



Servulo & Associados, Sociedade de Advogados, RL

PARECER

**SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE E A CONFORMIDADE AO DIREITO DA
UNIÃO EUROPEIA DAS ALTERAÇÕES AO DECRETO-LEI N.º 177/99, DE 21 DE
MAIO, INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 51/2011, DE 13 DE SETEMBRO, EM
MATÉRIA DE ACESSO A SERVIÇOS DE VALOR ACRESCENTADO BASEADOS
NO ENVIO DE MENSAGEM**

Fevereiro de 2012



Sérvio & Associados | Sociedade de Advogados, RL

PLANO DO PARECER

§ 1.º OBJECTO DA CONSULTA E RAZÃO DE ORDEM

§ 2.º OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS PARTICULARES

2.1. Dois (sub)princípios estruturantes e de aplicação transversal na ordem jurídica

2.2. A concretização à luz da jurisprudência constitucional

§ 3.º A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE INICIATIVA PRIVADA E DA LIBERDADE DE EMPRESA E OS PARÂMETROS DE ADMISSIBILIDADE DAS RESPECTIVAS RESTRIÇÕES

3.1. O direito de iniciativa privada e a liberdade de empresa

3.2. As limitações ou restrições à liberdade de empresa

3.2.1. A garantia do conteúdo essencial

3.2.2. Os requisitos materiais de admissibilidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade

3.3. Em síntese

§ 4.º O PROBLEMA À LUZ DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

§ 5.º SUBSIDIARIAMENTE, A TUTELA DOS LESADOS NO QUADRO DA INDEMNIZAÇÃO PELO SACRIFÍCIO

§ 6.º CONCLUSÕES

Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

§1.º

OBJECTO DA CONSULTA E RAZÃO DE ORDEM

1. A APITED – ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE INFORMAÇÃO, TECNOLOGIA E ENTRETENIMENTO DIGITAL (doravante designada apenas por “APITED” ou “CONSULENTE”) solicita-nos uma apreciação da constitucionalidade e da conformidade ao Direito da União Europeia do regime de acesso aos serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem actualmente em vigor, instituído pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, que, além do mais, procedeu à revogação do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, conforme alterado pelo Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março.

Na sua versão originária, o Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, regulava, unicamente, o regime de acesso e de exercício da actividade de prestador de serviços de audiotexto (cfr. artigo 1.º), entendendo-se como tal os serviços *“que se suportam no serviço fixo de telefone ou em serviços telefónicos móveis e que são destes diferenciáveis em razão do seu conteúdo e natureza específicos”*.

No que se refere ao acesso a estes serviços de audiotexto, o artigo 10.º do mencionado diploma legal determinava que, a pedido dos respectivos clientes, os prestadores de serviços de suporte deviam barrar, sem quaisquer encargos, o acesso, genérica ou selectivamente e de acordo com as possibilidades técnicas existentes.

A Lei n.º 95/2001, de 20 de Agosto, viria, no entanto, a alterar diversos artigos do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, entre os quais o respectivo artigo 10.º, passando a impor, como regra, o barramento, pelos prestadores de serviços de suporte, do acesso aos serviços de audiotexto, que só poderia ser depois activado, genérica ou selectivamente, após requerimento expresso efectuado nesse sentido pelos respectivos clientes.

2. Recorde-se que, através do Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março, os

Sérvio & Associados, Sociedade de Advogados, RL

serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem encontraram, pela primeira vez, regulação legal.

Na verdade, tendo presente o desenvolvimento das tecnologias digitais e a diversificação da oferta de serviços similares ao audiotexto, mas sob a forma de SMS (*short message service*) e MMS (*multimedia messaging service*) de valor acrescentado, o legislador entendeu, então, "(...) necessário estender a aplicação das regras impostas ao audiotexto aos serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem", conforme se lê no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março.

Assim, este diploma legal veio, além do mais, acrescentar um n.º 2 ao artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, definindo serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem como "*os serviços da sociedade de informação prestados através de mensagem suportada em serviços de comunicações electrónicas que impliquem o pagamento pelo consumidor, de forma imediata ou diferida, de um valor adicional sobre o preço do serviço de comunicações electrónicas, como retribuição pela prestação do conteúdo transmitido, designadamente pelo serviço de informação, entretenimento ou outro*".

3. No que concerne, concretamente, ao acesso a estes serviços – que adiante designamos apenas por "SVA" –, o Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março, acrescentou ao artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, os n.ºs 3 e 4, com a seguinte redacção:

"3 - A pedido do consumidor, o prestador do serviço de suporte deve barrar o acesso dos serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem, sem quaisquer encargos para o consumidor e independentemente da existência ou não de contrato com o prestador desses serviços, ou da sua eventual resolução.

4 - Para efeitos do número anterior, o barramento deve ser efectuado até vinte e quatro horas após a solicitação do consumidor, através de qualquer suporte durável de comunicação, não podendo ser imputados quaisquer custos ao consumidor após esse prazo."



Lívia & Associados Sociedade de Advogados, RL

O mesmo diploma legal acrescentou ainda um artigo 9.º-A ao Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, rodeando a prestação dos serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem de um conjunto de exigências e garantias de tutela dos consumidores, nos seguintes termos:

“1 - Com excepção dos serviços referidos no n.º 5, antes da prestação do serviço os prestadores devem enviar ao cliente, gratuitamente, mensagem, clara e inequívoca, suportada no serviço de comunicações electrónicas que é utilizado para a disponibilização do serviço, que contenha:

a) A identificação do prestador do serviço;

b) A natureza do serviço a prestar, o período contratual mínimo, quando aplicável, e tratando-se de uma prestação continuada a forma de proceder à rescisão do contrato;

c) O preço total do serviço;

d) O pedido de confirmação da solicitação do serviço.

2 - Tratando-se de serviço que deva ser proporcionado de forma continuada, a informação prevista na alínea c) do número anterior deve incluir o preço de cada mensagem a receber e o preço a pagar periodicamente.

3 - A falta de resposta ao pedido de confirmação previsto na alínea d) do n.º 1 implica a inexistência de contrato.

4 - Para a contratação do serviço ou para a confirmação da solicitação do serviço não podem ser cobradas mensagens de valor acrescentado.

5 - Tratando-se de serviços de votação ou de concursos ou de outros serviços que, tal como estes, não consistam no envio de um conteúdo, é gratuito o envio da mensagem cujo conteúdo consiste na transmissão do resultado obtido.

6 - Os prestadores dos serviços referidos na alínea c) do n.º 2 do artigo 8.º devem enviar gratuitamente uma mensagem contendo informação fiscal relevante para o doador.

7 - Cumpre ao prestador de serviços a prova do cumprimento dos deveres enunciados no presente artigo e da apresentação da resposta referida no n.º 3.”

4. Finalmente, a mencionada Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro – que

Luís & Associados Sociedade de Advogados, RL

procedeu à sexta alteração da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004) – veio revogar o referido artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio – cfr. artigo 8.º, n.º 1, alínea *b)* –, do mesmo passo que determinou, no n.º 3 do artigo 45.º, que os prestadores de serviços de suporte devem garantir, como regra, que o acesso aos SVA se encontre barrado sem quaisquer encargos, só podendo aquele ser activado, genérica ou selectivamente, após pedido escrito efectuado pelos respectivos assinantes

No entanto, das duas Directivas transpostas para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro – ou seja, a Directiva n.º 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, e a Directiva n.º 2009/140/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, não se extrai qualquer imposição no sentido do regime jurídico agora adoptado.

Também no Direito Comparado, e segundo se depreende de um estudo facultado pela CONSULENTE abrangendo as regras actualmente em vigor em Espanha, França, Itália e Suíça, não se encontra regime tão restritivo como o ora adoptado pela lei portuguesa, no que toca ao acesso aos SVA.

5. Assim, e apesar de, na Proposta de Lei 3/XII – da iniciativa do Governo e que precedeu a actual Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro –, não constar qualquer norma que indicasse solução diversa da que decorria daquele artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março, a Lei n.º 51/2011 veio inverter, inesperadamente, a regra adoptada apenas dois anos antes, impondo, aos operadores de redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, o barramento gratuito, como regra, do acesso aos SVA, só podendo tal acesso ser *desbloqueado*, genérica ou selectivamente, mediante pedido escrito efectuado pelos respectivos assinantes.

A alteração legislativa descrita constitui um *volte-face* do quadro normativo instituído apenas cerca de dois anos antes e que havia determinado, segundo refere a CONSULENTE, a introdução de profundas alterações à forma de prestação dos SVA, com elevados custos de implementação para os respectivos prestadores.

Sérvio & Associados Sociedade de Advogados, RL

Considerando que a solução legislativa agora imposta determinará, na prática e ainda segundo nos refere a CONSULENTE, a *asfixia* das empresas prestadoras dos SVA em Portugal, pretende aquela saber se tal solução viola a Constituição ou o Direito da União Europeia e, em caso afirmativo, que direitos ou meios de reacção assistem à APITED ou às respectivas associadas.

6. Tendo em vista responder cabalmente à Consulta, iremos apreciar, sucessivamente, a conformidade da intervenção legislativa operada através da mencionada Lei n.º 51/2011 com os princípios da segurança jurídica e da tutela da confiança, com o direito de iniciativa privada e a liberdade de empresa e com o Direito da União Europeia (cfr. §§ 2.º, 3.º e 4.º *infra*).

Subsidiariamente, caso se conclua pela desconformidade dessa intervenção legislativa com os dados normativos supra-ordenados, convirá ainda verificar se, mesmo que a norma em causa fosse válida, assistiria alguma pretensão de indemnização às empresas afectadas (aspectos que são considerados no § 5.º).

A terminar, extrairemos, de todo o percurso da nossa análise, as correspondentes conclusões (cfr. § 6.º *infra*).



Sérgio & Associados, Sociedade de Advogados, RL

§2.º

OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS PARTICULARES

2.1 DOIS (SUB)PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES E DE APLICAÇÃO TRANSVERSAL NA ORDEM JURÍDICA

7. O princípio constitucional da protecção da segurança jurídica, ínsito na ideia de Estado de Direito consagrada no artigo 2.º da Constituição, *“projecta exigências diferenciadas dirigidas ao Estado, que vão desde as mais genéricas de previsibilidade e calculabilidade da actuação estadual, de clareza e densidade normativa das regras jurídicas e de publicidade e transparência dos actos dos poderes públicos, designadamente os susceptíveis de afectarem negativamente os particulares, até às mais específicas de observância dos seus direitos, expectativas e interesses legítimos e dignos de protecção”*¹.

No âmbito de protecção deste princípio constitucional, há, portanto, que distinguir duas vertentes fundamentais: uma, de carácter objectivo, concernente à segurança jurídica *stricto sensu*; e, outra, de cunho subjectivo, relativa à protecção da confiança. *“Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”*².

8. O princípio da segurança jurídica e da confiança legítima pode, como se

¹ Cfr. REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, p. 261.

² GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed., Coimbra, 2002, p. 257.

Estúdios & Assoc. de Advogados, RL

sabe, ser também visto como um corolário do princípio geral de direito da boa fé. Conforme lembra MENEZES CORDEIRO, “nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança”³.

A doutrina civilista faz depender a tutela da confiança da verificação cumulativa de quatro pressupostos⁴:

- a) Uma situação de confiança efectiva do lesado;
- b) Que essa situação de confiança seja imputável à contraparte – ou, mais amplamente, ao lesante –, em termos objectivamente justificados;
- c) Um investimento de confiança, isto é, a prática de actos externos, juridicamente relevantes, decorrente da confiança gerada;
- d) A boa fé de quem confiou, entendida na perspectiva objectiva e também subjectiva, ou seja, como convicção genuína de quem confiou e, simultaneamente, como cumprimento pelo lesado dos deveres jurídicos (nomeadamente de diligência) que sobre si próprio impendiam.

Também no Direito Público, há muito se reconhece que “(...) a Administração Pública está obrigada a obedecer à bona fide nas relações com os particulares. Mais: ela deve mesmo dar, também aí, o exemplo aos particulares da observância da boa fé, em todas as suas várias manifestações, como núcleo essencial do seu comportamento ético. Sem isso nunca se poderá afirmar que o Estado (e com ele outras pessoas públicas) é pessoa de bem. E a manutenção, na opinião pública de um Estado Democrático, da consciência de que o Estado é pessoa de bem, em lugar de se transformar no modelo de pessoa sem escrúpulos no cumprimento da lei e dos princípios meta-jurídicos que o regem, ou sem normas éticas e irresponsável no seu comportamento quotidiano, é condição sine qua non da própria credibilidade das instituições públicas”⁵.

³ Cfr. *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, Coimbra, 1984, pp. 1234 e ss. (*maxime*, p. 1250).

⁴ Seguimos CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceitos – Fontes – Formação*, 3.^a ed., Coimbra, 2005, pp. 197-198, cuja posição não difere substancialmente dos termos propostos por MENEZES CORDEIRO (cfr. *Tratado de Direito Civil, I, Parte Geral*, tomo I, 3.^a ed., Coimbra, 2005, pp. 411-413) e BAPTISTA MACHADO (cfr. *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*, in *Obra Dispersa – I*, Braga, 1991, pp. 415-419).

⁵ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, “O concurso público na formação do contrato administrativo”, in

Sérvolo & Associados Sociedade de Advogados, RL

Foi, assim, sem surpresa que o próprio legislador veio a consagrar, positivamente, a cogência da boa fé e a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas, na revisão do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”) operada pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro. Na verdade, este diploma legal aditou ao CPA um artigo 6.º-A, onde se estabelece que, *“no exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé”* (cfr. n.º 1), estando a Administração obrigada a ponderar e a observar *“a confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa”* – cfr. n.º 2, alínea a).

9. Decorre do exposto que, seja por via do apelo ao princípio constitucional do Estado de Direito, seja pelo recurso ao princípio geral de direito da boa fé, o princípio da tutela da segurança jurídica e da confiança legítima *“é um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo”*⁶ que se impõe aos poderes públicos.

Aliás, como muito justamente sintetiza REIS NOVAIS, *“mesmo que a Constituição não institua expressamente um princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança, ele é seguramente, um princípio essencial na Constituição material do Estado de Direito”*, porquanto *“sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da actuação dos poderes públicos susceptíveis de se repercutirem na sua esfera jurídica”*, cada entidade converter-se-ia *“em mero objecto do acontecer estatal”*⁷.

Inquestionável é também que *“enquanto garantia objectiva, o princípio da segurança jurídica vale em todas as áreas da actuação estatal”*. Longe de ser visto como um organismo “disforme” e dotado de uma vontade que varia consoante o tipo de função (legislativa, administrativa ou judicial) que exerce em cada momento, o Estado é constitucionalmente concebido, para efeitos de avaliação das expectativas criadas na comunidade jurídica, como um todo único e coerente: a Constituição

ROA, 1987, p. 725.

⁶ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Tutela da confiança...*, cit., p. 352.

⁷ Cfr. REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais...*, cit., pp. 261-262.

Sérgio & Associados Sociedade de Advogados, RL

expectativa". Tal sistematização viria, depois, a ser reafirmada no Acórdão n.º 188/2009, de 22 de Abril.

A este propósito, justifica-se referir ainda que o próprio Tribunal Constitucional coloca a hipótese, no recente Acórdão n.º 396/2011¹² (no qual se julgou que a redução das remunerações no sector público e de determinadas prestações devidas a magistrados não ferem o princípio da protecção da confiança), de a actual conjuntura — passível de ser qualificada como excepcional — constituir um factor de perda de consistência e de legitimidade das expectativas dos particulares.

12. Voltando-nos para o caso concreto, não se vislumbram as razões de interesse público que justificam uma alteração legislativa tão onerosa para as empresas gravemente afectadas nos seus interesses patrimoniais pelo novo regime de acesso aos serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem instituído pela Lei n.º 51/2011 e que confiaram, legitimamente, no quadro normativo que havia sido aprovado dois anos antes.

Aliás, e conforme já se referiu, também o direito da União Europeia não impunha ou determinava a adopção da solução que veio a ficar plasmada na Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, e que não encontra paralelo no Direito Comparado, pelo menos nos ordenamentos jurídicos objecto do estudo facultado pela CONSULENTE (Espanha, França, Itália e Suíça).

Necessário será concluirmos, portanto, que tal solução viola a confiança legítima das empresas associadas da APITED na estabilidade do anterior quadro normativo, em virtude da qual terão realizado investimentos avultados que agora poderão revelar-se inúteis, o que consubstancia uma evidente inconstitucionalidade material das disposições pertinentes da Lei n.º 51/2011.

¹² Subscrito em 21 de Setembro de 2011 e disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>. A passagem do Acórdão n.º 396/2011 que temos em mente é a seguinte: "*Pode pôr-se em dúvida, em face deste panorama, se, no momento em que as reduções entraram em vigor, persistiam ainda as boas razões que, numa situação de normalidade, levam a atribuir justificadamente consistência e legitimidade às expectativas de intangibilidade de vencimentos*".



Sênna & Associados, Sociedade de Advogados, RL

§3.º

A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE INICIATIVA PRIVADA E DA LIBERDADE DE EMPRESA E OS PARÂMETROS DE ADMISSIBILIDADE DAS RESPECTIVAS RESTRIÇÕES

3.1 O DIREITO DE INICIATIVA PRIVADA E A LIBERDADE DE EMPRESA

13. A iniciativa privada constituiu sempre, ao longo do moderno constitucionalismo português e em maior ou menor medida, um dos alicerces da organização económica do país. No que toca à Constituição de 1976 e, mais concretamente, ao texto actualmente em vigor, pode dizer-se que o nosso legislador constitucional não se contenta em consagrar, como uma simples garantia institucional, a existência de um sector privado dos meios de produção (cfr. n.ºs 1 e 3 do artigo 82.º). Ele vai bastante mais longe¹³. Concretamente, ao garantir a iniciativa económica privada no n.º 1 do artigo 61.º, a Constituição considera-a seguramente, pelo menos após a primeira revisão constitucional, como um direito fundamental e não apenas como um princípio objectivo da organização económica.

14. Sinteticamente, é sabido que a liberdade de iniciativa privada reveste, reconhecidamente, uma dupla dimensão: «Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário)»¹⁴. Efectivamente, «numa

¹³ Cfr. ANTÓNIO SOUSA FRANCO/GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa*, Coimbra, 1993, p. 167.

¹⁴ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 790. Cfr. ainda EVARISTO FERREIRA MENDES, *Constituição Portuguesa Anotada*, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (org.), 2.ª ed., Coimbra, 2010, anotação *sub* artigo 61.º, pp. 1183 e ss., e J. M. COUTINHO DE ABREU, *Limites constitucionais à iniciativa económica privada*, in

perspectiva dinâmica e de concretização, cabe distinguir dois momentos. Há um primeiro momento, de acesso à iniciativa económica – uma fase do exercício originário da iniciativa e de constituição da empresa. E há um segundo momento, o da direcção ou da gestão (...). Quando o artigo 61.º da Constituição preceitua que a iniciativa económica privada pode exercer-se livremente (...), está contemplando tanto a criação de empresas como a sua actividade depois de constituídas»¹⁵. A teleologia desta liberdade não toleraria, portanto, uma interpretação que restringisse o campo de aplicação do n.º 1 do artigo 61.º à efémera liberdade de decidir a actividade empresarial a realizar, deixando de fora, para além desse momento, a liberdade de a exercer em moldes compatíveis com a autonomia do indivíduo perante o Estado¹⁶. A livre iniciativa económica compreende, assim, o direito de escolher e de exercer uma determinada forma de actividade económica¹⁷.

3.2 AS LIMITAÇÕES OU RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EMPRESA

3.2.1 A GARANTIA DO CONTEÚDO ESSENCIAL

15. A Constituição consagra expressamente o princípio da intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos fundamentais de natureza análoga. De resto, mesmo que o n.º 3 do artigo 18.º da Constituição não contivesse o inciso final, seria possível chegar a idêntica conclusão¹⁸. Bastaria, para o efeito, que se reconhecesse, na esteira de PETER

Estudos em homenagem ao Prof. Ferrer Correia, Coimbra, 1984, pp. 413-414.

¹⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 516-517.

¹⁶ Cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ/A. BARBOSA DE MELO, *A liberdade de empresa...*, cit., pág. 31.

¹⁷ Cfr. ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Nota sobre o princípio da liberdade económica*, in *BMJ*, 355, 1986, pp. 13-14.

¹⁸ Cfr., nesse sentido, defendendo já a existência de um princípio da intangibilidade do núcleo essencial das liberdades fundamentais na vigência da constituição de 1933, AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ/A. BARBOSA DE MELO, *A liberdade de empresa...*, cit., págs. 12 e segs. (em especial, pág. 17).



Sényolo & Associados Sociedade de Advogados, RL

HÄBERLE, a natureza declarativa da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹⁹.

Naturalmente, a determinação do conteúdo essencial de um direito, liberdade e garantia ou de um direito fundamental de natureza análoga – e, especificamente, da liberdade de empresa²⁰ – não é tarefa fácil. Aliás, «*o mínimo de liberdade, de capacidade ou de património que deve sobreviver às intervenções do legislador não pode ser, com certeza, estabelecido em abstracto e de uma vez por todas. Esse princípio pertence àquela categoria de princípios constitucionais que se destinam a desempenhar sobretudo uma função selectiva, habilitando os tribunais a recusar a solução legal quando, de acordo com as circunstâncias do caso, ela repugna ao espírito da garantia constitucional em causa*»²¹.

Em qualquer caso, do n.º 3 do artigo 18.º da nossa Constituição impõe ao legislador um *limite último aos limites* constituídos por leis restritivas²². E, não se justificando – no quadro de um parecer focado numa questão específica – entrar aqui na complexa problemática em torno do sentido e alcance do conteúdo essencial, apenas se dirá que a dificuldade em determinar os contornos da garantia

¹⁹ Cfr. PETER HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983, págs. 234 e segs..

²⁰ Cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La libertad de empresa en la Constitución*, in *La Reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993, págs. 35 e segs.. Cfr. ainda MANUEL ARAGON REYES, *Apuntes sobre el significado constitucional de la libertad de empresa*, in *La Reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993, págs. 160 e segs.

²¹ Cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ/A. BARBOSA DE MELO, *A liberdade de empresa e a Constituição*, Coimbra, 1968, p. 17.

²² Esclareça-se que não estabelecemos aqui distinções conceptuais entre restrições e limitações, as quais, conforme adverte REIS NOVAIS, «*revelam-se inconvenientes e constitucionalmente inadequadas, na medida em que, substituindo uma fundamentação material exigida pela Constituição por uma pretensa justificação meramente conceptual, debilitam o sistema constitucional de garantia dos direitos fundamentais (...). A aplicabilidade dos requisitos de Estado de Direito não deve depender de uma integração abstracta de uma dada regulação de direitos fundamentais num tipo conceptual livremente adoptado, mas ser essencialmente condicionada pela presença de elementos ou efeitos restritivos na norma em causa, ou seja, pela produção de consequências desvantajosas no acesso dos particulares a bens de liberdade jusfundamentalmente protegidos*» – in *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 172 e ss. (em especial, pp. 187-189).

do *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais não justifica, ao contrário do que defende alguma doutrina, a relativização final do conceito ou a sua quase absoluta neutralização^{23/24}. Ou seja, no tocante ao papel da figura do *conteúdo essencial* como limite às restrições legislativas de direitos, liberdades e garantias, deve repudiar-se a total *inutilização* ou a recusa de operatividade ao conceito²⁵. Assim, temos para nós que as intervenções legislativas no âmbito de protecção *prima facie* de um direito, liberdade e garantia se tornam, efectivamente, ilegítimas quando aniquilam ou intoleravelmente comprimem o bem protegido. Tal bem pode sofrer restrições legislativas com a finalidade de o conjugar com a aplicação de outros direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos. Mas tal afectação por parte do legislador não poderá ultrapassar aqueles limites para além dos quais a garantia constitucional perdesse, quanto a alguns cidadãos, toda e qualquer instrumentalidade quanto ao fim de preservação e valorização da respectiva dignidade enquanto pessoas humanas. Entra-se aí numa *zona fulcral do âmbito de protecção*, que não poderá ser afectada mesmo que em nome da necessidade de ponderação com outros bens constitucionalmente tutelados.

16. Neste contexto, e no âmbito do presente parecer, afigura-se fundamental não olvidar que a liberdade de empresa compreende, conforme já se referiu, a liberdade dos empresários na organização, gestão e disposição da empresa. Ou, se se quiser, além da liberdade de criação de empresa e de acesso ao mercado e – em articulação com a garantia da propriedade privada²⁶ – da protecção constitucional

²³ Veja-se a identificação das principais posições em MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, I, Coimbra, 2006, p. 58.

²⁴ Neste sentido, afirmando que as dificuldades metodológicas não permitem ladear «*debilidades praticamente insuperáveis*» perante as quais o *conteúdo essencial* «*não desempenha, hoje, qualquer papel autónomo significativo nem desenvolve qualquer efeito jurídico efectivo enquanto limite aos limites dos direitos fundamentais*», REIS NOVAIS, *ob. cit.*, p. 786.

²⁵ Cfr. também, no mesmo sentido, SÉRVULO CORREIA, *O Direito de Manifestação: Âmbito de Protecção e Restrições*, Coimbra, 2006, pp. 74-75.

²⁶ Cfr. CRISTOPH ENGEL, *Eigentumsschutz für Unternehmen*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 118, 1993, pp. 171 e ss. Cfr. ainda HANS-JÜRGEN PAPIER, *Grundfälle zu Eigentum, Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff*, in *Juristische Schulung*, 1989, p. 632.

da existência da empresa já constituída, a liberdade empresarial engloba ainda a liberdade de organização, de direcção e de actuação da empresa²⁷. O empresário há-de ter, portanto, a liberdade de dirigir a sua empresa e de escolher aquilo que quer produzir ou os serviços que pretende prestar²⁸, decidindo sobre a escolha dos meios de financiamento, sobre a espécie de actividades a realizar e da respectiva dimensão económica e sobre a concentração de capitais próprios a empreender²⁹. O empresário deve, pois, ter a liberdade de dirigir e desenvolver a empresa, livremente criada e organizada, de acordo com as suas próprias ideias, planos, apreciações e decisões³⁰.

17. À luz destas considerações, o regime jurídico instituído pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, na medida em que erige obstáculos à prestação de SVA de tal monta que, com toda a probabilidade, resultarão na insustentabilidade do negócio prosseguido pelos prestadores desses serviços – impossibilitando, na prática, o exercício dessa actividade empresarial –, traduz-se, seguramente, numa *compressão* do direito fundamental de iniciativa privada e da liberdade de empresa.

A questão que, no caso vertente se coloca é, portanto, a de saber se essa *compressão* briga com o *conteúdo essencial* daqueles direitos fundamentais e se, como tal, se acha viciada de inconstitucionalidade material.

18. Sobre esta questão concreta, deve referir-se que a doutrina nacional é praticamente omissa ou inexistente³¹. Já na doutrina espanhola, por exemplo, não

²⁷ Cfr. FRITZ OSSENBÜHL, *Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn*, in REDC, 1991, pp. 21 e ss.

²⁸ Cfr. FRANCESCO GALGANO, Art. 41 – *anotazione*, in *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca – Rapporti economici*, II, Bologna – Roma, 1982, p. 4.

²⁹ Cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ/A. BARBOSA DE MELO, *A liberdade de empresa...*, cit., p. 7.

³⁰ Cfr. FRITZ OSSENBÜHL, *Las libertades...*, cit., p. 29.

³¹ Cfr., no entanto, a referência *en passant* aos serviços de valor acrescentado feita por ALEXANDRA LEITÃO em “A protecção dos consumidores no sector das telecomunicações”, in *Estudos do Instituto do Direito de Consumo*, LUÍS MENEZES LEITÃO (org.), vol. I, Coimbra, 2002 (pp. 131-152), p. 150. Apesar de distante no tempo, a Autora não faz aí qualquer menção a um défice de

Sérgio & Associados Sociedade de Advogados, RL

falta quem sustente a necessidade de implementação do sistema *opt-in*, agora adoptado na lei portuguesa.

Assim, refere ANA LOSANA que *“en virtud del principio pro consumatore, cualquier regulación que se presente como protectora de los usuarios, deberá acoger el sistema opt-in o de acceso a STA [servicios de tarificación adicional] restringido a aquellos usuarios que formulen una petición previa, expresa y fehaciente de conexión a dichos servicios”*³². E, ainda segundo a mesma Autora, *“(…) la inversión del sistema actual de acceso a STA no supone una restricción y menos aún una restricción injustificada a la libertad de empresa (…)”*³³.

No mesmo sentido se pronuncia também ANDRÉS DOMINGUEZ LUELMO, referindo que *“(…) debe reclamarse la implantación del sistema opt-in, como garantía del interés superior de los consumidores y usuarios”*, uma vez que, *“al exigirse al usuario que manifieste expresamente su voluntad de acceder a los STA, se estaría garantizando que ele consentimiento es válido o, por lo menos, que se ha emitido de forma consciente. Así, restringir el acceso a los STA a aquellos usuarios que expresamente soliciten la conexión, parece un instrumento suficiente para que se pueda entender que estamos ante un consentimiento contractual libremente formado”*³⁴.

19. Pela nossa parte, não acompanhamos este modo de ver da doutrina espanhola.

Na verdade, e conforme decorre já com clareza da exposição antecedente, aderimos antes à orientação segundo a qual *“(…) foi entendimento do legislador constituinte que toda a ponderação de direitos e interesses constitucionais que, no final,*

protecção ou à necessidade de adopção de um regime como aquele que veio a ser imposto pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro.

³² Cfr. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa”, in *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*, ÁNGEL CARRASCO PEREIRA (org.), Madrid, 2005 (pp. 307-347), p. 342.

³³ *Loc. cit.*, p. 340.

³⁴ Cfr. “Régimen jurídico de las telecomunicaciones en España desde la perspectiva de los derechos de los consumidores y usuarios”, in *Direito e (Tele)comunicações*, GLÓRIA TEIXEIRA e MARIA RAQUEL GUIMARÃES (org.), Coimbra, 2008 (pp. 9-50), p. 44.

Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

*autorize o aniquilamento de um direito fundamental não pode ser havida como constitucionalmente válida*³⁵.

Não se pode obliterar, por outro lado, que uma «*empresa (empreendimento) não é o que está, mas o que se move*»³⁶ e, por isso, «*o valor de uma empresa é determinado, fundamentalmente, pela sua capacidade de lucro*»³⁷.

Ora, no caso concreto, e segundo nos refere a CONSULENTE, a imposição do novo regime jurídico, constante da Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, irá saldarse, com toda a probabilidade, na inviabilidade da prestação de SVA em Portugal, em termos comercialmente aceitáveis.

Desta perspectiva, e tomando como base este juízo de prognose, as alterações legislativas em causa traduzem-se numa *compressão total* ou *aniquilante* da liberdade de empresa, tendo o efeito prático de *erradicar* uma actividade empresarial que, em si mesma, não é contrária, nem à Constituição, nem à lei.

20. Concluimos, portanto, que em tal contexto as regras impostas pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, são materialmente inconstitucionais, por violação do conteúdo essencial do direito de iniciativa privada e da liberdade de empresa.

E, ainda que assim não fosse – como é –, sempre a constitucionalidade dessas normas legais dependeria da observância dos demais requisitos materiais de admissibilidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais e, em especial, do princípio da proporcionalidade, conforme se verá em seguida.

³⁵ Cfr. JORGE MIRANDA/JORGE PEREIRA DA SILVA, in *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., anotação sub artigo 18.º, p. 397.

³⁶ Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Introdução*, in *Estruturas jurídicas da empresa*, Lisboa, 1989, p. 9.

³⁷ Cfr. CRISTOPH ENGEL, *Eigentumsschutz für Unternehmen*, cit., p 215.



Silva & Associados Sociedade de Advogados, RL

3.2.2 OS REQUISITOS MATERIAIS DE ADMISSIBILIDADE DAS RESTRIÇÕES LEGISLATIVAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

21. A referência que se faz, nesta sede, ao princípio da proporcionalidade não pode causar estranheza. Desde logo, é o próprio n.º 2 do artigo 18.º da Constituição que, em matéria de restrições de direitos, liberdades e garantias e de direitos fundamentais de natureza análoga, faz apelo ao princípio da proporcionalidade, embora ele surja aí, a nosso ver, como *limite geral* ou de *aplicação subsidiária*, para os casos em que a garantia do *conteúdo essencial* do direito não *iniba* ou *paralise*, por si só, a restrição concretamente em causada.

No essencial, pode dizer-se que o princípio da proporcionalidade apresenta ou desdobra-se em três vertentes bem conhecidas: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Mas, para efeitos deste parecer, decisiva é a ideia de proporcionalidade em sentido estrito.

22. É sabido, e não se justifica na economia do presente parecer desenvolver o tema, que o princípio da proporcionalidade, nesta terceira vertente, põe “*em confronto os bens, interesses ou valores perseguidos com o acto restritivo ou limitativo, e os bens, interesses ou valores sacrificados por esse acto*”³⁸. E, estando em causa uma relação entre bens de valor constitucional, não basta que a decisão sindicada não envolva um sacrifício *desproporcionado* de um bem constitucionalmente protegido, sendo ainda necessário que se observem os ditames da *proporcionalidade particularmente qualificada* impostos pelo princípio da concordância prática.

23. Já se vê que o regime instituído pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, sobre o acesso aos SVA, não pode considerar-se conforme nem ao princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, nem às exigências de *concordância prática* entre os valores constitucionais conflitantes (no caso concreto, a liberdade de

³⁸ Cfr. VITALINO CANAS, *Proporcionalidade (Princípio da)*, in *DJAP*, VI, p. 40.

empresa, de um lado, e a protecção dos consumidores, do outro).

Recorde-se que a liberdade de empresa surge, na situação vertente, de tal forma intensamente comprimida que o exercício da actividade comercial de prestação de SVA acabará por ser, na prática, totalmente inviabilizado, segundo nos refere a CONSULENTE.

Ora, se é certo que cabe ao legislador, legitimado democraticamente, escolher as medidas que considere mais adequadas para prosseguir os fins constitucionalmente impostos ou que, no seu espaço de conformação política, considere pertinentes prosseguir, *“não é menos certo que, no domínio das restrições aos direitos fundamentais, quanto maior é o sacrifício da liberdade mais premente deve ser o interesse público justificador da restrição e, nesse sentido, o juiz, mesmo limitando-se a um controlo da desproporcionalidade, dispõe de competência para avaliar da eventual inadequação entre sacrifício e benefício numa medida tanto mais intensa quanto maior for o sacrifício em causa”*³⁹.

E que o novo regime jurídico incorreu num vício de *excesso* de protecção dos consumidores, em detrimento das empresas que prestam SVA, é coisa que resulta da incursão no direito comparado, evidenciando o estudo facultado pela CONSULENTE que a lei portuguesa contempla solução claramente mais gravosa do que as adoptadas noutros Estados-Membros da União Europeia.

24. Com efeito, mesmo em Espanha, onde alguma doutrina tem pugnado, como vimos, pela adopção de um sistema *opt-in*, o legislador e as entidades administrativas competentes têm recusado consistentemente essa solução.

Assim, naquele país, a prestação dos SVA encontra-se sujeita à Orden PRE/361/2002, de 14 de Fevereiro, do Ministerio de la Presidencia, com as alterações introduzidas pela Orden PRE/2410/2004, de 20 Julho, também do Ministerio de la Presidência, e as adaptações que, para os SVA baseados no envio de mensagem, resultam da Orden ITC/308/2008, de 31 de Janeiro, do Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

³⁹ Cfr. REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., p. 200.



S&P & Asociados, Sociedade de Advogados, RL

Nos termos do artigo 10 da mencionada Orden ITC/308/2008, foi cometida à Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional – órgão colegial do Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que integra também representantes de outros ministérios e de operadores económicos, incluindo prestadores de SVA – a elaboração de um código de conduta que regula a prestação desses serviços.

Nos termos desse código, datado de 29 de Junho de 2009, com as alterações entretanto introduzidas em 17 de Junho de 2010, prevêem-se deveres acrescidos de informação e publicidade, bem como a supervisão e vigilância da Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional e o poder desta para, verificado um incumprimento, determinar o bloqueio pelos operadores dos serviços de suporte do número atribuído ao operador de SVA incumpridor. No entanto, com excepção dos SVA prestados a partir de determinados códigos, definidos na *disposición adicional única* da Orden PRE/2410/2004, não vigora, em Espanha, a regra do bloqueio, por defeito, do acesso aos SVA.

Vê-se, assim, que no país vizinho está implementando um sistema misto, fundamentalmente baseado da regra do livre acesso aos SVA – embora com excepções onde vigora a regra do bloqueio – e onde transparecem importantes dimensões de concertação e auto-organização do sector⁴⁰.

25. Ao exposto acresce ainda que a imposição, como regra, do barramento dos SVA é contraditória com outra finalidade expressamente assumida na Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, qual seja a interoperabilidade dos serviços de telecomunicações.

Na verdade, tal interoperabilidade constitui manifestação de um conhecido fenómeno de convergência multimédia e representa uma das marcas salientes da

⁴⁰ Por sua vez, em Itália, dispõe o artigo 19, n.º 1, do Decreto 2 marzo 2006, n.º 145, do Ministero delle Comunicazioni, relativo aos SVA, que “*i fornitori di servizi di comunicazione elettronica offrono ai propri abbonati l’opzione del blocco selettivo di chiamata associata ai servizi a sovrapprezzo*”. Especificamente quanto aos SVA baseados no envio de mensagem, vigora, igualmente, um Código de Conduta elaborado pelos operadores de serviços de suporte e os operadores de SVA.

Serviço & Associação, Sociedade de Advogados, RL

hodierna *sociedade da informação*. Por isso mesmo, a mencionada lei impõe às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas, como condição geral, a “*interoperabilidade dos serviços e interligação das redes*” – cfr. artigo 27.º n.º 1, alínea a) –, do mesmo passo que prescreve à autoridade reguladora nacional o dever de “*incentivar e, quando oportuno, garantir o acesso e a interligação adequados, bem como a interoperabilidade de serviços, com vista a promover a eficiência, a concorrência sustentável, o investimento eficiente e a inovação e a proporcionar o máximo benefício aos utilizadores finais*” – cfr. artigo 63.º, n.º 1.

Tendo em conta a tendencial *inércia* do consumidor médio, que com elevada probabilidade não levará a cabo as formalidades e as diligências necessárias aos desbloqueio dos SVA, a solução legal do barramento, como regra, desses serviços, não deixará de resultar em prejuízo para a interoperabilidade dos serviços de telecomunicações e numa correspondente restrição do acesso dos consumidores à informação, ao conhecimento e ao entretenimento.

26. Concluimos, assim, que a lei portuguesa foi longe demais no grau de protecção atribuído ao consumidor, em detrimento da liberdade de empresa dos prestadores de SVA, havendo soluções alternativas igualmente eficientes e menos gravosas.

Além dos intensos deveres de informação e protecção que resultam já da lei em vigor e, em especial, do artigo 9.º-A do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março, teria sido possível conceber soluções gradativas, que não resultassem no bloqueio generalizado do acesso aos SVA, e reforçar os instrumentos de vigilância e sancionamento, bem como a concertação e a auto-regulação no sector.

Seguindo a via, um tanto *fundamentalista*, do bloqueio generalizado, o legislador português estabeleceu uma desproporção na relação meios-fim subjacente, violando a Constituição.



Silveira & Associados Sociedade de Advogados, RL

3.3 EM SÍNTESE

27. Numa palavra, para concluirmos, temos para nós que o regime jurídico instituído pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, viola o *conteúdo essencial* do direito de iniciativa privada e da liberdade de empresa constitucionalmente assegurados.

Ainda que assim não se entendesse, a verdade é que tal regime viola também os requisitos gerais aplicáveis à restrição legislativa de direitos fundamentais, ou seja, os princípios da proporcionalidade e da concordância prática.

Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, RL

§4.º

O PROBLEMA À LUZ DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

28. Como foi explicitado nas páginas anteriores e no documento da CONSULENTE, a questão do acesso dos consumidores aos SVA tem sofrido alterações legislativas significativas, nos últimos anos. Em particular, com o Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março (que alterou o Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio), foi estabelecido na legislação portuguesa um conjunto importante de medidas destinadas a garantir um elevado nível de protecção dos utentes destes SVA, em particular na sua qualidade de consumidores (conquanto não se reduza a estes). Entre estas, contavam-se:

- a) A obrigação de registo do prestador do SVA baseados no envio de mensagens junto do ICP-ANACOM;
- b) Obrigações de informação pré-contratual do consumidor, a cargo do prestador, incluindo um pedido de confirmação do SVA ao qual se associa o princípio da ausência de valor declarativo do silêncio, ou, porventura, até da atribuição de valor negativo ao silêncio;
- c) Deveres de informação contratual;
- d) Regras de transparência em matéria de facturação e pagamento;
- e) Restrições à publicidade; e
- f) Imposição de obrigações específicas ao prestador, como as de barrar o acesso a SVA baseados em mensagem a pedido do consumidor.

Quer isto dizer, o legislador já antes da Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, assegurava um regime equilibrado de acesso aos SVA através do envio de mensagens.

Importa, porém, prosseguir com a análise, para perspectivar o problema objecto do presente parecer no quadro do Direito da União Europeia.

29. Não basta, neste contexto, sublinhar que as Directivas europeias transpostas pela Lei das Comunicações Electrónicas não exigem a imposição do

Sérgio & Associados Sociedade de Advogados, RL

barramento por defeito dos SVA, pois nada impede que, em teoria, o legislador opte por soluções que não são impostas pelo Direito da União Europeia (desde que não o contrariem). Mais importante é antes tomar em consideração o contexto em que, hoje, o Estado deve exercer a sua competência legislativa, designadamente de modo a não pôr em causa os objectivos da integração europeia e, em particular, o mercado interno europeu.

A este propósito, é útil recordar que as Directivas comunitárias relativas às comunicações electrónicas foram recentemente revistas pela Directiva 2009/140/CE⁴¹, que, justamente, visou dar mais um passo no sentido da construção do “inexistente” mercado interno das comunicações electrónicas, com o objectivo de pôr fim, se possível, à «diversidade regulatória e [à]s incoerências entre as actividades das autoridades reguladoras nacionais [que] punham em causa não só a competitividade do sector mas também os benefícios substanciais que poderão advir para os consumidores da concorrência transfronteiras»⁴². Com efeito, como a mesma directiva fez notar, o objectivo da recente reforma da legislação das comunicações electrónicas consistiu «em reduzir progressivamente a regulamentação *ex ante* específica do sector para acompanhar a evolução da concorrência nos mercados e, em última análise, para que as comunicações electrónicas sejam regidas exclusivamente pela lei da concorrência. Considerando que, nos últimos anos, os mercados das comunicações electrónicas revelaram uma forte dinâmica competitiva, é essencial que só sejam impostas obrigações regulamentares *ex ante* nos casos em que não exista uma concorrência efectiva e sustentável».

Ora, a imposição do barramento genérico e apriorístico não parece, desde logo, *amiga* destes objectivos de reduzir a diversidade regulatória e de limitar as

⁴¹ Cfr. Directiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos e a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (JO, L 337, de 18.12.2009, pp. 37-69).

⁴² Cfr. Considerando 2 da Directiva 2009/140/CE.

obrigações administrativas *ex ante* àquelas que se revelarem adequadas a resolver problemas de concorrência⁴³.

30. Em qualquer caso, nada havendo nas Directivas sectoriais relevantes (Directiva 2000/31/CE e Directiva 2002/22/CE, revista pela Directiva 2009/140/CE) que impeça expressamente a opção agora assumida pelo legislador nacional, a questão que importa esclarecer é a de saber se tal normaçoão pode ser considerada contrária à liberdade de circulação de serviços na União Europeia, *lato sensu*, na sua vertente da liberdade de estabelecimento (artigos 49.º a 55.º do TFUE) ou na vertente de prestação de serviços entre Estados membros (artigos 56.º a 62.º do TFUE).

Nesta ponderação, pode ainda ter-se em conta, como critério hermenêutico, a forma como a implementação destas normas do Tratado foi feita na Directiva 2006/123/CE, apesar de dever ficar exposto que esta directiva não se aplica nos domínios regidos pelas referidas Directivas de 2002.

Importa, na verdade, reter que os Estados membros se obrigam, quer perante o direito originário da União (*v.g.* os tratados) quer perante o seu direito derivado (*v.g.* Directivas) a (i) não pôr em causa os objectivos das normas em questão, que redundaria em impedir a realização dos objectivos das referidas normas no quadro da integração europeia; e (ii) a contribuir para a realização desses mesmos objectivos (princípio da cooperação leal – artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia) e, em especial, do princípio da proporcionalidade, que constitui um princípio geral de direito da União Europeia que aos órgãos jurisdicionais, nacionais ou da União Europeia, incumbe salvaguardar.

31. Convém sublinhar, antes de prosseguir, que o artigo 45.º, n.º 3, da Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, apesar da inserção sistemática na LCE, não parece

⁴³ Cfr. artigo 2.º, n.º 2, alínea c), da Directiva 2006/123/CE: «A presente Directiva não se aplica: (...) c) «Serviços e redes de comunicações electrónicas, bem como os recursos e serviços conexos, no que se refere às matérias regidas pelas Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE e 2002/58/CE» (Considerando 5 da Directiva 2009/140/CE).

Sérgio & Associados Sociedade de Advogados, RL

51/2011 com o direito da UE, impõe-se considerar que mesmo normas como esta, que estabelecem uma solução uniforme de base, podem ser restritivas da liberdade de circulação dos serviços.

Como o Tribunal de Justiça declarou no processo *Alpine Investments*, «[e]mbora seja certo que [a norma] tem carácter geral e não discriminatório e que não tem como objecto nem como efeito proporcionar uma vantagem ao mercado nacional relativamente aos prestadores de serviços de outros Estados-Membros, não é menos certo que (...) é susceptível de constituir uma restrição à livre prestação de serviços transfronteiriços» (acórdão citado, § 35), na medida em que, emanando «do Estado membro de estabelecimento do prestador de serviços e diz respeito não apenas às ofertas que ele faz a destinatários estabelecidos no território desse Estado, ou que aí se deslocam para receber serviços, mas também às ofertas dirigidas a destinatários que se encontram no território de outro Estado-Membro. Devido a isso, condiciona directamente o acesso ao mercado dos serviços nos outros Estados membros. Assim, é susceptível de entravar o comércio intracomunitário de serviços».

Ou seja, neste pressuposto, i.e. aplicando-se estas normas também ao estabelecimento em Portugal de entidades de outros Estados membros que oferecem SVA ou a prestação de SVA em Portugal por entidades de outros Estados membros (ou, inversamente, a contratação de SVA por consumidores nacionais a entidades de outros Estados membros), o que se entende ser (nomeadamente) o caso (nos termos da informação disponível em <http://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=333981&themeMenu=1#horizontalMenuArea>), poderá concluir-se que a norma em apreço constitui uma restrição à livre prestação de serviços.

É certo que, para a contratação de SVA em território nacional, é necessária a apresentação de uma declaração por escrito, e que esta declaração deve ser apresentada ao operador de telecomunicações (não a uma autoridade pública) e não é uma condição para a possibilidade de contratação destes serviços a operadores de outros Estados membros, mas sim para a contratação destes serviços a qualquer operador, independentemente da sua nacionalidade ou da

Sérvolo & Associados Sociedade de Advogados, RL

localização da sua sede.

Assim sendo, caberia ao Estado demonstrar – o que em ponto algum é feito – que a restrição à livre prestação de serviços (i) é justificada pelo interesse geral; (ii) é indistintamente aplicável (formalmente não discriminatórias); (iii) não é exigida a submissão no país de origem a regras comparáveis; e (iv) é justificada à luz do princípio da proporcionalidade. Ora, ainda que admitindo que a medida permite realização do objectivo visado, parece difícil que o Estado logre convencer a Comissão Europeia ou o Tribunal de Justiça de que a medida cumpre o teste da proporcionalidade. A questão já foi analisada anteriormente a propósito do confronto da norma aqui em apreciação com a Constituição e, por isso, neste sede, remetemos para o que aí se disse.

Sérgio & Associados Sociedade de Advogados, RL

§5.º

SUBSIDIARIAMENTE, A TUTELA DOS LESADOS NO QUADRO DA INDEMNIZAÇÃO PELO SACRIFÍCIO

33. Como resulta do acima exposto, a Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, contém, no que se refere ao regime de acesso aos SVA, normas legais que consideramos ilegítimas.

Assim sendo, é evidente que, num eventual litígio judicial, os tribunais estarão obrigados a não aplicar, no caso concreto, essas normas, decidindo-o como se as mesmas nunca tivessem entrado em vigor, consequência que decorre, com clareza, do sistema de fiscalização concreta e difusa da constitucionalidade instituído pela Constituição no respectivo artigo 204.º. Da decisão do tribunal que eventualmente venha a aplicar norma cuja inconstitucionalidade tenha sido invocada cabe, depois, recurso para o Tribunal Constitucional – cfr. artigo 280.º, n.º 1, alínea b), da Constituição –, uma vez esgotados os recursos ordinários pertinentes.

Não está excluído, por outro lado, que as próprias entidades administrativas – no caso concreto, o Estado e a ANACOM – estejam também obrigadas a *desaplicar* as normas em causa, não podendo exigir às empresas associadas da APITED e aos prestadores de serviços de suporte que com as mesmas se conforme.

Enfim, como é sabido, nos termos da novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (“RRCEE”), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, uma actuação ilícita do legislador ou das autoridades administrativas pode ainda fundar pretensões indemnizatórias das empresas afectadas pela aplicação da nova normação.

34. Em qualquer caso, a título subsidiário, importa ainda referir, antes de concluir, que, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, mesmo quando os interesses públicos concretamente prosseguidos se mostrem

Sérgio & Associados, Sociedade de Advogados, RL

prevalecentes e, portanto, não se verifique uma actuação ilícita do Estado legislador, uma medida legislativa que frustre a confiança legítima dos particulares não deixará de gerar o dever de indemnizar por parte do Estado⁴⁷.

Efectivamente, a ordem jurídica não responde necessariamente da mesma forma às ofensas ao princípio da protecção da confiança. A sanção adequada deve, frequentemente, consistir na cominação com a inconstitucionalidade da norma que oprime de forma intolerável o princípio da protecção da confiança. Casos há, porém, em que, apesar da alteração legislativa afectar a confiança legítima dos particulares, o interesse geral que preside à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado. Não tem, então, sentido declarar a inconstitucionalidade da lei. Ainda assim, o Estado pode ficar obrigado a conceder uma indemnização aos privados que compense adequadamente o sacrifício dos direitos e expectativas legítimas frustrados pela medida soberana.

É certo que não basta, para o efeito, a existência de actuações soberanas que se limitem a frustrar meras possibilidades de ganhos, previsões de lucros ou expectativas da empresa. Uma *visão de horror*, que impusesse ao Estado a obrigação de indemnizar quaisquer danos causados às empresas no desenvolvimento de políticas económicas legítimas, não se adequaria com a função social da propriedade empresarial⁴⁸.

Em contrapartida, nos casos em que há ofensa lícita do princípio da confiança, já não se está perante simples regulamentações legais que não afectam a consistência da empresa, mas estabelecem apenas condições ao exercício da sua actividade. Uma expectativa empresarial deve ser protegida, mediante a garantia de indemnização por sacrifício, quando a empresa não se limita a aproveitar uma situação legal que lhe é favorável, mas antes confia numa situação de confiança criada pelo Estado⁴⁹.

O Supremo Tribunal Federal alemão, na importante decisão proferida no

⁴⁷ Cfr., nomeadamente, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 95/92, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. XXI, pp. 341 e ss.

⁴⁸ Cfr. CRISTOPH ENGEL, *Eigentumsschutz für Unternehmen*, cit., p. 205.

⁴⁹ Cfr. HANS-JÜRGEN PAPIER, *Grundfälle zu Eigentum, Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff*, cit., p. 632.

Sérgio & Associados Sociedade de Advogados, RL

chamado caso do *pão sueco*, reconheceu, sem margem para dúvidas, essa linha divisória. Os produtores alemães de *pão sueco* propuseram uma acção de indemnização contra o Estado pelos danos resultantes da redução de 25% para 10% da taxa alfandegária aplicável ao pão importado da Suécia. Invocaram, para o efeito, o facto de essa medida ter dificultado a venda, no mercado nacional, do *pão sueco* produzido na Alemanha e, assim, ter causado avultados prejuízos às empresas alemãs. O Supremo Tribunal Federal recusou a pretensão de indemnização fundada na garantia constitucional da propriedade, porquanto as empresas em questão não tinham um direito à manutenção da taxa alfandegária de 25%. Todavia, e este aspecto afigura-se-nos decisivo, aquele tribunal não deixou de ressaltar expressamente as situações em que as circunstâncias especiais do caso tivessem criado um estado de confiança, com base no qual o empresário pudesse ter confiado na manutenção dos direitos alfandegários de protecção. Assim, por exemplo, prossegue o Supremo Tribunal Federal alemão, verificar-se-ia esta hipótese se o empresário tivesse sido incentivado pelo Governo, através da fixação de uma determinada taxa alfandegária, à realização de maiores aplicações e investimentos⁵⁰.

A conclusão harmoniza-se de resto com conclusões anteriores adoptadas em Portugal. Assim, a propósito das alterações dos planos económicos, escreveu GOMES CANOTILHO que a questão de saber se, em caso de mudança ou alteração legislativa ou administrativa do plano, será razoável a concessão de uma indemnização aos lesados «não deve merecer uma negativa frontal. Pois imaginemos que num plano de incentivo industrial se estabelecem subsídios a certas indústrias e se proíbem as importações de produtos das suas congéneres estrangeiras. A posterior verificação de o interesse público ser incompatível com tal regime, e por isso mesmo conducente à suspensão da proibição de importação ou dos subsídios, poderá colocar os industriais afectados pelas alterações do plano em situações de ruína económica»⁵¹.

Numa palavra: se um acto legislativo funda a necessidade de os

⁵⁰ Cfr. FRITZ OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, Munique, 1998, pp. 321 e 322.

⁵¹ Cfr. *O problema da responsabilidade...cit.*, págs. 203 e segs..



Silvino & Associadas | Sociedade de Advogadas, RL

particulares efectuarem investimentos significativos, a frustração da confiança legítima na subsistência de tal acto, ainda que justificada por razões de interesse público, não constitui um fenómeno normal e previsível e permite fundar o direito dos lesados a serem indemnizados⁵².

35. A conclusão adoptada tem inegável apoio na legislação portuguesa em vigor.

Recorde-se que, até há relativamente pouco tempo, não existia, no ordenamento jurídico nacional, qualquer disposição legal relativa à responsabilidade civil do Estado legislador. No silêncio da lei, a solução para as situações de danos emergentes de actos legislativos lícitos foi, portanto, sendo encontrada na própria Constituição e, mais concretamente, na garantia da propriedade privada, consagrada no artigo 62.º da Lei Fundamental.

O RRCEE, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, veio, porém, consagrar, no seu artigo 16.º, um dever geral de indemnização por actos lícitos — ou, de acordo com a terminologia aí adoptada, de «*indemnização pelo sacrifício*» — , o qual é aplicável “*independentemente de a acção causadora do dano se inserir na função administrativa ou em qualquer das restantes funções do Estado (incluindo, portanto, a função legislativa)*”⁵³.

O citado preceito estabelece que o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público devem indemnizar “*os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado*”.

À luz do que aí se dispõe, o dever de indemnização pelo sacrifício pode, pois, ter na sua origem a *imposição de encargos* ou a *produção de danos*. Condição essencial e imprescindível — para que se possa afirmar a existência de um tal

⁵² Cfr. RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992, p. 264.

⁵³ Cfr. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, 2011, p. 361 (parêntesis nosso).

Sérvato & Associados Sociedade de Advogados, RL

dever de indemnização — é que os encargos impostos ou os danos causados se mostrem *especiais* e (i.e., simultaneamente) *anormais*.

Estes requisitos são objecto de densificação no artigo 2.º do RRCEE, o qual reveste o seguinte teor: “*para efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito*”.

36. Voltando-nos para o caso concreto, não custa reconhecer que, mesmo a considerar-se que as disposições legais em causa não violam a Constituição ou o Direito da União Europeia – hipótese que se admite apenas para efeitos de raciocínio e mais completa exposição dos direitos que assistem à APITED e respectivas associadas –, nem por isso deixaria o Estado de estar obrigado a indemnizar as empresas de prestação de SVA, as quais viram frustrada a respectiva confiança legítima na estabilidade do anterior quadro normativo.

Em particular, e com base numa interpretação conforme à Constituição, deve entender-se que, nos casos de sacrifício lícito de direitos patrimoniais dos particulares, o requisito de encargo ou dano especial não exclui a indemnizabilidade do encargo ou dano imposto a determinadas categorias de cidadãos ou entidades – no caso, o conjunto das empresas prestadoras de SVA –, bastando, para efeitos do seu preenchimento, que o encargo ou dano em consideração não afecte a *generalidade das pessoas* (cfr. artigo 2.º do RRCEE).

Isto torna-se ainda mais evidente quando, como sucede *in casu*, as medidas legislativas em causa se destinam a beneficiar ou proteger, por sua vez, também uma determinada categoria de destinatários da actividade legislativa (os consumidores de SVA), em detrimento das empresas prestadoras desses serviços, o que, de alguma forma, consubstancia uma quebra do princípio da igualdade de tratamento que em que se funda a responsabilidade pelo sacrifício.

§6.º

CONCLUSÕES

- 1ª. Seja por via do apelo ao princípio constitucional do Estado de Direito, seja pelo recurso ao princípio geral de direito da boa fé, o princípio da tutela da segurança jurídica e da confiança legítima é um princípio ético-jurídico que se impõe a todos os poderes públicos.
- 2ª. De modo *esquemático*, pode afirmar-se que, segundo o Tribunal Constitucional tem entendido, para que se possa invocar o princípio da protecção da segurança jurídica na sua vertente subjectiva, é necessário que:
(i) as expectativas dos particulares sejam *legítimas* e *justificadas* com base em certa actuação do Estado; (ii) sobrevenha um comportamento *inesperado* do Estado, que abale a confiança dos particulares; e (iii) se verifique a *prevalência* das expectativas legítimas dos particulares sobre os direitos ou interesses cuja protecção tenha sido visada pelo Estado através da sua nova conduta.
- 3ª. No caso concreto, não se vislumbram as razões de interesse público que justificam uma alteração legislativa tão onerosa para as empresas gravemente afectadas nos seus interesses patrimoniais pelo novo regime de acesso aos SVA, instituído pela Lei n.º 51/2011, e que confiaram, legitimamente, no quadro normativo que havia sido aprovado dois anos antes.
- 4ª. Ao consagrar a iniciativa económica privada no n.º 1 do artigo 61.º, a Constituição considera-a seguramente, pelo menos após a primeira revisão constitucional, como um direito fundamental e não apenas como um princípio objectivo da organização económica.
- 5ª. A Constituição consagra expressamente o princípio da intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos fundamentais de natureza análoga, como é o caso da liberdade de empresa.
- 6ª. A liberdade de empresa compreende, além da liberdade de criação de

Sérvio & Associados Sociedade de Advogados, RL

- empresa e de acesso ao mercado e – em articulação com a garantia da propriedade privada – da protecção constitucional da existência da empresa já constituída, a liberdade de organização, de direcção e de actuação da empresa.
- 7ª. O empresário há-de ter, portanto, a liberdade de dirigir a sua empresa e de escolher aquilo que quer produzir ou os serviços que pretende prestar, decidindo sobre a escolha dos meios de financiamento, sobre a espécie de actividades a realizar e da respectiva dimensão económica e sobre a concentração de capitais próprios a empreender.
- 8ª. O regime jurídico instituído pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, na medida em que erige obstáculos à prestação de SVA de tal monta que, com toda a probabilidade, resultarão na insustentabilidade do negócio prosseguido pelos prestadores desses serviços – impossibilitando, na prática, o exercício dessa actividade empresarial –, traduz-se, seguramente, numa *compressão* do direito fundamental de iniciativa privada e da liberdade de empresa.
- 9ª. Tomando como base este juízo de prognose, as alterações legislativas em causa traduzem-se mesmo numa *compressão total* ou *aniquilante* da liberdade de empresa, tendo o efeito prático de *erradicar* uma actividade empresarial que, em si mesma, não é contrária, nem à Constituição, nem à lei.
- 10ª. Em tal contexto, as regras impostas pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, devem considerar-se materialmente inconstitucionais, por violação do conteúdo essencial do direito de iniciativa privada e da liberdade de empresa.
- 11ª. Ainda que assim não fosse – como é –, sempre a constitucionalidade dessas normas legais dependeria da observância dos demais requisitos materiais de admissibilidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais e, em especial, do princípio da proporcionalidade.
- 12ª. É o próprio n.º 2 do artigo 18.º da Constituição que, em matéria de restrições de direitos, liberdades e garantias e de direitos fundamentais de natureza análoga, faz apelo ao princípio da proporcionalidade.

Sérvio & Associados, Sociedade de Advogados, RL

- 13^a. Estando em causa uma relação entre bens de valor constitucional, não basta que a decisão sindicada não envolva um sacrifício *desproporcionado* de um bem constitucionalmente protegido, sendo ainda necessário que se observem os ditames da *proporcionalidade particularmente qualificada* impostos pelo princípio da concordância prática.
- 14^a. O regime instituído pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, sobre o acesso aos SVA, não pode considerar-se conforme nem ao princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, nem às exigências de *concordância prática* entre os valores constitucionais conflitantes (no caso concreto, a liberdade de empresa, de um lado, e a protecção dos consumidores, do outro).
- 15^a. Recorde-se que a liberdade de empresa surge, na situação vertente, de tal forma intensamente comprimida que o exercício da actividade comercial de prestação de SVA acabará por ser, na prática, totalmente inviabilizado, segundo refere a CONSULENTE.
- 16^a. Que o novo regime jurídico incorreu num vício de *excesso* de protecção dos consumidores, em detrimento das empresas que prestam SVA, é coisa que resulta da incursão no direito comparado, evidenciando o estudo facultado pela CONSULENTE que a lei portuguesa contempla solução claramente mais gravosa do que as adoptadas noutros Estados-Membros da União Europeia.
- 17^a. Nomeadamente, em Espanha, está implementando um sistema misto, fundamentalmente baseado da regra do livre acesso aos SVA – embora com excepções onde vigora a regra do bloqueio – e onde transparecem importantes dimensões de concertação e auto-organização do sector.
- 18^a. Por outro lado, constata-se que a imposição, como regra, do barramento dos SVA é contraditória com outra finalidade expressamente assumida na Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, qual seja a interoperabilidade dos serviços de telecomunicações, que constitui manifestação de um conhecido fenómeno de convergência multimédia e representa uma das marcas salientes da hodierna *sociedade da informação*.
- 19^a. A lei portuguesa foi, portanto, longe demais no grau de protecção atribuído

Sérvica & Associados Sociedade de Advogados, RL

- ao consumidor, em detrimento da liberdade de empresa dos prestadores de SVA, havendo soluções alternativas igualmente eficientes e menos gravosas.
- 20^a. Além dos intensos deveres de informação e protecção que resultam já da lei em vigor e, em especial, do artigo 9.º-A do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março, teria sido possível conceber soluções gradativas, que não resultassem no bloqueio generalizado do acesso aos SVA, e reforçar os instrumentos de vigilância e sancionamento, bem como a concertação e a auto-regulação no sector.
- 21^a. Seguindo a via, um tanto *fundamentalista*, do bloqueio generalizado, o legislador português estabeleceu uma desproporção na relação meios-fim subjacente, violando a Constituição.
- 22^a. As Directivas comunitárias relativas às comunicações electrónicas foram recentemente revistas pela Directiva 2009/140/CE, que, justamente, visou dar mais um passo no sentido da construção do “inexistente” mercado interno das comunicações electrónicas, com o objectivo de pôr fim, se possível, à *“diversidade regulatória e [à]s incoerências entre as actividades das autoridades reguladoras nacionais [que] punham em causa não só a competitividade do sector mas também os benefícios substanciais que poderão advir para os consumidores da concorrência transfronteiras”*.
- 23^a. Com efeito, como a mesma directiva fez notar, o objectivo da recente reforma da legislação das comunicações electrónicas consistiu *“em reduzir progressivamente a regulamentação ex ante específica do sector para acompanhar a evolução da concorrência nos mercados e, em última análise, para que as comunicações electrónicas sejam regidas exclusivamente pela lei da concorrência. Considerando que, nos últimos anos, os mercados das comunicações electrónicas revelaram uma forte dinâmica competitiva, é essencial que só sejam impostas obrigações regulamentares ex ante nos casos em que não exista uma concorrência efectiva e sustentável”*.
- 24^a. A imposição do barramento genérico e apriorístico não parece, desde logo,

Sêrvio & Associados, Sociedade de Advogadas, RL

amiga destes objectivos de reduzir a diversidade regulatória e de limitar as obrigações administrativas *ex ante* àquelas que se revelarem adequadas a resolver problemas de concorrência.

- 25^a. Subjacente à norma do n.º 3 do artigo 45.º da Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, está a relação contratual *à distância* entre adquirente e fornecedor, regida pela Directiva 97/7/CE, relativa aos contratos à distância (em particular os artigo 6.º e 9.º).
- 26^a. O n.º 2 do artigo 7.º desta Directiva consagra o regime de “*opt-out*”, nos termos do qual: “[*s*]em prejuízo da Directiva 97/7/CE e da Directiva 97/66/CE, os Estados-Membros deverão tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que enviem comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico consultem regularmente e respeitem os registos de opção negativa (“*opt-out*”) onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações”, solução que se mostra a mais conforme e proporcional à regulação da matéria e mesmo ao objectivo de protecção dos consumidores.
- 27^a. Esta directiva foi, com outras, codificada na Directiva 2005/29/CE, sendo de salientar que o artigo 4.º da Directiva 2005/29/CE não permite aos Estados membros “*restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de aproximação por força da presente directiva*”.
- 28^a. Mesmo que estas normas não demonstrem, como pensamos que demonstram, a incompatibilidade do artigo 45.º n.º 3, da Lei n.º 51/2011 com o direito da UE, impõe-se considerar que uma solução uniforme de base pode ser restritiva da liberdade de circulação dos serviços.
- 29^a. Com efeito, aplicando-se as normas em causa também ao estabelecimento em Portugal de entidades de outros Estados membros que oferecem SVA ou a prestação de SVA em Portugal por entidades de outros Estados membros (ou, inversamente, a contratação de SVA por consumidores nacionais a entidades de outros Estados membros), poderá concluir-se que a norma em apreço constitui uma restrição à livre prestação de serviços.
- 30^a. Caberia ao Estado demonstrar – o que em ponto algum é feito – que a

Sérvio & Associados, Sociedade de Advogadas, RL

restrição à livre prestação de serviços (i) é justificada pelo interesse geral; (ii) é indistintamente aplicável (formalmente não discriminatórias); (iii) não é exigida a submissão no país de origem a regras comparáveis; e (iv) é justificada à luz do princípio da proporcionalidade.

- 31^a. Num eventual litígio judicial, os tribunais estarão obrigados a não aplicar, no caso concreto, as normas inconstitucionais da Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, decidindo-o como se as mesmas nunca tivessem entrado em vigor, consequência que decorre, com clareza, do sistema de fiscalização concreta e difusa da constitucionalidade instituído pela Constituição no respectivo artigo 204.º.
- 32^a. Não está excluído, por outro lado, que as próprias entidades administrativas – no caso concreto, o Estado e a ANACOM – estejam também obrigadas a *desaplicar* as normas em causa, não podendo exigir às empresas associadas da APITED e aos prestadores de serviços de suporte que com as mesmas se conforme.
- 33^a. Nos termos do novo RRCEE, uma actuação ilícita do legislador ou das autoridades administrativas pode ainda fundar pretensões indemnizatórias das empresas afectadas pela aplicação da nova norma.
- 34^a. A título subsidiário, importa ainda referir que, mesmo quando os interesses públicos concretamente prosseguidos se mostrem prevaletentes – e, portanto, não se verifique uma actuação ilícita do Estado legislador –, uma medida legislativa que frustre a confiança legítima dos particulares não deixará de gerar o dever de indemnizar por parte do Estado.
- 35^a. Uma expectativa empresarial deve ser protegida, mediante a garantia de indemnização por sacrifício, quando a empresa não se limita a aproveitar uma situação legal que lhe é favorável, mas antes confia numa situação de confiança criada pelo Estado.
- 36^a. Essa indemnização por sacrifício encontra-se subordinada aos pressupostos hoje constantes do artigo 16.º do RRCEE, sendo que, no caso concreto, mesmo a considerar-se que as disposições legais em causa não violam a Constituição ou o Direito da União Europeia – hipótese que se admite



Sérvio & Associados Sociedade de Advogados, RL

apenas para efeitos de raciocínio e mais completa exposição dos direitos que assistem à APITED e respectivas associadas –, nem por isso deixaria o Estado de estar obrigado a indemnizar as empresas de prestação de SVA, as quais viram frustrada a respectiva confiança legítima na estabilidade do anterior quadro normativo.

Tal é, salvo melhor opinião, o nosso parecer.

Lisboa, 29 de Fevereiro de 2012

RUI MEDEIROS

Professor Associado da Faculdade de Direito
da Universidade Católica
Doutor em Direito
Advogado

MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES

Mestre em Direito e Assistente da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra
Advogado Especialista em Direito Europeu e da
Concorrência

RUI CARDONA FERREIRA

Mestre em Direito
Advogado