

DELIBERAÇÃO FUNDAMENTADA

A PT Comunicações, S.A., a TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. e a PT Prime – Soluções Empresariais de Telecomunicações e Sistemas de Informação, S.A. requereram a suspensão da eficácia do artigo 1º do Regulamento n.º 87/2009, de 18 de Fevereiro, na parte em que procede à alteração do disposto no nº 2, alíneas c) e f) e no nº 5 do artigo 13º do Regulamento nº 58/2005, de 18 de Agosto e na parte em que procede à alteração do disposto nos nºs 1, 2 e 4 do artigo 15º do mesmo diploma, em qualquer dos casos conjugado com o artigo 4º do Regulamento n.º 87/2009.

Face ao disposto no nº 1 do artigo 128º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, ficou o ICP-ANACOM impedido de exigir o cumprimento das normas regulamentares citadas às Requerentes, a partir do momento em que foi citado para se opor ao pedido cautelar formulado e assim se manterá no decurso do processo cautelar, a menos que reconheça que o diferimento da execução seria gravemente prejudicial para o interesse público.

E, de facto, assim é. O nível de prejuízo causado pelo diferimento da aplicabilidade das normas em causa às Requerentes é superior ao que de forma geral causa a suspensão de qualquer acto administrativo e até ao dano, (já de si superior àquele) ocasionado em geral pela suspensão de normas regulamentares.

Com efeito:

Ao consagrar, no Código de Processo nos Tribunais Administrativos a possibilidade de suspensão da eficácia de normas, o legislador contemplou

dois mecanismos que, como se refere no Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Aroso de Almeida e Fernandes Cadilha, *permitem atenuar as consequências negativas para a segurança jurídica e o interesse público que poderiam advir da genérica admissão de pedidos de suspensão de eficácia de normas. Por um lado, o processo principal pode dirigir-se apenas à desaplicação da norma no caso concreto ..., o que significa que, nestes casos, a suspensão da eficácia da norma tem os seus efeitos limitados à situação específica do demandante, sem pôr em risco exigências de interesse público.*

Por outro lado, exigiu-se, como pressuposto para o pedido de declaração de ilegalidade de normas com força obrigatória geral por quem se sinta por ela prejudicado, que a aplicação da norma tenha sido recusada por qualquer tribunal em três casos concretos, com fundamento na sua ilegalidade. Dado o carácter instrumental das providências cautelares, o mesmo requisito é necessário para o pedido de suspensão da eficácia com alcance geral.

O pedido das requerentes, não obstante estas não indicarem claramente se pretendem que a providência solicitada tenha alcance geral ou restrito ao seu caso, não pode deixar de se enquadrar nesta última hipótese.

Mas, embora assim seja, a verdade é que o efeito prático desta providência cautelar equivale quase ao da suspensão das normas com efeito geral – para cujo pedido não se verificam os pressupostos legalmente necessários – dada a posição que as requerentes ocupam no mercado e no processo de portabilidade.

Note-se que as requerentes receberam em Janeiro, Fevereiro e em Março até dia 3, inclusive, de 2009, respectivamente, a seguinte percentagem de pedidos de portabilidade, em relação ao total desses pedidos: 77%, 69% e 72%.

Esta circunstância basta para demonstrar que a lesão do interesse público que sempre ocorreria devido à suspensão de normas regulamentares é aqui agravada.

Mas este efeito seria ainda exacerbado por outra circunstância: as requerentes assumem, no processo de portabilidade, por maioria esmagadora, a posição de prestador doador/detentor (PD).

As normas cuja suspensão foi pedida têm impacto no processo de portabilidade, no sentido da sua simplificação, sobretudo pelas alterações dirigidas às empresas com a posição de PD.

Ora, a suspensão da aplicação às requerentes de tais normas, no decurso do processo cautelar, ao mesmo tempo que os demais operadores continuariam vinculados a cumpri-las, colocá-las-ia – quando se encontrassem na situação de prestadores receptores – na posição de beneficiarem dessas regras simplificadoras, às quais, durante o referido período, não ficariam obrigadas, enquanto prestadores doadores.

Criar-se-ia assim uma assimetria de sentido inverso ao desejável, ou seja, a suspensão da eficácia destas normas, ainda que limitada ao decurso do processo cautelar, teria um efeito perverso que é gravemente lesivo do interesse público.

O instituto da portabilidade foi criado para facilitar a entrada no mercado de novos operadores, o que implica desde logo que não deva ser a operadora histórica e as empresas do seu Grupo a beneficiarem de regras menos exigentes na matéria. Aliás, basta a quota de mercado que o Grupo PT possui, largamente superior ao das restantes empresas, para justificar que se qualifique como efeito perverso uma situação em que as Requerentes fiquem

em situação de vantagem por lhes serem aplicáveis regras mais favoráveis, ainda que por um período transitório.

Saliente-se em qualquer caso que a portabilidade é uma funcionalidade introduzida em 2001 nas redes fixas e nas redes móveis em 2002, registando-se no fim de Fevereiro de 2009 perto de 1.200.000 números portados. Tendo sido criada como um instrumento para facilitar aos novos operadores a aquisição de clientes, na altura apenas oriundos dos operadores históricos, cedo se tornou numa funcionalidade que interessa sobretudo aos utilizadores, por lhes permitir beneficiar dos efeitos da concorrência nos serviços telefónicos sem a barreira da alteração do número de telefone.

Foi por isso com o objectivo de criar melhores condições para o utilizador que o Regulamento da Portabilidade foi alterado. Como se refere na Nota Justificativa do Projecto de Alteração do referido Regulamento, “*Com as alterações agora introduzidas, sublinha-se a responsabilidade do prestador receptor em todo o processo, definem-se regras de eficiência entre os prestadores e reforça-se a protecção do assinante.*” Visam essas regras de eficiência, naturalmente, beneficiar também o consumidor.

Mais especificamente quanto à alteração ao disposto na alínea c) no nº 2 do artigo 13.º do Regulamento nº 58/2005, registe-se que durante 2008 a taxa de sucesso dos pedidos de portabilidade – número de pedidos colocados pelo PR aceites pelo PD – teve uma degradação acentuada: em Janeiro de 2008 foi de 85,7% e em Janeiro de 2009 esse valor foi de 58%. Era, pois, urgente a entrada em funcionamento de normas simplificadoras, que pusessem cobro a uma prática de *excesso de zelo*, generalizada entre os operadores, que ia além das preocupações efectivamente necessárias para assegurar a coincidência entre o titular do pedido de portabilidade e o assinante do número a portar. Tal prática prejudicava fortemente o desenvolvimento do mercado e em particular

os consumidores, criando-se uma barreira artificial à mudança de operador, contrária ao objectivo subjacente à introdução da funcionalidade da portabilidade do número.

Foi atendendo a este facto, como indicado no relatório da consulta pública a que foi submetido o projecto de regulamento, que esta Autoridade decidiu que haveria dois momentos para a entrada em vigor do Novo Regulamento, sendo o primeiro de 10 dias úteis após a respectiva publicação (*“Trata-se de alterações que podem ser implementadas com relativa facilidade e que o ICP-ANACOM considera trazerem valor imediato à eficácia do processo com claro benefício para os utilizadores”*).

E embora fosse claro que as alterações com entrada em vigor a 4 de Março não tinham impacto nos processos informáticos entre os operadores, não sendo necessário alterar nesta fase a Especificação de Portabilidade que os suporta, o ICP-ANACOM publicou a 1 de Março uma *Nota de Esclarecimento* explicitando este facto (http://www.anacom.pt/streaming/nota_esclarecimento_regport_2mar09.pdf?contentId=856158&field=ATTACHED_FILE). As alterações que envolvem a alteração da referida Especificação só entrarão em vigor dentro de 5 meses, face à necessidade de a mesma ser acordada entre os operadores e de a sua implementação nos respectivos sistemas de informação carecer de algum tempo de desenvolvimento e testes.

Quanto às alterações introduzidas no artigo 15º do Regulamento n.º 58/2005, bem como ao aditamento do nº 5 ao artigo 13.º do mesmo diploma, sobre o aumento da capacidade mínima para processar números portados, a forma de actualizar esse valor e a inexistência de qualquer limiar a partir de 1 de Janeiro de 2010, remete-se para o referido relatório da consulta pública, onde se evidencia: *“Trata-se de uma medida já em uso em grande parte dos países da*

UE, eliminando um obstáculo que, sendo técnico na sua génese, configurou na prática uma possibilidade adicional de os operadores históricos limitarem administrativamente o número de pedidos de portabilidade que lhes era endereçado” e “... recorda-se mais uma vez que, no âmbito da revisão em curso do quadro regulamentar comunitário para as comunicações electrónicas, é reforçado o melhoramento na oferta da portabilidade entre os direitos dos utilizadores”.

Aliás, esta Autoridade encontra-se a averiguar as queixas recebidas de várias empresas (Zon TV Cabo Portugal – S.A., Sonaecom – Serviços de Comunicações, S.A. e AR Telecom – Acessos e Redes de Telecomunicações, S.A.) contra uma das requerentes, a PT Comunicações, S.A., por, após ter ultrapassado em numerosas ocasiões (por exemplo em Fevereiro e em Julho de 2008) o limite mínimo a que estava obrigada, ter passado, a partir de Março e Abril de 2008, a rejeitar pedidos por alegada sobrealocação, quando nem esse mínimo tinha sido atingido.

Era por conseguinte inaceitável diferir por mais 5 meses a entrada em vigor de normas que poderiam ser logo executadas, porque são simplificadoras também dos processos internos das empresas. Não faz por isso também agora qualquer sentido deixar que a entrada em vigor das mesmas normas seja suspensa, em particular para as empresas de maior dimensão, que são também aquelas a que é dirigida a grande maioria dos pedidos de portação de números.

Não estando demonstrada a impossibilidade efectiva de cumprimento das obrigações em causa nos prazos estabelecidos, nem, evidentemente, quaisquer consequências negativas para a generalidade do mercado e para os consumidores em particular, considera-se haver interesse público urgente em que a aplicação das mesmas não seja protelada.

Assim, o Conselho de Administração, em reunião de 4 de Março de 2009, delibera, nos termos e para os efeitos previstos no nº 1 do artigo 128º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, declarar que seria gravemente lesivo para o interesse público o diferimento da aplicação do disposto no artigo 1º do Regulamento nº 87/2009, de 18 de Fevereiro, na parte em que altera o nº 2, alíneas c) e f) e o nº 5 do artigo 13º do Regulamento nº 58/2005, de 18 de Agosto e na parte em que altera os nos nºs 1, 2 e adita o nº 4 do artigo 15º do mesmo diploma.

Lisboa, 4 de Março de 2009