelecendo regimes específicos contraordenacionais, entre os quais visível no setor das telecomunicações. Aclarando assim a circunstância do ilícito de mera ordenação social já não se reconduzir à sanção de *infrações bagatelares*⁸³³ e simultaneamente, reflete a inadequação e a *“a negação implícita da vocação de um regime geral”*⁸³⁴.

De forma a uniformizar a aplicação do poder sancionatório pelas diversas entidades reguladoras, o art. 40, n.º 3.º da LQER estatui que estas deverão: *i)* instaurar os processos sancionatórios no âmbito das respetivas competências⁸³⁵, *ii)* adotar medidas cautelares e a aplicação de sanções⁸³⁶ e, *iii)* ser responsáveis pela cobrança de coimas⁸³⁷.

Sendo a ANACOM a autoridade responsável pelo exercício do poder sancionatório no setor das comunicações, o regime jurídico aplicável está previsto, quer nas normas sancionatórias da LCE, quer

⁸³¹ Datado da década de 80, com sucessivas alterações, o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, última versão resultante da Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro define o Regime Geral das Contraordenações (RGCO).

⁸³² DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 155.

⁸³³ DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 152.

⁸³⁴ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal. In Correia, Eduardo [et. al] - *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Volume 1. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 270.

⁸³⁵ Art. 40.º, n.º 3, alínea c) da LQER.

⁸³⁶ Art. 40.º, n.º 3, alíneas e) da LQER.

⁸³⁷ Art. 40.º, n.º 3, alíneas f) da LQER. Em todo o caso, nos limites dos Estatutos e do regime sancionatório aplicável.

no regime-quadro das contraordenações no setor das comunicações⁸³⁸. Focando-nos nas sanções contraordenacionais das comunicações eletrónicas, estas encontram-se previstas na LCE, aplicando-se a título principal esse diploma, o RQCOSC e, subsidiariamente na ausência de disposições legais, o RGCO⁸³⁹.

Sendo o RGCOSC o diploma que estabelece o regime contraordenacional este será aplicado quando os prestadores de redes ou serviços de comunicações pratiquem um “*facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal correspondente à violação de disposições legais e regulamentares relativas ao sector das comunicações, para as quais se comine uma coima, cujo processamento e punição seja da competência do ICP-ANACOM*”⁸⁴⁰. A lei delimita o corpo legal de diplomas considerados como integrando o setor para esses efeitos⁸⁴¹, entre os quais consta aquele que é o principal diploma, a LCE.

4.3.1 Atuação da ANACOM no sentido de evitar a conflitualidade

No RQCOSC, o legislador previu a *advertência*⁸⁴², a qual é aplicável nos casos em que a contraordenação leve, consiste numa *irregularidade sanável* e da qual não tenha resultado *lesão significativa*. A ANACOM adverte o infrator, com a indicação do ilícito praticado, das medidas recomendadas para reparar a situação e do prazo para o seu cumprimento⁸⁴³.

Com a regularização da advertência o procedimento é arquivado, tornando-se uma decisão condenatória definitiva⁸⁴⁴. O incumprimento das medidas recomendadas, determina a instauração de um processo contraordenacional e de uma medida sancionatória a aplicar⁸⁴⁵.

⁸³⁸ Definido na Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro, doravante RQCOSC.

⁸³⁹ Art. 13.º, n.º 2 dos Estatutos da ANACOM e art. 13.º, n.º 5 da LCE.

⁸⁴⁰ Art. 1.º, n.º 2 do RQCOSC.

⁸⁴¹ De acordo com o art. 1.º, n.º 3 do RQCOSC, incluem-se o, *a)* Decreto-Lei n.º 176/88, de 18 de Maio, *b)* o Decreto-Lei n.º 179/97, de 24 de Julho, *c)* o Decreto-Lei n.º 272/98, de 2 de Setembro, *d)* o Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, *e)* o Decreto-Lei n.º 47/2000, de 24 de Março, *f)* o Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de Julho, *g)* o Decreto-Lei n.º 192/2000, de 18 de Agosto, *h)* o Decreto-Lei n.º 150/2001, de 7 de Maio, *i)* o Decreto-Lei n.º 11/2003, de 18 de Janeiro, *j)* o Decreto-Lei n.º 53/2009, de 2 de Março, *l)* o Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio e, *m)* o Decreto Regulamentar n.º 8/90, de 6 de Abril.

⁸⁴² Art. 15.º do RQCOSC.

⁸⁴³ Da notificação do infrator para sanar a irregularidade é lhe igualmente comunicado que, o incumprimento das medidas recomendadas determinará a instauração de um processo contraordenacional e a determinação de uma coima.

⁸⁴⁴ Art. 15.º, n.º 5 do RQCOSC.

⁸⁴⁵ Art. 15.º, n.º 2 do RQCOSC.

É ainda reconhecida a possibilidade da ANACOM instaurar uma tramitação simplificada através do *processo sumaríssimo*⁸⁴⁶ ou de decidir pela *suspensão da sanção*⁸⁴⁷.

Na primeira hipótese, neste processo não existe fase de julgamento, existe a comunicação ao arguido de uma decisão⁸⁴⁸ a sancioná-lo quando se trate de uma infração leve ou grave, nomeadamente através de uma *admoestação* ou da aplicação de uma *coima*⁸⁴⁹, e a qual pode ser acompanhada de uma determinação para que o arguido adote o comportamento legalmente exigido.

Notificado da decisão caberá ao arguido decidir entre cumprir a decisão ou recusá-la. Na primeira situação, face ao cumprimento do comportamento legalmente exigido e ao pagamento da coima a decisão tornar-se-á definitiva enquanto decisão condenatória, sem possibilidade dos factos serem reapreciados enquanto contraordenação⁸⁵⁰. Na segunda, face à sua recusa ou silêncio no prazo legalmente previsto⁸⁵¹, o requerimento de qualquer diligência complementar, o não pagamento da coima ou o incumprimento do comportamento legalmente exigido determinam o prosseguimento do processo de contraordenação. Além da celeridade do processo, não são devidas custas⁸⁵².

Já a suspensão da sanção pode ocorrer por um período entre 2 a 5 anos⁸⁵³, quando a ANACOM conclua que, pela *conduta do agente, anterior ou posterior à prática da infração e atendendo às circunstâncias concretas*, a simples censura do facto e a ameaça de sanção cumprem, *per si*, as finalidades subjacentes à punição de forma adequada e suficiente⁸⁵⁴.

A previsibilidade da advertência, do processo sumaríssimo e da suspensão da sanção em diversos regimes setoriais, *inclusive* das telecomunicações são considerados desvios ao *princípio da legalidade*⁸⁵⁵, uma vez que assumem uma “*certa ideia de oportunidade*”⁸⁵⁶, permitindo soluções que se coadunam com a finalidade *preventiva* da atuação da autoridade reguladora e constituem resquícios do entendimento de que se trata de uma atuação sancionatória relativamente a condutas ético-socialmente neutras.

⁸⁴⁶ Art. 21.º do RQCOSC.

⁸⁴⁷ Art. 31.º do RQCOSC.

⁸⁴⁸ Quanto às formalidades que devem constar da decisão escrita, ver art. 21.º, n.º 3 do RGCOSC.

⁸⁴⁹ Sendo que a medida concreta da coima não poderá exceder o triplo do limite mínimo da moldura abstrata aplicável.

⁸⁵⁰ Não havendo lugar a recurso em processo sumaríssimo, nos termos do art. 21.º, n.º 7 do RGCOSC.

⁸⁵¹ Art. 21.º, n.º 4 do RQCOSC.

⁸⁵² Art. 21.º, n.º 8 do RGCOSC.

⁸⁵³ Art. 31.º, n.º 3 do RGCOSC.

⁸⁵⁴ Podendo a suspensão ficar condicionada ao cumprimento de certas obrigações, nomeadamente que corrijam situações de ilegalidade, nos termos do art. 31.º, n.º 2 do RGCOSC.

⁸⁵⁵ Previsto no art. 43.º do RGCO. Ainda que não desde da origem do direito contraordenacional, este é aceite como um princípio basilar.

⁸⁵⁶ TEIXEIRA, Carlos Adérito - Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do direito sancionatório da regulação. In Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa - *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 117.

4.3.2 A instauração dos processos contraordenacionais⁸⁵⁷

Da instauração de processos de contraordenações⁸⁵⁸ pode advir a punição das pessoas singulares ou das pessoas coletivas, *inclusive* neste último caso, as irregularmente constituídas e associações sem personalidade jurídica⁸⁵⁹. Estes processos podem ser despoletados por:

- I. denúncias de operadores de redes ou serviços de telecomunicações ou de utilizadores dos serviços;
- II. resultado da atividade fiscalizadora da ANACOM ou de outras entidades⁸⁶⁰;
- III. participações dirigidas à ANACOM por outras entidades ou autoridades.

É da competência do *Conselho de Administração* da ANACOM a instauração do processo, o arquivamento e a aplicação das coimas⁸⁶¹, admoestações e sanções acessórias⁸⁶². Enquanto a instrução é competência dos serviços da ANACOM^{863,864}, os quais podem solicitar, *quando necessário*, a colaboração das autoridades policiais, bem como de outras autoridades ou serviços públicos. A acusação é notificada ao arguido, podendo apresentar resposta escrita⁸⁶⁵, adicionar documentos probatórios, arrolar testemunhas⁸⁶⁶ e requerer diligências de prova⁸⁶⁷.

⁸⁵⁷ Rege-se o processo contraordenacional pelo RQCOSC, e subsidiariamente pelo RGCO, de acordo com o art. 36.º do RQCOSC.

⁸⁵⁸ Composto necessariamente por uma fase administrativa à responsabilidade dos serviços da ANACOM e, por uma eventual fase judicial, em caso de impugnação administrativa perante um tribunal especializado, nomeadamente o TCRS. É perfeitamente possível a decorrência de todo o “processo” até à decisão final definitiva sem a intervenção judicial.

⁸⁵⁹ Art. 3.º do RQCOSC.

⁸⁶⁰ Art. 16.º, n.º 1 do RGCOSC.

⁸⁶¹ A coima, enquanto principal sanção administrativa em sentido amplo, constitui uma sanção com carácter exclusivamente pecuniário, fixada dentro dos limites do art. 17.º do RGCO ou como acontece nas telecomunicações, por lei específica, à qual pode ser acoplada sanções acessórias.

⁸⁶² Art. 14.º, n.º 1, parte final do RQCOSC e art. 115.º, n.º 1 da LCE. Todavia, ambos os diplomas preveem a possibilidade de delegação destas competências, nomeadamente nos termos do art. 14.º, n.º 2 do RQCOSC e art. 115.º, n.º 3 da LCE.

⁸⁶³ Art. 115.º, n.º 2 do RQCOSC..

⁸⁶⁴ Nos casos em que, as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas não cumpram as condições impostas pela presente lei relativas à base de dados partilhada, onde consta a identificação dos assinantes que não cumpriram com as obrigações pecuniárias contratualizadas, impostas pelos n.º 3 e n.º 4 do art. 46.º da LCE, caberá à Comissão Nacional de Proteção de Dados a instauração, instrução do processo contraordenacional e aplicação de coimas, revertendo uma parcela de 40% para esta, de acordo com o art. 115.º, n.º 6 da LCE.

⁸⁶⁵ Entre 10 a 20 dias úteis.

⁸⁶⁶ Até ao máximo de 3 testemunhas por cada infração.

⁸⁶⁷ Art. 22.º do RQCOSC.

As condutas são suscetíveis de consubstanciar contraordenações *leves*⁶⁶⁸, *graves*⁶⁶⁹ e *muito graves*⁶⁷⁰ e consoante o juízo de gravidade será fixada em concreto o valor da coima, incluso na moldura em abstrato daquela tipologia⁶⁷¹.

O RQCOSC prevê a possibilidade de os atos legislativos, ao tipificarem ilícitos enquadráveis no seu âmbito, de estabelecerem molduras contraordenacionais distintas, quer impondo limites mínimos superiores, quer impondo limites máximos inferiores, atendendo aos “*bens jurídicos em presença*”⁶⁷².

No caso da LCE, sendo a sua versão original anterior à entrada em vigor do RQCOSC, aquela estabelecia a diferenciação dos limites mínimos e máximos das contraordenações atendendo unicamente à natureza singular ou coletiva da entidade infratora⁶⁷³.

Com a entrada em vigor do RQCOSC garantiu-se uma aplicação (parcialmente) uniforme dos limites aplicáveis, bem como a distinção quanto às condutas que configuram contraordenações no setor.

Na alteração legislativa subsequente da LCE, optou o legislador por manter os limites máximos em todos as contraordenações, contudo, aumentou o limite mínimo em todas as tipologias, chegando a quadruplicá-lo⁶⁷⁴.

Por outro lado, e à semelhança do que ocorre no RGCO, podem as coimas ser cumuladas com sanções acessórias, na medida em que não são de aplicação automática. Estas resultam da possibilidade de, simultaneamente à aplicação das coimas, quando a *gravidade da infração e a culpa do agente* o justifique⁶⁷⁵, sancionar mais severamente o infrator.

As sanções acessórias previstas são as seguintes: *i)* a perda a favor do Estado de objetos, equipamentos e dispositivos ilícitos⁶⁷⁶, *ii)* a interdição do exercício da respetiva atividade até ao máximo

⁶⁶⁸ Art. 7.º, n.º 2 do RQCOSC. Na LCE estão compreendidas entre o art. 113.º, n.º 1, alíneas a), b), d), e), f) g), h), i) e j).

⁶⁶⁹ Art. 7.º, n.º 3 do RQCOSC. Compreendidas entre o art. 113.º, n.º 2 alínea a) a z) e aa) a pp) da LCE. Inclui igualmente, as contraordenações resultantes da violação do Regulamento do *Roaming*, desde Agosto de 2020, no art. 113.º, n.º 4, alíneas a) e b) da LCE e do Regulamento *TSM*, no art. 113.º, n.º 6, alíneas a) e b) da LCE.

⁶⁷⁰ Art. 7.º, n.º 4 do RQCOSC. Encontrando-se no art. 113.º, n.º 3, alíneas a) a ccc) da LCE e art. 113.º, n.º 6, 2.ª parte da LCE. Inclui igualmente, as contraordenações resultantes da violação do Regulamento do *Roaming*, desde Agosto de 2020, no art. 113.º, n.º 5, alíneas a) e b) da LCE e do Regulamento *TSM*, no art. 113.º, n.º 7, alíneas a) e b) da LCE.

⁶⁷¹ O art. 113.º, n.º 9 da LCE para os valores das contraordenações leves, o art. 113.º, n.º 10 da LCE para o valor das contraordenações graves e o art. 113.º, n.º 11 da LCE para o valor das contraordenações muito graves.

⁶⁷² Está expressamente prevista essa possibilidade no art. 7.º, n.º 5 do RQCOSC.

⁶⁷³ Art. 113.º, n.º 2 da versão original da LCE, “*As contra-ordenações previstas na presente lei são puníveis com coima de (euro) 500 a (euro) 3740 e de (euro) 5000 a (euro) 5000000, consoante sejam praticadas por pessoas singulares ou colectivas, respectivamente.*”

⁶⁷⁴ Visível nas contraordenações previstas no art. 113.º, n.º 8 e n.º 9, alíneas a) a e) da LCE.

⁶⁷⁵ De acordo com o art. 11.º, n.º 1 da RQCOSC e art. 114.º, n.º 1 da LCE.

⁶⁷⁶ Art. 11.º, n.º 1, alínea a) do RQCOSC. Estando limitada na LCE a sua aplicação às contraordenações previstas nas alíneas ll) e jj) do n.º 2 e zz) do n.º 3 do art. 113.º da LCE. Quando seja declarada a perda a favor do Estado, fica o proprietário ou detentor obrigado à sua entrega à ANACOM, nos 30 dias subsequentes à sua notificação, de acordo com o art. 114.º, n.º 4 da LCE.

de 2 anos⁸⁷⁷, e *iii*) a privação do direito de participar nos concursos ou leilões promovidos no âmbito da LCE, até ao máximo de 2 anos⁸⁷⁸. O RQCOSC prevê igualmente a possibilidade de suspensão de autorizações, licenças ou outros títulos atributivos de direitos, por um período máximo de 2 anos⁸⁷⁹.

Por outro lado, a LCE estatui a possibilidade da aplicação de uma sanção pecuniária compulsória⁸⁸⁰, consistindo na imposição de uma quantia pecuniária variável⁸⁸¹, por cada dia de atraso do cumprimento de certas obrigações previstas na LCE⁸⁸². Tendo como finalidade *constranger ou forçar*⁸⁸³ o infrator ao cumprimento das obrigações, esta pode ultrapassar consideravelmente o valor da coima.

Igualmente atendendo à sua natureza *especialmente agressiva*⁸⁸⁴, justificar-se-á uma fundamentação legal e factual quanto à existência dos pressupostos exigíveis para a sua aplicação. Curiosamente este mecanismo para impelir o infrator ao cumprimento, não se encontra consagrado no regime geral das contraordenações^{885,886}.

Por último, durante os processos contraordenacionais, pode a ANACOM determinar a imposição de *medidas cautelares* e a *apreensão cautelar*. As medidas cautelares poderão ser aplicadas, quando se revele, de acordo com um juízo de proporcionalidade⁸⁸⁷, a sua necessidade para efeitos de *preservação de prova* ou *salvaguarda de bens jurídicos*. Podendo determinar a ANACOM, *i) a suspensão preventiva de atividades ou funções exercidas pelo arguido*⁸⁸⁸ ou, *b) a sujeição do exercício de funções ou atividades a determinadas condições*, por um período, que nunca poderá ultrapassar 1 ano⁸⁸⁹.

⁸⁷⁷ Art. 11.º, n.º 1, alínea b) do RQCOSC. Aplicável às contraordenações previstas nas alíneas f) do n.º 2 e a), e), f), h), j), m), n) e bb) do n.º 3 do art. 113.º da LCE.

⁸⁷⁸ Art. 11.º, n.º 1, alínea c) do RQCOSC. No caso das contraordenações previstas nas alíneas f), h), m) e n) do n.º 3 do art. 113.º da LCE.

⁸⁷⁹ Art. 11.º, n.º 1, alínea d) do RQCOSC.

⁸⁸⁰ Art. 116.º, n.º 1 da LCE. Introduzida no ordenamento jurídico português, pelo Decreto-lei 262/83, de 16 de junho, este mecanismo típico do direito civil é comum a vários regimes setoriais contraordenacionais.

⁸⁸¹ Na medida em que o montante por cada dia de atraso pode oscilar entre 2000 euros a 100000 euros, fixado segundo critérios de *razoabilidade* e *proporcionalidade*, ao *volume de negócios da empresa no ano civil anterior* e ao *afetação negativa do mercado* e dos *utilizadores* pelo incumprimento, com o teto máximo nos 3000000 euros pelo período máximo de 30 dias, de acordo com o art. 116.º, n.º 2, 3 e 4 da LCE.

⁸⁸² Art. 116.º, n.º 1 da LCE.

⁸⁸³ GONÇALVES, Pedro – *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 232.

⁸⁸⁴ ALVES, Nuno Peres – *Direito Administrativo das Telecomunicações*. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 3

⁸⁸⁵ A sanção pecuniária compulsória está prevista no art. 829.º - A do CC.

⁸⁸⁶ Estas, tais como as coimas revertem numa proporção de 60%/40% para o Estado e ANACOM, de acordo com o art. 116.º, n.º 5 da LCE.

⁸⁸⁷ As medidas devem ser *adequadas, necessárias e proporcionais*, sumariamente, deve igualmente a autoridade concluir pela séria probabilidade do direito invocado (*fumus bonis juris*) e pelo justo receio de que na sua ausência se constitua uma situação de facto consumado ou se produzirão prejuízos de difícil reparação para a preservação da prova ou para os bens jurídicos (*periculum in mora*).

⁸⁸⁸ Com previsão legal no art. 29.º, n.º 1, alínea a) do RQCOSC.

⁸⁸⁹ Com previsão legal no art. 29.º, n.º 1, alínea b) do RQCOSC.

A possibilidade de apreensão cautelar⁸⁹⁰, quer de equipamentos, quer de licenças, certificados ou autorizações reconduz-se ao RGCO.

4.3.3 Inadequação do regime sancionatório atual

A aplicabilidade de sanções pela ANACOM carece de um regime sancionatório expressamente previsto e até recentemente, nem todos os diplomas específicos tinham estabelecidos os respetivos regimes sancionatórios ou a aplicabilidade das normas do RQCOSC.

No caso do Regulamento *TSM* e do Regulamento do *Roaming* foi necessário esperar até agosto de 2020 para que ocorresse a inclusão do regime sancionatório aplicável às infrações decorrentes do seu incumprimento pelo Decreto-Lei n.º 49/2020, uma vez que competia aos Estados-Membros o seu estabelecimento⁸⁹¹, introduzindo alterações à LCE. Noutra ângulo, a inércia do Governo em estabelecer o regime sancionatório implicou que infrações, cometidas desde da entrada em vigor dos respetivos regulamentos até à publicação do Decreto-Lei n.º 49/2020 não tenham sido sancionadas. Pese embora, a ineficiência dos instrumentos de *enforcement* podem, *maxime* descredibilizar a atuação do regulador no setor.

O CECE optou pela manutenção da responsabilidade estadual em estabelecer as normas relativas às sanções aplicáveis pelas autoridades reguladoras, sempre tendo no horizonte da sua aplicação que estas sejam *adequadas, eficazes, proporcionais e dissuasivas*⁸⁹².

Num sentido de continuidade da atuação sancionatória das entidades reguladoras, caberá igualmente à *autoridade competente* notificar as empresas quando verifique o incumprimento das condições da autorização geral, dos direitos de utilização do espectro de radiofrequências e dos recursos de numeração. Bem como do incumprimento das obrigações específicas⁸⁹³ e da obrigação de utilizar com eficácia e eficiência o espectro. Podendo exigir a cessação deste incumprimento de forma imediata ou num prazo razoável e *toma medidas adequadas e proporcionais para garantir o cumprimento*⁸⁹⁴. É

⁸⁹⁰ Art. 30.º do RQCOSC.

⁸⁹¹ Nos termos do art. 6.º do Regulamento *TSM* e do art. 18.º do Regulamento do *Roaming*. Tendo a autoridade reguladora, já em Fevereiro de 2019 alertado o Governo para a necessidade deste diploma.

⁸⁹² Art. 29.º, n.º 1 do CECE.

⁸⁹³ Previstas no art. 13.º, n.º 2 do CECE.

⁸⁹⁴ Art. 29.º, n.º 2 do CECE.

conferida aos Estados-Membros a competência para dotarem as autoridades competentes de poder para impor sanções pecuniárias⁸⁹⁵ e sanções compulsórias *com efeitos retroativos*⁸⁹⁶. Não obstante, poderá a autoridade competente tomar medidas provisórias urgentes para sanar a situação antes da tomada de decisão definitiva⁸⁹⁷.

Prevê igualmente, no caso do incumprimento das obrigações em matéria de acesso, a possibilidade de emissão de ordens de cessação ou de adiamento da prestação de serviços quando a manutenção dos mesmos no mercado seja suscetível de “*causar prejuízos significativos para a concorrência*”.

Além de sanções em matéria de portabilidade de recursos de numeração, o CECE prevê igualmente e em consonância com a relevância que este adquiriu no dia-a-dia dos cidadãos, que em caso de mudança do fornecedor de serviços de acesso à *Internet*, o anterior prestador deve prestar os serviços até à ativação do novo serviço, caso não seja tecnicamente viável a perda do serviço não poderá ultrapassar 1 dia útil⁸⁹⁸. Cabendo aos Estados-Membros o estabelecimento das regras relativas às indemnizações que devem ser pagas em caso de atrasos na transferência de serviço ou de mudanças de portabilidade⁸⁹⁹.

Em razão da preocupação europeia patente na implantação de redes de capacidade muito elevada e da sua levada complexidade articuladas com a prestação de informações, o diploma *supracitado* prevê algumas novidades. Mormente na sequência do procedimento de levantamento geográfico⁹⁰⁰ sobre a implantação de redes, a possibilidade de aplicação de sanções às empresas por prestar informações “*enganosas, incorretas ou incompletas*”⁹⁰¹. A sua aplicação estará na dependência

⁸⁹⁵ Art. 29.º, n.º 5 do CECE.

⁸⁹⁶ Art. 29.º, n.º 3, alínea a) do CECE.

⁸⁹⁷ Vigorando por um período máximo de 3 meses., de acordo com o art. 29.º, n.º 6 do CECE.

⁸⁹⁸ Art. 106.º, n.º 1 do CECE.

⁸⁹⁹ Art. 106.º, n.º 7 do CECE.

⁹⁰⁰ Contemplado no art. 22.º do CECE, o levantamento geográfico sobre a cobertura de redes de comunicações eletrónicas capazes de fornecer serviços de banda larga deve ser efetuado pelas autoridades reguladoras nacionais ou outras autoridades competentes até 2023 e atualizado de 3 em 3 anos. Consiste numa análise da cobertura geográfica das mesmas no território nacional. Podendo incluir uma previsão relativa ao planeamento de empresas ou autoridades públicas quando à implantação ou melhorias das redes preexistentes, na medida em que estas informações “*estejam disponíveis e possam ser disponibilizadas mediante um esforço razoável*”.

⁹⁰¹ Nos termos do art. 29.º, n.º 2 do CECE.

de determinar se a empresa ou autoridade pública atuou com “*conhecimento de causa ou por negligência grave*”⁹⁰².

4.3.4 O peso das sanções: compensará o crime?

A emergência dos *serviços de interesse económico geral* carecendo de uma tutela sancionatória preconizada pelas autoridades reguladoras independentes semeou a expansão do direito de mera ordenação social ou contraordenacional.

Atendendo à relevância dos bens jurídicos subjacentes progressivamente culminou na aplicação de coimas com valores substancialmente mais elevados que as multas penais, situação transversal a outros domínios sancionatórios⁹⁰³. Contudo, a severidade das sanções acessórias e a fixação de valores elevados de coimas no setor das telecomunicações e nos setores económicos regulados de forma geral, não nos parece desprovido de sentido útil, mas uma exigência natural de atuação sancionatória eficaz. Na medida em que, estamos perante agentes económicos que conduzem atividades altamente lucrativas e de dimensões consideráveis só assim assegurar-se-á um “*efeito preventivo minimamente razoável*”⁹⁰⁴ de condutas suscetíveis de provocar prejuízos extensíveis à sociedade como um todo.

Só em 2019, a ANACOM abriu mais de três centenas de novos processos contraordenacionais, tendo mais de metade resultado na instauração de processos⁹⁰⁵ e concluiu 180 processos já instaurados,

⁹⁰² Nos termos do art. art. 29.º, n.º 2 do CECE.

⁹⁰³ VEIGA, Raul Soares - Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras. In Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa - *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 140.

⁹⁰⁴ BRANDÃO, Nuno - O Direito contra-ordenacional económico na era da regulação. In Loureiro, Flávia Novera (coord.) - *A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada: atas da conferência internacional*. 1.ª edição. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 114.

⁹⁰⁵ Apenas 191 dos 310 processos instaurados em 2019 foram alvo de análise inicial, tendo sido instaurados 139 processos de contraordenação, por existirem indícios suficientes de infrações cometidas. Destacando-se nas temáticas dos mesmos, os processos relativos à violação do regime do ITED (63) e os processos relativos ao incumprimento da obrigação de prestação de informação à ANACOM, relativamente aos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas (21). Quanto à LCE, destacam-se 7 processos, 4 relativos a indícios de detenção e utilização de dispositivos ilícitos e, os restantes relativos a indícios de incumprimento de decisões da ANACOM. Já na temática da proteção dos consumidores, foram instaurados 6 processos contraordenacionais decorrentes da violação dos diplomas legais, relativamente ao regime do livro de reclamações, adoção de práticas comerciais desleais, violação do pré-aviso de suspensão do serviço de comunicações eletrónicas e da obrigação de envio de mensagem informativa. Sítio Oficial da ANACOM. *Contraordenações em 2019* [em linha] ANACOM. [Consult. 19 Jul. 2020]. Disponível em: <https://anacom.pt/streaming/RR2019_Contraordenacoes.pdf?contentId=1542321&field=ATTACHED_FILE>.

totalizando mais de 3,7 milhões de euros⁹⁰⁶ em coimas. O primeiro quadrimestre de 2020 contabilizou mais de uma centena de processos abertos, resultando na abertura de 65 processos contraordenacionais. Em paralelo e, no mesmo período a ANACOM decidiu 82 processos contraordenacionais, totalizando mais de 1,3 milhões de euros em coimas aos visados⁹⁰⁷.

O facto de uma parcela do produto das coimas ser atribuída à própria entidade reguladora levanta questões para alguma doutrina, na circunstância de criar uma suspeição relativa ao interesse nas condenações⁹⁰⁸ e, naturalmente na independência das autoridades reguladoras, uma vez que cumulam a posição de “acusadores” e decisores.

Para a subsistência e independência financeira⁹⁰⁹ seria sempre curial dinheiro para a prossecução das suas atividades. Caso a ANACOM dependesse unicamente da atribuição de fundos públicos⁹¹⁰ as suas dimensões de independência poderiam sair igualmente restringidas e, caso existisse uma entidade responsável autónoma por gerir a atribuição de fundos públicos⁹¹¹, correr-se-ia o risco das burocracias e lentidão dos sistemas imperar pondo em risco o exercício deste poder.

⁹⁰⁶ Aos quais acresce os pagamentos voluntários de coimas previstos nos termos do art. 23.º do RQCOSC, no valor de 41 mil euros. Sítio Oficial da ANACOM. *Contraordenações em 2019* [em linha] ANACOM. [Consult. 19 Jul. 2020]. Disponível em: <https://anacom.pt/streaming/RR2019_Contraordenacoes.pdf?contentId=1542321&field=ATTACHED_FILE>.

⁹⁰⁷ Destacamos relativamente a este período temporal a natureza das infrações sancionadas com coima foram relativas ao incumprimento de obrigações em matéria de instalação de infraestruturas de telecomunicações em edifícios, aos incumprimentos relativos a equipamentos de rádio, à utilização de redes e serviços de radiocomunicações, à prestação de serviços de valor acrescentado baseados no envio de SMS. Em particular relativamente à LCE, o incumprimento de obrigações de prestação de informação à ANACOM prevista no art. 108.º, n.º 1 da LCE, o incumprimento das regras sobre portabilidade de números, utilização de números, e acesso a condutas. Sítio Oficial da ANACOM. *Nota de Imprensa* [em linha] ANACOM, Maio de 2020. [Consult. 19 Jul. 2020]. Disponível em: <<https://anacom.pt/render.jsp?contentId=1530702>>.

⁹⁰⁸ VEIGA, Raul Soares - Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras. In Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa - *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 166.

⁹⁰⁹ É a própria LQER a impor a necessidade da independência económico-financeira das entidades reguladoras, quando estatui no art. 6.º, n.º 3, alínea c) que aquando da sua criação estas devem reunir a “*capacidade de assegurar condições financeiras de autossuficiência*”. No mesmo sentido prevê que estas dispõem de receitas próprias, em específico o montante resultante das coimas, nos termos do art. 36.º, n.º 2, alínea b) da LQER.

⁹¹⁰ Legalmente, as dotações do orçamento de Estado surgem apenas supletivamente como receita das entidades reguladoras, de acordo com o art. 36.º, n.º 2, alínea d) da LQER. Contudo, falamos de valores que podem ser determinantes à realização das suas tarefas regulatórias. Na realização de auditorias, ações de fiscalização, realização de buscas estão envolvidos meios materiais e humanos com custos envolvidos. Entre 2017 e 2018 quase 10 milhões de euros ficaram cativos, tendo a ANACOM cancelado as cativações, justificando-o com a incompatibilidade com o direito da União e um risco à sua independência.

⁹¹¹ A título exemplificativo, foi estabelecida em 2002 pelo Decreto-lei n.º 81/2002, de 4 de Abril a *Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e Publicidade* (CACMEP), atuando na aplicação de coimas e sanções acessórias relativas às contraordenações em matéria económica e de publicidade. Em 2005, com a criação da ASAE pelo Decreto-lei n.º 237/2005, de 30 de dezembro foram extintos, a Inspeção Geral das Atividades Económicas e a Direção-Geral da fiscalização e controlo alimentar, sendo que a competência para a aplicação das coimas e sanções acessórias que incumbiam aos serviços e organismos extintos, pelo elevado número de processos transitaram para a CACMEP. Da aplicação das coimas resultava uma percentagem para o Estado, outra para a entidade que instruíu o processo e outra para si, pelo que não se excluía a mesma questão posta hoje. O CACMEP é extinto em 2011, no seguimento do *Plano de Redução e Melhoria da Administração Central* (PREMAC) com o intuito de reestruturar a Administração, tendo as suas atribuições sancionatórias sido distribuídas entre a ASAE e a Direção Geral do Consumidor.

4.4 A Resolução Extrajudicial de Litígios

A ANACOM tem a incumbência de fomentar o desenvolvimento de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos⁹¹² entre empresas prestadoras de redes e serviços de comunicações eletrónicas e os utilizadores finais, nomeadamente através da *arbitragem*, da *mediação*, da *conciliação*, entre outros⁹¹³. Sendo que, estes não reduzem a possibilidade de acesso aos tribunais ou a entidades de defesa e promoção dos consumidores⁹¹⁴.

Nos termos do art. 48.º - B da LCE, sem limitar o direito à tutela jurisdicional efetiva⁹¹⁵ dos utilizadores finais dos serviços de comunicações eletrónicas, estes podem submeter os litígios relativos à execução de contratos contraídos com as empresas de comunicações eletrónicas aos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos existentes⁹¹⁶, enquanto na versão original estaria limitada ao recurso à *mediação e à arbitragem legalmente constituídos*⁹¹⁷.

Neste sentido, ganha particular importância a atividade dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, uma vez que desde 2011⁹¹⁸, os serviços públicos essenciais estão sujeitos a *arbitragem necessária* quando as pessoas singulares optem expressamente pelo recurso aos tribunais arbitrais dos centros de consumo^{919,920}. A celebração de protocolos de cooperação com os centros de resolução

⁹¹² Artigo 48.º-B, n.º 2 da LCE em consonância com o art. 4.º, n.º 1 e art. 8.º, n.º 1, alínea j) dos Estatutos da ANACOM.

⁹¹³ GOUVEIA, Mariana França – *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2015, p. 21.

⁹¹⁴ Temos de recuar a 1989 para recordar a criação do primeiro centro de arbitragem de consumo em Portugal, nomeadamente o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa.

⁹¹⁵ Art. 20.º da CRP.

⁹¹⁶ No mesmo sentido, o art. 47.º, n.º 3, alínea a da LQER.

⁹¹⁷ Anterior art. 107.º da LCE.

⁹¹⁸ Da quarta alteração à LPSE introduzida pela Lei n.º 6/2011.

⁹¹⁹ Desde 2019, o art. 14.º, n.º 2 da LDC prevê que todos os conflitos de consumo de *reduzido valor económico*, ou seja, não excedendo os 5.000 euros, por opção expressa dos consumidores, poderão recorrer à arbitragem necessária ou mediação, submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados, nos termos da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto que veio alterar a LDC.

⁹²⁰ Do mesmo normativo legal resulta um dever de informação prévio relativo à representação por advogado e solicitador e que o apuramento da taxa de justiça só terá lugar no “*final*”. Quanto a este “*inovador*” direito de informação e à dispensa de pagamento prévio da taxa de justiça ver, CARVALHO, Jorge Morais; PINTO-FERRERIA, João Pedro – Reflexão sobre a Arbitragem e a Mediação de Consumo na Lei de Defesa do Consumidor – A Lei n.º 63/2019, de 16 de Agosto. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. [em linha]. XIII, p. 26-29.

alternativa de litígios de consumo impactou a resolução dos diferendos que opõem prestadores e utentes, atendendo a que estamos numa área problemática e conflituosa⁹²¹.

A possibilidade do recurso à *arbitragem*⁹²², à *mediação* ou à *conciliação*⁹²³ é de inegável valor, uma vez que estes mecanismos gozam de uma celeridade, apresentam um custo reduzido e uma acessibilidade incomparável aos tribunais judiciais, permitindo a resolução de conflitos envolvendo quer as pessoas individuais, quer as empresas⁹²⁴.

Nos termos no novo CECE, o legislador europeu, prevê a possibilidade de extensão da resolução alternativa de litígios às micro e pequenas empresas⁹²⁵. Ou seja, a normatividade europeia prevê a faculdade do alargamento dos meios de resolução alternativa de litígios por decisão dos Estados-Membros, reconhecendo os benefícios desta em detrimento dos tribunais comuns.

Relativamente a litígios relacionados com obrigações decorrentes da LCE entre empresas que estejam sujeitas a estas ou entre estas e empresas que beneficiem de obrigações de acesso no território nacional⁹²⁶, pode a pedido de qualquer das partes, a autoridade reguladora, resolvê-los, através de uma *decisão vinculativa*, sem exclusão da possibilidade de recurso jurisdicional. Esta decisão, deve ser proferida num prazo não superior a 4 meses⁹²⁷, sendo a intervenção da autoridade reguladora solicitada no prazo máximo de um ano a contar da data do início do litígio⁹²⁸. Sem prejuízo, de em determinadas circunstâncias a autoridade reguladora decidir não aceitar o litígio, e disso informar as partes⁹²⁹.

⁹²¹ A Lei n.º 14/2019, de 12 de fevereiro concretizou obrigações a cargo das autoridades reguladoras dos serviços públicos essenciais, no sentido de dinamizar e promover estes mecanismos de resolução de litígios.

⁹²² Na ausência de um conceito uno, a arbitragem perspectiva-se enquanto meio jurisdicional de resolução de litígios, pode assumir um caráter voluntário ou necessário, promovida *ad hoc* ou institucionalizada, decidida através de critérios de direito ou de equidade. No geral, entender-se-á como um mecanismo *heterocompositivo*, pois além das partes intervêm um terceiro imparcial, *convencional*, na medida em que a sua origem remonta a um acordo das partes, *formalizado* através de um conjunto de fases predefinidas que serão seguidas pelos intervenientes e *quasi-judicial*, uma vez que a decisão final dos juizes-árbitros é obrigatória. CAUPERS, João - *Introdução ao Direito Administrativo*. 10ª Edição. Lisboa: Âncora Editora, 2009, p. 544.

⁹²³ A conciliação não sendo um meio jurisdicional, resultará a solução do litígio do acordo de vontade entre as partes, alcançado com o auxílio de um terceiro imparcial. A mediação, aproxima-se da conciliação, uma vez que não sendo um meio jurisdicional e resultando da composição por acordo de partes, o terceiro imparcial envolvido ganha maior destaque, podendo assumir uma postura proativa de apresentação de propostas às partes.

Oliveira, Maria da Conceição, *Mediação e Arbitragem no Roteiro da Boa Administração* in *Mais justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, p. 69-71.

⁹²⁴ Entenda-se o recuso à resolução alternativa de litígios por empresas através dos Julgados de Paz, e não dos centros de arbitragem de conflito de consumo.

⁹²⁵ Art. 25.º do CECE.

⁹²⁶ O CECE amplia expressamente esta possibilidade a empresas que beneficiem igualmente de obrigações de interligação, ou entre empresas que ofereçam redes ou serviços de comunicações eletrónicas e fornecedores de recursos conexos, nos termos do art. 26.º do CECE.

⁹²⁷ Art. 10.º, n.º 3 da LCE. Mantendo-se o prazo no art. 26.º, n.º 1 do CECE, salvaguardando *circunstâncias excecionais*.

⁹²⁸ Art. 10.º, n.º 2 da LCE.

⁹²⁹ O atual art. 11.º da LCE, formula as hipóteses de recusa de pedido de resolução de litígios.

Esta possibilidade de resolução não impede qualquer uma das partes de intentar uma ação perante um órgão jurisdicional, todavia submetendo o litígio a qualquer um destes mecanismos preclude o acesso à via jurisdicional.

No âmbito de litígios que envolvam empresas de Estados-Membros distintos sobre obrigações decorrentes do quadro regulamentar relativo às comunicações eletrónicas⁹³⁰, podem submeter o litígio às autoridades reguladoras nacionais em causa, solicitando estas um parecer ao ORECE a fim de adotarem uma resolução coerente do litígio⁹³¹.

Cumpre-nos lembrar que, em momento algum este poder de resolução de litígios se materializa no exercício de uma genuína função jurisdicional, mas um mecanismo mais expedito e com menores custos envolvidos que pretende facilitar a resolução dos litígios.

⁹³⁰ No novo quadro regulamentar do CECE, o legislador europeu exclui a possibilidade dos litígios relativos à coordenação do espetro de radiofrequências, nos termos do art. 27.º, n.º 1 do CECE.

⁹³¹ Nos termos introduzidos pelo CECE, caso o litígio seja relativo às *trocas comerciais entre Estados-Membros*, cai esse carácter facultativo, e as autoridades reguladoras têm de notificar o ORECE, e aguardar a sua emissão antes de proferirem decisão, nos termos no art. 27.º, n.º 3 do CECE. Só quando seja urgente para *salvaguarda da concorrência ou proteção dos interesses dos utilizadores finais* é que, por iniciativa própria ou a pedido das partes, adotar medidas provisórias (art. 27.º, n.º 4 do CECE).

Conclusões

Em resultado da exposição que ousamos conduzir pelo intrincado setor das telecomunicações derivaram mais questões do que respostas.

É incontestável a evolução do setor das telecomunicações, *prima facie* na última década, pelo que dissertar sobre o *estado da arte* hoje pode, a curto prazo, assemelhar-se a usar um telemóvel com teclas: uma lembrança com resquícios ténues na atualidade. Todavia, ousamos tecer algumas considerações.

Recuando à europeização, esta fez emergir os fenómenos de liberalização, privatização e desregulação na realidade portuguesa. Conduzindo a uma redefinição da regulação dos setores económicos e não económicos, ao nascimento de novas entidades com funções de regulação e a uma recompreensão da normatividade.

Relativamente à figura das autoridades reguladoras, entendemos que assumem uma importância vital ao funcionamento equilibrado dos setores e que o seu compromisso na regulação tem reflexos na confiança depositada pelos cidadãos. Substituindo as direções-gerais ou até mesmo a autorregulação em vários setores, particularmente nas indústrias em rede depositou-se uma enorme fé na sua atuação.

Concomitantemente, era expectável que, tantos anos após a sua previsão constitucional e de atuação nos vários segmentos da sociedade fossemos capazes de evidenciar uma estrutura realmente independente, isenta de influências exógenas, capaz de afastar o risco de captura pelos regulados e pelo próprio poder político. Se por um lado estatutariamente consagra-se a sua independência, na prática encontramos vários desvios a esta; se os recursos humanos da entidade reguladora são os profissionais tecnicamente mais preparados, porque se apontam os mesmos indivíduos, principalmente ao nível dos conselhos de administração, em distintas entidades de setores díspares?

Propugnando o Estado um papel *Regulador*, torna-se imperativo garantir que estas entidades emitem juízos técnico-regulatórios e não juízos político-partidários, que pautam a prossecução da sua missão visando o interesse público e as necessidades dos cidadãos. Numa União Europeia sem fronteiras, focada nos valores comunitários torna-se uma exigência de amplitude nacional e necessariamente europeia.

Apesar dos esforços encetados e, com maior incidência, nos últimos anos, das recomendações europeias à publicação da LQER, dos próprios estatutos das entidades reguladoras a espelhar o diploma, há ainda lugar (e necessidade) de melhorias para corrigir certas debilidades. Para tal o dever de prestação de contas materializado nos relatórios enviados à Assembleia da República são *desvios* justificáveis à sua independência, por oposição à existência de entidades reguladoras imunes a qualquer tipo de supervisão e responsabilização.

Relativamente ao setor das telecomunicações, perspetivando-o enquanto um organismo vivo em evolução, percorrer a ontogénese do mesmo é debruçarmo-nos sobre um setor, inicialmente tímido e limitado à comunicação à distância entre ser humanos, hoje detentor de um dinamismo sem paralelo, transversal aos vários domínios da vivência humana e possuidor de um incalculável valor económico.

Os últimos 20 anos marcaram mudanças drásticas na forma como comunicamos e nos relacionamos, em virtude da evolução digital e da miscigenação das várias tecnologias. Não obstante, a normatividade europeia empenhar-se em acompanhar o ritmo frenético destas alterações, são visíveis as dificuldades e as abordagens distintas (e nem sempre bem-sucedidas) nos vários Estados-Membros.

O novo CECE assume uma importância visível no bloco de legalidade que irão assentar as telecomunicações nos próximos anos e é de salutar a sua redação e esperar a sua transposição nacional. Todavia, temos algumas dúvidas se este personifica um movimento de disrupção face ao quadro vigente atual, nomeadamente *quadro regulamentar de 2002* reformulado em 2009.

Da simbiose destas duas realidades às quais se adicionam outras, como as exigências de um mercado concorrencial fruto da integração europeia, à exigência de transparência da atuação dos atores públicos e privados, à salvaguarda dos direitos dos consumidores temos um quadro complexo e com intrincadas particularidades que em nada facilitam a atuação da ANACOM.

A concorrência enquanto valor e política comunitária fez emergir uma ampla legislação e um intrincado funcionamento entre a Comissão e os Estados-Membros na sua prossecução ao longo dos últimos anos. O esqueleto da normatividade do setor das telecomunicações assentou no desmantelamento dos monopólios nacionais e na construção de um mercado concorrencial. Não devemos eliminar do nosso horizonte que, a concorrência foi e é uma ferramenta poderosa para impulsionar a inovação de tecnologias e melhoria da qualidade dos produtos.

Atualmente, esta mantém-se como a *bússola* do setor, privilegiando-se a concretização da mesma aquando da regulação e, convocando-se as suas normas na presença de comportamentos desviantes.

Em paralelo, a defesa da transparência alastrou-se com a concretização do mercado interno europeu baseado na concorrência. Num setor multimilionário como o gerado pelas redes e serviços de telecomunicações, concretizar a concorrência e não substituir monopólios públicos por oligopólios privados, exige transparência da atuação quer das empresas, quer da entidade reguladora. A sua chamada à colação serve para evidenciar a sua relevância, sem colocar em causa a propriedade intelectual das empresas ou o acesso a informação sigilosa por parte da autoridade reguladora na sua faceta fiscalizadora, na concretização de um mercado em que os concorrentes e os cidadãos têm acesso à informação relevante, fazendo escolhas ponderadas e rigorosas.

Face à conjuntura atual exigir-se-á a manutenção ao regulador de um papel ativo e eficaz.

Destarte, as exigências regulatórias que recaem a nível nacional sobre os ombros das entidades reguladoras nacionais, *maxime*, a ANACOM e acercam a atuação internacional na figura do ORECE, da ITU e *inter alia*, da própria Comissão Europeia são colossais.

A observância do cumprimento das normas técnicas, a implementação da rede *5G*, de garantir que o campo incomensurável de serviços funcionam com qualidade e com preços adequados, de assegurar a fiscalização dos regulados é exigente, mas exequível pelo regulador nacional.

Nessa medida entendemos que, para lá normatividade atual as modificações que propusemos ao nível da LQER e da ANACOM, se coadunam com as fragilidades da realidade nacional beneficiariam a atuação das entidades reguladoras, da ANACOM e doravante da própria economia.

O exercício dos poderes de regulamentação, supervisão e fiscalização, sancionatório e de resolução de litígios capacita a ANACOM de uma atuação transversal no setor das telecomunicações. O exercício pleno e eficaz da totalidade de poderes é necessário para promover e garantir a concorrência do setor e, simultaneamente, a qualidade dos serviços. Regulamentos e recomendações visando a concorrência e a transparência, a ocorrência de auditorias e inspeções aos regulados, a aplicação de coimas e sanções acessórias em tempo razoável e proporcionais à conduta incumpridora e a resolução célere dos litígios são os ingredientes, já ao dispor da autoridade reguladora e que produzem e

produzirão, sempre que concretizados, a *promoção da concorrência na oferta de redes*, a *contribuição para o desenvolvimento do mercado interno da União* e a *defesa dos interesses dos cidadãos*.

O fortalecimento da autoridade reguladora através de procedimentos concursais transparentes, de recursos humanos tecnicamente aptos e idóneos com validação parlamentar e evitando os fenómenos das *revolving doors* são conducentes à realização de um mercado verdadeiramente concorrencial.

Uma atuação articulada e baseada na cooperação entre as entidades reguladoras, criteriosamente orientada e incentivada particularmente entre a AdC, a ANACOM e a ERC permitirá o bom funcionamento do setor das telecomunicações, que de outra forma fica comprometido com sobreposição de competências.

As exigências dos próximos anos irão impor uma atuação assertiva, eficaz e rigorosa da ANACOM, no sentido de providenciar um setor capaz de satisfazer as necessidades das empresas e dos cidadãos, num ambiente *concorrencial e transparente*.

Não propugnamos à semelhança de quem na doutrina refere uma direção geral de comunicações além do regulador sob pena de uma “*ausência completa de política pública*”⁹³², porém esperamos do regulador a capacidade de garantir o interesse público e as políticas públicas *per si*.

O setor das telecomunicações tem de ser perspectivado em toda a sua complexidade e enredo de atores intervenientes enquanto SIEG e como tal, imprescindível para os cidadãos. A pandemia da COVID-19 expôs várias debilidades no acesso a serviços de telecomunicações pelos cidadãos e pelas empresas, no funcionamento e na resolução dos problemas associados. Entenda-se que foi uma situação excecional e incomparável. Todavia, foi o espelho da nossa dependência destes serviços, quer para lazer, para teletrabalho, quer para tentar garantir alguma normalidade no nosso dia-a-dia.

A tarifa social de acesso a serviços de Internet previsto no *Plano de Ação para a Transição Digital*⁹³³ do atual Governo para garantir a transformação digital e que, se espera estar espelhada na transposição do CECE, à semelhança da existente para a energia é prova da (boa) vontade e esforço, porém acompanhados do constante atraso da legalidade face à realidade.

⁹³² SIMÕES, Ascenso – *Regulação e Supervisão em Portugal*. Porto: edições Afrontamento, 2018, p. 131.

⁹³³ A provado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2020, o Plano de Ação para a Transição Digital assenta em três pilares de atuação fundamentais - Capacitação e inclusão digital das pessoas, Transformação digital do tecido empresarial e Digitalização do Estado e inclui 12 medidas que ambicionam a transição digital da Administração Pública, das empresas e do cidadão em geral.

Salutando que a cobertura nacional de redes e a prestação de serviços pelos operadores de telecomunicações assume valores francamente positivos e obtidos em consequência da regulação flexível do setor, não esquecemos que, os preços das comunicações em Portugal ainda se apresentam elevados e com valores muito semelhantes nas diversas operadoras⁹³⁴, absorvendo parte significativa dos orçamentos familiares e constituindo fonte de litígios de consumo constantemente.

Em suma, e no término desta dissertação cumpre-nos concluir que as entidades reguladoras assumem um papel preponderante para o sucesso do mercado concorrencial europeu, ainda que, e como ocorreu no caso português, sucederam-se algumas dificuldades à sua adaptação.

Para um setor tão vasto e complexo como o das telecomunicações, o papel regulatório da ANACOM é crucial, mas suscetível de ser aperfeiçoado e adaptado aos desafios que se avizinham.

Pautar a atuação num setor como o das telecomunicações de acordo com a concorrência e a transparência não é tarefa fácil, porém é imprescindível para garantir que o mesmo não sucumbe aos interesses de uma minoria em detrimento da maioria, e que a ambição do *Mercado Único Digital* não é frustrada por redes ineficientes, serviços de telecomunicações com preços muito elevados e de qualidade duvidosa.

Os próximos anos demonstrarão como a sedimentação do novo regime regulatório introduzido pelo CECE nos vários ordenamentos fará face aos desafios tecnológicos e exigências dos consumidores.

⁹³⁴ Em Novembro de 2019, a APRITEL divulgou os resultados de um estudo realizado pela Deloitte, analisando os preços médios das comunicações eletrónicas na Europa, abrangendo a análise dez países (Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Estónia, França, Hungria, Irlanda, Países Baixos e Reino Unido) e tendo como referência os pacotes predominantes no panorama português, pacotes *triple play* (serviço de televisão, *Internet* e voz fixa) e *quadruple play* (serviço de televisão, *Internet*, voz fixa, voz móvel e internet móvel). Em contraciclo dos dados divulgados pelo regulador, Portugal apresentaria no conjunto, a segunda oferta com preço mais baixo. Sítio Oficial da APRITEL – *Análise de preços das comunicações eletrónicas na Europa* [em linha]. APRITEL, 2019, p. 4. [Consult. 29 Ago. 2020]. Disponível em: <http://apritel.org/assets/media/documents-s3/original/20191114_155207pos.pdf>.

Referências bibliográficas

ABREU, Joana Covelo de - O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE). *UNIO – EU Law Journal* [em linha]. Vol. 4, n.º 2 (2018), p. 59 – 72. [Consult. 18 Abr. 2020]. Disponível em: <<https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/download/20/52/>>.

- Promotion of internet connectivity in local communities (“WIFI4EU” legislative framework): deepening European Digital Single Market through interoperability solutions - Editorial of October 2017. *UNIO – EU Law Journal - The official blog*. [em linha]. (2017). [Consult. 3 Fev. 2020]. Disponível em: <<https://officialblogofunio.com/2017/10/09/editorial-of-october-2017/#more-2265>>.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de - Obsolescência programada e proteção dos consumidores: abordagem comparada de direito luso-brasileiro. *Law, State and Telecommunications Review* [em linha]. Vol. 11, n.º 2, p. 153-176 (Out. 2019). [Consult. 7 Abr. 2020]. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/27028/23482>>.

ALMEIDA, Mariana Pinheiro; SIMÕES, Fernando Dias – *Lei dos Serviços Públicos Essenciais Anotada e Comentada*. Lisboa: Almedina, 2012.

ALVES, Mafalda Manuela Magalhães - Terceirização das Autarquias Locais: as IPSS. In Fonseca, Isabel Celeste M. (coordenação científica) - *Estudos de democracia e poder local: a descentralização em curso*. Coleção Estudos Jurídicos Mestrado em Direito Administrativo. NEDip, junho de 2019.

ALVES, Nuno Peres – Direito Administrativo das Telecomunicações. In Gonçalves, Pedro; Otero, Paulo (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011.

ANASTÁCIO, Gonçalo – Artigo 11.º - Abuso de posição dominante. In Porto, Manuel [et al.] (coord.), Henriques, Miguel Gorjão (dir.) - *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 224-268.

ANTÓNIO, Isa - Das Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde: Análise e reflexão sobre alguns aspectos económico-financeiros. *Revista eletrónica de Direito* [em linha]. N.º 2 (2014), p. 1-35. [Consult. 3 Abr. 2020]. Disponível em: < <https://www.cije.up.pt/download-file/1245>>.

– *As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. O advento do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de Acesso à Saúde (Teses doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2018.

APOLINÁRIO, Marisa - *O Estado regulador: o novo papel do Estado. Análise da perspetiva da evolução recente do direito administrativo e o exemplo do setor da energia (Teses de Doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2016.

ARIAS, Daniel [et al.]. *A tecnologia da comunicação*. Centro editor PDA, cop. 2011.

AZEVEDO, Maria Eduarda – *Direito da Regulação da Economia*. Lisboa: Quid Juris, 2017.

BARBOSA, Mafalda Miranda - Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho? *Estudos de Direito do Consumidor*. [em linha]. N.º 6. (2004), p. 401 - 434 [Consult. 18 Mai. 2020]. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_6_completo.pdf>.

BARROS, Pedro Pita - *Sobre a articulação entre o ICP – ANACOM e a Autoridade da Concorrência*. [em linha]. ANACOM, 2003, p. 1-26. [Consult. 3 Mar.2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/parec_anacom.pdf?contentId=128075&field=ATTACHED_FILE>.

BLANCO DE MORAIS, Carlos - As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*. [em linha]. Ano 61 – Vol. I (2001), p. 101-154. [Consult. 10 Mar. 2020]. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B5a323e37-4297-4bd2-97d5-7ccb97a3a31d%7D.pdf>>.

- O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia. In Sousa, Marcelo Rebelo et al. (org.) - *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Volume IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 183-218.

- A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência. *Jurismat* [em linha]. N.º 7, p. 155-167. [Consult. 5 Mar. 2020]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10437/8108>>.

BRANDÃO, Nuno - O Direito contra-ordenacional económico na era da regulação. In Loureiro, Flávia Novera (coord.) - *A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada: atas da conferência internacional*. 1.ª edição. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 87 – 118.

CABO, Sérgio Gonçalves do, - Regulação e Concorrência no Sector das Comunicações Eletrónicas. In Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil - *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009.

CAMPOS, Manuel Fontaine – Livre Prestação de Capitais. In Pais, Sofia Oliveira (coord.) - *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, 2013.

CARDOSO, Elionora - *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CARVALHO, Jorge Morais - *Manual de Direito do Consumo*. 5.ª edição. Coimbra: Almedina, 2018.

CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía López; ARIÑO ORTIZ, Gaspar - *La competencia en sectores regulados: Regulación empresarial y mercado de empresas*. 2.ª edição ampliada. Fundación de Estudios de Regulación. Granada: Comanes editorial.

CORREIA, Carlos Pinto – As relações entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores sectoriais. In Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil - *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 721-736.

COSTA, José de Faria – As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista. In Monteiro, António Pinto (coord.) - *As telecomunicações e o Direito na sociedade da informação. Atas do Colóquio organizado pelo IJC em 23/24 de Abril de 1998*. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 47 - 78.

CUNHA, Paulo de Pitta e, - *Sombras sobre a integração europeia*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

DAL BÓ, Ernest – Regulatory Capture: A review. *Oxford Review of Economic Policy*. [em linha]. Vol. 22, n.º 2, (2006), p. 203-225. [Consult. 2 Out. 2020]. Disponível em: <http://faculty.haas.berkeley.edu/dalbo/regulatory_capture_published.pdf>.

DECKER, Christopher - Regulating networks in decline. *Journal of Regulatory Economics* [em linha]. 49, (2016), p. 344-340. [Consult. 7 Fev. de 2020]. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11149-016-9300-z#Sec16>>.

DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DUARTE, Maria Luísa - *União europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2011.

ESCOBAR-BRIONES, Rebeca; CONDE-MENCHACA, Nubia M. - Competencia en los mercados de telecomunicación tradicionales y OTT. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. [em linha]. Vol. 11, n.º 1 (2019), p. 79-100 [Consult. 20 Fev. 2020]. Disponível em:

<<http://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/download/24850/21960/>>.

FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva - A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. Ferreira, Eduardo Paz; Moraes, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, p. 7-38.

FERREIRA, Rui Cardina; COSTA, Vasco Freitas da - Governação da entidade reguladora do (sub)setor dos seguros e fundos de pensões. In Gonçalves, Pedro Costa [et al.]. - *Governo da Administração Pública*. Coleção Governance Lab. Coimbra: Almedina, 2013, p. 231-271.

FERRO, Miguel Sousa – Processos por incumprimento e poderes sancionatórios do Tribunal de Justiça da União Europeia: Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 25 de Junho de 2014, Comissão Europeia c. Portugal, Proc. C-76/13. *Anuário Português de Direito Internacional 2014-2015* [em linha]. Lisboa: Instituto Diplomático, Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2016, p. 297-306. [Consult. 22 Mar. 2020]. Disponível em: <<https://ahd.mne.gov.pt/nyron/library/catalog/winlibimg.aspx?skey=3C4D11C3DC8B483C97ADB3888D1>>.

FONSECA, Isabel Celeste M. - *Direito Administrativo I - roteiro teórico prático*. ELSA UMINHO, NEDip, 2019.

FROUFE, Pedro Madeira, GOMES, José Caramelo - Mercado interno e concorrência. In Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana; Froufe, Pedro Madeira - *Direito da União Europeia: Elementos de direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 449-504.

GAMITO, Conceição; RAPOULA, João Riscado - As taxas de regulação económica no sector das comunicações electrónicas. In Vasques Sérgio [et. al] (coord.) - *As taxas de regulação económica em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 171-250.

GERADIN, Damien; KARANIKIOTI, Theano - *Network sharing and EU competition law in the 5G era: A case of policy mismatch*. [em linha]. (Jul. 2020), p. 1-27. [Consult. 23 Agost. 2020]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3628250>>.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim - O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares: Studia Iuridica 61*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 705-721.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa: Anotada*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, Pedro Costa – *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999.

- *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 2008.

- *Entidades Privadas com Poderes Públicos (Teses doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2008.

- *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. CEDIPRE, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

- Regulação nacional das telecomunicações – um caso de europeização da regulação de uma indústria em rede. In González Ríos, Isabel, (coord.) - *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red energía, telecomunicaciones y transportes y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 273- 292.

GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes – Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica. *Textos de regulação da saúde. Ano 2013*. [em linha]. Lisboa: ERSE, 2014, p. 9-28 [Consult. 7 Abr. 2020]. Disponível em: <http://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/textos/revista_ers_4.pdf>.

GONÇALVES, Pedro Costa; OTERO, Paulo - Nota de abertura. In *Tratado de Direito Administrativo Especial - Volume V*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 6 - 9.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; SAAVEDRA, Alberto - A Diretiva ECN + e a nova era do direito da concorrência. *Revista da Ordem dos Advogados*. [em linha]. Ano 80 (Jan/Jun. 2020), p. 219 - 256. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131430/roa-i_ji-2020-web.pdf>.

GOUVEIA, Mariana França – *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2015.

GUILHERME CATARINO, Luís - *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*. Coimbra: Almedina, 2010.

- O novo regime da administração independente: *quis custodiet ipsos custodes*. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano V, n.º 17 (2014), p. 171-238. [Consult. 8 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2017.pdf>.

- Segredos da Administração: Segredos de Supervisão e de Sanção. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano X, n.º 38 (Abr/Jun. 2019), p. 31-77. [Consult. 8 Out. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista_ReC_38.pdf>.

LOBO, Carlos Baptista – *Setores em Rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes virtuais (Teses doutoramento)*. Coimbra: Almedina, 2009.

LOUREIRO, João Carlos - *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

- Estado Social em Portugal: reforma(s) ou revolução. In Mendes, Fernando Ribeiro; Cabral, Nazaré da Costa (org.) - *Por onde vai o Estado Social em Portugal?* Porto: Vida Económica, 2014, p. 97-134.

LOURENÇO, Maria João - Deslegalização e poder regulamentar das entidades reguladoras independentes. *Julgar Online* [em linha]. (Jun. 2018), p. 1-28. [Consult. 16 Mar. 2020]. Disponível em: <<http://julgar.pt/deslegalizacao-e-poder-regulamentar-das-entidades-reguladoras-independentes/>>.

MAGGETTI, Martino - Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: a Critical Review. *Living Reviews in Democracy*. *Living Reviews in Democracy* [em linha]. Vol. 2, (2010), p. 1-9. [Consult. 12 Mar. 2020]. Disponível em: <https://ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/cis-dam/CIS_DAM_2015/WorkingPapers/Living_Reviews_Democracy/Maggetti.pdf>.

MAJONE, Giandomenico – From the positive State to the regulatory State: causes and consequences for changes in the mode of governance. *Revista do Serviço Público*. [em linha] Vol. 50, (Jan/Mar. 1999), p. 5-36. [Consult. 10 Fev. 2020] Disponível em: <<https://doi.org/10.21874/rsp.v50i1.339>>.

- The transformations of the regulatory State. *Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione* [em linha]. (Set. 2010), p. 1-32. [Consult. 7 Fev. 2020]. Disponível em: <https://www.osservatorioair.it/wpcontent/uploads/2010/10/Paper_Majone_RegulatoryState_sept2010.pdf>

MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia – Telecomunicações e protecção de dados. In Monteiro, António Pinto (coord.) - *As telecomunicações e o Direito na sociedade da informação. Atas do Colóquio*

organizado pelo IJC em 23/24 de Abril de 1998. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 81- 121.

MARQUES, Maria Manuel Leitão – Quarenta anos depois. In Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital - *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Coimbra: Almedina, 2008, p. 199-202.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de Almeida; FORTE, André Matos - *Concorrência e Regulação (A Relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital - Economia de Mercado e Regulação. In Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital - *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 13-15.

- O ano da concorrência. In Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital - *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Coimbra: Almedina, 2008, p. 215-217.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital – Artigo 35.º Articulação com autoridades reguladoras setoriais no âmbito de práticas restritivas de concorrência. In Porto, Manuel [et al.] (coord.), Henriques, Miguel Gorjão (dir.) - *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 493-509.

MARTINS, Jorge Silva – Governação do Setor Aeroportuário. In Gonçalves, Pedro Costa [et al.] - *Governo da Administração Pública*. Coleção Governance Lab. Coimbra: Almedina, 2013, p. 181-230.

MESTRE, Kristel – Neutralidade de rede. *Contributos para a História da regulação das comunicações em Portugal*. [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2019, p. 241-250. [Consult. 11 Jul. 2020].

Disponível

em:

<https://www.anacom.pt/streaming/ANACOM30anos.pdf?contentId=1498028&field=ATTACHED_FILE>.

MIRANDA, Jorge - *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTE, Mário Ferreira - *Da Protecção Penal do Consumidor: O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*. Coimbra: Almedina, 1996.

– A regulação no contexto do direito sancionatório. Em especial, os setores da energia e do ambiente. In Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa (coord.) - *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 239-270.

MOREIRA, Teresa – Regulação e Proteção dos Consumidores – Algumas Notas. In Carvalho, Jorge Morais – *I Congresso de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 259-268.

MOREIRA, Vital - *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

- Um marco regulatório: a Lei Sarbanes-Oxley. In Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital - *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 171-174.

– *Provas de agregação de Vital Moreira – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”*. Repositório Científico da UC. [em linha]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. [Consult. 15 Fev. 2020]. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda - *Autoridades reguladoras independentes: Estudo e Projeto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORENILLA, José María Souvirón - La acción de las administraciones públicas y la regulación de las telecomunicaciones. In González Ríos, Isabel, (coord.) - *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red energía, telecomunicaciones y transportes y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 293- 350.

NETO, Ivo Campos; LOPES, Felisbela; STRAUBHAAR, Joseph Dean - Informação 4G: os desafios que as tecnologias móveis colocam no campo da informação. Comunicação e Cultura: II Jornada de Doutorandos em Ciências da Comunicação e Estudos Culturais [em linha]. Universidade do Minho: Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade, 2013, p. 9-25. [Consult. 15 Jan. 2020] Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/29780/1/Ebook_II_jornadas_doutorandos.pdf>.

NORONHA, João Espírito Santo; MORAIS, Luís Silva – Editorial. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano I, n.º 1 (2010), p. 7- 16. [Consult. 18 Mai. 2020]. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%201.pdf>.

NOVAIS, Jorge Reis - *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, José Avelãs - *O Estado Capitalista e as suas máscaras*. Lisboa: Edições Avante, 2013.

PAPP, Krisztina - *Transparency in corporate reporting – Assessing the World's Largest Telecommunications Companies 2015*. [em linha]. Transparency International, p. 1 - 44. [Consult. 3 de Maio de 2020]. Disponível em: <https://images.transparencycdn.org/images/2015_TRAC_Telecoms_EN.pdf>

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal. In Correia, Eduardo [et. al] - *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Volume 1. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 209-276.

PORTO, Manuel Lopes – *Teoria da integração e políticas comunitárias – Face aos desafios da Globalização*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

PORTO, Manuel; CALVÃO DA SILVA, José Nuno – Artigo 4.º - Serviços de Interesse Económico Geral. In Porto, Manuel [et al.] (coord.), Henriques, Miguel Gorjão (dir.) - *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 125-131.

PRATA ROQUE, Miguel – Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social. In Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa (coord.) - *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 367-442.

OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Maria da Conceição – Mediação e Arbitragem no Roteiro da Boa Administração. IN Villalobos, Nuno de; VIEIRA, Mónica Brito (org.) - *Mais justiça Administrativa e Fiscal*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 59 - 77.

OTERO, Paulo - *Instituições políticas e constitucionais*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.

ROQUE, Ana - *Regulação do Mercado, Novas Tendências*. Lisboa: Quid Juris, 2006.

SÁ, Rui - *Introdução às Redes de Telecomunicações*. 3.^a edição. Lisboa: FCA Editora de Informática, 2016.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão - *Direito Económico*. 7.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS, Sergio Denicoli dos - *A implementação da Televisão Digital Terrestre em Portugal*. Braga: Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2012. Dissertação de Doutoramento em Ciências da Comunicação (área de especialização de Sociologia da Comunicação e da Informação).

SILVA, João Nuno Calvão da, - *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*. Coimbra: Almedina, 2008.

SILVEIRA, Alessandra - *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*. 2.^a edição (atualizada e ampliada). Lisboa: Quid Juris, 2011.

SIMÕES, Tânia Cardoso – Entidades Reguladoras: um ano de Lei-Quadro. *Revista de Concorrência e Regulação* [em linha]. Ano V, n.º 17 (2014), p. 239-270. [Consult. 8 Fev. 2020]. Disponível em <http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2017.pdf>.

SOUSA, António Francisco de – *Direito Administrativo*. Lisboa: Prefácio, 2009.

SOUSA, Marcelo Rebelo – *Lições de Direito Administrativo*. Vol. I. Lisboa: Lex Edições, 1999.

STRAUSS, Peter L. - The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch. *Columbia Law Review* [em linha]. Vol. 84, n.º 3, (1984), p. 574-667. [Consult. 12 Fev. 2020]. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/208>.

TEIXEIRA, Carlos Adérito - Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do direito sancionatório da regulação. In Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa - *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 107-138.

TRUBNIKOV, Dimitrii - The Public Choice View at the “Deregulation” Movement: Analyzing the Experience of European Telecommunications. *Law, State and Telecommunications Review* [em linha]. Vol. 11, n.º 1 (Mai. 2019), p. 1 – 12. [Consult. 20 de Fev. 2020]. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/24846/21956>>.

VASSALO, António - Serviços de Comunicações Eletrónicas – do paradigma do analógico ao digital. *Contributos para a História da Regulação das Comunicações em Portugal*. Lisboa, 2019. [em linha]. Edição 1023775. Lisboa: ANACOM, 2019, p. 39-49. [Consult. 20 de Jan. 2020]. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/ANACOM30anos.pdf?contentId=1498028&field=ATTACHED_FILE>.

VEIGA, Raul Soares - Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras. In Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa - *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 139-173.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

VILAÇA, José Luís da Cruz; CARVALHO, Miguel Marques – Artigo 5.º Autoridade da Concorrência. In Porto, Manuel [et al.] (coord.), Henriques, Miguel Gorjão (dir.) - *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 132-148.

TATCHER, Mark – Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe. *Journal of European Public Policy*. [em linha]. Vol. 9, n.º 6 (Dez.2002), p. 954-972. [Consult. 16 Mar. 2020].

Disponível em:

<<https://www.tandfonline.com/action/doSearch?AllField=10.1080%2F1350176022000046445>>.

TAVARES DA SILVA, Suzana - *O sector elétrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas.

- *Direito da Energia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

- O princípio da transparência: da revolução à necessidade de regulação. In Olmeda, Alberto Palomar [et al.]; Vieira de Andrade, José Carlos; Tavares da Silva, Suzana (coord.) - *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 149-174.

WALDEN, Ian – Creating a competitive market: The evolving of European telecommunications law. In Guimarães, Maria Raquel (coord.) - *Direito e (tele)comunicações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 51-152.

WU, Tim - A Brief History of American Telecommunications Regulation. *Oxford Encyclopedia of Legal History, Forthcoming* [em linha]. (2007). [Consult. 17 de Mar. 2020]. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=965860>>.

Jurisprudência

Jurisprudência Nacional

< Tribunal da Relação de Lisboa

- Acórdão de 20 de dezembro de 2010, processo 1065/07-0TYLSB-L.

< Tribunal de Comércio de Lisboa

- Acórdão de 29 de Fevereiro de 2012, processo 1232/08.9TYLSB.

< Tribunal Constitucional

- Acórdão n.º 78/2013, de 31 de Janeiro de 2013. Juiz relator Conselheiro João Cura Mariano.

< Tribunal de Contas

- Acórdão 40/2019, da 1.ª Secção, de 15 de outubro de 2019, proc. 2671/2019.

- Acórdão 31/2020, do Plenário da 1.ª Secção, de 14 de julho de 2020, proc. 2671/2019.

< Centro de Arbitragem Administrativa

- Decisão CAAD no Processo n.º 545/2018-T, de 23 de maio de 2019.

Jurisprudência Europeia

< Tribunal de Justiça das Comunidades Europeia

- Acórdão n.º 3/62, de 14 de dezembro de 1962.

- Acórdão n.º 75/63, de 19 de março de 1964.

- Acórdão n.º 56/65, de 30 de junho de 1966.

- Acórdão n.º 56/64, de 13 de Julho de 1966.

- Acórdão n.º 14/68, de 13 de Fevereiro de 1969.

- Acórdão n.º 7/73, de 6 Março de 1974.

- Acórdão n.º 8/74, de 11 de Julho de 1974.
- Acórdão n.º 26/75, 13 de Novembro de 1975.
- Acórdão n.º 27/76, 14 de Fevereiro de 1978.
- Acórdão n.º 61/79, de 27 de Março de 1980.
- Acórdão n.º 203/80, de 11 de Novembro de 1981.
- Acórdão n.º 41/83, de 20 de Março de 1985.
- Acórdão n.º 66/85, de 3 julho de 1986.
- Acórdão n.º 45/85, de 27 de Janeiro de 1987.
- Acórdão n.º 156/84, de 17 de Novembro de 1987.
- Acórdão n.º 62/86, de 3 de Julho de 1991.
- Acórdão n.º 82/01, de 24 de Outubro de 2002.
- Acórdão n.º 280/00, 24 de Julho de 2003.

◀ **Tribunal de Justiça da União Europeia**

- Acórdão C-320/03, de 15 de Novembro de 2005.
- Acórdão C-334/03, de 20 de Outubro de 2005.
- Acórdão C- 202/07, 2 de Abril de 2009.
- Acórdão C-8/08, de 4 de Junho de 2009.
- Acórdão C-171/08, de 8 de Julho de 2010.
- Acórdão C- 154/09, de 7 de outubro de 2010.
- Acórdão C-280/08, 14 de Outubro de 2010.
- Acórdão C-52/09, 17 de Fevereiro de 2011.

- Acórdão C 556/12, de 19 de junho de 2014.
- Acórdão C-76/13, de 25 de junho de 2014.
- Acórdão C-28/15, de 15 de setembro de 2016
- Acórdão C 123/16, de 25 de Julho de 2018.

◀ **Tribunal de Primeira Instância**

- Acórdão T-51/89, de 10 de julho de 1990.
- Acórdão T-24/90, de 18 de Setembro de 1992.
- Acórdão T-202/98, de 12 de Julho de 2001.
- Acórdão T-203/01, de 30 de Setembro de 2003.
- Acórdão T-310/00, de 28 de Setembro de 2004.
- Acórdão T- 340/03, de 30 Janeiro de 2007.
- Acórdão T- 301/04, de 9 de Setembro de 2009.
- Acórdão T-336/07, de 29 de março de 2012 (Tribunal Geral).
- Acórdão n.º T- 208/13, de 28 de junho de 2016 (Tribunal Geral).
- Acórdão T-851/14, de 13 de dezembro de 2018 (Tribunal Geral).
- Acórdão T-399/16, de 28 de Maio de 2020 (Tribunal Geral).