



CONSULTA

A Sonaecom (SGPS, SA) pede o meu parecer jurídico, escrito e urgente, sobre a legalidade de um novo produto lançado no mercado de telecomunicações pelas suas afiliadas OPTIMUS e NOVIS, denominado "Optimus Home", à luz da legislação aplicável e das deliberações da ANACOM, de 26-11-2004 e de 10-12-2004, sobre a matéria.



PARECER

1. A fim de responder cabalmente à consulta, vamos dividir o nosso Parecer em 5 partes, assim identificadas:

- I – Alguns factos relevantes
- II – A economia de mercado e a concorrência na União Europeia
- III – Questões relacionadas com a licença da OPTIMUS e com a “autorização” do novo produto
- IV – Questões relacionadas com a utilização da gama 2 do PNN
- V – Conclusões

2. Trataremos das diferentes questões de forma sintética, dada a urgência, e pela ordem por que ficam enunciadas.

I

Alguns factos relevantes

3. Para uma cabal apreciação e resolução das questões postas na consulta, convém ter presentes os seguintes factos relevantes:

a) A OPTIMUS – Telecomunicações, SA (doravante OPTIMUS), é titular da licença nº ICP – 014/ TCM, de 20 de Novembro de 1997, obtida por via de concurso público, e que a habilita a efectuar a prestação do serviço de telecomunicações complementar móvel – Serviço Móvel Terrestre (SMT), em regime de concorrência com vários outros operadores de telemóvel, também licenciados para o efeito;

b) Com base nessa licença, a OPTIMUS tem vindo a lançar no mercado produtos “clássicos” e produtos inovadores, com vista a conquistar, dentro das regras aplicáveis, uma porção maior do mercado português de telecomunicações;

c) O último dos produtos inovadores lançados no mercado pela OPTIMUS, em parceria com a NOVIS (operador de rede fixa), é o

produto denominado “Optimus Home”, que foi notificado à ANACOM em 12-11-2004;

d) Porém, em 26-11-2004, a ANACOM proibiu a comercialização do produto, com determinados fundamentos;

e) A OPTIMUS procedeu então, rapidamente, a algumas modificações do produto, de modo a tentar ultrapassar os obstáculos apontados pela ANACOM, e notificou a nova versão do produto a 07-12-2004;

f) A ANACOM, em 10-12-2004, apreciou as modificações introduzidas na primeira versão do “Optimus Home” e analisou as características da sua segunda versão, conferindo uma espécie de “autorização provisória” para a colocação do produto modificado à venda no mercado, mediante certas condições, designadamente a de se melhorar a informação do público consumidor;

g) Também em 10-12-2004, essa deliberação de autorização provisória foi submetida à audiência prévia da NOVIS e da OPTIMUS, no prazo de 10 dias, nos termos do Código do Procedimento Administrativo, bem como foi sujeita ao procedimento geral de consulta às empresas concorrentes, previsto na lei, também durante os mesmos 10 dias;

h) O presente Parecer destina-se a instruir a resposta a apresentar pela OPTIMUS e pela NOVIS à ANACOM, no âmbito da formalidade da audiência prévia acima referida.

4. Antes de prosseguir, convém, ainda no plano da fixação dos factos relevantes, fazer uma breve descrição objectiva, sem juízos de valor, jurídicos ou técnicos, do produto “Optimus Home”.

Trata-se, em primeiro lugar, de um serviço de comunicações electrónicas, alternativo ao (e concorrente com o) telefone doméstico da rede fixa. A vantagem mais palpável para o consumidor consiste na inexistência de assinatura mensal, mas há outras vantagens, como a mobilidade utilizada pelo cliente dentro de uma certa área restrita, e a cobrança ao cliente de preços de retalho semelhantes aos das chamadas da rede fixa pública.

Em segundo lugar, trata-se de um serviço em princípio mais barato do que o telefone da rede fixa, pois que não existe o custo fixo mensal da assinatura. Em contrapartida, verifica-se haver nas condições do contrato um consumo mínimo mensal, que é obrigatório: o seu custo é, porém, inferior ao da assinatura mensal do telefone de rede fixa.

Em terceiro lugar, e embora o produto assegure a cobertura de todo o território nacional, e até chamadas para o estrangeiro, cada consumidor-cliente do “Optimus Home”, só pode utilizar o seu “telefone móvel” em casa ou dentro de uma zona relativamente

pêquena, correspondente a uma circunferência com um raio o mais próximo possível (tecnicamente) de 2000 metros . Deste modo, o produto tem a vantagem de permitir a quem quer telefonar, não apenas o uso doméstico, mas também ir à rua, ou ao emprego, ou ao correio, ou à farmácia, levando consigo no bolso o aparelho e utilizando-o “outdoors”, desde que dentro do seu perímetro geográfico.

Em quarto lugar, o produto está concebido em termos de funcionar com base numa parceria entre a OPTIMUS e a NOVIS, sendo que aquela fornece a sua rede móvel GSM e esta fornece os elementos da sua rede fixa. O cliente compra e utiliza um “ telemóvel “, mas através de um dado cartão e, por intermédio de um número da rede fixa, tem acesso a todos os números para que pretende ligar.

Em quinto lugar e último lugar, o produto “Optimus Home” é um produto que combina características do fixo e do móvel, porque entronca no sistema móvel da OPTIMUS e, mediante parceria desta com a NOVIS, utiliza a rede fixa da segunda na relação com o consumidor final, que contrata com a NOVIS.

5. Com estas explicações, e o enunciado dos factos mais relevantes, estamos agora em condições de entrar no âmago do presente Parecer.

II

A economia de mercado e a concorrência na União Europeia

6. O produto “Optimus Home” é uma invenção tecnológica e uma inovação comercial da Optimus e, portanto, do Grupo SONAE. Pretende ser um novo produto a colocar no mercado das telecomunicações, fazendo concorrência aos operadores de rede telefónica fixa, nomeadamente a PT.

Se a PT ainda possuísse o monopólio das telecomunicações em Portugal, a inovação concorrencial da OPTIMUS não seria legalmente possível.

Se, embora sem um monopólio legal, a PT ainda estivesse protegida pelo regime do “condicionamento industrial” – que vigorou durante o Estado Novo, e foi abolido logo a seguir ao 25 de Abril de 1974 -, o Ministério de tutela, muito provavelmente, não autorizaria o produto “Optimus Home”, com fundamento na concorrência que este iria fazer ao operador incumbente e nos eventuais prejuízos daí decorrentes para tal operador.

Só que... os tempos mudaram.

Hoje em dia, já não existe monopólio legal das telecomunicações, nem a PT continua a ser empresa pública, nem vigora mais o regime do condicionamento industrial.

Estamos, muito diferentemente, numa economia de mercado, que permite e encoraja a concorrência entre empresas do mesmo sector, como fonte de inovação tecnológica, de redução dos preços para o consumidor final, e de repartição dos mercados sectoriais entre diversos operadores, para limitar (e tendencialmente eliminar) a existência de empresas com posição dominante e os respectivos abusos.

7. O novo quadro jurídico-económico em que actua hoje as empresas portuguesas em geral, e as do sector das telecomunicações em especial, resulta, por um lado, da nossa própria Constituição de 1976 (revista) e, por outro, da nossa adesão à então CEE, hoje União Europeia (UE), assinada em 1985 e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1986.

Do ponto de vista constitucional, Portugal é hoje um Estado de direito democrático (CRP, art. 2º), com economia de mercado de tipo misto (isto é, com intervenção reguladora e correctiva do Estado) – (CRP, art. 80º, al. c)), onde a própria Constituição garante, como direitos fundamentais, a iniciativa económica privada (art. 61º, nº 1) e o direito à propriedade privada (art. 62º, nº 1) e, como modelo económico

adoptado no país, a liberdade de iniciativa no âmbito de uma economia mista (art. 80º, al. c)).

No plano do Direito Comunitário Europeu, sabe-se que são, entre outros, princípios gerais da Comunidade Económica Europeia: a economia social de mercado, a criação de um mercado comum, a defesa da concorrência e, enfim, a promoção de “um alto grau de competitividade” entre as empresas concorrentes no mercado interno (cf. art. 2º do Tratado CE). E estes princípios são de tal modo importantes para a União Europeia que um dos seus grandes objectivos é a adopção de “um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno” (art. 3º, al. g), do mesmo tratado).

8. Os princípios e objectivos comunitários acabados de referir – e entretanto incorporados na ordem jurídica interna portuguesa, por força da Constituição (art. 8º, nº 2 e 3) – foram já aplicados e concretizados ao sector das telecomunicações.

Assim, no plano comunitário, foi o que fizeram as directivas nº 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, e a directiva nº 2002/77/CE, da Comissão, de 16 de Setembro de 2002.

Tais directivas foram transpostas para a nossa ordem jurídica interna pela Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro, que revogou a legislação anterior.

Sublinhe-se, à luz das regras constantes dos diplomas normativos mencionados, e em consonância com o princípio fundamental da liberdade de iniciativa económica privada, que o regime-regra de colocação no mercado das telecomunicações de novas redes ou de novos serviços, por parte dos operadores licenciados, não é um regime de “autorização prévia discricionária” (que seria um renascimento do “condicionamento industrial”), mas antes um “regime de autorização geral” (Lei nº 5/2004, art. 4º e seguintes), que consiste na liberdade de lançamento de novos produtos no mercado, apenas sujeita à obrigação de notificação do produto e suas características à ARN – Autoridade Reguladora Nacional, com o direito de início imediato da actividade pretendida e a possibilidade de uma ordem de suspensão da actividade, por falta de observância de qualquer das exigências legais ou regulamentares e, mesmo assim, com os limites que decorrem das regras do Tratado CE, designadamente aquelas que asseguram as liberdades de circulação comunitárias.

Por conseguinte, em vez de a colocação de um novo produto no mercado ter de aguardar a emanção de uma autorização ou licença administrativa, e de esta ser discricionária, o regime-regra é o da liberdade da colocação de qualquer novo produto no mercado, apenas como o dever de o notificar à ARN, e sujeitando-se a empresa em

causa a uma eventual decisão de suspensão da venda do produto, decisão esta vinculada, porque só pode ser baseada no incumprimento de qualquer norma legal ou regulamentar previamente em vigor, dentro dos limites estabelecidos na ordem jurídica comunitária.

9. De tudo o que vimos de dizer – e em particular, do princípio da liberdade de iniciativa empresarial privada, do objectivo institucional da defesa e promoção da concorrência entre empresas, e do regime-regra da “autorização geral”, tal como definido por lei – resultam claramente (e sem qualquer margem para dúvidas) as consequências seguintes:

a) Se uma empresa, devidamente licenciada, notifica um novo produto no sector das telecomunicações, por via de regra esse produto deve ser aceite sem restrições, salvo as que resultarem das leis e regulamentos em vigor ao tempo da notificação, sem prejuízo dos limites do Direito Comunitário acima referidos;

b) Se o novo produto não for único no seu “nicho de mercado”, mas for concorrencial com produtos já existentes, isso não é razão para o interditar, mas (bem pelo contrário) para o permitir e encarar positivamente, pois vai aumentar a concorrência, o que deverá fazer diminuir os preços e melhorar a qualidade dos produtos existentes no mercado, com vantagem directa para o consumidor e para a competitividade da economia nacional;

c) Logo, a atitude tomada pela ANACOM, na sua deliberação de 10-12-2004, é de aplaudir, uma vez que admite e aceita o novo produto denominado “Optimus Home”, apenas impondo algumas obrigações decorrentes da lei;

d) Não são admissíveis oposições ao novo produto, vindas da parte de empresas concorrentes, com o fundamento de que o novo produto lhes fará concorrência, ou lhes causará prejuízos, ou lhes retirará uma parcela do mercado, ou – no limite – poderá pôr em causa a sua sobrevivência. A concorrência entre empresas é aceite e estimulada, como valor positivo, pela legislação comunitária e nacional. Portanto, só serão admissíveis oposições quando baseadas na alegada ilegalidade do novo produto;

e) A ANACOM, como ARN portuguesa, não tem por missão defender ou proteger a viabilidade ou a rentabilidade das empresas porventura afectadas pelo novo produto, nem tão-pouco avaliar se este é técnica e comercialmente o melhor para quem o propõe: a ANACOM só tem de velar pela legalidade do novo produto, à luz das normas em vigor na data da respectiva notificação;

f) Não é juridicamente admissível interditar um novo produto com base no argumento de que ele não está previsto na lei ou não está devidamente regulamentado. Nos países democráticos com economia de mercado, a regra, no direito privado, é de que é permitido tudo quanto não estiver proibido; só no direito público é que vale a regra

oposta, de que é proibido tudo quanto não estiver expressamente permitido¹. Ora, a concepção, lançamento e comercialização de um novo produto no mercado aos consumidores é, obviamente uma actividade de direito privado – e não uma actividade pública, ou de direito público. Portanto, e em síntese in dubio pro libertate.

¹ Cf., neste sentido, Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Coimbra, “Almedina”, vol. II, 2001, p.43 e, do mesmo autor, Manual de Introdução ao Direito, Coimbra, “Almedina”, vol. I, 2004, p. 255.

III

Questões relacionadas com a licença da OPTIMUS e com a “autorização” do novo produto

10. O primeiro grande grupo de questões suscitadas pela Consulta tem a ver com o problema de saber se a licença de Serviço Móvel Terrestre (“telemóveis”), conferida à OPTIMUS pelo Governo em 17-11-1997 (e certificada pelo ICP em 20-11-1997), constitui ou não título jurídico bastante para dar cobertura legal ao novo produto “Optimus Home”, que foi notificado à ANACOM.

Este problema desdobra-se, a nosso ver, em duas questões:

- a) É legalmente possível lançar no mercado o produto “Optimus Home” com base na licença da OPTIMUS, de 17-11-1997 ?
- b) Se a resposta for positiva, é possível ou necessário introduzir alguma alteração no regime de direitos e obrigações aplicável à OPTIMUS, enquanto titular da referida licença?

Desde já queremos afirmar que as respostas afirmativas dadas a estas duas questões pela ANACOM, na sua deliberação de 10-12-2004, nos

parecem juridicamente correctas e bem fundamentadas. Vamos explicar, por palavras nossas, porque fazemos essa afirmação. Trataremos dos dois pontos sequencialmente, mas sem abrir secções separadas para cada um deles.

11. A primeira questão a enfrentar é, pois, a seguinte: é legalmente possível lançar no mercado o produto “Optimus Home”, com base na licença da OPTIMUS, de 17-11-1997?

Começemos por analisar esta licença.

Trata-se da licença atribuída pelo Governo, mediante concurso público, para “prestação do serviço de telecomunicações complementar móvel – SMT: Serviço Móvel Terrestre”, vulgo, serviço de telemóveis.

Este tipo de licença, note-se, não foi atribuído em exclusivo à OPTIMUS, mas, em regime de concorrência, a várias outras empresas.

Como se encontra definido o objecto da licença? Diz o nº 2 do respectivo “título de licenciamento”:

“O objecto da presente licença é a prestação do serviço de telecomunicações complementar móvel – Serviço Móvel Terrestre, com acesso automático de e para a rede telefónica

pública comutada (a da PT), de acordo com as normas do Global System for Mobile Communications – Digital Communications System (GSM – DCS), do ETSI”².

Note-se que, na definição dada, o serviço de telemóveis da Optimus, compreendendo naturalmente o acesso de e para a sua própria rede de serviço móvel, bem como o acesso de e para as demais redes (concorrentes) de serviço móvel, também inclui, expressamente, o “acesso automático de e para a rede telefónica pública”, que é uma rede fixa.

Isto é: a partir de uma licença para a exploração de um serviço de telecomunicações móvel, a própria licença que o permite prevê e inclui o acesso e a interligação do serviço móvel a um serviço fixo. E nem por isso o objecto da licença deixa de ser, primacialmente, a prestação de um serviço móvel.

12. O novo produto “Optimus Home” também entronca no serviço móvel da OPTIMUS, montado e explorado ao abrigo da licença de 1997.

O cliente final compra um aparelho do tipo telemóvel, que instala num ponto físico - por hipótese, a sua casa de habitação ou o escritório onde trabalha -, embora podendo levar consigo no bolso esse aparelho numa área limitada, como já dissemos, e do seu telemóvel liga para

² ETSI significa European Telecommunications Standards Institute.

um outro número (de rede móvel, de rede fixa ou internacional), sendo que o referido telemóvel do cliente é apto a utilizar a tecnologia GSM na rede de acesso OPTIMUS.

Depois, as chamadas efectuadas pelo cliente são “roteadas” pela rede fixa comutada da NOVIS, que se encarrega de as entregar ao seu destino final.

O mesmo se passa, em sentido inverso, com as chamadas recebidas pelo cliente do “Optimus Home”: chamada feita de um qualquer telefone da rede fixa ou móvel, passagem pela rede fixa da NOVIS, e chegada ao destino final pela rede móvel de acesso GSM da OPTIMUS.

13. O que há de novo, do ponto de vista do objecto da licença de 1997, neste produto “Optimus Home” ?

No plano comercial, e face ao serviço público fixo, é a supressão da assinatura, com prática de preços de retalho semelhantes aos da rede fixa (serviço mais barato).

No plano tecnológico, trata-se de oferecer ao cliente a possibilidade de substituir (se quiser) a sua assinatura do serviço público fixo por um serviço que tem praticamente as mesmas funcionalidades, mas que, em vez de assentar apenas numa rede fixa, assenta na combinação adequada de uma rede móvel com uma rede fixa.

É, de facto, um serviço combinado: de um lado, é combinado porque entronca num serviço móvel terrestre e depois segue em parte do percurso através de uma rede fixa, com mobilidade restrita; e, de outro lado, é combinado porque tem natureza móvel na vertente grossista e natureza fixa na vertente retalhista.

Note-se, contudo, como dissemos acima, que a própria licença de Serviço Móvel Terrestre atribuída à OPTIMUS abrange, na definição oficial do seu objecto, uma fórmula de combinação do serviço móvel com o serviço fixo da rede pública.

A solução contratual aqui é diferente: mas, se o objecto inicial da licença já incluía uma combinação móvel-fixo, nada pode impedir que o mesmo objecto – sem qualquer alteração essencial – passe a abranger uma outra combinação móvel-fixo, desta vez não com o operador público, mas com um operador privado (o que em nada altera o objecto da licença).

O “ Optimus Home” não envolve, pois, qualquer alteração essencial do objecto da licença de 1997, mas, quando muito, uma modificação pontual do seu conteúdo.

14. Um exemplo extraído da teoria do domínio público ajudará a demonstrar melhor o que pretendemos dizer.

Quem obtiver, da autoridade marítima competente, uma licença ou concessão de uso privativo dos terrenos dominiais adjacentes ao mar e às rochas, dispõe de um título jurídico cujo objecto é a utilização privativa do domínio público por particulares para fins turísticos, e cujo conteúdo comporta determinados poderes e deveres relativos a um terreno com a área x, onde se há-de construir um hotel.

Cinco anos mais tarde, o titular da referida licença ou concessão pretende construir e explorar uma piscina encravada na rocha, que será alimentada pela entrada e saída das ondas do mar.

A autoridade marítima competente tem de autorizar esta modificação: mas não há ali nenhuma alteração essencial do objecto da licença ou concessão, que continua a ser a utilização privativa do domínio público por particulares para fins turísticos. O que há é uma modificação pontual do conteúdo da licença ou concessão, que passa a abranger, além do hotel, a piscina, o que impõe, pelo menos, a atribuição de um novo direito (o direito de utilização da piscina) e de novos deveres (v.g., garantir a segurança dos banhistas).

O objecto mantém-se; o conteúdo sofre uma alteração pontual, decorrente da nova modalidade de exploração económica requerida e “autorizada”.

A ninguém ocorreria dizer que se tratava ali de obter uma licença ou concessão nova, diferente, para cuja atribuição se deveria abrir

concurso público. Para quê? Para conferir a exploração da piscina a uma empresa diferente da do hotel? Seria ignorar que o hotel e a piscina anexa são bens complementares, e que o segundo é instrumental em relação ao primeiro.

15. No caso do “Optimus Home”, a situação é análoga: o objecto da licença de 1997 mantém-se sem qualquer alteração essencial; o conteúdo jurídico dela é que sofre uma modificação pontual, porque passa a abranger mais uma modalidade de exploração económica, com o inerente acréscimo de alguns direitos e obrigações decorrentes do surgimento desta nova modalidade.

Bem faz, pois, a ANACOM, na sua deliberação de 10-12-2004, ao admitir que, no quadro de base da licença da OPTIMUS de 1997, possa haver que considerar “uma alteração das condições aplicáveis aos direitos de utilização” da OPTIMUS – e não uma alteração ao objecto da licença.

Não há, em conclusão, que atribuir nenhuma nova licença à OPTIMUS, nem conseqüentemente se torna necessário abrir concurso público para atribuí-la: a OPTIMUS, titular da licença, tem o direito de escolher o parceiro ou parceiros com quem se quer associar para oferecer ao mercado o novo produto que concebeu. Tal direito está expressamente previsto e reconhecido na lei (v. a al. a) do artigo 22º da Lei nº 5/2004), como não podia deixar de ser.

16. E não se invoque, contra o que acabamos de expor nos números anteriores, o disposto no nº4 do artigo 35º da Lei nº5/2004, que imporia, segundo uma dada interpretação, a necessidade de um novo regulamento do Governo e de um concurso público para atribuição de nova licença.

Diz o referido nº 4, num artigo dedicado à “atribuição de direitos de utilização”:

“Compete ao Governo aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências, sempre que envolvam procedimentos de selecção concorrenciais ou por comparação, e se refiram a frequências acessíveis, pela primeira vez, no âmbito das comunicações electrónicas ou, não o sendo, se destinem a ser utilizadas para novos serviços.”

Do nº5 do mesmo artigo conclui-se que, nos casos não abrangidos pelo nº4, os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências são da competência da ARN, isto é, no nosso caso, da ANACOM.

Ora bem: qual o âmbito da aplicação do nº4 deste artigo 35º ?

Em primeiro lugar, importa sublinhar que a atribuição de competência ao Governo não é para o fim da outorga de modificação de licenças, mas tão-somente para aprovação de regulamentos.

Em segundo lugar, não faz sentido pretender agora que, impedindo a ANACOM de decidir o caso da notificação do “Optimus Home”, seja necessário esperar pela prévia elaboração pelo Governo de um regulamento de “atribuição de direitos de utilização de frequências”. Com efeito, tal regulamento já existe: é o regulamento aprovado pela Portaria nº 447 – A/97, de 07 de Julho, que regulou o concurso público para a atribuição de licenças de Serviço Móvel Terrestre.

Em terceiro lugar, só faria sentido fazer um novo regulamento se houvesse que proceder a um novo concurso público para atribuição de uma nova licença. Ora, já mostrámos acima que não é esse o caso, pois o novo produto da OPTIMUS cabe perfeitamente no objecto da licença de 1997, só sendo necessária uma modificação pontual do seu conteúdo.

Em quarto lugar - e admitindo, sem conceder, que fossem necessários um novo regulamento, um novo concurso e uma nova licença -, tão-pouco a segunda parte do nº4 aqui em análise se aplica ao caso do “Optimus Home”.

O que se extrai da segunda parte do nº 4 é que compete ao Governo aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências que (além de implicarem a realização de concurso) se refiram a dois tipos especialmente relevantes de frequências:

a) As frequências acessíveis, pela primeira vez, no âmbito das comunicações electrónicas (o que não é o nosso caso, pois a OPTIMUS já dispõe de frequências que está a utilizar há anos);

b) As frequências que, não o sendo (isto é, não sendo frequências a conceder pela primeira vez no âmbito das comunicações electrónicas), “se destinem a ser utilizadas para novos serviços”.

Esta última parte do preceito aqui sob apreciação pode ser, à primeira vista, interpretada de duas maneiras:

1) Têm de ser objecto de regulamento do Governo os concursos de atribuição de direitos de utilização das frequências “para novos serviços” que se encontrem concedidas a alguém e em uso pelo seu titular;

2) Têm de ser objecto de regulamento do Governo os concursos de atribuição de direitos de utilização das frequências “para novos serviços” que se encontrem “vagas”, por cancelamento ou caducidade de uma licença anterior.

Basta enunciar esta dicotomia para se perceber imediatamente que a interpretação correcta é (e só pode ser) a segunda. Porque a primeira pressuporia uma situação técnica e juridicamente impossível: que uma dada frequência pudesse ser concedida (ainda que para outro serviço) a outra entidade, para um uso simultâneo com o da primeira. Dizem-

nos os entendidos que isso é tecnicamente impossível, por provocar interferências que inviabilizariam o uso por ambas as entidades.

Acrescentamos nós próprios que tal situação é juridicamente impossível, porque conceder um uso privativo sobre um bem do domínio público quando já existiam direitos individuais exclusivos sobre o uso desse bem, por parte de um primeiro titular, equivale a uma violação do carácter exclusivo destes direitos e constitui, portanto, uma ilegalidade.

Ora, sendo tudo isto assim, é a interpretação 2) que deve prevalecer. Tal não significa fazer uma interpretação correctiva ou abrogante da norma (o que é sempre problemático e questionável), mas apenas proceder a uma interpretação restritiva da norma, por se chegar à conclusão de que o legislador disse mais do que queria ou podia dizer: referiu-se em geral a “todas as frequências destinadas a ser utilizadas para novos serviços”, quando manifestamente – por razões técnicas e jurídicas – só queria e só podia referir-se às frequências destinadas a ser utilizadas para novos serviços “que se achem vagas, por cancelamento ou caducidade da licença de utilização anterior”.

Sendo esta a interpretação do nº4 do artigo 35º que consideramos adequada – e, até, a única possível – , é claro que o preceito é inaplicável ao caso “Optimus Home”, pois este produto utilizará frequências que estão atribuídas em exclusivo à OPTIMUS, pelo que não se encontram vagas, como é evidente.

17. Para terminar este capítulo, resta agora aludir brevemente a um último aspecto.

A empresa consulente disponibilizou-nos abundante documentação que parece demonstrar haver outros casos semelhantes ao do “Optimus Home”, a saber:

- a) Tráfego de chamadas de entrada fixo-móvel;
- b) Serviço de cartões virtuais;
- c) Números Verdes, Números Azuis, e similares;
- d) Números curtos.

Se se confirmar (o que não pudemos fazer, por falta de tempo) que existe analogia relevante entre esses casos e o do “Optimus Home”, então poderá dizer-se que há, em relação a esses casos, da parte das autoridades portuguesas competentes, uma “prática habitualmente seguida” – no sentido da autorização, ou não oposição, quanto a casos desse tipo.

Ora, segundo o artigo 124º, nº1, alínea d), do Código do Procedimento Administrativo, a Administração Pública só pode validamente afastar-se, no todo ou em parte, de uma “prática habitualmente seguida” (...) “na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais”, se fundamentar adequadamente o desvio em relação à sua prática habitual. E uma

fundamentação adequada deverá, nos termos do artigo 125º, nº 1 e 2, do mesmo código:

- a) Ser expressa;
- b) Incluir os fundamentos de facto e de direito da decisão;
- c) Ser clara;
- d) Ser coerente;
- e) E ser completa.

Só nestes termos seria possível à ANACOM, na hipótese atrás evocada, afastar-se da prática habitualmente seguida em casos semelhantes.

IV

Questões relacionadas com a utilização da gama 2 do PNN

18. O principal problema que se levanta neste capítulo é o de saber se o produto “Optimus Home” pode utilizar a gama 2 do Plano Nacional de Numeração (PNN), que é a gama atribuída aos números geográficos, usados entre nós pela PT.

Na sua deliberação de 10-12-2004, a ANACOM responde positivamente, “desde que a mobilidade associada ao terminal seja apenas a inevitável, atenta a tecnologia utilizada, para garantir o acesso num local fixo”.

19. Concordamos, no essencial, com esta posição. Pelas seguintes razões.

Em primeiro lugar, faz todo o sentido que um produto combinado, de carácter móvel-fixo, possa utilizar a gama dos números geográficos, atribuídos à rede fixa. Se o “Optimus Home” é, como afirmámos acima, um produto “móvel na vertente grossista e fixo na vertente retalhista”; se o contrato com o cliente final é assegurado por um operador de rede fixa; e se os números geográficos são os que por

natureza correspondem a uma rede fixa nacional – então, tem lógica que o novo produto possa utilizar a gama 2 do PNN.

Em segundo lugar, o Direito Comunitário Europeu, transposto para a ordem jurídica interna, é taxativo: “é garantida a disponibilidade de recursos de numeração adequados para todas as redes e serviços de telecomunicações electrónicas acessíveis ao público” (Lei nº5/2004, artigo 17º, nº1). A única exigência de que se faz depender a disponibilidade dos números previstos no PNN para “todas as redes e serviços” é a de que os recursos de numeração sejam adequados. Ora, se a OPTIMUS consegue demonstrar (ao que julgamos) que a gama 2 é, não somente adequada, mas a mais adequada, ao serviço prestado pelo “Optimus Home” – porque, designadamente, é aquela que melhor ajuda o público a perceber os custos das chamadas e porque, por outro lado, a gama 9 não é adequada - ; e se a ANACOM, entidade competente para gerir o PNN (mesma lei, artigo 17º, nº2, al. a) e b)), considera possível e adequado “reconhecer à OPTIMUS o direito à utilização da gama de numeração 2 do PNN no âmbito do mesmo serviço” (entenda-se: no âmbito do “Optimus Home”), então nada mais é preciso para concluir que para a comercialização do novo produto nas condições mais adequadas é a utilização da gama 2 do PNN a solução que se impõe.

20. E não se diga, contra-argumentando, que a gama 2 corresponde aos números geográficos, que estes correspondem ao SFT (Serviço Fixo Telefónico), e que este último “pertence” à PT,

enquanto concessionária da rede pública fixa, e que por isso mesmo a PT não pode ser afectada na sua relação directa e imediata com a gama 2 do PNN.

Importa afastar de imediato semelhante raciocínio.

Na verdade, a PT ou qualquer outro prestador de SFT não são proprietários, nem possuidores, nem sequer titulares de um direito real menor, em relação ao PNN, às suas gamas ou aos seus números.

O PNN, as suas gamas e os seus números são bens imateriais do domínio público do Estado, que pertencem à comunidade nacional e se encontram afectados ao uso comum e geral de todos os cidadãos e empresas. Nem a PT, nem qualquer outro operador, de redes fixas ou móveis, são donos dos números que lhes forem atribuídos: a atribuição identifica certos usos e certos serviços, mas não lhes pertence. Tal e qual como o número do Bilhete de Identidade não “pertence” ao seu titular, nem o número do Cartão de Contribuinte “pertence” ao seu portador, nem o número de um telefone fixo ou móvel “pertence” ao seu assinante. Os titulares podem usar esses números para se identificarem; mas os números continuam a ser propriedade pública, pertencentes ao domínio público do Estado.

E como se trata de bens de uso comum e geral, esses bens podem regularmente ser usados (sem apropriação) por qualquer terceiro: por ex., num concurso radiofónico ou televisivo promovido por uma

estação privada, pode esta seleccionar os candidatos, e até atribuir prémios, usando para o efeito números de Bilhetes de Identidade, de Cartões de Contribuinte ou números telefónicos.

Isto, além de ser assim, não implica qualquer prejuízo para o titular do número, ou para o titular de uma série (maior ou menor) de números .

No caso do produto “Optimus Home”, em que é que a PT pode ser prejudicada pelo facto de esse produto usar números da gama 2 do PNN? Não vemos que haja aí qualquer dano ou prejuízo para a PT ou para qualquer outro operador da rede fixa.

Só poderia haver prejuízo se o uso feito pela OPTIMUS destruísse ou consumisse o bem em causa, o que não acontece, ou se os dois usos fossem incompatíveis (física ou tecnicamente), o que nos asseguram não ser o caso.

O titular do “Optimus Home” pode, pois, sem qualquer impedimento de natureza jurídica ou técnica, ver-lhe reconhecido pela ANACOM o direito de utilização da gama 2 do PNN.

21. Acresce que, segundo informações da OPTIMUS, há precedentes – quer dizer, outros casos de associação de um terminal móvel GSM a numeração da gama 2 do PNN. Serão eles, nomeadamente:

- a) O serviço de SMS na rede fixa;
- b) O PT Mobilé.

Se assim for, estamos perante uma “prática habitualmente seguida em casos semelhantes”. É aqui, portanto, inteiramente aplicável o que escrevemos acima sobre este tema no nº 17. Só nos termos aí expostos, e cumprindo todos os requisitos legais da fundamentação exigível, seria possível agora decidir em contrário da praxe administrativa existente.

V

Conclusões

22. De tudo o que antecede podemos aqui extrair, em síntese, as conclusões seguintes:

a) O produto “Optimus Home”, tal como notificado, em segunda versão, à ANACOM, não viola nenhuma norma jurídica aplicável, seja de Direito Comunitário Europeu, seja de direito interno português;

b) A licença de SMT atribuída pelo Governo à OPTIMUS, mediante concurso público, comporta perfeitamente, sem necessidade de qualquer alteração essencial do seu objecto, a nova fórmula de utilização pretendida com o produto “Optimus Home”, pela OPTIMUS isolada ou conjuntamente com a NOVIS;

c) Podem ser necessárias modificações ou aditamentos pontuais ao conteúdo da referida licença (regime de direitos e

obrigações do respectivo titular), mas nenhum deles implica alteração do objecto da licença;

d) Sendo assim, e não havendo alteração do objecto, não há necessidade de nova licença, nem, conseqüentemente, de qualquer concurso público;

e) A esta conclusão não obsta o nº4 do artigo 35º da Lei nº5/2004, de 10 de Fevereiro, que não é aplicável ao caso do “Optimus Home”;

f) Também não há nenhum impedimento de ordem jurídica à utilização pela OPTIMUS, isolada ou conjuntamente com a NOVIS, no âmbito do “Optimus Home”, da gama 2 do PNN;

g) Verifica-se, assim, que a deliberação da ANACOM, de 10-12-2004, ao “autorizar”, ou “não fazer oposição”, ao “Optimus Home”, constitui um acto administrativo conforme à lei, e nessa medida válido, não merecendo censura ou revogação;

h) Havendo precedentes, quer no sentido da autorização de serviços móvel-fixo, quer de utilização da gama 2 do PNN por terminais móveis GSM, a ANACOM só poderia desviar-se da “prática habitualmente seguida em casos semelhantes” se cumprisse na íntegra, e ponto por ponto, os requisitos formulados pelos artigos 124º e 125º do Código do Procedimento Administrativo.

Tal é, salvo melhor opinião, o parecer de



Diogo Freitas do Amaral

(Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa)

Lisboa, 23 de Dezembro de 2004