

ÍNDICE

I - A QUESTÃO DA ALÍNEA A) DA CONSULTA

A) ADVERTÊNCIA PRÉVIA

B) SOBRE O (DES)CONDICIONAMENTO DA UTILIZAÇÃO DAS FREQUÊNCIAS PARA SERVIÇOS DIVERSOS DOS DA SUA CONSIGNAÇÃO

b1) A liberdade de acesso à prestação de serviços de telecomunicações e o licenciamento das frequências necessárias para o efeito

b2) A utilização por um prestador de serviços de telecomunicações (da rede ou) das frequências licenciadas a terceiro

b2.1) A relevância prática da questão formulada

b3) A tese da exigência de permissão reguladora para utilização de frequências em serviço diverso do previsto na licença respectiva

b3.1) A dominialidade do espectro radioelétrico e o princípio geral da sua afectação aos fins previstos na respectiva licença

b3.2) A questão da alteração administrativa da licença dominial na lei "geral"

b3.3) A questão no complexo normativo das telecomunicações

b4) A tese da inexigibilidade de alteração da licença 014/TCM da OPTIMUS (por decisão administrativa) para a utilização das respectivas frequências em serviço diverso do aí previsto

b4.1) O princípio da igualdade: condicionantes e determinantes da sua aplicação no caso da Consulta

*b4.2) A inclusão das frequências na noção de **acesso** às redes de telecomunicações*

b4.3) cont.: *A liberdade de negociação de **acesso** e as suas implicações na questão do fim (ou objecto) da licença de utilização de frequências*

b4.4) *Conclusão quanto a esta parte*

b5) A opção proposta

b5.1) *A relativa preferência pela tese da inexigência da intervenção prévia do ICP-ANACOM*

b5.2) *O resguardo “ex post” (comunicação) dos interesses dominiais*

II - AS QUESTÕES DA ALÍNEA B) DA CONSULTA

A) A QUESTÃO DA ALÍNEA b1)

a1) **Os pressupostos da questão**

a2) **As premissas (ir)relevantes da solução da questão posta**

B) A QUESTÃO DA ALÍNEA B2)

b1) **Considerações preliminares**

b2) **Os princípios orientadores da selecção dos elementos vinculados e discricionários do acto em causa**

b3) **A determinação dos momentos vinculados e discricionários da sua prática**

III – A QUESTÃO DA ALÍNEA C) DA CONSULTA

A) INTRODUÇÃO DE UM LEIGO À QUESTÃO DA NUMERAÇÃO TELEFÓNICA

a1) **Conceito e função dos números de identificação telefónica**

a2) **Espécies e divisão dos números telefónicos**

a3) **O Plano Nacional de Numeração e os princípios nucleares na matéria**

B) A UTILIZAÇÃO DA NUMERAÇÃO DA GAMA “2” NO SERVIÇO *OPTIMUS HOME*

b1) **Enunciado das questões *decidendi***

b2) **A mobilidade (relativa) do terminal *Optimus Home* e a natureza do correspondente serviço**

b2.1) *A existência de outros serviços de telefone fixo-móvel identificados por números da gama “2”*

b2.2) O serviço "PT Mobilé"

b3) A legalidade da utilização da numeração da gama "2" no serviço *Optimus Home*

b3.1) As exigências do princípio da igualdade

b3.2) Os princípios gerais da numeração telefónica na resolução da questão

b3.3) Os princípios da transparência e da eficácia na solução da questão

CONCLUSÕES

A.

CONSULTA

Pede-me a Consulente, a **NOVIS TELECOM, SA** (ou **NOVIS**), opinião sobre diversas questões que se lhe suscitaram a propósito da seguinte hipótese:

- a) a **NOVIS** pretende instalar e fazer funcionar um serviço de comunicações telefónicas através da rede fixa de que já dispõe mas que, na parte de acesso final ao cliente ou na parte respeitante ao acesso deste ao serviço — isto é, tanto no que respeita à terminação como à originação das chamadas recebidas ou efectuadas por esse cliente —, se processa através da rede GSM do serviço telefónico móvel da **OPTIMUS** e de terminais da mesma natureza (sem fios), mas que têm uma mobilidade ou alcance limitado a um raio (tecnicamente, o mais próximo possível) de 2000m, com centro no domicílio do respectivo cliente;
- b) além das já referidas, são ainda características do serviço em causa as seguintes:
 - i) os preços a pagar pelas chamadas para a rede fixa, para as redes móveis ou internacionais são idênticos aos cobrados na rede fixa do serviço público, enquanto que os preços de interligação — cobrados

07.

- pelas chamadas originadas ou terminadas noutras redes (incluindo a rede **OPTIMUS**) — são iguais aos que a **NOVIS** já pratica nas ligações com outros operadores;
- ii*) utilização dos números geográficos do Plano Nacional de Numeração (PNN), pelo que os clientes de Lisboa são acessíveis através dos dígitos 21, os do Porto 22 (de Coimbra 239, etc.), podendo beneficiar da portabilidade do seu número de telefone fixo;
- iii*) as frequências a utilizar na parte GSM do serviço telefónico fixo em causa são as mesmas que foram consignadas à **OPTIMUS** para a prestação do serviço telefónico móvel;
- c) o referido serviço da **NOVIS** — que é quem o organiza, agencia os meios necessários para o efeito e celebra o contrato com os respectivos consumidores — utilizaria, no entanto, uma marca pertencente à **OPTIMUS**, a *Optimus Home*;
- d) a **NOVIS**, que já vira recusada pelo **ICP-ANACOM** a comercialização de um serviço aparentado com o descrito nas alíneas anteriores — objecto da comunicação que essa autoridade lhe dirigira em 12 de Novembro de 2004 —, voltou à carga em 7 de Dezembro seguinte, comunicando (ao abrigo do art. 21º da Lei nº 5/2004) a sua intenção de iniciar a prestação do referido serviço embora em condições de mobilidade bem mais apertadas do que

A.

aquelas que “reinvindicara” aquando da sua primeira comunicação;

- e) sobre esta segunda comunicação da **NOVIS** pronunciou-se a **ANACOM** — para efeitos de audiência prévia e do procedimento geral de consulta (do art. 20º/2 da Lei nº 5/2004) no prazo comum de 10 dias — no sentido de:
- i) permitir a utilização local das frequências GSM da rede móvel terrestre da **OPTIMUS** para a prestação do referido serviço telefónico fixo(-móvel) pela **NOVIS**;
 - ii) reconhecer o direito à utilização da gama de numeração 2 do PNN, desde que a mobilidade associada a cada terminal seja apenas a inevitável (atenta a tecnologia utilizada) para garantir o acesso num local fixo;
 - iii) exigir que a **NOVIS** informe os utilizadores finais sobre algumas características eventualmente menos favoráveis do serviço;
- f) informa a Consulente, ainda, que já existem no mercado das telecomunicações situações legalizadas idênticas ou próximas daquela que a **NOVIS** pretende ver reconhecida, quer no que respeita à utilização de frequências para operações ou serviços diferentes dos previstos na licença onde as mesmas vêm consignadas, quer no que respeita à utilização do dígito “2” da rede fixa para cobrir situações idênticas ou muito próximas daquela de que aqui se trata, vindo esses casos mencionados e analisados nos documentos do dossier que me foi facultado.

A.

2.- Sendo essa a hipótese que me traz, pretende então a Consulente, reconhecendo embora o acanhado prazo concedido para o efeito, saber a minha opinião sobre:

- a) se a utilização para este efeito das frequências consignadas à rede móvel da **OPTIMUS** está sujeita a algum acto prévio e descondicionador do **ICP-ANACOM**;
- b) sendo a resposta à referida questão eventualmente afirmativa, se:
 - b1) a alteração da licença de utilização depende de acto do Governo ou do **ICP-ANACOM**;
 - b2) o órgão competente para o efeito goza de alguma margem de discricionariedade na prática desse acto.
- c) se a utilização da gama 2 do PNN na prestação do serviço *Optimus Home* é conforme à lei ?

Quid iuris ?

PARECER

I

A QUESTÃO DA ALÍNEA A) DA CONSULTA

A)

ADVERTÊNCIA PRÉVIA

1.- Vejo-me forçado a esclarecer o leitor — como sempre faço quando me “calha em sorte” debater e opinar sobre questões suscitadas em ramos de direito tão técnicos e interdisciplinares, como o é o das telecomunicações — que, de telecomunicações, tecnicamente, sei pouco, o que dificulta sensivelmente a apreensão e interpretação dos herméticos textos da lei nestas matérias.

O Decreto-Lei nº 415/98 (de 31 de Dezembro), por exemplo, que dispõe sobre questões ligadas com a hipótese da Consulta — como são as relativas à numeração identificadora dos diversos serviços ou operadores —, é praticamente ilegível, em grande partes das suas normas⁽¹⁾, por quem não disponha de conhecimentos aprofundados na matéria.

¹ Muito mais, deve reconhecer-se, as que se referem ao processo de *interligação de redes* do que as relativas à questão da *numeração telefónica*.

A

Esse facto (que não é exclusivo do referido diploma, mas comum a quase todos nesta matéria) — agravado pelo pedido de urgência que acompanhou a solicitação deste parecer — fez com que tivesse que apressar o estudo jurídico da hipótese da Consulta e a concepção e elaboração do presente trabalho, com eventual prejuízo da sua aptidão para esclarecer a Consulente sobre as questões que me formulou.

B)**SOBRE O (DES)CONDICIONAMENTO DA UTILIZAÇÃO DAS FREQUÊNCIAS
PARA SERVIÇOS DIVERSOS DOS DA SUA CONSIGNAÇÃO****b1) A liberdade de acesso à prestação de serviços de telecomunicações e o licenciamento das frequências necessárias para o efeito**

1.- As questões das alíneas a) e b) do nº 2 da Consulta — sobre a possibilidade da utilização das frequências que foram atribuídas à **OPTIMUS** (para a prestação do serviço móvel de telefones através do sistema e rede GSM) na prestação do serviço denominado *Optimus Home* e sobre a eventual necessidade de tal utilização ter de ser objecto de um acto administrativo descondicionador do **ICP-ANACOM** ou do **Governo** — são questões que têm hoje uma importância primordial na matéria, e não já meramente secundária, como sucedia no regime vigente antes da publicação da Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro.

Isto porque, enquanto no regime do Decreto-Lei nº 381-A/97, de 30 de Dezembro — no qual se regulava (antes da entrada em vigor dessa lei) o acesso à actividade de operador de redes ou de prestador de serviços de telecomunicações —, esse acesso, no que toca às redes e serviços de uso público, como é aqui o caso, estava dependente de uma licença administrativa (ver art. 2º daquele diploma)⁽²⁾ à qual em princípio iam acoplados os demais títulos ou direitos necessários ao aproveitamento dessa «licença-mãe», hoje, na vigência do regime de liberalização plena instituído pela Directiva nº 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (de 7 de Março) e pelo diploma da sua transposição portuguesa, a citada Lei nº 5/2004, essa «licença-mãe» deixou de ser exigida.

É que o acesso à actividade de operador ou de prestador destas redes ou serviços de comunicações de uso público passou a estar dependente apenas da denominada “*autorização geral*”, à revelia “*de qualquer decisão ou acto prévios da ARN*”, como expressamente se dispõe no art. 19º/2 da tal Lei nº 5 de 2004.

Na verdade, “*as empresas que pretendam oferecer redes e serviços de comunicações electrónicas estão obrigadas*”, hoje, como prescreve o respectivo art. 21º/1, apenas “*a enviar previamente à ARN uma descrição sucinta da rede ou serviço cuja oferta pretendem iniciar e a comunicar a data prevista para o início da actividade, transmitindo ainda os elementos que permitam a sua identificação completa [...]*”.

² Que, administrativamente falando, era, até, mais uma autorização do que uma licença.

2.- A única excepção a essa liberdade praticamente total de acesso reside precisamente, dispõe-no o n.º 3 daquele art. 19.º da Lei n.º 5/2004 (também conhecida por REGICOM⁽³⁾), nos casos em que a “*utilização de frequências e números está dependente da atribuição de direitos individuais de utilização*”, que é o que sucede com as redes e serviços de telefones móveis de uso público.

Isso significa que os actos pelos quais se atribuem ou consignam frequências (e números) aos operadores de redes e prestadores de serviços deixaram de ser actos de mera execução ou integração de uma licença antecedentemente concedida, passando a incorporar o único acto de descondicionamento administrativo prévio do exercício das referidas actividades⁽⁴⁾.

Não se dirige tal acto, é bom esclarecê-lo, a averiguar das condições de exercício de tais actividades por parte dos (operadores ou) prestadores de serviços que careçam de frequências de utilização privativa para o efeito, mas sim das condições de acesso a essa utilização de uma ou mais faixas do espectro radioelétrico, como bem dominial que ele é⁽⁵⁾.

Dizemos, portanto, que o serviço convergente fixo-móvel que a NOVIS, com a colaboração contratual da OPTIMUS, quer prestar não carece, em si mesmo, de autorização ou licença do ICP-ANACOM — sem prejuízo naturalmente de o regulador se poder opor à comercialização e prestação do mesmo no caso de as condições dessa prestação, ou seja, de as caracterís-

³ Que é a abreviatura de Regime (jurídico) das Comunicações.

⁴ Que a lei parece ter receado qualificar como uma *licença administrativa*, mas que, pela sua natureza e regime, mereceria ser assim considerada.

⁵ Sobre a questão da dominialidade do espectro radioelétrico, ver *infra*.

A.

ticas do serviço que lhe foi descrito na comunicação prévia da Consulente, violarem direitos de terceiro ou prejudicarem a concorrência, transparência ou objectividade do mercado das telecomunicações.

3.- O que interessa para a sequência desta reflexão é, então, o facto de a criação e prestação do serviço em causa não carecer de licença prévia do ICP-ANACOM, “*de qualquer decisão ou acto prévio*” seu, como se dispõe no art. 19º/2 da REGICOM, por isso que hoje é livre a oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas.

Garante-o não apenas o nº 1 desse artigo da lei portuguesa, como também o art. 3º/1 da já citada Directiva nº 2002/20/CE, denominada «directiva autorização».

As autoridades nacionais não podem portanto opor-se — salvo “*pelos motivos constantes do nº 1 do art. 46º do Tratado de Roma*”⁽⁶⁾ — a que uma ou várias empresas se lance à prestação de serviços de telecomunicações com a configuração e tecnologia unitárias ou combinadas que mais lhe interessem, particularmente, no domínio de que aqui curamos, das comunicações endereçadas de voz, seja através de uma rede fixa ou móvel ou, então, de uma rede mista, convergente, na qual se combinam elementos de transmissão do sinal electromagnético de uma e outra natureza.

⁶ Ou seja, por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

b2) A utilização por um prestador de serviços de telecomunicações (da rede ou) das frequências licenciadas a terceiro

b2.1) A relevância prática da questão formulada

4.- A intervenção das autoridades reguladoras nacionais no procedimento pouco formalizado de criação e operação de um serviço destes cinge-se, assim, ao acto de atribuição de direitos individuais ou privativos de utilização das frequências (esquecendo por ora a atribuição de números) de que os operadores de redes e prestadores dos serviços de telefone móvel de uso público carecem para fazer propagar através do espaço radioeléctrico as mensagens de voz — ou as mensagens escritas SMS⁽⁷⁾ — enviadas ou recebidas pelos seus clientes.

Porém, a **OPTIMUS**, a cuja rede GSM a Consulente quer recorrer — no troço final (ou inicial) da transmissão recebida (ou enviada) pelos seus clientes através dos terminais do serviço *Optimus Home* —, já dispõe de frequências que lhe estão atribuídas no art. 3º/1 da Licença ICP-014/TCM ganha em concurso público e destinada “à prestação do serviço objecto da presente licença”, ou seja, à prestação do serviço de “telecomunicações complementar móvel Serviço Móvel Terrestre [...]”, como se refere no art. 2º dessa licença.

O que se pretende saber então é se a **OPTIMUS** pode, à revelia de qualquer decisão ou acto prévio do ICP-ANACOM (de alteração ou adita-

⁷ Do denominado *short messages service*.

A.

mento da referida licença), permitir que as frequências que lhe foram concursalmente atribuídas para a prestação do seu serviço móvel sejam utilizadas também (na rede de acesso local) para a prestação do serviço *Optimus Home* da NOVIS.

A resposta subjacente ao nº III.1 do projecto de deliberação enviado à Consulente pelo Conselho de Administração do ICP-ANACOM para efeitos de audiência prévia é a de que lhe cabe a ele decidir se essa utilização adicional das frequências consignada é ou não permitida ao seu consignatário — utilização que, diga-se, o ICP-ANACOM entendeu dever permitir, reduzindo assim a questão existente a uma dúvida meramente académica.

A Consulente, porém, por razões de cautela inteiramente legítimas — não vá a questão tornar-se relevante, hoje ou no futuro — quer ainda assim saber qual é a resposta legalmente adequada a esse problema.

b3) A tese da exigência de permissão reguladora para utilização de frequências em serviço diverso do previsto na licença respectiva

b3.1) A dominialidade do espectro radioeléctrico e o princípio geral da sua afectação aos fins previstos na respectiva licença

5.- Não é fácil fornecer-lhe uma resposta rápida e escorreita para tal questão.

A.

Os argumentos que podem congeminar-se num e noutro sentido perfilam-se bem consistentes, uns em face dos outros, ao ponto de, segundo julgamos, ser muito difícil pôr um ponto final na controvérsia.

A tese da necessidade do acto permissivo ou descondicionador (mais este, parece-nos) da utilização das frequências **OPTIMUS** na prestação de um serviço da **NOVIS** fundamenta-se, em primeiro lugar, em razões de cautela, por ser compreensível que, em caso de dúvida, sobretudo quando os problemas postos são *inéditos*, a Administração opte pela interpretação mais exigente (e mais segura) dos regimes jurídicos, ficando assim a coberto da eventual acusação de laxismo na interpretação da lei.

6.- Mas o principal argumento a favor da referida tese é, naturalmente, o de que a utilização de frequências do espectro radioelétrico, envolvendo o *uso privativo de um bem do domínio público* — tal como se dispõe no art. 14º da Lei nº 5/2004⁽⁸⁾ —, está condicionada, em virtude dos princípios gerais de direito dominantes nessa matéria, pela finalidade em vista da qual o direito a essa utilização privativa foi constituído, só sendo permitido um novo uso (total ou parcial, substitutivo ou aditivo) a requerimento do titular do direito de utilização, mediante um acto expresso de alteração da licença de que o mesmo dispunha.

⁸ Segundo refere Ana Raquel Moniz, *O Domínio Público: o Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, dissertação de mestrado, inédita, p. 130, há quem entenda que dominial não é exactamente o espaço radioelétrico, mas as próprias ondas radioelétricas, uma vez que estas não precisam daquele para se propagar, fazendo-o também no vazio.

Por outras palavras, fundando-se num *título constitutivo* (numa licença), o uso privativo recebe dele o seu fundamento ou suporte, claro, mas também a sua destinação, é dizer, a finalidade ou utilização a que o bem dominial em causa vai «privativamente» adstrito.

É por isso que, nesta matéria, estando afastadas as actuações ou destinações *contra* título, em desrespeito do que aí se determinou, também se encontram proibidas as actuações *praeter* título, que exorbitem do âmbito da utilização permitida, ou seja, da actividade ou serviço concreta e especificamente licenciado.

Aqui, portanto, só actuações *secundum* título.

Justamente por isso, um dos segmentos fundamentais da relação jurídica de uso privativo do domínio público ou, se se preferir, um dos principais deveres do respectivo utente, é o de utilizar o domínio público apenas para o fim que tiver sido expressamente determinado na licença.

Segundo as palavras de Enzo Silvestri, “*nelle concessioni di beni* [que para este efeito são similares às licenças de uso privativo] *il primo dovere del concessionário è quello di utilizzare il bene stesso entro i limiti e con le modalità fissate dall'atto di concessione o dalla legge*”⁽⁹⁾ — afirmando-se assim o *princípio da especialidade* dos poderes do utente priva-

⁹ Enzo Silvestri, *Concessione amministrativa*, EdD, Vol. VIII, p. 378.

A.

tivo do domínio público⁽¹⁰⁾ ou, se se preferir, o *vínculo funcional ou teleológico* do bem dominial licenciado para efeitos de uso privativo.

Sendo tudo isto assim, não decorre daí que não exista a possibilidade de destinar esse bem a um fim diverso: “*tudo está em que o interessado requeira à entidade competente autorização para fazê-lo ou formule pedido de nova*” licença⁽¹¹⁾.

b3.2) *A questão da alteração administrativa da licença dominial na lei “geral”*

7.- O que vem sendo dito até agora, quanto à necessidade de um acto da Administração dominial que permita ao utente privado do bem dominial utilizá-lo em fim diverso ou maior do que o que lhe foi autorizado, encontra, de resto, pleno acolhimento na nossa lei.

Desde logo, no *regime jurídico dos terrenos do domínio público hídrico* — aprovado pelo Decreto-Lei nº 468/71 (de 5 de Fevereiro) e, depois de várias alterações, republicado em anexo à Lei nº 16/2003 (de 4 de Junho) —, que, como se sabe, na falta de melhor, tem sido considerado, se não uma espécie de lei geral do domínio público, pelo menos um diploma onde se encontram vertidos ou sedimentados alguns princípios e regras básicas aplicáveis na matéria.

¹⁰ Freitas do Amaral, *A utilização do domínio público pelos particulares*, 1965, p. 214.

¹¹ Freitas do Amaral, *A utilização ...*, cit., p. 213 e 214.

A-

Nesse diploma, no nº 1 do seu art. 21º (sob a epígrafe “*Conteúdo do direito de uso privativo*”), começa por se estabelecer que “*as licenças e concessões de uso privativo, enquanto se mantiverem, conferem aos seus titulares o direito de utilização exclusiva, para os fins e com os limites consignados no respectivo título constitutivo, das parcelas dominiais a que respeitam*”.

Mas, depois, para não deixar dúvidas, veio dispor-se no respectivo art. 23º/1 que “*os terrenos dominiais que tenham sido objecto de licença ou concessão de uso privativo, e bem assim as obras neles executadas, não podem, sem autorização da entidade competente, ser utilizados para fim diferente do que expressamente estiver fixado no título constitutivo*”⁽¹²⁾.

b3.3) *A questão no complexo normativo
das telecomunicações*

8.- Nas leis das telecomunicações aplicáveis — a Lei nº 5/2004 e [por força da alínea h) do seu art. 27º/1] o Decreto-Lei nº 151-A/2000, de 20 de Julho — também encontramos normas a dispor expressamente não apenas sobre o relevo que a finalidade da utilização das frequências tem na configuração do acto constitutivo do direito de seu uso privativo, mas igualmente sobre a exigência de alteração administrativa da respectiva licença, quando se pretende fazer delas um uso maior ou diverso do que o aí previsto.

¹² Negritos nossos.

A dita relevância do fim da licença “espectral” encontra-se patente na alínea a) do art. 32º/1 da Lei nº 5/2004 bem como no art. 3º do Decreto-Lei nº 151-A/2000, o qual, sujeitando a licença dominial rádio-eléctrica ao mesmo regime de licenciamento das redes e estações radioelétricas, está a atribuir ao *fim* a que elas se destinam um significativo relevo nesta matéria, exigindo não apenas a sua menção no respectivo título, mas impondo também à entidade licenciada a obrigação de “[u]tilizar [as frequências] para o fim a que se destinam”, conforme se dispõe, respectivamente, na alínea b) do art. 7º/2 e na alínea c) do art. 10º desse diploma.

É, mesmo sendo verdade que o que é prevalecente nesta última disposição da lei é a obrigação de utilizar a frequência, de não a manter sem uso — e não propriamente de a utilizar só para o fim licenciado —, não é menos verdade que esta última proposição também parece estar contida na disposição normativa da alínea a) do referido art. 10º do Decreto-Lei nº 151-A/2000.

De outro modo, o legislador ter-se-ia referido [na mencionada alínea c) desse art. 10º] à obrigação de utilizar a frequência, pura e simplesmente, sem mais menções.

9.- Mas a lei foi mais longe e — mesmo se podia ter sido mais explícita quanto à amplitude da exigência de alteração administrativa da licença “espectral” em casos de maior ou diversa utilização das respectivas frequências — veio regular em geral a questão, primeiro, no art. 16º do já citado Decreto-Lei nº 151-A/2000 e, depois, no art. 20º do REGICOM.

A.

Se o preceito referido em primeiro lugar parece não ter grande interesse hermenêutico no esclarecimento das nossas dúvidas — embora a sua previsão seja tão genérica que pode dizer-se caber aí qualquer alteração de que as licenças radioelétricas careçam —, já o art. 20º da Lei nº 5/2004 parece tê-lo todo. Refere-se ele expressamente à alteração, entre outros, dos “*direitos de utilização*” (de frequências e números, pressupõe-se) conferidos aos operadores de redes e prestadores de serviços de telecomunicações de uso público, dispondo que tal alteração pode ter lugar “*em casos objectivamente justificados e de acordo com o princípio da proporcionalidade, mediante lei, regulamento ou acto administrativo conforme os casos*”.

Sucedede é que essa norma não se refere às alterações que aqui estão em causa e que têm lugar a *requerimento do titular da licença*, para seu proveito, mas sim àquelas que são *unilateralmente impostas* pela Administração das telecomunicações para adequar as licenças, e os direitos delas emergentes, a novas exigências de interesse público do mercado das telecomunicações. Por isso é que a lei, por um lado, rodeia essa alteração das cautelas mencionadas — chamando à baila os princípios da *necessidade* e da *proporcionalidade* — e, por outro lado, prevê que ela possa ser introduzida não apenas por acto administrativo, mas alternativamente também por lei ou regulamento, o que não calha nada a alterações destas (na utilização de frequências) que sejam devidas ao interesse do seu titular em fazer um maior ou diferente aproveitamento delas.

Aliás, o nº 2 do tal art. 20º da Lei nº 5/2004, a sua letra e espírito, inculca isso mesmo, que a previsão do seu nº 1 se reduz àqueles casos em

que é a Administração que surge a impor, em prol do interesse público, alterações das licenças constitutivas de direitos individuais de utilização de números ou frequências, ou de quaisquer outras condições relacionadas com o exercício da actividade de telecomunicações.

O que significa, então, que não existe no actual REGICOM qualquer norma a dispor especificamente sobre a questão que ora nos interessa, fragilizando um pouco os fundamentos da tese de que, particularmente em casos como o da Consulta — relacionados com o direito reconhecido por lei aos operadores de rede de uso público de permitirem o *acesso* a ela e aos “recursos conexos” por parte de outros operadores ou prestadores de serviços de telecomunicações de uso público —, fragilizando a tese, dizíamos, de que, particularmente em casos desses, se exigiria uma previa decisão administrativa a descondicionar um uso maior das frequências dessa rede para tomar possível tal *acesso* ⁽¹³⁾.

¹³ Quanto às disposições do Decreto-Lei nº 151-A/2000 é pena, por um lado, que não se tenham referido expressamente, em parte alguma, à proibição de utilização das frequências para a prestação de serviços diversos daqueles em vista dos quais as mesmas foram licenciadas, nem referido (por essa forma expressa) a sanção aplicável à correspondente infracção.

Na verdade, na alínea e) do art. 25º/1, em vez de sancionar a “*utilização das frequências em violação da alínea a) do art. 10º*” — o que revelaria logo ser proibida a sua utilização para um fim diverso do licenciado —, o legislador referiu-se, sim, à “*violação das obrigações previstas nas alíneas a) [...] do art. 10º*”, ficando por esclarecer se se trata apenas de sancionar uma não utilização da frequência ou também a sua utilização indevida.

É pena de igual modo que o legislador do citado Decreto-Lei nº 151-A/2000 se tenha referido à “partilha de frequências” na alínea i) do seu art. 19º/2 e não tenha esclarecido depois, no seu art. 23º, se o regime de liberdade de partilha aí estabelecido também se lhes aplica, pois que não se falou no tal regime em mais lado algum desse diploma — só na transmissibilidade dos direitos da sua utilização (art. 14º). De qualquer maneira, não é absolutamente certo que a partilha de infra-estruturas no citado art. 23º possa ter lugar entre prestadores de serviços de diferente natureza.

Como veremos já de seguida, aliás.

b4) A tese da inexigibilidade de alteração da licença 014/TCM da OPTIMUS (por decisão administrativa) para a utilização das respectivas frequências em serviço diverso do aí previsto

10.- Aos argumentos invocáveis em prol da tese da exigência de alteração (pelo ICP-ANACOM ou pelo Governo) da licença 014/TCM da OPTIMUS, para que as frequências que lhe foram consignadas possam ser utilizadas pela NOVIS na prestação do serviço *Optimus Home* — argumentos que, como se viu, relevam sobretudo do ponderoso carácter dominial do espectro radioelétrico —, podem opor-se outros situados em sede diversa mas com peso, pelo menos, idêntico, a apontar em sentido inverso, de que não seria exigível nem uma alteração da licença “espectral” ou “dominial” da rede GSM da OPTIMUS nem, portanto, uma decisão administrativa sobre a possibilidade dessa alteração.

b4.1) O princípio da igualdade: condicionantes e determinantes da sua aplicação no caso da Consulta

11.- Os primeiros argumentos que se convocam para defesa desta tese prendem-se com o facto de existirem outras situações em que os diversos operadores de rede ou prestadores de serviços de telefone “fixos”,⁽¹⁴⁾ se

¹⁴ A hipótese vale igualmente para a utilização que os prestadores do serviço telefónico móvel fazem da rede dos seus congéneres.

A.

servem regularmente das redes GSM (das redes “móveis”) — e por isso das suas frequências — para transporte de mensagens ou sinais originados na sua rede (fixa), recebendo os operadores “móveis”, por tal facto, apenas o preço *grossista* do transporte do sinal (correspondente ao aluguer da sua rede), enquanto que o outro operador ou prestador recebe o respectivo *preço de retalho*, correspondente ao valor do serviço prestado.

Há diversas situações dessas — começando logo pelas chamadas com origem na rede fixa da **PORTUGAL TELECOM**, da **PT**, ou de outro operador de rede telefónica-fixa de uso público e que são dirigidas a um cliente móvel da **OPTIMUS** (da **VODAFONE** ou da **TMN**, é indiferente), para realização das quais aquela concessionária se serve do último quilómetro, digamos assim, da rede e das frequências (GSM) dos referidos operadores “móveis”, os quais só são pagos pelo aluguer desses seus meios, enquanto que a **PT** cobra o preço do serviço (fixo) prestado ao seu cliente —, há várias situações dessas, dizíamos, em que as frequências dos operadores das redes GSM são utilizadas não (apenas) para a prestação do seu serviço, como o exigiria uma leitura cerrada da letra das disposições «espectrais» das suas licenças⁽¹⁵⁾, mas (também) para que os outros operadores possam dar seguimento às chamadas pedidas pelos seus próprios clientes.

Tecnológica e fisicamente, esse processo de utilização do segmento local da rede de um operador do serviço móvel pelo operador do serviço fixo, para prestação do seu serviço (fixo ou, se se quiser, serviço convergente fixo-móvel) — processo denominado, técnica e juridicamente, co-

¹⁵ No caso da licença nº 014/TCM da **OPTIMUS** é a disposição do seu art. 4º/1, na qual se dispõe que “para a prestação do serviço objecto da presente licença” são atribuídas “as seguintes frequências”, seguindo-se a sua enumeração.

mo sendo de *interligação de redes* — não difere substancialmente do processo que subjaz ao serviço *Optimus Home*, tal como o caracterizámos na Consulta, e que denominaríamos, técnica e juridicamente, também, como sendo um processo de *acesso à rede* (móvel da **OPTIMUS**)⁽¹⁶⁾.

E existem mais situações aparentadas com essas, de utilização de (redes e) frequências de operadores do serviço móvel por parte de terceiros — os especialistas do sector referem-nos os casos ou processos do *serviço de cartões virtuais*, dos *números verdes*, *azuis* e similares, e dos *números curtos* — que, ao que se diz, jamais suscitaram dúvidas quanto à inexigibilidade de alteração das licenças respectivas, nas quais a consignação de frequências se encontra também (como é normal) teleologicamente ligada apenas à prestação do respectivo serviço.

12.- Leigos que somos em matéria de telecomunicações, das “estradas” por onde elas circulam e das operações necessárias para as fazer “circular” aí, não nos queremos aventurar muito neste argumento que faz apelo aos princípios da igualdade e à analogia *legis*, receosos de que nos possa escapar alguma objecção fundamental à aproximação jurídica dessas diversas situações, no que respeita à amplitude das faculdades de disponibilização a outrem das frequências consignadas a cada operador.

O certo é que se houver aí, entre esses diversos casos (ou algum deles), identidade de processos **físicos** e **tecnológicos** de utilização das frequências afectas a um operador para a prestação de serviços que são de ter-

¹⁶ Distinção que procuraremos aprofundar mais adiante.

ceiros (ou que também são de terceiros) com o processo que acima vimos caracterizar o sistema *Optimus Home*, e não existir disposição legal em contrário, não poderia recusar-se a aplicação igual, a este caso, da “lei” que vigora naqueles primeiros, sobre a possibilidade de tal utilização ser facultada sem necessidade de uma prévia decisão administrativa de alteração da licença de telecomunicações conferida ao operador cedente (da rede ou frequências em causa).

Apesar da condicionalidade da proposição formulada no parágrafo anterior, parece-nos poder asseverar a este propósito que:

- (i) **tecnológica e fisicamente**, os processos de *interligação de redes*⁽¹⁷⁾; quanto à utilização que aí se faz de frequências alheias, não diferem dos processos de *acesso* de um operador ou prestador de serviços de telecomunicações *à rede* (e frequências) de um outro;
- (ii) determinante, para efeitos de igualdade na aplicação a outras situações da lei que dispensa (ou eventualmente exige), em certos casos, a decisão administrativa de alteração da licença «espectral», é o respectivo processo físico e tecnológico de utilização por terceiro — não as suas facetas comerciais, digamos assim —, porque são aqueles aspectos (e não estes) que podem afectar a qualidade e regularidade, melhor, a efectividade e eficiência da utili-

¹⁷ Através do qual se possibilita a ligação de um telefone da rede fixa para um da rede móvel, ou de estes entre si — a explicação é só para leigos, claro, se alguns tiverem que ler também este trabalho.

A

zação das frequências, que são os vectores ou princípios legalmente dominantes na sua afectação e gestão dominiais⁽¹⁸⁾.

*b4.2) A inclusão das frequências na noção de **acesso** às redes de telecomunicações*

13.- Outro argumento em favor da tese da inexigência de intervenção da Administração neste procedimento de utilização por terceiro das frequências (e rede) de um operador “móvel” vamos buscá-lo ao actual regime de (*liberdade de*) *acesso* às redes de telecomunicações, consagrado nos art.s 22º, 23º, 62º e ss. da Lei nº 5/2004.

A alínea a) do respectivo art. 3º define «**acesso**» como correspondendo à “*disponibilização de recursos e ou serviços a outra empresa [...], em regime de exclusividade ou não, para efeitos de prestação de serviços de comunicações electrónicas, abrangendo nomeadamente o acesso a elementos da rede e recursos conexos, podendo incluir a ligação de equipamento através de meios fixos [...] e] o acesso a redes fixas e móveis [...]*”.

Foi dum processo ou acordo desses que a **NOVIS** e a **OPTIMUS** se serviram para criar o serviço *Optimus Home*: temos aí uma empresa de telecomunicações (a **OPTIMUS**) a disponibilizar os segmentos locais da sua

¹⁸ Ver, por exemplo, os art.s 15º/2 e 32º/1 da Lei nº 5/2004.

(A.

rede “móvel” GSM para transmitir aos terminais (também GSM) dos clientes do serviço fixo da **NOVIS** os sinais radioelétricos que esta encaminhou até aí (até esse segmento local da rede “móvel” da **OPTIMUS**), através da sua rede de telecomunicações fixa⁽¹⁹⁾.

É da figura do *acesso* que se trata nesse caso, e não de uma interligação, porque, ao contrário do que sucede com esta, ali a intervenção da rede ou operador acedido (a **OPTIMUS**) é meramente a de um locador de bens, digamos assim, para a prestação de um serviço de outrem, não havendo qualquer relação directa sua com o cliente do terceiro acedente (a **NOVIS**)— a não ser naturalmente o contacto físico resultante da “entrega”⁽²⁰⁾ do sinal radioelétrico no terminal GSM «fixo» da **NOVIS**.

14.- Embora não seja linear o sentido de disposições tecnicamente tão especializadas como aquela da alínea a) do art. 3º da Lei nº 5/2004 — e é preciso notar que lhe retirámos as partes mais “obscenas” —, parece-nos evidente que o *acesso* aí definido abrange, além do mais, também a utilização ou disponibilização de frequências consignadas a um operador “*a outra empresa [...] para efeitos de prestação de serviços de comunicações electrónicas*”

¹⁹ A transmissão inversa, a partir do terminal fixo GSM pela rede da **OPTIMUS** até ser entregue à rede fixa da **NOVIS**, também cabe naturalmente neste processo de *acesso*.

²⁰ Ou da “recepção” desse sinal emitido pelo terminal GSM da **NOVIS** (existente na casa do seu cliente) na rede GSM da **OPTIMUS**.

Na verdade, as frequências ou se consideram “*elementos*” de uma rede de telecomunicações ou, então, “*recursos conexos*” com ela — que são, como se viu, os dois conceitos de que o legislador se serviu na referida alínea a) do art. 3º da Lei nº 5/2004 para delimitar os bens ou utilidades que podem ser objecto do “*acesso*” aí referido, que podem ser disponibilizados a terceiros pelos operadores de redes de telecomunicações de uso público.

Hesitando quanto ao conceito desses em que as frequências devem subsumir-se⁽²¹⁾, uma coisa temos como certa: é que elas estão indubitavelmente incluídas entre os bens ou utilidades disponibilizáveis através do processo de *acesso*, a que se refere a alínea a) do art. 3º da Lei nº 5/2004⁽²²⁾.

Nem se objecte que, tratando-se de um bem carente de licença, por um lado, e cujo licenciamento é feito em vista de uma dada utilização (subjectiva e) objectiva, deveria considerar-se que as frequências estariam furtadas à liberdade de acesso ou disponibilização resultante da conjugação desta alínea a) com os posteriores art.s 22º, 23º, 62º e ss. do mesmo diploma legal. É que, se a objecção fosse procedente, então (o direito ou) a liberdade, garantida por lei, de se permitir o acesso de terceiros a uma rede

²¹ Olhando à definição de *rede* (de comunicações electrónicas) contida na alínea x) deste mesmo art. 3º — e também à separação que se faz, nos art.s 3º/1 e 7º/1 do Decreto-Lei nº 151-A/2000 (de 20 de Julho), entre o licenciamento de frequências e o de redes de radiocomunicações —, parece que devíamos preferir subsumir as frequências no conceito de “*recursos conexos*”, antes que ali, no de “*elemento*” de uma rede de telecomunicações.

²² Apesar de, ao contrário do que sucede com as das alíneas c) e d) do mesmo art. 3º — a propósito das noções de «*acesso partilhado ao lacete local*» e de «*acesso totalmente desagregado ao lacete local*» —, não se referir nesta definição que o acesso da alínea a) implica o direito de utilização (parcial ou total) de frequências pela empresa a quem ele é facultado.

“móvel” própria esfumar-se-ia por completo — pois sem as frequências respectivas a disponibilização de uma rede dessas serviria para nada.

Nessa medida, votamos convictamente pela inclusão das frequências entre os (*elementos da rede* ou os) *recursos conexos* a que se reporta a alínea a) do art. 3º da Lei nº 5/2004.

*b4.3) cont: A liberdade de negociação do
acesso e as suas implicações na ques-
tão do fim (ou objecto) da licença de
utilização de frequências*

15.- Assente que as frequências são um dos elementos ou recursos abrangidos pela noção de «*acesso*» da alínea a) do art. 3º da Lei nº 5/2004, cabe agora averiguar qual o regime legal estabelecido nesse diploma legal em relação a tal disponibilização da rede (“móvel”) de um operador a terceiro.

Vem o mesmo desenhado nos respectivos art.s 22º, 23º, 62º e ss. e 66º e ss., constituindo uma das grandes novidades do regime liberalizante aí instituído na sequência da adopção da Directiva nº 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março⁽²³⁾ — a denominada

²³ É verdade que no Decreto-Lei nº 415/98 (de 31 de Dezembro) já se falava na disponibilização de acesso às suas redes por parte das denominadas “*entidades com obrigações essenciais*” — ou seja, as empresas com poder de mercado significativo —, mas só com a actual Lei nº 5/2004 é que se verificou a liberalização da figura, a possibilidade de quaisquer empresas de telecomunicações de uso público negociar e ceder o acesso de terceiros à sua rede para prestação

directiva aceso, na qual este conceito vem definido em termos iguais àqueles que transcrevemos *supra*, da alínea c) do art. 3º da citada Lei nº 5/2004⁽²⁴⁾.

Começa então a alínea a) do art. 22º — através de uma fórmula não muito apropriada, diga-se — por reconhecer o direito das empresas que oferecem ou pretendem oferecer redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público (como é o caso da **OPTIMUS** e da **NOVIS**) de obter o acesso às redes de outras empresas com a mesma actividade, para servirem os seus próprios clientes.

Direito, esse, que se reforça depois, no art. 23º subsequente, com a proibição da imposição de restrições que impeçam essas empresas ou operadores de estabelecer os acordos que lhes aprouverem sobre as modalidades técnicas e comerciais do acesso a conceder (ou a obter).

Desde que, como se dispõe na parte final da citada alínea a) daquele art. 22º, se respeitem as condições e os termos previstos na própria Lei nº 5/2004.

Destas normas — incluídas, sob a epígrafe *Regime de Autorização Geral*, no capítulo (II) do Título (III) dedicado à *Oferta de Redes e Serviços de Comunicações Electrónicas* — já resultaria o direito de a **NOVIS** e a **OPTIMUS** negociarem, sem restrições ou embaraços que não estejam

dos seus próprios serviços (desses terceiros), como resulta da alínea a) do art. 22º e do art. 62º da Lei nº 5/2004, mantendo-se a obrigação de dar acesso restrito àquelas empresas com poder de mercado significativo (art. 66º, *ibidem*).

²⁴ As diferenças cingem-se à pontuação usada num e noutra caso.

A.

“previstos na presente lei”, acordos técnicos e comerciais que permitam à primeira servir-se dos meios (móveis) da segunda, para prestação do seu próprio serviço.

16.- Seria preciso portanto que nos opusessem a existência, na Lei n° 5/2004, de normas que condicionem o referido acesso a uma decisão «espectral» prévia do ICP/ANACOM para que considerássemos limitado em consonância com isso o direito recíproco dessas duas empresas cederem e obterem a utilização recíproca ou «partilhada» das respectivas redes ou das frequências que lhes estejam afectas mediante a mera comunicação a que se refere o respectivo art. 21°.

E a verdade é que não descortinámos aí qualquer norma que impeça um operador de telecomunicações de uso público, como a OPTIMUS é, de facultar o aproveitamento da sua rede GSM a outros operadores ou prestadores de serviços da mesma natureza (pública) — e, portanto, de envolver nessa operação também a utilização das frequências que lhe estão consignadas, sem o que, repete-se, o direito ou liberdade de dar acesso à própria rede não seria jurídica e fisicamente praticável.

Não estamos a esquecer — até já o sugerimos — que a alínea a) do citado art. 22° da Lei n° 5/2004 condiciona a liberdade de acesso, o direito de uma empresa negociar o acesso de terceiros à sua própria rede, “às condições e aos termos previstos na presente lei”, mas tal condicionamento reporta-se, como expressamente vem esclarecer mais adiante o art. 62°, às “competências da ARN previstas no presente capítulo” (o capítulo III do

A.

Título IV) dessa lei: trata-se, por um lado, das intervenções que o ICP-ANACOM, enquanto autoridade reguladora, pode ter nessa matéria — fixando as obrigações que impendem sobre os operadores ou prestadores de redes ou serviços de uso público e sobre as empresas com poder de mercado significativo [alíneas a) e b) do art. 63º/2 e art. 66º/1 do referido diploma] —, mas também, por outro lado, das próprias limitações ou exigências postas na lei (como sucede, por exemplo, com o dever de confidencialidade do art. 65º).

Considerar que, ao abrigo daquele condicionamento da parte final da alínea c) do citado art. 22º, a oferta de redes ou serviços de telecomunicações em regime de *acesso* ficaria dependente da atribuição (prévia ou concomitante, é irrelevante aqui) de direitos de utilização privativa de frequências era, além do mais⁽²⁵⁾, um verdadeiro desperdício desse bem dominial escasso que é o espectro radioelétrico.

Era o mesmo que exigir que a Administração disponibilizasse frequências para operações de rede ou prestações de serviços de telecomunicações em regime de *acesso*, quando as mesmas podem perfeitamente ser realizadas através das frequências já licenciadas ao titular da rede acedida e, por outro lado, estas são fisicamente capazes de arcar com as novas solicitações que esse acesso implica.

²⁵ Que não é nada pouco, como já se repetiu, por se estar, por um lado, a criar com isso um obstáculo de tomo, qualitativa e quantitativamente, ao exercício de um direito ou liberdade garantidos por lei, a transformar um instrumento jurídico instituído para permitir uma maior concorrência (e um aproveitamento mais efectivo e eficiente dos escassos recursos existentes) numa fórmula de uso limitado, para não dizer escasso.

17.- A verdade, porém, é que, a entender-se que deveria aplicar-se à liberdade de acesso dos art.s 22º, 23º e 62º e ss. da Lei nº 5/2004, por força da parte final da alínea a) do seu art. 22º, as limitações ou condições de natureza dominial ou espectral previstas nesse diploma, o que se diria é que tal acesso poderia depender da atribuição de direitos individuais de utilização de (novas) frequências — porque tal condição, embora resultasse aqui num absurdo e desperdício, existe nessa lei (nos seus art.s 19º/3 e 30º e ss.) —, mas já não da alteração de licença pré-existente, por não haver nela qualquer referência a essa questão.

O que parece tanto mais sintomático quanto é certo que a lei regulou a questão da transmissibilidade dos direitos de utilização de frequências no seu art. 37º — sujeitando tal transmissão (apenas) a uma comunicação ao ICP-ANACOM e à possibilidade de este, no prazo de 45 dias, se opor a ela —, mas nada dispôs sobre a necessidade de alteração da licença no caso de o seu titular utilizar as frequências licenciadas não apenas para a prestação do seu próprio serviço, mas também no âmbito de um acordo de *acesso*⁽²⁶⁾.

Por outro lado, é importante assinalá-lo, a intervenção do ICP-ANACOM no procedimento de transmissão de frequências não tem como objecto averiguar se o cessionário as vai destinar à mesma finalidade a que elas estavam afectas quando se encontravam na esfera jurídica do transmitente — a não ser que as mesmas tivessem sido comunitariamente harmonizadas —, como resulta *a contrario* da alínea c) do citado art. 37º da Lei nº 5/2004. Ou seja, fora desse caso, a utilização das frequências para

²⁶ Ver o que dissemos *supra* a esse propósito, na alínea b3.3) do presente Capítulo.

A.

um fim diverso daquele a que estavam afectas não constitui legalmente fundamento para a oposição do ICP-ANACOM à sua transmissão.

Por maioria de razão se diria, então, que a permissão de acesso de terceiros às (redes e) frequências consignadas a operadores e prestadores de telecomunicações de uso público — que constitui um processo com chancela e promoção da própria lei, para incentivar a concorrência e intensificar o aproveitamento das frequências existentes — não constituiria uma alteração juridicamente relevante (nesta sede, pelo menos) das finalidades a que as respectivas licenças vão destinadas, não carecendo, portanto, de decisão prévia do ICP-ANACOM.

18.- A liberdade dos operadores de rede e prestadores de serviços de telecomunicações de uso público de dar acesso à própria rede e suas frequências a outras empresas seria então como que inerente à sua licença e independente da avaliação prévia do ICP-ANACOM.

Parece efectivamente mais natural considerar que, com a entrada em vigor da Lei nº 5/2004 (com o seu carácter amplamente liberalizante), o direito de negociar e facultar aquele acesso passou a constituir uma faculdade integrante das licenças que os operadores e servidores de telecomunicações de uso público obtiveram na vigência do regime anterior — o que, aliás, está conforme com o disposto no art. 121º/1 desse diploma legal⁽²⁷⁾ —

²⁷ No qual se dispõe que “*competê à ARN proceder às alterações e adaptações necessárias aos registos e licenças emitidos ao abrigo do Decreto-Lei nº 381-A/97, de 30 de Dezembro, às autorizações emitidas ao abrigo do Decreto-Lei nº 241/97, de 18 de Setembro, bem como aos procedimentos de declaração previs-*

A.

do que entender que o funcionamento do novo regime legal e deste seu instrumento fundamental ficam dependentes dos condicionamentos de uma licença atribuída na anterior vigência de um regime altamente condicionador.

Parece poder dizer-se, em suma, que a concessão de acesso para a prestação de serviços de terceiros não constitui uma alteração da licença do respectivo operador, na configuração que hoje se deve atribuir-lhe — em relação às finalidades a que as respectivas frequências estão destinadas —, mas sim um *aproveitamento* de potencialidades, de direitos ou faculdades que lhes são próprios.

E para servir, aliás, apenas operadores de redes ou prestadores de serviços de telecomunicações da mesma natureza do cedente da rede, ou seja, de redes ou serviços de uso público, tornando menos arriscada, digamos assim, a solução da dispensa de intervenção do ICP-ANACOM, porque tudo se passa afinal em domínios idênticos (pelo menos, próximos) e para prestação de serviços ou utilidades de interesse colectivo.

O que os princípios da efectividade e eficiência da utilização das frequências altamente recomendam.

A.

b4.4) Conclusão quanto a esta parte

19.- Se se considerar então que as finalidades a que estão afectas as frequências consignadas numa licença destas não seriam unicamente as que aí estão inscritas, mas também as que se insiram num processo de *acesso*, teríamos compaginados todos os elementos relevantes no âmbito da questão formulada, sem beliscar o próprio princípio da especialidade de objecto ou fim das afectações dominiais, e da sua alteração apenas por acto do respectivo titular (do bem dominial, não da licença, claro).

Parece, pois, que também existem boas razões para entender que a permissão por uma empresa como a **OPTIMUS** do acesso de terceiros (operadores da rede ou prestadores de serviços de telecomunicações, como a **NOVIS**) à sua própria rede nem envolve a necessidade de atribuição de frequências ao acedente, nem a necessidade de revisão da licença dominial ou espectral do acedido.

A liberdade dos operadores de rede e prestadores de serviços de telecomunicações de uso público de dar acesso à própria rede a outras empresas seria, portanto, inerente à sua própria licença.

Ou seja, independente só se precisar para completar melhor o espaço da falha. Se não, deixe estar da avaliação prévia do **ICP-ANACOM**.

A.

b5) A opção proposta*b5.1) A relativa preferência pela tese da
inexigência da intervenção prévia do
ICP-ANACOM*

20.- Sendo a questão objectivamente controvertida e controversa, e desdobrando-se ela em duas teses sustentadas em razões e argumentos de igual peso ou valia, torna-se evidentemente complicada a opção por uma delas.

Tanto que se nos afigura natural que, tendencialmente, as partes na relação jurídica de licenciamento de frequências dominiais, como são aqui o ICP-ANACOM, de um lado, e a OPTIMUS (e NOVIS) do outro, pendam, cada uma, para a tese que melhor resguarda os seus interesses; o ICP, enquanto responsável pela gestão do espectro radioelétrico, sentir-se-á inclinado para a tese da exigência de autorização administrativa de alteração da licença 014-TCM da OPTIMUS com vista à utilização das respectivas frequências (GSM) no transporte do sinal do serviço *Optimus Home* pertencente à NOVIS; enquanto a OPTIMUS (e a NOVIS) tenderá a privilegiar a tese contrária, de que o direito de *acesso* se insere globalmente (frequências incluídas) no regime da autorização geral dos arts 19º/2 e 21º/1 da Lei nº 5/2004.

Por nós, depois de cuidadosamente ponderados os argumentos preponderantes em que se funda cada uma dessas teses — e no pressuposto de que não houve erro relevante na selecção e descrição dos mesmos —, vota-

ríamos pela tese da inexigência da intervenção descondicionadora prévia da Administração nesta matéria.

Por duas razões adicionais.

Uma de menor valia, resultante de nada se dizer no **REGICOM** quanto ao regime de descondicionamento administrativo de alteração das finalidades a que as frequências estão afectas — e certamente que não é por se querer proibir essas alterações, nomeadamente aquelas que relevassem de um acordo de *acesso*.

A outra, mais ponderosa, prende-se com o facto de, para a **transmissão** de frequências do art. 37º da Lei nº 5/2004, o legislador ter instituído um regime procedimental próprio — aliás, relativamente brando, de comunicação prévia pelo transmitente e de possibilidade de oposição do ICP-ANACOM (sob pena de tal transmissão se ter por autorizada), — entendendo-se que, se ele quisesse exigir que a negociação de um acesso ficasse (como aquela transmissão) dependente de uma decisão prévia da Administração quanto à utilização das frequências do titular da licença em favor da empresa acedente não só haveria de dizê-lo, como estabeleceria certamente um procedimento próprio para a pronúncia dessa decisão⁽²⁸⁾.

²⁸ E mais: como a permissão de acesso é tendencialmente muito menos gravosa, do ponto de vista dominial, do que uma transmissão de frequências, se se quisesse que também houvesse ali uma intervenção prévia da Administração, então estabelecer-se-ia um regime procedimental ainda mais brando do que o da transmissão — só que não existe na lei qualquer indicação sobre qual seria esse regime.

4.

E na Lei nº 5/2004, como já se revelou, nem há previsão da necessidade de alteração da licença espectral por força dos acordos de acesso que se estabeleçam ou o seu condicionamento a uma decisão administrativa prévia, nem, muito menos, a fixação de um regime procedimental, qualquer que seja, para a emissão dessa decisão⁽²⁹⁾.

O que não deixa de ser bem sintomático quando se pensa que, quer no Decreto-Lei nº 346/90 quer no Decreto-Lei nº 381-A/97, antecedentes daquela Lei, se regulou sempre a questão da alteração das licenças rádio-eléctricas, incluindo naturalmente a resultante de uma utilização acrescida ou diversa das frequências nelas consignadas.

b5.2) O resguardo “ex post” (comunicação) dos interesses dominiais

21.- A tese por que optámos não significa, claro, que o ICP-ANACOM tenha perdido os poderes de controlo e supervisão da utilização de frequências, que são absolutamente essenciais para garantir uma utilização regular e contínua do espectro radioelétrico.

Significa apenas que esse controlo se desloca do momento anterior à comunicação a fazer pela **NOVIS** (nos termos do art. 21º da Lei nº 5/2004) para um momento que lhe é subsequente; é o **ICP-ANACOM** que, após tal comunicação, se constatar que a utilização das frequências (da **OPTIMUS**)

²⁹ Só se encontra aí o regime do respectivo art. 20º, e este, como se referiu *supra* [alínea b3.3) do presente capítulo], não é aqui aplicável.

para a prestação do serviço da NOVIS vai prejudicar a efectividade ou eficiência da sua utilização — ou afectar qualquer outro valor essencial da gestão do espectro radioeléctrico —, é ele, ICP-ANACOM, dizia-se, que deverá *opor-se* à pretensão constante dessa comunicação.

Mas só se existir qualquer razão para essa oposição; caso contrário, a utilização das frequências do operador da rede acedida na prestação do serviço do acedente, não tem mesmo aí, após a comunicação, que ser objecto de qualquer decisão expressa (descondicionadora) da ANACOM.

Aliás, se as coisas se passam assim no caso mais grave da transmissão do direito de utilização das frequências (ver art. 37º do Decreto-Lei nº 5/2004), não se vê razão para que aqui, no caso menos grave, o procedimento descondicionador assumisse um regime mais exigente.

II

AS QUESTÕES DA ALÍNEA B) DA CONSULTA

A)

A QUESTÃO DA ALÍNEA B1)

a1) Os pressupostos da questão

1.- Trata-se agora de saber, recordamo-lo, se a alteração da licença ICP-014/TCM da OPTIMUS — que porventura se tenha considerado necessária (no capítulo anterior deste trabalho) para que ela possa partilhar a utilização

A.

das frequências GSM que aí lhe foram consignadas com a prestação do serviço *Optimus Home*, nos termos acima referidos —, trata-se de saber, agora, como se dizia, se essa alteração é da competência do membro do Governo com a pasta das Comunicações ou é da competência do ICP-ANACOM.

Até pode parecer estranho que a Consulente tenha formulado tal questão, quando se constata que a alínea c) do art. 6º/1 dos Estatutos do ICP-ANACOM e o art. 15º da Lei nº 5/2004 — à semelhança do que já acontecia no domínio da legislação por ela revogada — cometem a essa autoridade reguladora o interesse público da gestão do espectro radioelétrico e, nesse âmbito, a competência para proceder à atribuição (e supervisão) dos «recursos espectrais», ou seja, à emissão dos respectivos títulos jurídico-administrativos, sejam eles licenças ou quaisquer outros. Competência, essa, que envolve naturalmente, também, os poderes para proceder à alteração ou à extinção desses títulos.

Se não houvesse outras condicionantes para ponderar, a resposta à questão formulada — sobre o órgão administrativo competente para proceder à referida alteração, se se entender, claro, que ela é legalmente necessária — resultava directamente das mencionadas disposições legais e “a favor” do ICP-ANACOM.

O problema é que há outras condicionantes que nos impedem de seguir essa via tão linear na resposta à referida questão.

2.- Desde logo, porque, embora a licença *sub iudice* tenha sido outorgada à OPTIMUS pelo próprio ICP-ANACOM — o que mais parece reforçar aquela solução —, ela foi-o na sequência de um concurso público e da adjudicação aí proferida pelo Ministro da pasta das Comunicações, que era o órgão legalmente competente para o efeito.

E foi desse acto de um membro do Governo, que atribuiu ou adjudicou a licença concursada à OPTIMUS — não propriamente da subsequente outorga do título licenciador pelo ICP-ANACOM —, que resultou o direito privativo de utilização, por aquela operadora, das frequências nele (título) referidas, podendo portanto entender-se que, como sucede em princípio⁽³⁰⁾, a sua alteração também haveria de competir ao órgão que conferiu esses direitos.

Depois, porque é o próprio art. 35º/4 da Lei nº 5/2004 que confere ao Governo (e não ao ICP-ANACOM) competência para “*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 [que] se destinem a ser utilizadas para novos serviços*”.

³⁰ O princípio encontra-se reflectido no art. 141º do Código do Procedimento Administrativo, aplicável à alteração dos actos administrativos por força do respectivo art. 147º.

a2) As premissas (ir)relevantes da solução da questão posta

3.- Parece-nos, no entanto, que se trata de factos absolutamente irrelevantes para determinar a entidade competente para proceder à alteração da licença ICP-014/TCM da **OPTIMUS**.

Quanto ao disposto no art. 35º/4 da Lei nº 5/2004, é evidente que se trata aí de uma *competência normativa*, para aprovar os **regulamentos** de atribuição concursada ou leiloadada de determinados direitos de utilização de frequências para a prestação de novos serviços, quando aquilo que aqui se procura saber é a quem pertence a competência para a prática do **acto administrativo** de alteração da licença, que permita à **OPTIMUS** “partilhar” com o prestador de outro serviço a utilização das frequências que lhe teriam sido atribuídas exclusivamente para a prestação do seu serviço.

E só isso já bastaria para afastarmos o dito preceito legal dos «candidatos positivos» à resolução deste problema.

4.- Igual falta de relevo no esclarecimento da questão tem o facto de a licença em causa ter sido dada na sequência de concurso público aberto pelo Estado e de a respectiva adjudicação ter sido decidida pelo Ministro da pasta das Comunicações.

Por várias razões.

Em primeiro lugar, porque a competência legal do membro do Governo, no seio do concurso em causa, se esgotava precisamente na *selecção* concursada *da entidade a quem devia ser outorgada a licença*, e não havia na «lei do concurso» (a Portaria nº 447-A/97, de 7 de Junho, que aprovou o Regulamento do Concurso Público para a Atribuição de uma licença para a Prestação do Serviço de Telecomunicações Complementar Móvel — Serviço Móvel Terrestre) qualquer preceito sobre a alteração da licença, muito menos sobre a respectiva decisão competir a A ou B⁽³¹⁾.

Em segundo lugar, porque, por nós, da criação e existência de uma autoridade administrativa independente com funções regulatórias e de supervisão em matéria de telecomunicações há-de resultar que, na falta de disposição legal em contrário, é a ela que cabe a *competência global* ou *genérica* para a resolução de todas as dúvidas, controvérsias e situações que se suscitarem nessa matéria das telecomunicações, só podendo reconhecer-se competência ao Governo, aí, onde haja norma expressa a ditá-lo.

Por outras palavras, a “força centrípeta” da competência do ICP-ANACOM — que resulta da sua própria qualidade de *autoridade nacional de comunicações* — implica a natureza *ad hoc* ou especial da competência do Governo nestes assuntos das comunicações.

E, já o vimos, não há no nosso ordenamento jurídico das telecomunicações qualquer norma que atribua ao Governo competência para alterar licenças como esta, ou, então, que o chame à colacção sempre que estiver

³¹ Nem aí, nem, aliás, na «lei da exploração do serviço», o Regulamento de Exploração do Serviço de Telecomunicações Complementar Móvel – Serviço Móvel Terrestre, aprovado pela Portaria nº 240/91, de 23 de Março.

em causa a alteração, modificação, extinção, etc., de licenças dadas na sequência de adjudicações suas.

5.- Bem pelo contrário.

O que ressalta de imediato de uma breve leitura do regime jurídico das telecomunicações é que, por um lado, o legislador, quando se referia à problemática da **alteração** das licenças na vigência dos diplomas revogados pela Lei nº 5/2004, confiava a respectiva competência sempre ao ICP-ANACOM, abstraindo do facto de elas terem sido atribuídas na sequência de concursos e adjudicações decididas pelo Governo (ou não) e, por outro lado, quando se referia a **outros aspectos relativos à “vida”** das licenças, também os entregou à competência do ICP-ANACOM, mais uma vez à revelia da sua origem ou autoria governamental.

Assim, no Decreto-Lei nº 346/90, de 3 de Novembro (que definia o regime do estabelecimento, gestão e exploração de infra-estruturas e da prestação de serviços de telecomunicações complementares, fixos e móveis) atribuía-se ao ICP-ANACOM competência para autorizar *qualquer alteração ou modificação* das licenças, sem uma palavra sequer sobre se elas tinham sido atribuídas mediante concurso público ou não (art. 9º).

Por sua vez, no Decreto-Lei nº 381-A/97, de 30 de Dezembro (que regulava o regime de acesso à actividade de operador de redes públicas de telecomunicações e de prestador de serviços de telecomunicações de uso público) também se atribuía ao ICP-ANACOM competência para proceder a

A.

alteração de licenças, seja por sua iniciativa ou a requerimento do interessado (art. 18º) — dando-se até o caso de esse preceito legal se subsumir na Secção I do Capítulo III, que regulava igualmente as licenças atribuídas mediante concurso público.

Isto, quanto à **alteração das licenças** reguladas nos diplomas em vigor antes da publicação da Lei nº 5/2004, a qual, como se disse *supra*, no Capítulo I, não contém qualquer referência específica à figura, regime e procedimento dessa alteração⁽³²⁾.

6.- Porém, quanto a **outros aspectos ou vicissitudes da “vida”** dos actos atributivos de direitos individuais de utilização de frequências, que vêm regulados nesse diploma de 2004, sucede o mesmo que vimos suceder no regime dos Decretos-Lei nº 346/90 e nº 381-A/97, pois que se atribui competência para decidir dessas vicissitudes ao **ICP-ANACOM**, abstraindo completamente do facto (porque considerado irrelevante, é evidente) de a licença em causa ter sido, ou não, atribuída por concurso público.

Assim, por exemplo, a transmissão dos direitos de utilização de frequências, titulados por licenças simples ou atribuídas na sequência de concurso público, é indiferente, depende, nos termos do art. 37º/2 dessa Lei, de prévia comunicação ao **ICP-ANACOM**, e não ao Governo, sendo também àquele que (se for caso disso) compete opor-se a essa transmissão ou impor, a tal propósito, condições e deveres à entidade licenciada.

³² Salvo no seu art. 20º, nas (para aqui) irrelevantes circunstâncias já referidas.

A.

Por outro lado, e ainda a título também exemplificativo, diga-se que o prazo dos direitos de utilização de frequências, e sua renovação, é também matéria da competência do ICP-ANACOM, independentemente de as licenças em causa terem sido, ou não, atribuídas por concurso público “governamental” (art. 36º da Lei nº 5/2004).

O percurso feito mostra que, para o legislador, o facto de ter existido um procedimento concursal prévio à atribuição da licença, aberto e decidido pelo Governo, em nada interfere (salvo disposição legal expressa em contrário) com o regime jurídico da “vida” das licenças atributivas de frequências, que é fixado global e «abstractamente», para todas elas, sejam atribuídas na sequência de concurso ou à revelia dele.

B)

A QUESTÃO DA ALÍNEA B2)

b1) Considerações preliminares

7.- A segunda questão da alínea b2) da Consulta consiste em saber se a competência de que o ICP-ANACOM dispõe para (*ex-ante* ou *ex post*) decidir sobre a alteração das licenças atributivas de direitos individuais de utilização de frequências é uma competência de natureza vinculada ou discricionária.

Ou seja, se é uma competência «limitada» à averiguação da ocorrência dos pressupostos de facto e de direito definidos abstractamente na lei

ou se o seu exercício depende da formulação de juízos ou valorações próprias das funções administrativas (designadamente, sobre o mérito da pretensão de utilização das frequências para fins de *acesso*), tirados apenas em função dos interesses públicos dominantes nesta matéria.

Ou, então, se se trata até de um qualquer *tertium genus*, de algo que se situe entre a vinculação pura e a discricionariedade radical, como acontece, por exemplo, com a interpretação e aplicação de *conceitos técnicos*, a que doutrina também se refere quando debate estas questões.

8.- Como é por demais sabido, são raríssimos os casos de estrita vinculação de um acto administrativo aos comandos normativos da lei ou do regulamento — ficando sempre à Administração, neste ou naquele aspecto relativo à prática do acto, uma margem maior ou menor de escolha da solução a adoptar —, e são mesmo inexistentes os casos de actos administrativos completamente discricionários, que, pelo menos, a competência (subjectiva) para a sua emissão, bem como a finalidade a prosseguir através do exercício dessa competência, estão sempre legalmente pré-determinados.

Todos os actos administrativos são, portanto, vinculados em mais ou menos aspectos, e discricionários, no que respeita aos outros.

Como o será necessariamente o acto pelo qual o ICP-ANACOM — antes ou depois da comunicação que a NOVIS lhe fizer (nos termos do art. 21º da Lei nº 5/2004), em função da solução adoptada no capítulo anterior

A.

— decidirá explícita ou implicitamente se a pretensão que a Consulente aí lhe manifestar é ou não de deferir.

A questão está em saber então quais são os aspectos vinculados e discricionários desse acto.

b2) Os princípios orientadores da selecção dos elementos vinculados e discricionários do acto em causa

9.- A procura de uns e outros é norteadada por um princípio fundamental: o de que, estando aqui em causa o exercício de um direito patrocinado e protegido por lei, os elementos ou aspectos predominantes na prática do acto hão-de ser de carácter vinculado, sob pena de esse direito tão firme nas disposições da lei, se tornar antes, quanto muito — para usar (impressiva, embora impropriamente) uma expressão cara à doutrina italiana —, num *diritto affievolito*, num direito enfraquecido, talvez mesmo numa mera expectativa ou aspiração do interessado, que não são muito mais do que isso as posições jurídicas dos administrados que, em relação à sua oportunidade e mérito, estão dependentes de um juízo discricionário da Administração.

Outro princípio orientador dessa busca que nos propomos fazer é o de que, mesmo aí onde haja discricionariedade — ou seja, recurso a valorações próprias da Administração —, se impõe determinar as vinculações a que, ainda assim, essa escolha administrativa está sujeita por força dos denominados *limites externos da discricionariedade*, pela existência de

A.

princípios gerais que impregnam toda a actividade administrativa não estritamente vinculada por lei.

É o caso dos princípios gerais do *respeito pelos direitos dos cidadãos*, da *igualdade*, da *proporcionalidade* (e da *necessidade*), da *imparcialidade*, da *boa fé* e da *justiça*, consagrados no art. 266º/2 da Constituição e nos art.s 4º e ss. do Código do Procedimento Administrativo.

Vejamos, então, onde é que na eventual decisão ou oposição do ICP-ANACOM à pretensão da NOVIS de aceder, nos termos referidos, à rede e frequências da OPTIMUS para prestação do serviço *Optimus Home*, há vinculação e discricionariiedade e, neste segundo caso, quais daqueles princípios devem considerar-se como constringentes da sua liberdade de escolha.

b3) A determinação dos momentos vinculados e discricionários da sua prática

10.- Há vinculação, claro, no que respeita aos elementos **competência** e **fim** do respectivo acto.

Competente, para o efeito, é exclusivamente o ICP-ANACOM nos termos, v.g., da alínea a) do artº 6º/1 dos seus Estatutos (aprovados pelo Decreto-Lei nº 309/2001) e dos nºs 1 e 2 do artº 15º da Lei nº 5/2004.

Quanto à finalidade em vista da qual o ICP-ANACOM deve decidir se autoriza a alteração da licença espectral da OPTIMUS — ou se não se

A.

opõe à pretensão da utilização das respectivas frequências pela NOVIS — recolhemo-la no artº 31º/1 dessa lei, nos termos do qual «a limitação do número de direitos de utilização a atribuir apenas é admissível quando tal seja necessário para garantir a utilização eficiente das frequências»⁽³³⁾.

Quanto à **oportunidade** da prática do acto em causa, entende-se que ela também é vinculada, que o ICP-ANACOM está obrigado a decidir sobre pretensão formulada pela NOVIS (por força do art. 9º do CPA) e a fazê-lo no prazo máximo de 45 dias, por aplicação analógica ou *a fortiori* do disposto no art. 37º da Lei nº 5/2004 — se não se entender dever antes ir buscar-se o prazo de 5 dias do respectivo art. 21º/5.

Os **pressupostos** da decisão ou oposição em causa do ICP-ANACOM também não podiam deixar de ser (ao menos em parte) vinculados, pois que o já citado art. 31º/1 da Lei nº 5/2004 consagra a regra geral da atribuição de direitos de utilização de frequências aos respectivos pretendentes, só se admitindo a limitação dos mesmos (da sua atribuição ou alteração) se isso se revelar prejudicial à utilização eficiente (e concorrencial) das frequências já consignadas.

Aí, na avaliação desse prejuízo, é que já há uma margem de avaliação própria da Administração, não claro quanto à ocorrência dos factos que o justificam (tal prejuízo), mas quanto à potencialidade danosa do acesso

³³ Talvez fosse mais congruente — em função do que se diz adiante, a propósito do procedimento aplicável nesta sede — ir buscar tal finalidade ou finalidades às disposições do art. 37º da Lei nº 5/2004, antes que às do seu art. 31º. As diferenças não são contudo de tomo, havendo que acrescentar à referência do texto, com relevo, apenas a finalidade da defesa da concorrência.

A.

da NOVIS em relação à utilização eficiente das frequências consignadas à OPTIMUS.

É preciso assinalar no entanto que, se não há aqui um vinculado *Wen-Dan Schema* — é dizer, uma norma jurídica do tipo “se ..., então ...” —, também não há uma discricionariedade pura ou em sentido estrito, uma *indeterminação estrutural normativa*, que permita na Administração optar pela solução que se lhe afigure mais conveniente ou oportuna.

O que haverá é, sim, uma “discricionariedade regulada ou ordenada” (própria do *Tatbestand-Rechtsfolge-Schema*), ou seja, uma *indeterminação conceitual normativa*, que confere à Administração apenas uma margem de apreciação na densificação ou aplicação do ou dos conceitos imprecisos *tipo* em causa, como sucede com o conceito expresso na parte final do art. 31º/1 ou na alínea c) do art. 37º/3 da Lei nº 5/2004.

E “ordenada” também no sentido de que as normas em causa apontam claramente, pelo menos a título primário, para uma decisão positiva da Administração nessas matérias, só cabendo o indeferimento ou oposição quando a pretensão do interessado se revelar, para lá de qualquer dúvida, como inadmissível.

Acresce que, esse juízo discricionário do ICP-ANACOM, além de adstrito ao fim da lei e de devidamente fundamentado, há-de respeitar naturalmente (sobretudo) os princípios da igualdade, da necessidade, da proporcionalidade e da imparcialidade, sob pena de o acto de denegação da utilização das frequências GSM da OPTIMUS na prestação do serviço *Opti-*

A.

mus Home ser considerado inválido, tanto quanto o seria se tivessem sido violadas as vinculações antes referidas e postas pela lei a propósito da sua prática.

Falta determinar apenas se o procedimento relativo à alteração “espectral” das licenças de telecomunicações é o do art. 31º ou o do art. 37º/4 do REGICOM⁽³⁴⁾, votando-se pela aplicação do segundo desses preceitos, por a operação de que aqui se trata — embora seja técnica e juridicamente menos “agressiva” do que a aí prevista — estar muito mais próxima duma transmissão dos direitos de utilização de frequências do que duma sua atribuição *ex novo*.

III

A QUESTÃO DA ALÍNEA C) DA CONSULTA

A)

INTRODUÇÃO DE UM LEIGO À QUESTÃO DA NUMERAÇÃO TELEFÓNICA

1.1) ~~Conceito e função dos números de identificação telefónica~~

1.- Cuidamos, finalmente, de saber se a utilização da gama ou número “2” do Plano Nacional de Numeração no serviço *Optimus Home* é

³⁴ Ambos com as necessárias adaptações, claro.

A.

conforme à lei das telecomunicações ou se viola os princípios nesta consagrados a tal propósito.

Para situar a questão posta é necessário deixar fixados previamente alguns conceitos e explicações — que colhemos, claro, ou na própria lei ou junto de especialistas do sector — sobre as regras e a função da numeração no domínio das comunicações electrónicas *endereçadas*, enviadas para um determinado terminal (telefone) receptor por um terminal emissor.

Como é natural — o mesmo se passa, de resto, com uma carta postal —, os possuidores de telefones fixos ou móveis ligados às redes de uso público têm de ter um “endereço”, uma “morada” (fixa ou móvel), para que quem com eles queira contactar telefonicamente os possa localizar. A morada ou endereço de um telefone, precisamente, é-nos dada pelo seu *número*.

«Número», diz a alínea o) do art. 3º da Lei nº 5/2004, é uma “*série de dígitos* [pode ser, portanto, uma série de algarismos⁽³⁵⁾] *que indica um ponto de terminação de uma rede de comunicações electrónicas* [ou seja, um telefone fixo ou móvel] *e que contém a informação necessária para encaminhar a chamada até esse ponto de terminação*”.

³⁵ “Dígito” é — segundo o Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, da Academia de Ciências de Lisboa — um “*elemento de um conjunto convencional de caracteres que se utiliza para constituir ou representar informação*”. Esses caracteres podem ser, por exemplo, “*cada um dos algarismos arábicos de 0 a 9*”.

a2) Espécies e divisão dos números

2.- Há duas espécies de números desses, esclarecem-o as subsequentes alíneas p) e q) do mesmo artigo de lei. Os **números geográficos** — próprios dos telefones fixos — que são “*números [...] que contêm alguns dígitos com significado geográfico, cuja função é encaminhar as chamadas para o local físico do ponto de terminação da rede*”; e os **números não geográficos** — próprios dos terminais móveis — que são isso mesmo, os números não geográficos do plano nacional de numeração, como sejam os “*números móveis, verdes e de tarifa majorada*”.

Dentro de cada número, de cada série de algarismos correspondente a um número de um telefone, há ainda sub-séries — que podem ser constituídos por um só algarismo —, isto é, partes do número que servem como **código de identificação**⁽³⁶⁾ de um serviço, de uma rede ou de uma área geográfica.

Assim, por exemplo, no número (geográfico) 239 010461 temos:

- o dígito “2”, a indicar que se trata de um telefone fixo;
- os dígitos “39”, a indicar que se trata de um telefone da área geográfica de Coimbra;

³⁶ «Código de identificação» é, nos termos da alínea n) do art. 2º do já citado Decreto-Lei nº 415/98, “o dígito ou conjunto de dígitos atribuídos a serviços, áreas geográficas ou redes, para permitir o acesso a esses serviços, áreas geográficas ou redes”.

- os dígitos “010”, a indicar que se trata de um telefone da rede de um determinado operador, no caso da NOVIS⁽³⁷⁾;
- os dígitos “461” identificam o cliente do respectivo serviço.

Assinale-se ainda que, além das séries de dígitos ou algarismos correspondentes ao Plano Nacional de Numeração, há também os códigos ou dígitos que identificam cada país, nas chamadas feitas de um para outro, os quais (códigos) estão fixados ao abrigo de convenções internacionais do sector, e que antecedem o número do PNN nas chamadas internacionais dirigidas a telefones das redes e serviços de telefone portugueses.

a3) O Plano Nacional de Numeração e os princípios nucleares em matéria de numeração

3.- A adopção de um determinado número para identificar ou situar um telefone fixo ou móvel não depende, como já se percebeu, do bel-prazer do operador ou prestador dos respectivos serviços ou redes de telecomunicações de uso público, nem sequer da determinação arbitrária da autoridade nacional das comunicações, o ICP-ANACOM.

Como se dispõe no art. 10º da Directiva nº 2002/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março, “[o]s Estados-membros

³⁷ Todos os dígitos de 1 a 9 que se seguem aos de identificação geográfica dos telefones fixos estão reservados para a PT, ficando o 0 (o 01, 02, etc.) reservado para os outros prestadores do serviço fixo: o 01, por exemplo, é da NOVIS, o 05 da ONI, etc.

assegurarão que as autoridades reguladoras nacionais tenham o controlo da concessão de todos os recursos nacionais de numeração, bem como da gestão dos planos nacionais de numeração”, revelando o primeiro segmento dessa norma que não se trata de uma disposição do próprio operador de rede ou prestador de serviço, o segundo, que a atribuição e gestão dos números nacionais corresponde a um plano organizado e pré-definido.

A elaboração desse plano, denominado legalmente como Plano Nacional de Numeração e conhecido pela sigla PNN, é hoje, por força das alíneas a), b) e d) do art. 17º/2 da Lei nº 5/2004, da competência exclusiva do ICP-ANACOM, a quem cabe definir e publicar as respectivas linhas orientadoras, os princípios gerais e os elementos do PNN, bem como a gestão deste.

No Plano actualmente em vigor em Portugal há um único número geográfico (o 2), que identifica o serviço fixo de telefone, enquanto todos os outros números que se encontram atribuídos são números não geográficos, para os serviços de telefones móveis de uso público, os números verdes e os de tarifa majorada.

Os princípios nucleares em matéria de numeração, de atribuição dos números do PNN, são os de que:

- é garantida a todas as redes e serviços de comunicações electrónicas de uso público a disponibilidade dos recursos de numeração adequados;
- sendo esses números bens escassos, se impõe sujeitá-la (a respectiva atribuição) a regras destinadas a

A.

assegurar uma sua repartição objectiva, transparente e igual ou não discriminatória;

O detalhe desses princípios consagrados no nº 1 e na alínea b) do nº 2 do art. 17º da Lei nº 5/2004, constituindo o regime jurídico da numeração, iremos conhecê-lo (na parte que se prende com esta questão da Consulta) à medida que formos avançando na procura das premissas da respectiva resposta.

B)

**A UTILIZAÇÃO DA NUMERAÇÃO DA GAMA “2”
NO SERVIÇO *OPTIMUS HOME***

b1) Enunciado das questões *decidendi*

1.- Quem quiser responder a esta questão da Consulta — de saber se o dígito “2”, que identifica o serviço (os terminais) da rede fixa de telefone, pode ser adoptado pela **NOVIS** na prestação do serviço *Optimus Home* — também se vai deparar com dificuldades sensíveis para o fazer célere consistente e convincentemente.

Derivam essas dificuldades do facto de não haver no complexo normativo aplicável uma *regra* a regular explicita ou implicitamente essa questão, isto é, a dispor se os dígitos, melhor, o dígito identificador de um serviço determinado — como é o caso do dígito “2” do serviço fixo de telefone — é atribuído a um prestador desse serviço para uso privativo seu

A.

(dos seus clientes) ou se deve ser atribuído a todos aqueles que se propõem prestar um serviço da mesma natureza do seu.

Assim, não havendo regras na matéria — comandos de «sim ou não», sobre se uma determinada pretensão é ou não juridicamente admitida (imposta ou proibida), que obedecem à «lógica do tudo ou nada» (*applicable in all-or-nothing fashion*) —, a questão posta há-de resolver-se por recurso aos princípios gerais de direito, a normas de convivência intrinsecamente conflitual e cujo relevo para o caso (para a *norma-do-caso*) só se alcança após averiguar qual o seu peso (relativo) na hipótese dada, em confronto, em ponderação ou em harmonização com outros princípios pertinentes⁽³⁸⁾. O que significa claro uma muito maior dificuldade para encontrar a resposta certa e para convencer juridicamente aqueles cujas pretensões saiam desfavorecidas com ela.

As dificuldades agravam-se aqui, no domínio do serviço fixo de telefone, por isso que, entre nós, os números geográficos (que identificam o “*local físico do ponto de terminação da rede*”) começam todos pelo dígito “2”, que foi atribuído há longo tempo ao serviço fixo de telefone da concessionária da rede básica de telecomunicações, potenciando eventualmente algumas pretensões suas a um uso exclusivo do mesmo.

O problema para nós divide-se, então, em dois. Um, é o de saber se o serviço *Optimus Home* que a NOVIS quer prestar, estando associado a um terminal que não é propriamente fixo no sentido rigoroso do termo — que tem, como se refere na Consulta, uma mobilidade relativa —, ainda pode

³⁸ Cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1999, p. 1086 e 1087.

A.

ser considerado como um candidato à utilização da gama “2” do PNN, própria dos números geográficos, usados (por regra) nos telefones fixos; o outro, é o de saber (caso a resposta ao problema anterior seja afirmativa) se a gama “2” não será um exclusivo da concessionária da rede fixa de telecomunicações, insusceptível de ser utilizado para lhe fazer concorrência.

b2) A mobilidade (relativa) do terminal *Optimus Home* e a natureza do correspondente serviço

b2.1) A existência de outros serviços de telefone fixo-móvel identificados por números da gama “2”

2.- Àquele primeiro problema, de saber se a mobilidade do equipamento terminal do serviço *Optimus Home* prejudica a sua qualificação como serviço fixo — e portanto, liminarmente, a utilização da gama “2” do PNN —, respondeu o próprio ICP-ANACOM, no projecto de decisão enviado à NOVIS para efeitos de audiência prévia, que não, que é possível “alojar [tal serviço] na gama de numeração “2” do PNN, assegurando que a mobilidade associada ao terminal seja apenas a inevitável para garantir o acesso num local fixo”⁽³⁹⁾.

³⁹ Acrescentando — presumimos tratar-se de uma opinião sua — que “em muitas circunstâncias [isso, de garantir que a mobilidade do terminal seja apenas a inevitável] será inferior àquele raio” (de 2000m) avançado pela NOVIS na sua comunicação como sendo aquele em que o terminal GSM do *Optimus Home* funcionaria.

A.

É sabido que a gama “2” do PNN foi inicialmente atribuída ao serviço fixo dos Telefones de Lisboa e do Porto, os TLP, e também que a essa data (e durante bastante tempo) o serviço fixo se cingia a comunicações entre terminais fixos, ligados por fios à parede do domicílio dos respectivos clientes.

São tempos idos, esses.

De há algum tempo para cá, foi-se admitindo que os terminais do serviço fixo podiam ter alguma mobilidade, abandonando-se a exigência e a necessidade da sua ligação física, por fios, a um ponto fixo.

3.- O início desse processo evolutivo deu-se com o aparecimento dos terminais suportados em tecnologia sem fios — o DECT, o WI-FI, o BLUE TOOTH e o FWA, que permitiam a sua utilização no espaço mais ou menos vasto da propriedade do cliente⁽⁴⁰⁾ —, sem que a (relativa) mobilidade desses terminais tivesse afectado alguma vez a qualificação do respectivo serviço telefónico como sendo fixo.

O dossier da Consulente dá conta, porém, de outros casos surgidos posteriormente, mais amplos e impressionantes, de associação de um terminal móvel (no caso GSM) à numeração do nível “2”, e que podem constituir precedentes a ponderar na decisão sobre a pretensão em apreço da NOVIS.

⁴⁰ Consoante o número de *access points* existentes nessa propriedade. Assim, em edifícios ou em instalações de grande dimensão, havendo muitos pontos desses distribuídos em toda a sua extensão, o utilizador não tem que se preocupar com o local onde se encontra, pois todos eles estão abrangidos pelos respectivos equipamentos de suporte.

A.

Um desses precedentes corresponde à introdução, pela própria **PORTUGAL TELECOM, SA (PT)**, do serviço de mensagens escritas (ou SMS) — o *Short Messages Service* — na sua rede fixa, utilizando para o efeito recursos de numeração não geográfica, de numeração móvel, o que lhe foi autorizado (não obstante existirem alternativas “fixas” a essa opção) por se conseguir assim uma maior funcionalidade do respectivo serviço.

Apelamos às palavras de um documento da lavra do próprio **ICP-ANACOM**, constante do processo administrativo que conduziu à decisão de autorizar a **PT** a implementar o serviço de mensagens escritas na rede fixa, e no qual se declarou expressamente que “[p]ara implementar este serviço com recurso às normas do GSM, a **PT** necessita de se comportar como um operador móvel, necessitando para tal de usar equipamentos com as mesmas funções que os utilizados pelos operadores móveis na implementação do SMS [...]. Outras soluções alternativas existem e passam pela utilização de um operador móvel que actue como prestador de suporte ao SMS, como ainda por restringir a oferta do SMS internamente à rede da própria **PT** ou grupo **PT**”.

Não se recorreu, no entanto, a estas duas alternativas, optando-se antes por atribuir à **PT** para tal efeito um número do serviço móvel, começado por “2”, e por autorizar que os respectivos clientes recebessem um serviço considerado fixo e prestado sob a gama e preços da rede “2” do PNN em terminais datados de um identificador (de um «cartão») da rede móvel própria, permitindo assim a mesma mobilidade desses terminais⁽⁴¹⁾.

⁴¹ Na verdade, em vez de receber o serviço na numeração 06 próprio da **TMN** para o SMS, foi atribuído a este serviço da **PT** um identificador próprio, o 02.

A.

b2.2) O serviço "PT Mobilé"

4.- Outro precedente do mesmo género corresponde ao serviço denominado *PT Mobilé*, lançado pelo operador da rede fixa e prestador do correspondente serviço, a **PT**.

Trata-se de um produto convergente fixo-móvel, combinando a rede fixa da **PT** e a rede móvel da **TMN** num só telefone terminal que funciona com as duas tecnologias, a fixa (DECT) e a móvel (GSM), quer na gama de numeração geográfica "2", quer na não geográfica "96", consoante o local onde o respectivo cliente se encontre a receber ou a enviar a chamada: se se encontrar na área das 4 estações DECT do serviço fixo (que lhe eram dadas escolher), a chamada seria encaminhada através da rede fixa para o número da gama "2"; caso contrário, sê-lo-ia através da rede GSM, para o número "96".

Mas ao chamador é cobrado, em qualquer dos casos, o preço correspondente a uma ligação entre telefones fixos — ou, se feita a partir de um terminal móvel, ao preço de uma chamada móvel-fixa.

Ai temos, pois, como uma ligação telefónica pode ser feita para um número geográfico do nível "2" (e ser cobrada como tal), mas ser respondida pelo receptor não num local fixo, e sim em qualquer local onde funcione a rede móvel GSM do prestador do serviço *PT Mobilé*, ou seja, em todo o Portugal, desde que se trate de uma das quatro estações escolhidas pelo cliente.

A.

Mobilidade larguíssima, aqui, a de funcionamento da gama “2” portanto — e também financiamento da rede ou serviço móvel pelo serviço fixo, com inevitáveis reflexos sobre a concorrência entre operadores móveis⁽⁴²⁾ —, mas que não impediu que o respectivo serviço fosse introduzido no mercado.

b3) A legalidade da utilização da numeração da gama “2” no serviço *Optimus Home*

b3.1) As exigências do princípio da igualdade

5.- O serviço fixo de telefones, identificado pelo dígito inicial “2”, apresenta assim, já há algum tempo, em algumas das suas espécies, características que não permitem referenciá-lo a uma ligação estrita entre terminais fixos, pois o respectivo cliente tem o seu equipamento domiciliado numa morada (como é próprio do serviço fixo), mas pode receber e fazer chamadas fora dela, como se se tratasse do serviço móvel.

São exactamente as mesmas as características que terá o serviço *Optimus Home* que a **NOVIS** pretende oferecer e com o qual se permitirá aos seus clientes — pagando preços correspondentes aos do serviço fixo **NOVIS** — utilizar os respectivos terminais, domiciliados na sua residência, na recepção e emissão de chamadas fora desse local, embora numa área geográfica de amplitude reduzida, muito mais reduzida, em todo o caso, do que

⁴² Porque a utilização da rede móvel da GSM era facturada não aos preços correspondentes a uma ligação de um telefone fixo para os telefones dos outros operadores das redes móveis, mas a preços mais baixos das chamadas fixo-fixas.

4.

aquela em que os clientes do serviço *PT Mobilé* podem contactar (ou ser contactados) através do número “2”.

Se não há, como julgamos não haver, qualquer premissa substancialmente errónea no parágrafo antecedente, então dizemos que não é por causa dessa sua relativa mobilidade que se negará ao serviço *Optimus Home* a qualificação como serviço fixo de telefones e a utilização de números da gama “2”, sob pena de com isso se estar a violar frontalmente o *princípio da igualdade* consagrado no art. 266º/2 da Constituição e no art. 5º/1 do Código do Procedimento Administrativo — isto é, o princípio fundamental de que situações iguais têm de ter, sob pena de invalidade, o mesmo tratamento na lei e ser decididas e conformadas do mesmo modo pela Administração, quando a lei lhe deixar qualquer margem de liberdade para, face a tais situações, optar entre mais do que uma solução.

b3.2) Os princípios gerais da numeração telefónica na resolução da questão

6.- E os princípios gerais a que, à mingua de regras definidas de atribuição e utilização da numeração telefónica, temos que recorrer para responder à questão de saber se o serviço *Optimus Home* pode ser prestado sob números da gama “2”; que nos dizem a tal propósito ?

Será que os códigos ou dígitos identificadores atribuídos a determinado serviço ou operador são um bem da sua utilização privativa, para serem usados apenas pelos respectivos clientes, ou estão disponíveis tam-

bém para outros prestadores de serviços ou operadores de redes de telecomunicações que prestam ou operam serviços e redes da mesma natureza ?

O facto de o ICP-ANACOM, no projecto de decisão que enviou à NOVIS para efeitos de audiência prévia, admitir que o serviço *Optimus Home* pode ser prestado com números da gama “2” constitui já um grande conforto para o signatário, assim ciente de que uma resposta afirmativa à questão posta não é certamente um absurdo — como um leigo à primeira vista pensaria — e, pelo contrário, é bem verosímil até.

Vamos então ver como se resolve o problema em função dos princípios gerais aplicáveis nesta matéria, começando pelo enunciado destes, naturalmente.

Os princípios dominantes em matéria de atribuição de recursos de numeração — para além dos referidos *supra*, na alínea a) 3 deste cap. III — vêm expressos na alínea b) do art. 17º/2 da Lei nº 5/2004, que manda atender nesta matéria às exigências de *transparência, eficácia, igualdade e não discriminação*, bem como no art. 54º do mesmo diploma, relativo à *portabilidade* dos números.

Desses princípios assumem especial relevo, aqui, os da *transparência* ou *eficácia*.

4.

*b3.3) Os princípios da transparência e
eficácia na solução da questão sub
iudice”*

7.- E são relevantes esses princípios da transparência ou eficácia⁴³, porque — como aliás o próprio ICP-ANACOM o salientava no texto da consulta pública que promoveu a propósito da revisão do PNN — a atribuição de um número deve permitir ao utilizador, além do mais, associá-lo a um certo serviço e ao respectivo prestador, a um determinado nível ou zona de preços, bem como (tratando-se de telefones fixos) à sua área geográfica.

Estão aí, parece-nos, as principais coordenadas para responder à questão *sub iudice*.

Por um lado, porque o serviço *Optimus Home* funciona com preços de retalho situados na zona de preços do serviço fixo de telefone e a sua subsunção na numeração da gama “2” permite ao utilizador identificar logo essa sua característica, e utilizá-lo de preferência a serviços mais caros (ou em situações em que, com outros preços, se absteria).

⁴³ Parece-nos serem esses os princípios que bolem com as questões suscitadas a seguir no texto, embora sem fazermos nisso finca-pé. Mas como nos preocupamos aqui com os problemas relativos à identificação do serviço a que se quer aceder, com os preços nele praticados, com a distinção entre os seus servidores, pensamos poder falar-se em transparência (clareza) e eficácia na identificação e distinção procuradas.

A.

8.- Mas não é aí que reside o motivo determinante da associação de números do nível “2” a este serviço da NOVIS.

Ele reside, sim, no facto de o referido dígito se destinar, segundo o PNN, a identificar o **tipo** de serviço em causa — se se trata de um serviço fixo ou móvel, por exemplo —, e não a entidade que o presta. Ou seja, o “2” serve, de acordo com esse Plano, para identificar o serviço fixo de telefones, do mesmo modo que a gama “9” corresponde aos serviços de telefone do tipo móvel.

E, portanto, do mesmo modo que os números da gama “9” estão atribuídos a diversos operadores ou prestadores do serviço móvel — o 91 à VODAFONE, o 93 à OPTIMUS, o 96 à TMN —, os números da gama “2” podem (devem) ser utilizados pelos diversos prestadores do serviço fixo.

É o que, aliás, tem acontecido com a ONI ou com a NOVIS, por exemplo, que (como a PT) também operam com redes fixas e prestam o serviço correspondente, não se vendo razão, portanto, para que ao serviço *Optimus Home* — assente que a sua relativa mobilidade não o exclui da qualificação como serviço fixo — não possa ser atribuída igualmente uma numeração da gama “2”.

9.- Só não seria assim se o número deste serviço prestado pela NOVIS pelo facto de começar pelo dígito “2” pudesse levar à confusão entre operadores do serviço fixo, nomeadamente à sua confusão com o ou os serviços fixos (incluindo os convergentes fixo-móvel) prestados pela PT sob essa

A.

numeração, prejudicando a respectiva transparência e eficácia. O que não é o caso — como o facto de a **OPTIMUS** usar o código “9” no seu serviço móvel também não leva a confundi-lo com o serviço da mesma natureza da **TMN** ou da **VODAFONE**.

É que, já se referiu *supra* [na alínea a2) deste cap. III], o que identifica o prestador do serviço — que o primeiro dígito, o “2” (o “8” ou o “9”) do código nacional de identificação telefónica típico — não é esse o dígito, mas sim outros subsequentes, mediatemente subsequentes nos telefones fixos, imediatamente, nos móveis. Com efeito, é o 6 de “96” (e não o “9”) que identifica a **TMN**, como o 3 de “93” que identifica a **OPTIMUS**.

Nos telefones fixos, ao dígito inicial “2” correspondente o tipo de serviço prestado, seguem-se os da área geográfica do respectivo cliente — o “1” para Lisboa, o “2” para o Porto, o “39” para Coimbra — e só depois nos aparecem os algarismos que identificam o operador: todos eles, de “1” a “9” (com excepção do “0”) identificam o prestador ou operador **PT**, os “01”, “05”, etc., os outros operadores, a **NOVIS** e a **ONI**, por exemplo.

Não é por causar qualquer confusão, portanto, prejudicando a sua transparência e eficácia, que a utilização de números da gama “2” seria prescrita ao serviço *Optimus Home*.

A.

De tudo, tiramos as seguintes

CONCLUSÕES

- a) a tese da exigência de um acto descondicionador prévio do ICP-ANACOM, que autorize a **OPTIMUS** a utilizar as frequências que lhe estão consignadas (na licença ICP-014/TCM) na prestação do serviço *Optimus Home* e a tese de que tal acto não é exigido para esse efeito sustentam-se, como se viu, em argumentos qualitativa e (ou) quantitativamente ponderosos;
- b) na dúvida, acabámos por optar pela segunda dessas teses — que os silêncios da Lei nº 5/2004 a este propósito favorecem — sem prejuízo, claro, de se reconhecer que ao ICP-ANACOM é dado opor-se *ex post* à comunicação que lhe haja sido feita nos termos do artº 21º desse diploma, se constatar que o *acesso* da **NOVIS** à rede da **OPTIMUS** levará à utilização ineficiente (ou anti-concorrencial) das respectivas frequências;
- c) a intervenção do ICP-ANACOM no processo de implementação do serviço *Optimus Home* e de seu *acesso* às frequências GSM da **OPTIMUS** foi, aliás, perfeitamente conforme com a conclusão sobre o carácter *ex post* que, segundo nós, essa intervenção assume na lei;

A.

- d) é ao ICP-ANACOM, e não ao Governo, que cabe a competência legal para autorizar (a) ou opor-se à utilização das referidas frequências na prestação do serviço *Optimus Home*, como também sucedeu no presente caso;
- e) a competência do ICP-ANACOM a esse propósito é predominantemente vinculada, só lhe restando alguma margem de valoração própria em matéria de subsunção (não de ocorrência) dos factos relativos a esse maior uso das referidas frequências GSM da OPTIMUS (devido à sua utilização também na prestação do serviço *Optimus Home*) nos conceitos de utilização *eficiente* ou *ineficiente* das mesmas;
- f) eventualmente, também, como se referiu, no conceito de sua utilização (*anti-*)*concorrencial*;
- g) se não puder considerar fundamentadamente a utilização que a NOVIS pretende fazer das frequências GSM da OPTIMUS como causa da ineficiência da sua utilização pela própria OPTIMUS; o ICP-ANACOM está vinculado a autorizar ou não se opor ao *acesso* aí configurável;
- h) o facto de os terminais do serviço *Optimus Home* serem dotados de alguma mobilidade não prejudica a qualificação do mesmo como sendo um serviço fixo de telefone ou a utilização de números geográficos para o iden-

tificar (nem, claro, a sua inclusão na respectiva zona de preços), como de resto não prejudicou igual qualificação de outros serviços existentes no mercado cujos terminais ainda gozam, segundo nos referem, de maior mobilidade que os do referido serviço da NOVIS;

- i) a utilização do dígito “2” do PNN na identificação do serviço *Optimus Home* é perfeitamente coerente com respectivas características técnicas e comerciais e não viola qualquer direito adquirido de outros operadores ou prestadores do serviço fixo de telefones.

Salvo melhor

Mário Esteves de Oliveira

Dezembro 2004