

# Parecer

## Introdução

### 1. Consulta

A NOS – Comunicações S.A. solicita o nosso parecer sobre a conformidade jurídica, de um ponto de vista do direito administrativo e constitucional, de um conjunto de normas do **Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro**, emitido pela ANACOM, denominado “*Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz e 3,6 GHz*”.

São os seguintes os termos da consulta:

#### *I – Enquadramento.*

*A NOS Comunicações, S.A. (“NOS”) é uma operadora de redes e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, registada na ANACOM, sendo titular, designadamente, dos direitos de utilização de frequências referidos no título ICP-ANACOM N.º 01/2012, de 9 de março de 2012, e respetivos averbamentos n.º 1, de 17 de maio de 2012, n.º 2, de 23 de janeiro de 2015, n.º 3, de 17 de novembro de 2015, e n.º 4, de 18 de fevereiro de 2016.*

*Ao abrigo destes direitos de utilização de frequências, a NOS explora e detém uma rede terrestre móvel, suportada nos designados sistemas 2G (GSM), 3G (IMT2000/UMTS) e 4G (LTE), estes últimos correspondendo também às chamadas redes móveis de última geração, e oferece ao público serviços de comunicações eletrónicas.*

*O Regulamento ANACOM n.º 987-A/2020 – «Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas de 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz» (doravante*

“Regulamento”) – estabelece as regras para a atribuição do espectro necessário para a introdução da quinta geração de redes móveis em Portugal (“5G”) e fixa as condições associadas aos direitos de utilização atribuídos no seu âmbito.

Assinala-se que, tal como afirmado no preâmbulo do Regulamento, as faixas de espectro nas faixas dos 700 MHz e 3,6 GHz foram consideradas prioritárias para o 5G, designadamente por força dos atos da União Europeia ali mencionados.

A aprovação do Regulamento foi precedida de consulta pública, tendo para o efeito a ANACOM aprovado, no dia 6 de fevereiro de 2020, o Projeto de Regulamento, acompanhado da respetiva Nota Justificativa.

No dia 7 de fevereiro de 2020, foi aprovada a Resolução de Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, que aprova a «estratégia e calendarização da distribuição da quinta geração de comunicações» (doravante “RCM”).

A RCM é totalmente omissa no que respeita à entrada de novos operadores ou a “novos entrantes”, sendo que no parágrafo oitavo do respetivo preâmbulo afirma-se o seguinte:

«O espectro radioelétrico integra o domínio público do Estado e a definição da política de comunicações do país é da responsabilidade do Governo, competindo à Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) conduzir o procedimento de atribuição de licença de uso de espectro, em conformidade com aquela política de modo independente relativamente ao Governo, e **de modo imparcial perante todos os interessados.**» (realce aditado).

Por seu turno, o Regulamento introduz quatro medidas de discriminação a favor das empresas qualificadas como novos entrantes [cf. alínea k) do artigo 2º do Regulamento], a saber (os artigos citados são todos do Regulamento):

*Primeira medida:*

A primeira respeita à reserva de espectro na faixa dos 900 MHz e 1800 MHz (total de quatro lotes das categorias B e D) a favor de novos entrantes:

*os atuais operadores só poderão oferecer licitações por este espectro se o mesmo não for previamente adquirido pelos novos entrantes numa fase inicial em que apenas estes são chamados a participar – cf. artigos 16º e 25º, n.º 1.*

*Esta regra, além de afastar a NOS da possibilidade de adquirir esse espectro em condições de igualdade com os novos entrantes – desde logo, quanto a oportunidades de aquisição –, implica ainda que o preço do espectro em causa será mais baixo para os novos entrantes, na medida em que artificialmente fica reduzida a procura pelo mesmo: havendo menor contestabilidade nesta licitação, os preços de aquisição final tendem a descer.*

*A NOS, na sua pronúncia no âmbito da consulta pública, novamente demonstrou o seu interesse em adquirir direitos de utilização nas faixas de espectro em causa, com vista a aumentar a capacidade da sua rede 4G.*

*Segunda medida:*

*A segunda medida de discriminação respeita à extensão das obrigações de cobertura relativas ao espectro na faixa dos 700 MHz – cf. artigo 42.º, n.ºs 1 e 2;*

*Obrigações para os atuais operadores:*

*a) Até ao final de 2023:*

*Cobertura de 75 % da população de cada uma das freguesias consideradas de baixa densidade e de cada uma das freguesias das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores.*

*b) Até ao final de 2024:*

*Cobertura de 70 % da população de cada uma das freguesias que não são consideradas de baixa densidade, mas que integram municípios com freguesias de baixa densidade.*

*c) Até ao final de 2025:*

*i) Cobertura de 95 % da população total do país.*

*ii) Cobertura de 95 % de cada uma das autoestradas do país.*

iii) Cobertura de 85 % de cada um dos itinerários principais rodoviários do país.

iv) Cobertura de 85 % da Estrada Nacional 1 e da Estrada Nacional 2.

v) Cobertura de 95 % de cada um dos itinerários ferroviários incluídos no Corredor Atlântico, na parte relativa ao território nacional, da ligação Braga-Lisboa, da ligação Lisboa-Faro e das ligações urbanas e suburbanas de Lisboa e Porto.

vi) Cobertura de 85 % de cada um dos restantes itinerários ferroviários.

vii) Cobertura de 95 % das redes de metropolitano de Lisboa, do Porto e do Sul do Tejo.

viii) Cobertura de 90 % da população de cada uma das freguesias consideradas de baixa densidade, de cada uma das freguesias das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores e de cada uma das freguesias que integram municípios com freguesias de baixa densidade.

*Obrigações para novos entrantes:*

*Até ao final de 2025:*

a) Cobertura de 25 % de cada uma das autoestradas do país.

b) Cobertura de 25 % de cada um dos itinerários principais rodoviários do país.

c) Cobertura de 25 % de cada um dos itinerários ferroviários incluídos no Corredor Atlântico, na parte relativa ao território nacional, da ligação Braga-Lisboa, da ligação Lisboa-Faro e das ligações urbanas e suburbanas de Lisboa e Porto.

A NOS considera que, em termos absolutos, são quase simbólicas as obrigações de cobertura impostas aos novos entrantes: não têm qualquer obrigação de cobertura de população, têm apenas obrigação de cobrir 25% das autoestradas e dos itinerários principais rodoviários e 25% de partes dos itinerários ferroviários do Corredor Atlântico e das ligações urbanas e suburbanas de Lisboa e Porto; e que, em termos relativos, face às obrigações impostas aos atuais operadores, as obrigações impostas aos novos entrantes são despiciendas.

*Terceira medida:*

*A terceira medida de discriminação respeita à ausência de obrigações de cobertura aos operadores que adquiram espectro reservado na faixa dos 900 MHz e 1800 MHz: no artigo 42º, relativo a obrigações de cobertura, nada se estabelece a este propósito.*

*Nota-se que os atuais operadores, quando adquiriram espectro nestas faixas, foram sujeitos a elevadas obrigações de cobertura e de investimento, em prazos muito curtos.*

*E nota-se também que, nos termos do artigo 44º, a NOS e demais operadores atuais de rede móvel, ficarão ainda obrigado a reforçar o sinal do serviço de voz nas redes 2G, 3G e 4G, o que implica investimento adicional.*

*Quarta medida:*

*A quarta medida de discriminação respeita à obrigação de os atuais operadores darem acesso às respetivas redes 2G, 3G, 4G, bem como as redes 5G que instalarem na sequência do leilão, aos novos entrantes que, «no termo do leilão, passem a deter direitos de utilização de frequências», celebrando com eles «acordos de itinerância (roaming) nacional» – cf. artigo 45º, n.º 1, e n.º 5, al. b).*

*Esta obrigação vigora a partir da «data de emissão dos respetivos títulos habilitantes», isto é, imediatamente a partir do termo do leilão e com a atribuição das licenças 5 G” – cf. artigo 45º, n.º 2.*

*Os novos entrantes, para beneficiarem desta obrigação de acesso, ficarão sujeitos «a uma obrigação de cobertura móvel de 25% e de 50% da população nacional, mediante a utilização de frequências que lhe foram consignadas, respetivamente, no prazo de 3 e de 6 anos a contar da celebração» do acordo de acesso ou itinerância (roaming) – cf. artigo 45º, n.º 8.*

*Este direito dos novos entrantes, que «no termo do leilão passem a deter direitos de utilização de frequências», utilizarem plenamente as redes*

de 2G, 3G, 4G e, quando estas estiverem instaladas, as de 5G caracteriza-se, entre outras, pelas seguintes notas:

a) Existe a partir do final do leilão, isto é, a partir do momento em que as licenças sejam atribuídas aos novos entrantes e aos atuais operadores (que adquiram espectro na faixa dos 700 MHz ou dos 3,6 GHz, ou seja, o destinado ao 5G);

b) As obrigações de cobertura a que, em “contrapartida”, ficam sujeitos só começam a correr a partir da data em que celebrem o acordo de itinerância, e só devem ser cumpridas 3 a 6 anos após aquela data;

Ou seja, poderão estar três anos a usar todas as redes dos atuais operadores sem terem realizado qualquer investimento, e continuar nos anos seguintes realizando investimentos pouco significativos;

c) Estas obrigações de cobertura são de expressão pouco relevante para os novos entrantes, visto que lhes basta cobrir, no final do prazo de três anos, cerca de 25% da população – ou seja, as zonas comercialmente mais atrativas como a grande Lisboa e o grande Porto – e, ao fim de seis anos, zonas ainda muito atrativas, que corresponderão ao litoral do país (50% da população).

## II – Consulta

Em face deste enquadramento, a NOS solicita Parecer sobre as três seguintes questões:

1) Será que o Regulamento, nas partes em que introduz as mencionadas medidas de discriminação a favor dos novos entrantes, nos termos descritos, é válido, apesar de a RCM determinar à ANACOM que conduza o procedimento de atribuição de licenças de uso de espectro, em conformidade com a política ali definida, de modo independente relativamente ao Governo, «e de modo imparcial perante todos os interessados»?

2) Será que o Regulamento, nas partes em que, nos termos descritos, (i) introduz a mencionada reserva de espectro nas faixas dos 90MHz e dos 1800MHz a favor dos novos entrantes, e impede os atuais operadores de a ele acederem em igualdade de condições, e (ii) impõe aos atuais operadores

*a obrigação de aceitar negociar acordos de itinerância nacional com os novos entrantes, que «no termo do leilão passem a deter direitos de utilização de frequências», permitindo-lhes o acesso às respetivas redes 2G, 3G, 4G e 5G, restringe direitos fundamentais de livre iniciativa económica privada e de liberdade de empresa, bem como o direito de propriedade privada (reconhecidos, respetivamente, pelos artigos 61º, n.º 1, e 62º da Constituição da República Portuguesa)?*

*3) Em caso de resposta afirmativa à pergunta anterior, será que o Regulamento, naquelas partes, é válido, apesar de não existir norma legal, designadamente na Lei das Comunicações Eletrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (com alterações), emanada pela Assembleia da República, ou ao abrigo de lei de autorização legislativa, que habilite à introdução daquelas restrições de direitos fundamentais?».*

Perante a Consulta transcrita e considerando o respetivo enquadramento, importa começar por delimitar e ordenar as questões legais e constitucionais envolvidas, indo, se for caso disso, além das suscitadas na Consulta.

## **2. Enquadramento e delimitação do objeto do parecer**

Conforme resulta da Consulta transcrita, o objeto do presente parecer exige uma análise, de um ponto de vista da sua legalidade administrativa e da sua constitucionalidade, do Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro, emitido pela ANACOM, denominado “Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz e 3,6 GHz” (doravante “Regulamento”).

Tal análise passa necessariamente pela consideração prévia da natureza, atribuições e poderes da ANACOM e da sua subordinação, ou não, à competência governamental para definir a política de telecomunicações, tendo especialmente em conta a Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro, que aprova «a estratégia e calendarização da distribuição da quinta geração de comunicações» (doravante “RCM”). Com efeito, exprimindo a RCM o exercício da função de definição política, que é competência reservada do Governo, pode o

posterior Regulamento, afastar-se dela e adotar uma diferente orientação política para o mercado de telecomunicações?

Em segundo lugar, cumpre averiguar se existe a alegada derrogação do princípio da igualdade e as apontadas restrições a alguns direitos, liberdades e garantias, o que inquirará igualmente a validade do Regulamento da ANACOM.

A análise jurídica que nos propomos levar a cabo dirige-nos ao plano do direito constitucional e administrativo vigente, sendo adequado prosseguir de acordo com o seguinte plano de apresentação:

### ***1. Enquadramento jurídico-constitucional***

*1.1. O “Estado regulador” e a regulação sectorial*

*1.2. Justificação da regulação independente*

*1.3. “Política regulatória” e “administração regulatória”*

*1.4. Falta de legitimidade democrática e irresponsabilidade política das ERI*

*1.5. Reserva constitucional da função política para o Governo*

*1.6. Os regulamentos das ERI, os seus limites e a sua vinculação à Constituição e à lei*

*1.7. O princípio da legalidade administrativa e a invalidade dos regulamentos*

### ***2. O Regulamento da ANACOM***

*2.1. Atribuições da ANACOM*

*2.2. Poderes administrativos da ANACOM*

*2.3. A Resolução do Conselho de Ministros sobre as redes 5G*

*2.4. O regime de atribuição de frequências aprovado pelo Regulamento da ANACOM*

*2.5. Promoção da concorrência e tratamento privilegiado dos “novos entrantes”*

*2.6. O tratamento preferencial dos novos entrantes e os princípios da igualdade e da imparcialidade*

*2.7. O tratamento preferencial de novos entrantes, a liberdade de empresa e o direito de propriedade*



### **3. A invalidade do Regulamento da ANACOM**

#### *3.1. Fundamentos da invalidade do Regulamento*

#### *3.2. Regime legal da invalidade dos regulamentos administrativos.*

Realizado este plano argumentativo, estaremos em condições de responder fundadamente às questões que a Consulta levanta direta ou indiretamente, o que será coligido nas *Conclusões*.

## 1. Enquadramento jurídico-constitucional

### 1.1. O “Estado regulador” e a regulação sectorial

#### 1.1.1. Fundamentos do “Estado regulador”

A ANACOM é a entidade reguladora nacional do mercado de telecomunicações, no contexto da “economia de mercado regulada” e do “mercado interno” da União Europeia, ambos baseados na liberdade de prestação de serviços e na concorrência.

A economia de mercado regulada e o correspondente Estado regulador são o produto da superação, nas últimas décadas, do anterior modelo de “Estado intervencionista”. Sem deixar de haver algumas empresas públicas e serviços públicos de tipo prestacional, as economias de mercado contemporâneas são herdeiras do movimento de liberalização dos antigos exclusivos públicos (energia, telecomunicações, transportes, etc.) e de extensa privatização do sector público empresarial, na Europa, desde os nos 80 do século passado. O papel económico do Estado passou a centrar-se sobre a regulação “externa” da atividade económica (incluindo as empresas públicas) em prol da concorrência e do mercado. A decisão da União Europeia de avançar para o *mercado interno* nos anos 80 do século passado (*Ato Único Europeu* de 1986) constituiu uma alavanca poderosa nessa direção. O *Estado intervencionista* deu lugar ao *Estado regulador*.

São essencialmente três as razões de ser da moderna regulação económica pós-Estado intervencionista:

Em *primeiro lugar*, a regulação encontra fundamento nos limites e “falhas” do mercado, isto é, nas situações em que o mercado, pelas especiais características de certos sectores, não pode funcionar normalmente sem intervenção externa, por inoperação das regras da concorrência. Tal é o caso, por exemplo, dos “monopólios naturais”, em que, por razões de racionalidade económica e ambiental, não se pode estabelecer concorrência entre uma pluralidade de operadores, tendo de se aceitar um único operador (indústrias de rede). O mesmo sucede também com as

“externalidades negativas”, ou seja, os custos económicos e sociais de certas atividades económicas que não são “internalizados” no preço, nomeadamente os associados aos danos ambientais, os prejuízos para a saúde pública, os riscos para a segurança coletiva, etc. Entre as falhas de mercado contam-se também as “assimetrias de informação”, caracterizadas pela desigualdade de informação entre fornecedores e consumidores acerca das características e qualidade dos bens e serviços (por exemplo, serviços financeiros, serviços médicos, etc.). Falha de mercado é ainda a incapacidade do mercado para proporcionar a oferta de “bens públicos” essenciais ao funcionamento da economia, como a estabilidade financeira.

A *segunda razão* da regulação independente decorre da necessidade de proteger de forma reforçada os consumidores como utentes de serviços básicos, muitos dos quais gozam entre nós do estatuto de “serviços públicos essenciais”, nos termos da Lei nº 23/96, de 26 de julho, por ainda serem prestados por entidades públicas ou por entidades privadas em regime de “serviço universal”, como se mostra a seguir no texto. Trata-se de garantir não somente os direitos gerais dos consumidores – direitos a informação fiável e adequada, à segurança e à saúde individual, à reparação de danos, etc. –, mas também os direitos à continuidade do fornecimento de serviços, à mudança de fornecedor, à faturação detalhada, etc.<sup>1</sup>.

Por fim, a *terceira razão* para a regulação pública da economia tem um fundamento social e deriva da necessidade de assegurar a todos, independentemente de meios económicos e do local de residência, o acesso a certos serviços considerados básicos, como a água, a energia, as telecomunicações e os serviços postais. Trata-se dos chamados “serviços de interesse económico geral” (SIEG), antigamente fornecidos diretamente pelo poder público (“serviços públicos” de natureza prestacional) e que, depois da sua liberalização e privatização, ficaram sujeitos a “obrigações de serviço público”. Neste aspeto, o antigo Estado fornecedor de serviços públicos transforma-se em garante do seu fornecimento por entidades privadas (“Estado garante”).

---

<sup>1</sup> Cfr. Vital Moreira e Maria Manuel Leitão Marques, *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, Coimbra, 2003, p. 14.

Como refere Pedro Gonçalves, a «regulação representa, na verdade, a pedra de toque do novo modelo de intervenção pública na economia e nos mercados, surgindo como o instrumento por excelência de efetivação da responsabilidade de garantia. Em grande medida, é por via da regulação que hoje se realiza o dever estadual de garantir ou assegurar a realização do interesse público e de proteção ou até de realização dos direitos dos cidadãos”<sup>2</sup> .

Importa notar que a noção de regulação económica em sentido estrito não abrange a regulação da economia por motivos extraeconómicos, designadamente por motivos ambientais e de ordenamento do território ou outros (por exemplo, razões de defesa ou de segurança).

### **1.1.2. A regulação sectorial**

A existência de sectores especialmente regulados por entidades reguladoras dedicadas, tal como as telecomunicações, visa justamente responder a uma das seguintes preocupações: (i) garantir a concorrência, lá onde existem “falhas de mercado” (monopólios naturais, externalidades, etc.) ou outras limitações especiais ao funcionamento da concorrência e (ii) assegurar o acesso universal, em contexto de mercado, aos serviços constitucional ou politicamente considerados como “serviços de interesse económico geral” (SIEG);

No caso dos serviços baseados em infraestruturas que, por natureza ou razões económicas ou ambientais, não sejam replicáveis – em geral juridicamente qualificados como bens do domínio público (como sucede entre nós com o espectro radioelétrico) –, a solução regulatória consiste, por via de regra, em separar a gestão da infraestrutura e os serviços que a utilizam e assegurar um acesso não discriminatório dos prestadores de serviços à referida infraestrutura, sendo essa uma das principais tarefas das entidades reguladoras dos respetivo sector, como é o caso da ANACOM.

Ainda no que se refere à garantia da concorrência, o regime regulatório das telecomunicações decorrente do direito da UE e da legislação nacional (concretamente a *Lei de Comunicações Eletrónicas* – Lei nº 5/2004, de 10 de

---

<sup>2</sup> Cfr. P. Gonçalves, «Direito Administrativo da Regulação», in *Estudos em Homenagem a*

Fevereiro<sup>3</sup>), prevê medidas especiais para as empresas com “poder de mercado significativo” (PMS), independentemente de “abuso de posição dominante” do direito geral da concorrência, sendo a sua aplicação também da responsabilidade das entidades reguladoras sectoriais, no caso português da ANACOM.

## 1.2. Justificação da regulação independente

Um dos traços característicos do Estado regulador consiste no facto de a regulação económica ser retirada da égide do Governo, cabendo a entidades dedicadas – em geral designadas por *entidades reguladoras*, *autoridades reguladoras* ou *agências reguladoras* –, dotadas de forte independência administrativa no desempenho das suas tarefas.

Importa sublinhar que, embora independente do Governo, a regulação pública da economia mantém-se uma tarefa do Estado, integrando, portanto, a *Administração do Estado* e sendo ainda, nesse sentido, uma administração “indireta” do Estado, em sentido amplo, e não uma administração separada e autónoma do Estado, como a das autarquias locais. Cumpre analisar a inserção da regulação independente no quadro das tarefas do Estado e justificar a sua independência.

### a) A “fileira regulatória”

A regulação económica assenta fundamentalmente na formulação, implementação e efetivação de *regras de conduta* para a atividade económica, destinadas a garantir o funcionamento equilibrado do mercado, de acordo com determinados objetivos públicos. Deve entender-se a regulação como a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade económica (empresas públicas) ou o apoio à atividade económica (subvenções), equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina legislativa e administrativa da atividade económica privada (e pública)<sup>4</sup>. O essencial do conceito de regulação económica consiste em alterar o comportamento dos agentes

---

Marcello Caetano, Coimbra, 2006, p. 538.

<sup>3</sup> Doravante referida pela sigla LCE.

<sup>4</sup> Cfr. Vital Moreira, *Autorregulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, 1997, p. 35.

económicos (investidores, produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles fariam se não houvesse regulação<sup>5</sup>.

Em sentido jurídico, a função de regulação comporta três operações ou etapas (*fileira regulatória*), tal como toda a ação pública num Estado de direito: (i) emissão de normas de atuação (*rule making*), ou regulação em sentido próprio; (ii) aplicação e supervisão de aplicação de normas (*rule implementation* e *rule supervision*); e (iii) aplicação de sanções pelo incumprimento das normas (*rule enforcement*).

O que há de específico na moderna regulação económica consiste em dois traços: (i) no facto de as autoridades reguladoras serem entidades administrativas dotadas de independência face ao Governo, contrariamente à tradicional dependência da administração direta e indireta do Estado (ii) no facto de as entidades reguladoras exercerem as referidas três funções, concentrando assim as três funções típicas do Estado, constitucionalmente separadas por efeito do princípio da separação de poderes.

### ***b) A regulação independente***

Uma das características distintivas do moderno *Estado regulador* consiste na “desgovernamentalização” da regulação, na sua vertente administrativa, que é confiada a entidades reguladoras independentes (ERI), que não estão sujeitas às formas tradicionais de controlo governamental da “administração indireta do Estado”, caracterizadas pela livre nomeação e destituição governamental dos seus dirigentes e pela superintendência e tutela governamental.

Tipicamente, as autoridades reguladoras independentes são identificadas pelos seguintes traços, tal como resultam da chamada *Lei-quadro das Entidades Reguladoras* (LQER)<sup>6</sup>: (i) procedimento especial de nomeação dos seus dirigentes

---

<sup>5</sup> Cfr. Sobre o conceito de regulação, ver especialmente Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge, *Understanding Regulation*, 2ª ed., Oxford, 2012; entre nós, ver, por todos, M. C Cardona, *Contributo para o Conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 661 ss; M. Aroso de Almeida, «A regulação como função administrativa do Estado: a complexidade de um conceito», in C. Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maças (coord.), *Garantia de Direitos e Regulação: Perspetivas de Direito Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 25 ss; João Confraria, «Regulação: uma perspetiva multidisciplinar», in C. Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maças (coord.), *ob. cit.*, pp. 412 ss.

<sup>6</sup> Lei nº 67/2013, de 28 de agosto.

(que hoje inclui a submissão dos indicados pelo Governo a audição da comissão parlamentar competente); (ii) duração do seu mandato mais longa (hoje, seis anos) do que a legislatura e irremovibilidade (salvo falta grave); (iii) independência funcional (não sujeição a “tutela de mérito” nem a orientações governamentais); (iv) recursos financeiros próprios e autonomia orçamental; (v) prestação direta de contas perante o Parlamento sem passar pelo Governo<sup>7</sup>.

Note-se, no entanto que a independência das entidades reguladoras está longe de ser absoluta. Na verdade, entre nós, a LQER (art. 45º, nºs 4 e 6) submete a aprovação governamental (do ministro das Finanças e do ministro sectorial) o orçamento e os planos anuais, assim como o balanço e as contas, aprovação que pode ser denegada, quer por ilegalidade, quer por *«prejuízo para o interesse público»*, o que obviamente *confere ao Governo um poder de controlo de legalidade e de conveniência, que é tanto preventivo (sobre a agenda) como sucessivo (sobre a atividade) das autoridades reguladoras.*<sup>8</sup> Esse controlo governamental constitui um mecanismo para assegurar, tanto quanto possível, a *«unidade de ação»* da Administração Pública, estipulada pelo art. 267º, nº 2, da CRPº.

Acresce que as autoridades reguladoras nacionais podem estar sujeitas a autorização ou ao poder de veto da Comissão Europeia para certas das suas decisões mais sensíveis para o mercado interno da União, como sucede, por exemplo, com as decisões das autoridades de regulação sectorial das telecomunicações em matéria de definição de “mercados relevantes” e de declaração de empresas com “poder de mercado significativo” (PMS), por isso sujeitas a obrigações regulatórias mais exigentes<sup>10</sup>. Ou seja, no sistema regulatório “plurinível” da UE, as ERI são menos independentes da Comissão do que dos respetivos governos nacionais.

---

<sup>7</sup> Sobre as características das ERI ver, por todos, Vital Moreira e Fernanda Maças, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projeto de Lei-Quadro*, Coimbra, 2003 Introdução; M. C. Cardona, *ob. cit.*, pp. 199 ss.; Marco Caldeira, «As entidades administrativas independentes», in C. Amado Gomes, A. F. Neves e T. Serrão (coord.), *Organização Administrativa, Novos atores, novos modelos*, vol. I, Lisboa, AAFDL 2018, pp. 459 ss.

<sup>8</sup> Sobre este ponto ver, por exemplo, M. Caldeira, *ob. cit.*, p. 478.

<sup>9</sup> Sobre este ponto ver C. Cardona, *ob. cit.*, pp. 308 ss.

<sup>10</sup> Assim, T. Bessa, *ob. cit.*, p. 683.

### **c) Justificação da regulação independente**

A opção pelo modelo de regulação independente assenta, em primeiro lugar, na necessidade de *separar claramente a regulação da economia da função política geral do Estado* e de distanciar a função reguladora em relação à volatilidade dos governos. Trata-se, pois, de assegurar, por um lado, a estabilidade e segurança do quadro regulatório, tornando-o imune ao ciclo eleitoral, através, desde logo, dos mandatos longos e da inamovibilidade dos reguladores e, por outro lado, de sublinhar a separação entre a Administração geral e a natureza específica da regulação económica, votada a fazer valer as regras do mercado e da concorrência. Tais aspetos assumem particular importância para a estabilidade do mercado, porquanto potenciam a confiança dos agentes económicos nos reguladores.

Com efeito, como desde cedo foi diagnosticado, sob o “Estado intervencionista”, *«a intervenção do Estado em todos os domínios da vida económica, social e cultural, com o conseqüente crescimento desmesurado do aparelho administrativo, influenciou negativamente a funcionalidade e eficiência da administração e contribuiu para o esbatimento das fronteiras entre administração e política»*. Por outro lado, *«a experiência mostra que os governos, muitos manietados pelos interesses eleitorais e do partido, ficam inibidos de tomar decisões que se mostrem necessárias e convenientes a médio prazo, mas que são suscetíveis de se tornarem demasiado onerosas a curto prazo para o partido do governo»*<sup>11</sup>.

A segunda justificação do modelo de regulação independente decorre da necessidade de *favorecer o profissionalismo e a competência técnica da atuação regulatória*. De facto, tanto a defesa da concorrência como a regulação das “falhas de mercado” exigem profundos conhecimentos económicos e do funcionamento dos mercados, de modo a decidir sobre as medidas a tomar e a antecipar o seu impacto nos mercados. Tal implica o recrutamento de reguladores especializados, em vez de escolhas políticas, para garantir um processo de decisão informado e fundado em dados técnicos.

Outra das justificações centrais da adoção do modelo de regulação independente deriva da conceção que lhe está inerente, ou seja, da necessidade de

---

<sup>11</sup> Cfr. Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *ob. cit.*, p. 49.



*submeter à mesma regulação tanto as empresas privadas como as empresas públicas ou semipúblicas* (sob tutela do Governo) por meio de entidades reguladoras imparciais, «colocados numa posição equidistante em relação aos interesses públicos e privados em jogo»<sup>12</sup>. A independência e a neutralidade da decisão regulatória são os meios escolhidos para alcançar o objetivo fundamental de garantia da livre e efetiva concorrência entre os operadores económicos, sejam privados ou públicos, assim como a transparência e a integridade do mercado, a proteção dos consumidores, sobretudo nos casos de assimetrias de informação, e a garantia da manutenção das obrigações de serviço público<sup>13</sup>.

### **1.3. “Política regulatória” e “administração regulatória”**

Tal como toda a ação pública num Estado de direito, também a atividade de regulação económica *lato sensu* passa por cinco fases: (i) definição das opções políticas gerais (programa de governo nas democracias parlamentares); (ii) adoção do quadro legislativo apropriado (competência legislativa da Assembleia da República e do Governo); (iii) definição de opções políticas sectoriais no quadro da lei, que entre nós cabe ao Governo sob controlo do Parlamento; (iv) implementação administrativa das leis e opções políticas sectoriais, por via de regulamentos ou atos administrativos (a cargo da Administração); (v) punição do incumprimento das obrigações dos regulados (por via contraordenacional ou penal).

#### **a) Atribuições das ERI**

Ora, no nosso sistema constitucional, não sobram dúvidas de que as ERI são *entidades administrativas*, estando justamente previstas no art. 267º, nº 3, da CRP, no capítulo dedicado à Administração Pública.

Por conseguinte, a regulação independente da economia, a cargo das ERI, *não dispensa, a montante, nem o legislador nem a definição governamental da política sectorial em causa*. As ERI só intervêm na penúltima e na última fases da “fileira regulatória” acima referida, ou seja, na implementação administrativa das leis,

---

<sup>12</sup> Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *ob. cit.*, p. 53.

<sup>13</sup> Cfr. Maria M. Leitão Marques e Vital Moreira, «Economia de mercado e regulação», in *A Mão Visível*, *cit.*, p. 14.

observadas as opções políticas sectoriais, e na sanção administrativa das infrações regulamentares.

Neste quadro, as ERI vêm no fim da “cadeia regulatória” (ressalvada a competência penal dos tribunais), a jusante do quadro legislativo geral e sectorial da regulação e da definição governamental da política regulatória para o correspondente sector.

### ***b) Distinção entre política regulatória e administração reguladora***

A partir da revisão constitucional de 1997, as entidades administrativas independentes (e não só as da administração reguladora) passaram a gozar de uma expressa habilitação constitucional no n.º 3 do artigo 267.º, estabelecendo-se aí que a «lei pode criar entidades administrativas independentes”. Embora a Constituição seja omissa sobre o estatuto orgânico e funcional deste tipo de entidades, não subsistem dúvidas, porém, sobre o seu *enquadramento na estrutura da Administração Pública e na função administrativa*, ainda que com as características de independência antes assinaladas.

O facto de as ERI não responderem perante o Governo, ao contrário da demais Administração Pública, obriga a sublinhar a *necessidade de uma distinção rigorosa entre a esfera administrativa (a das entidades reguladoras) e a esfera política, que cabe ao Governo*.

Tradicionalmente, a teoria clássica da “separação de poderes” – entre os poderes legislativo, executivo e judicial – não cuidava muito desta distinção, dentro do poder executivo, entre governo e administração, pela simples razão de que o mesmo órgão (o Governo) desempenhava a primeira função e chefiava a Administração Pública, respondendo por ambas as funções perante o Parlamento. Todavia, no caso das ERI, deixando o Governo de controlar a atividade regulatória independente e não podendo, por isso, responder politicamente por ela perante o Parlamento, torna-se imperiosa a distinção entre ambas as funções e os respetivos poderes.

Cabe dizer que essa distinção resulta meridianamente clara da Constituição. A disciplina constitucional do Governo e da Administração consta de dois capítulos separados da CRP (respetivamente, Títulos IV e IX da Parte III); reiterando essa distinção, o art. 182º reza que o Governo é o «*órgão de condução da política geral*

do país e o órgão superior da administração pública». Os arts. 197º e 199º distinguem as “competências políticas” do Governo e as suas “competências administrativas”, respetivamente.

Por isso, a partir do momento em que há dissociação entre os titulares da função política e da função administrativa, deixando o Governo de ser responsável por ambas, como sucede com as ERI, então torna-se absolutamente necessário garantir que a Administração independente não invade a função política do Governo e que este não invade o campo próprio daquela. No caso das ERI, elas desempenham *administração regulatória*, mas não podem tomar decisões que relevam da *política regulatória*, que pertence constitucionalmente ao Governo.

Uma vez que a distinção entre função política e função administrativa decorre diretamente da Constituição, ela não precisa de estar legalmente explicitada, constituindo um “limite inerente” à competência das autoridades administrativas. Quando o art. 3º do Código de Procedimento Administrativo (CPA) se refere aos poderes da Administração, entre eles o poder regulamentar, «*dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins*», uma interpretação conforme à Constituição exclui do poder regulamentar a tomada de decisões que sejam próprios da esfera da função política.

#### **1.4. A falta de legitimidade democrática e irresponsabilidade política das ERI**

Desde a sua origem no contexto norte-americano, nos anos 30 do século XX, a independência das autoridades reguladoras tem sido alvo de fortes críticas, que foram, aliás, muito potenciadas pelo sistema administrativo fortemente hierarquizado de tipo continental europeu e que se referem à sua falta de legitimidade democrática e à sua irresponsabilidade política.

Estas objeções prendem-se fundamentalmente com o défice democrático e de responsabilidade externa das ERI, que é inerente à sua subtração ao controlo político

do executivo e do parlamento e à sua condição de *quarto poder* ou *poder neutro*<sup>14</sup>. Na verdade, como já se anotou, ao contrário da administração direta e indireta do Estado, que responde perante o Governo (através dos seus poderes de direção, superintendência e tutela), o qual responde politicamente por ela perante o Parlamento, tal como estabelece a Constituição, nenhuma dessas cadeias de legitimação democrática se aplica às ERI, pois, não estando dependentes do Governo, não pode ele responder politicamente por elas perante a Assembleia da República (salvo, porventura, por *culpa in eligendo* dos reguladores).

Face a estas críticas a doutrina procurou assentar noutras bases a legitimação política das autoridades reguladoras independentes<sup>15</sup>.

Em primeiro lugar, a consideração prevalecente na doutrina é a de que a atividade das ERI se insere integralmente na função administrativa e reveste uma *natureza essencialmente técnica*, pelo que não afeta o núcleo duro da função política. De facto, é importante ter presente que a atividade das ERI, além de estar vinculada à lei, na mesma medida em que o está a administração tradicional, está também limitada pela sua natureza meramente administrativa e “racionalidade técnica”, não lhe cabendo tomar opções políticas em sentido próprio.

Em segundo lugar, tem sido defendida a legitimação das autoridades reguladoras *por via do exigente procedimento administrativo* a que estão sujeitas, nomeadamente quanto ao procedimento regulamentar, em especial a participação dos interessados – nos termos do artigo 41º hda LQER (Lei nº 67/2013, de 28 de agosto) – e que a “legitimidade procedimental” constitui um sucedâneo da legitimidade política que lhes falta<sup>16</sup>. Tal propósito caberia ao procedimento «*garantir o contraditório, a transparência e a participação de todos os interesses envolvidos*”<sup>17</sup>, incluindo operadores e consumidores<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Numa perspetiva assaz crítica, ver Blanco de Moraes, «As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, janeiro 2001, p. 148.

<sup>15</sup> Ver., por exemplo, A. Santos de Aragão, «A legitimação democrática das agências reguladoras», *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 6, 2004

<sup>16</sup> Cfr. Vital Moreira e Fernanda Maças, *Autoridades Reguladoras Independentes*, cit., p. 47.

<sup>17</sup> Cfr. Vital Moreira e Fernanda Maças, *Autoridades Reguladoras Independentes*, cit., p. 47.

<sup>18</sup> O novo Código de Procedimento Administrativo (2015) veio estabelecer uma disciplina geral do procedimento regulamentar (arts. 97º e seguintes) que introduz alguns traços que

Sustentam ainda a legitimidade das ERI outros mecanismos de prestação de contas e de responsabilidade externa, tais como a publicação de relatórios regulares da atividade, o escrutínio da comissão parlamentar competente e os restantes controlos transversais gerais<sup>19</sup>.

A verdade, porém, é que não podendo os dirigentes das ERI ser destituídos pelo Governo por causa da sua atividade (salvo infração grave) e não havendo meios políticos ou administrativos de revogar as suas decisões, regulamentos e atos administrativos (que só estão sujeitos a controlo judicial), nem podendo o parlamento censurar o Governo pela ação reguladora das ERI (que escapam ao seu controlo), a sua falta de legitimidade e a imunidade a qualquer responsabilidade política reforçam a necessidade de uma *delimitação rigorosa do seu mandato administrativo*, de modo a reduzir as zonas de litígio entre a sua legitimidade técnica e procedimental e a legitimidade política do Governo, decorrente das eleições parlamentares e da responsabilidade parlamentar.

### **1.5. A reserva constitucional da função política para o Governo**

Se a função administrativa pode ser partilhada entre governo e entidades administrativas independentes (cfr. artigo 199º da CRP)<sup>20</sup>, o mesmo não sucede com a função política, que é exclusiva do Governo.

---

anteriormente eram privativos do procedimento regulamentar da administração regulatória (ver A. R. Gonçalves Moniz, «Procedimento regulamentar», in C. Amado Gomes, A. F. Neves e T. Serrão, (coord), *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, Lisboa, AAFDL, pp. 399 ss. Mas o segundo, tal como se encontra regido pelo art. 41º da LQER, mantém algumas particularidades, designadamente a necessidade de *justificação das opções da entidade reguladora no preâmbulo do regulamento* após a audição pública.

<sup>19</sup> Nomeadamente o controlo do Tribunal de Contas e de outras entidades independentes com competências específicas de controlo de poder público (Provedor de Justiça, Comissão Nacional de Proteção de Dados, etc.) – Cfr. Vital Moreira e André Forte, “Declaração de Condeixa”, in Vital Moreira (org.), *Estudos de Regulação Pública – I*, CEDIPRE, Coimbra, 2004, p. 718 e ss. Robert Baldwin e Christopher McCruden avançam com cinco critérios essenciais para aferir da legitimidade das agências reguladoras e da sua atividade: 1) respeito pelo mandato conferido pelo legislador; 2) grau de responsabilidade e controlo sobre a atividade da agência reguladora; 3) grau de *due process* (procedimento); 4) grau de especialização técnica; 5) grau de eficiência – Cfr. *Regulation and Public Law*, Londres, 1987, p. 326.

<sup>20</sup> Cfr. J. J. Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., volume II, p. 489.

Com efeito, nos termos do artigo 182º da CRP, cabe ao Governo a «*condução da política geral do país*», de onde decorre a competência para a definição das políticas públicas, dentro dos limites constitucionais e do direito internacional e da União Europeia. Ao definir o Governo como “o” órgão competente para o exercício da função política (e não um entre outros órgãos<sup>21</sup>), a Constituição estabelece uma “*reserva constitucional*” da função política para o Governo.

Desta forma, a função política do Governo implica a definição de opções essenciais relativamente à direção política do País (programa de governo, planos de desenvolvimento económico e social, políticas públicas sectoriais, etc.), que serão depois traduzidas em programas legislativos e em planos de ação administrativa.

A função política exerce-se tanto a montante como a jusante da função legislativa – conforme se trate da definição das opções políticas fundamentais e do programa legislativo de cada Governo ou da definição das políticas sectoriais no quadro legislativo estabelecido –, mas sempre a montante da função administrativa. O *indirizzo* político geral determina as opções legislativas que depois vão enformar a políticas sectoriais; e umas e outras vão depois vincular a Administração na sua atuação. A Administração fica vinculada às opções políticas predefinidas, especialmente no desempenho da sua atividade discricionária, ou seja, não vinculada pela lei.

Ao contrário da função legislativa e da função administrativa, a função política não afeta diretamente a posição jurídica dos particulares. Todavia, a função política geral está naturalmente vinculada à Constituição, enquanto a política sectorial está também vinculada ao quadro legislativo estabelecido. A Administração, por sua vez, está a jusante da política e da legislação. Os interesses públicos que a Administração deve satisfazer são definidos pela lei de acordo com as prioridades definidas pela função política e as leis administrativas devem ser aplicadas pela Administração de acordo com a políticas sectoriais definidas pelo Governo.

Como é evidente, salvo delegação legislativa, uma entidade administrativa independente *não tem competência para se substituir ao Governo na definição de uma certa política pública*. A definição das políticas públicas é um exclusivo do

---

<sup>21</sup> Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada, cit.*, tomo II, p. 681.

Governo (sem prejuízo das competências da Assembleia da República<sup>22</sup> e dos poderes de “supervisão política” do Presidente da República<sup>23</sup>) e constituem, naturalmente, um limite ao exercício da função administrativa por parte das entidades reguladoras independentes.

Nos termos da Constituição, a função política do Governo incumbe ao Conselho de Ministros (CM), quer quanto às opções políticas gerais, quer quanto às políticas sectoriais, sendo em geral exercida por via de resolução<sup>24</sup>.

## **1.6. Os regulamentos das ERI, os seus limites e a sua vinculação à Constituição e à lei**

### **1.6.1. Limites ao âmbito do poder regulamentar**

Dá-se por adquirido que o poder regulamentar das ERI, tal como o de todas as das entidades públicas administrativas, tem de conter-se desde logo dentro do seu “mandato” legislativo, ou seja, das suas atribuições.

Sucedem, porém, que ao contrário das entidades públicas territoriais (Estado, regiões autónomas, autarquias locais), as entidades públicas “funcionais”, como é o caso das ERI, têm um estreito mandato legislativo. Daí a importância acrescida do *princípio da especialidade* no caso dessas entidades públicas administrativas<sup>25</sup>. Quanto às ERI, esse princípio está formulado nos seguintes termos (art. 12º da LQER):

1 – *Sem prejuízo da observância do princípio da legalidade no domínio da gestão pública, e salvo disposição expressa em contrário, a capacidade jurídica das entidades reguladoras abrange a prática de todos os*

---

<sup>22</sup> Cfr. artigos 164º e 165º do CRP.

<sup>23</sup> Cfr. artigo 120º da CRP; sobre a função presidencial no sistema constitucional ver, por todos, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Os poderes do Presidente da República*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

<sup>24</sup> É certo que o art. 200º da CRP (competência do CM), só refere a definição «*das linhas gerais da política governamental*», o que parece excluir as políticas sectoriais; mas o art. 201º (competência dos membros do Governo) é explícito no sentido de que aos ministros só lhes cabe «*executar a política definida para os seus Ministérios*», o que pressupõe a sua definição pelo CM.

<sup>25</sup> Sobre o princípio da especialidade ver, por todos, Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997, p. 500.

*atos jurídicos, o gozo de todos os direitos e a sujeição a todas as obrigações necessárias à prossecução das suas atribuições.*

2 – (...).

3 – *As entidades reguladoras não podem exercer atividades ou usar os seus poderes fora das suas atribuições nem dedicar os seus recursos a finalidades diversas das que lhes tenham sido cometidas.*

4 – (...).

A Lei não podia ser mais enfática em fulminar os atos das ERI, a começar pelos seus regulamentos, que extravasem o seu mandato legislativo ou se desviem dos seus fins.

Um desses limites ao âmbito objetivo dos regulamentos das ERI, como já se deixou sublinhado anteriormente, é a definição da *política regulatória* global e sectorial, que constitui reserva do Governo, não podendo ser objeto de regulamento da autoridade administrativa sectorialmente competente.

Esse limite, como se mostrou acima, decorre diretamente da Constituição, através da distinção entre a função política e a função administrativa. Como entidades administrativas que são, as ERI *não podem invadir a esfera própria de atribuições do Governo enquanto órgão de direção política.*

### **1.6.2. Vinculação dos regulamentos das ERI**

Além de não poder invadir o espaço da definição política que compete ao Governo, a regulação administrativa da atividade económica num Estado de direito constitucional, como o nosso, está sujeita aos parâmetros constitucionais e legais de toda a atividade administrativa.

A regulação pública da economia consiste por via de regra na criação de condições, ónus e obrigações para os agentes económicos, o que pode afetar em maior ou menor medida as liberdades económicas constitucionalmente reconhecidas e protegidas, tanto a nível nacional como a nível da União Europeia, nomeadamente a liberdade de empresa e o direito de propriedade (CRP, arts. 61.º e 62º; CDFUE, arts. 16.º e 17º).

Todavia, é bom de ver que a regulação económica não tem de se traduzir necessariamente na restrição verdadeira e própria das liberdades constitucionais para



salvaguardar outros direitos fundamentais ou outros interesses constitucionalmente protegidos, entre os quais se contam a defesa da concorrência, a estabilidade dos mercados, a eficiência económica, os interesses dos consumidores. Mas, quando tal suceda, essas restrições não podem ser praticadas pela Administração sem base legal.

Em abstrato, as normas regulatórias da atividade económica podem constar de lei ou de regulamento, seja regulamento governamental, seja regulamento das autoridades reguladoras. Porém, de acordo com os princípios constitucionais do Estado de direito, não pode haver regulamentos nem outros atos administrativos sem base na lei ou contrários à lei (*princípio da legalidade da Administração*). No caso da CRP, ela exige expressamente que os regulamentos mencionam a lei habilitante (CRP, art. 112.º-7). Também não existe na nossa ordem constitucional a possibilidade de a lei autorizar a sua própria derrogação por via regulamentar (os chamados “regulamentos delegados”) (CRP, art. 112.º-5).

Entretanto, salvo norma constitucional em contrário, a lei pode autolimitar-se e estabelecer apenas os princípios mais básicos dos regimes jurídicos, remetendo para regulamento a sua densificação normativa. No caso português, a CRP admite mesmo a possibilidade de, fora das áreas de reserva de lei, a lei se abster de qualquer regulação substantiva da matéria a regular, remetendo-a inteiramente para regulamento e limitando-se a definir a competência regulamentar e a matéria regulamentar. São os *regulamentos independentes*, a que se refere o art. 112.º, nº 6 da CRP.

Todavia, há muitos casos em que a Constituição exige que a regulação substantiva seja feita diretamente pela lei, afastando a via regulamentar, quer em termos absolutos (reserva absoluta de lei), quer em termos relativos (admissão de regulamentos puramente executivos).

Entre os casos de reserva absoluta de lei (impostos, definição de crimes e penas, etc.) contam-se também as restrições aos direitos, liberdades e garantias, de acordo com art. 18º da CRP. Ora, como já se referiu, a regulação económica pode envolver restrições aos direitos económicos fundamentais, em especial a liberdade de empresa e o direito de propriedade, pelo que elas têm de ser previamente definidas por lei.

É certo que a liberdade de empresa e o direito de propriedade não se contam no elenco nominal dos direitos, liberdades e garantias, do título II da Parte I da CRP, a que se aplica diretamente o art. 18.º da CRP. Porém – recorde-se –, nos termos do art. 17.º, o regime dos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente o art. 18.º, aplica-se também aos *direitos fundamentais equiparados*. Existe um consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a liberdade de empresa e o direito de propriedade estão entre esses direitos equiparados<sup>26</sup>. Por essa razão, também as restrições a tais direitos só podem ser efetuadas ou autorizadas por lei, seja lei parlamentar ou decreto-lei autorizado.

Na teoria clássica da separação de poderes, a lei era competência exclusiva da assembleia representativa (por isso designada como “poder legislativo”), mas nem toda a produção normativa tinha de revestir a forma de lei, podendo ser objeto da competência regulamentar autónoma do poder executivo (Governo), sem necessidade de base legal, ou seja, *praeter legem*.

Excetuavam-se, porém, como se notou, as matérias reservadas à lei – *reserva de lei* –, entre as quais se contavam as que afetavam a propriedade e a liberdade individual, que só poderiam ser reguladas por lei (parlamentar). Na esfera da reserva de lei caíam, por exemplo, a expropriação por utilidade pública e os impostos, os crimes e as penas e as restrições às demais liberdades individuais. Por isso, as restrições ao *bill of rights* constitucional só podiam ser efetuadas por via de lei (reserva de lei), e não por regulamento, sendo a lei competência exclusiva do parlamento.

Com o surgimento e alargamento dos poderes legislativos dos governos, como sucede entre nós – onde o Governo goza de amplos poderes legislativos (CRP, art. 198.º) –, deixou de haver coincidência entre reserva de lei e a lei parlamentar, podendo aquela ser preenchida por atos legislativos do Governo, nos casos constitucionalmente admitidos (por exemplo, em caso de autorização legislativa parlamentar). Todavia, continua a haver matérias reservadas à competência

---

<sup>26</sup> Ver por todos J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *CRP Anotada, cit.*, vols. I e II, Coimbra, 2007/2010, anotação aos arts. 17.º e 165.º; J. Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, 2005 e tomo II, Coimbra 2006, anotação aos referidos preceitos constitucionais.

legislativa do parlamento, sobre as quais os governos não podem legislar, ou só o podem fazer se autorizados pelo parlamento.

Por conseguinte, além da *reserva de lei*, como reserva de ato legislativo, há também a *reserva de lei parlamentar*, referida nos arts. 164.º e 165.º da CRP. A reserva de lei parlamentar também implica por definição uma certa reserva de lei material, sob pena de esvaziamento daquela, cabendo à lei estabelecer todos os aspetos substantivos da disciplina regulatória, sem prejuízo de eventuais regulamentos executivos.

Nos termos do art. 165.º, n.º 1, al. c), da CRP, a reserva de lei parlamentar inclui a *regulação (e não apenas a restrição) dos direitos, liberdades e garantias*, não abrangendo, no entanto, outros direitos análogos, como a liberdade de empresa, reconhecida e protegida pelo art. 61.º da CRP e o direito à propriedade privada, reconhecido e protegido pelo art. 62.º da CRP. Na verdade, a doutrina inclina-se para entender que a reserva parlamentar de lei não integra o regime substantivo dos direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias, pelo que a referida al. c) art. 165.º da CRP só abrange os que sejam expressamente qualificados como tais no *bill of rights* da CRP<sup>27</sup>.

Em relação aos “direitos análogos”, onde não existe reserva de lei parlamentar quanto à sua regulamentação, cabe à lei (ou decreto-lei) definir as restrições verdadeiras e próprias a essas liberdades, bem como a demais regulação do seu exercício, podendo porém a lei remeter para regulamento, em maior ou menor medida, essa tarefa de regulação, podendo ir ao ponto de abdicar de qualquer regulação substantiva (salvo as referidas restrições a direitos, liberdades e garantias ou análogos, que são reserva de lei) e remeter para regulamento independente toda a restante regulação. Como se referiu, nas matérias constitucionalmente abertas ao poder regulamentar, este pode pertencer quer ao Governo (como «*órgão superior da Administração Pública*») quer à “administração derivada” do Estado, nomeadamente as autoridades reguladoras.

Toda esta doutrina sobre os regulamentos em geral vale, por identidade de razão, para os regulamentos das ERI. Uma das especificidades da administração

regulatória consiste no facto de, por vezes, a lei derrogar o princípio tradicional da *tipicidade dos regulamentos*, atribuídos caso a caso pela lei, substituindo-o pela atribuição do poder regulamentar de forma genérica, em formulações como esta: “*elaborar os regulamentos necessários ao cumprimento das suas atribuições*”<sup>28</sup>. Tal é o que sucede no caso da ANACOM, como se vê pelo disposto na al. a) do n.º 2 do artigo 9º dos seus Estatutos. Essa fórmula genérica cobre designadamente os regulamentos sobre os procedimentos necessários ao exercício das suas funções de fiscalização e de supervisão.

Note-se que, em contrapartida, a lei pode negar às ERI a competência regulamentar que em princípio cairia no exercício das suas atribuições, como se verifica no caso da regulação das comunicações elétricas, quando ao art. 30º, nº 7, da Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro) reserva para o Governo, através do departamento governamental competente a tarefa de «*aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências sempre que envolvam procedimentos de seleção concorrencial ou por comparação e se refiram a frequências acessíveis, pela primeira vez, no âmbito das comunicações eletrónicas ou, não o sendo, se destinem a ser utilizadas para novos serviços*». Voltaremos abaixo a analisar este preceito [*infra*, 3.1., al. a)].

### **1.7. O princípio da legalidade administrativa e a invalidade dos regulamentos das ERI**

O princípio da legalidade da Administração está expressamente mencionado no art. 266º, nº 2, da Constituição e definido no art. 3º do CPA.

Diz o primeiro que «*os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei (...)*». Estipula o segundo preceito, já antes mencionado a outro propósito, que «*os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao Direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os respetivos fins*».

---

<sup>27</sup> Neste sentido J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *CRP Anotada, cit.*, II vol., Coimbra 2010, anotação ao referido preceito constitucional.

<sup>28</sup> Ver neste sentido Pedro Gonçalves, «Direito Administrativo da Regulação», in *Estudos em Homenagem a Marcello Caetano*, Coimbra, 2006, p. 557.

Numa definição elementar, o princípio da legalidade quer dizer que a Administração deve atuar *ao abrigo da lei e dentro da lei*, e não à margem da lei nem contra a lei. É, no entanto, necessário ter presente que quando se fala atualmente na subordinação da Administração à lei, tal deve ser entendido como a subordinação da Administração à lei em sentido amplíssimo, ou seja, ao *bloco normativo global*, isto é, ao conjunto composto pela Constituição, pelos princípios gerais de direito, pelo direito internacional, pelo direito comunitário europeu, por leis ordinárias, por regulamentos, etc. Assim, hoje em dia, a Administração não está subordinada somente à lei, em sentido estrito, mas também a uma pluralidade de fontes de direito, a começar na Constituição e a acabar nos próprios regulamentos administrativos, como expressão da vinculação externa da Administração.

Nesse sentido, o princípio da legalidade só pode querer dizer *subordinação da Administração a todas as fontes de direito que a vinculam*. No entanto, a lei, em sentido próprio de ato legislativo, continua a ser o principal parâmetro de ação da Administração, pelo que faz todo o sentido continuar a utilizar essa expressão, como equivalente do *princípio da juridicidade* da Administração. Por conseguinte, embora continue a ser de uso corrente a expressão *princípio da legalidade*, a verdade é que ele não pretende significar a (mera) subordinação à lei, no sentido estrito que o termo tem (diploma legislativo), mas de um verdadeiro *princípio da juridicidade* ou de subordinação da Administração ao Direito, ou seja, à ordem jurídica, a começar pela Constituição e o direito da União Europeia.

Diferentemente do que sucedia no início do Estado constitucional moderno, a lei deixou de ser apenas um *limite* para a Administração (para além do qual ela era livre), para passar a ser também um *pressuposto e fundamento* de toda a atividade administrativa. Enquanto anteriormente, fora da esfera da reserva de lei, era lícita a atividade administrativa (incluindo o poder regulamentar), desde que não contrária à lei, agora toda a atividade administrativa só pode ser lícita com base na lei. Passa assim a figurar, ao lado dos princípios da *reserva de lei* e do *primado da lei* em sentido negativo, também o princípio geral da *precedência da lei*, que se consubstancia na necessidade de habilitação legal para todos os atos da Administração. Enquanto no século XIX valia o princípio “*não há administração*

*contra a lei*”, hoje o princípio é: “*não há administração sem lei*”. A lei tornou-se pressuposto necessário de toda a ação administrativa.

Excluído nos casos de reserva de lei, o poder regulamentar carece sempre de uma base legal. De facto, todo e qualquer regulamento administrativo tem de ter fundamento numa lei que se proponha regulamentar ou que, pelo menos, lhe determine o objeto a regular e os órgãos encarregados de o prosseguirem (competência). É o que resulta explicitamente, *para todos os regulamentos administrativos*, do art. 112º, nº 7, da CRP, segundo o qual «*os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjetiva objetiva e para a sua emissão*».

Nestas suas três vertentes – *reserva de lei, precedência da lei, preferência da lei* –, o princípio da legalidade vincula a atividade da Administração em todas as suas modalidades, incluindo, como é evidente, os regulamentos administrativos. Tal como não existem atos administrativos sem lei, também não pode haver regulamentos administrativos sem lei. Não há regulamentos absolutamente independentes, *praeter legem*<sup>29</sup>.

A ilegalidade dos regulamentos gera a sua *invalidade*<sup>30</sup>. Os motivos de invalidade do regulamento administrativo encontram-se atualmente enunciados no artigo 143.º do CPA, onde se lê:

*1- São inválidos os regulamentos que sejam desconformes com a Constituição, a lei e os princípios gerais de direito administrativo ou que infrinjam normas de direito internacional ou de direito da União Europeia.*

*2 – São também inválidos:*

---

<sup>29</sup> Afasta-se aqui a posição minoritária da doutrina que admite regulamentos governamentais *praeter legem.*, sem base legal, invocando a fórmula do al. g) do art. 199º da CRP. Todavia, essa norma não se refere ao exercício do poder regulamentar do Governo, que está explicitamente previsto na al. c) do mesmo preceito. E essa interpretação vai contra a norma expressa do nº 7 do art. 112º, que estipula que os regulamentos, sem exceção, «*devem indicar as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão*».

<sup>30</sup> Sobre a invalidade dos regulamentos ver, por último, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública, – O sentido da vinculação da Administração Pública à Juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003; Pedro Moniz Lopes, «Objeto, condições e consequências da invalidade regulamentar no novo Código de Procedimento Administrativo», in C. Amado Gomes, A. Fernanda Neves e Tiago Serrão (coord.), *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2015.

a) *Os regulamentos que desrespeitem os regulamentos emanados dos órgãos hierarquicamente superiores ou dotados de poderes de superintendência;*

b) *Os regulamentos que desrespeitem os regulamentos emanados pelo delegante, salvo se a delegação incluir a competência regulamentar;*

c) *Os regulamentos que desrespeitem os estatutos emanados ao abrigo de autonomia normativa nas quais se funde a competência para a respetiva emissão.*

Este regime substantivo da invalidade dos regulamentos, introduzido pela revisão do CPA de 2015 (mas que se limita a acolher a doutrina estabelecida), começa por sancionar a desconformidade do regulamento com o bloco de juridicidade a que se reconduz o princípio da legalidade administrativa, como visto acima. São, por isso, inválidos os regulamentos desconformes com a Constituição, com a lei e com os princípios gerais de direito administrativo, entre os quais se contam os que, pelo seu objeto, *extravasam os poderes administrativos das entidades emissoras*, nos termos do já mencionado art. 3º do CPA (segundo o qual «*os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins*»). São ainda desconformes os regulamentos que infringjam normas de direito internacional ou de direito da União Europeia, porque um e outro vigoram imediatamente na ordem jurídica interna, aliás com força jurídica supralegislativa, sem necessidade de transposição legislativa, nos termos do art. 8º da CRP.

Por outro lado, este regime substantivo regula ainda as chamadas “relações inter-regulamentares”<sup>31</sup>, estabelecendo um conjunto de invalidades decorrentes da desconformidade dos regulamentos com outros regulamentos dotados de primazia, porque emanados por órgãos hierarquicamente superiores ou dotados de poder de superintendência ou de órgão delegante do poder regulamentar.

Haverá ainda que ter presente, no plano das relações inter-regulamentares, o disposto no artigo 138º do CPA, o qual, não tratando de validade do regulamento,

---

<sup>31</sup> Cfr. Ana Raquel Gonçalves Moniz, «Os regulamentos administrativos na revisão do CPA», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, p. 34.

estabelece um regime de “prevalência” entre regulamentos conflituantes. Aí se estabelece que:

*1 – Os regulamentos governamentais, no domínio das atribuições concorrentes do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais, prevalecem sobre os regulamentos regionais e autárquicos e das demais entidades dotadas de autonomia regulamentar, salvo se estes configurarem normas especiais.*

*2 – Os regulamentos municipais prevalecem sobre os regulamentos das freguesias, salvo se estes configurarem normas especiais.<sup>32</sup>*

Aplicando os princípios enunciados aos regulamentos das autoridades reguladoras independentes, resultam as seguintes regras:

- elas só têm poder regulamentar quando este lhe conferido expressamente por lei (lei geral ou o seu próprio estatuto legal);

- os seus regulamentos só podem ter por objeto as matérias legalmente enunciadas e só podem ter por fim as finalidades previstas na lei;

- os seus regulamentos não podem incorporar a tomada de decisões políticas, invasivas da função política exclusiva do Governo (*ultra vires*);

- os seus argumentos não podem afetar, sem autorização legislativa expressa, direitos fundamentais sujeitos ao regime substantivo dos direitos, liberdades e garantias;

- os seus regulamentos não podem contrariar materialmente nenhuma norma ou princípio constitucional ou legislativo, ou do direito internacional ou da União Europeia;

- na sua formação e aprovação, têm de respeitar o procedimento regulamentar – e, eventualmente, a forma – previstos na lei.

Em contrapartida, salvo disposição legal nesse sentido, os regulamentos das ERI *não estão sujeitos aos regulamentos do Governo*, por não caberem nas hipóteses

---

<sup>32</sup> No que respeita aos regulamentos das autarquias locais, este regime decorre diretamente do art. 241º, da Constituição sobre o poder regulamentar daquelas, que estabelece que elas dispõem de «*poder regulamentar próprio, nos limites da Constituição, da lei e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar [ou seja, do Governo]*».



de hierarquia e primazia entre regulamentos de diferentes entidades administrativas previstas no citado art. 138º do CPA, o que, aliás, é congruente com a sua independência administrativa face ao Governo. Em princípio, portanto, se o Governo quiser vincular as ERI, só terá dois meios de o fazer: por via legislativa (decreto-lei) ou por via de ato político, como vimos acima. No entanto, a lei pode derogar esse princípio e impor às ERI a execução dos regulamentos do Governo relativos ao respetivo sector, pelo que nesse caso elas não podem derogá-los, ficando-lhes subordinadas e sendo obrigadas a executá-los. Tal é o regime previsto na LQER, como se verá abaixo.

Utilizando a conhecida tipologia estabelecida para a inconstitucionalidade, também a ilegalidade dos regulamentos pode classificar-se, conforme a natureza das normas infringidas, em ilegalidade *orgânica* (por incompetência), ilegalidade *formal* e *procedimental* e ilegalidade *material*, sendo esta última a que deriva da desconformidade do conteúdo do regulamento (ou de alguma das suas normas) com o parâmetro normativo a que deve obedecer<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Assim, por último, Pedro Moniz Lopes, *ob. cit.*, pp. 520 ss.

## **2. O Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro, da ANACOM**

### **2.1. Atribuições da ANACOM**

A ANACOM é uma entidade reguladora independente. É assim expressamente qualificada pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes (LQER)<sup>34</sup> e igualmente pelos próprios Estatutos da ANACOM<sup>35</sup>.

Criada em 1981, enquanto Instituto das Comunicações de Portugal, e tendo recebido em 1997 o estatuto de entidade reguladora no seguimento da liberalização do sector das telecomunicações (e posteriormente dos serviços postais), a ANACOM é a entidade administrativa de regulação desses dois sectores, de acordo com os seus Estatutos (Decreto-Lei n.º 3/2015, de 16 de março) e no quadro legislativo das telecomunicações (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro ), que transpõe as competentes diretivas da União Europeia relativas ao mercado interno do sector<sup>36</sup>.

#### ***a) As atribuições em geral***

Entre as atribuições da ANACOM como autoridade reguladora das telecomunicações, destaca-se a gestão do espetro radioelétrico – que é um bem do domínio público do Estado – e a regulação das redes de comunicações fixas e móveis, de acordo com as normas do artigo 5º da LCE e do artigo 8º dos Estatutos da ANACOM. Desde logo, segundo o n.º 1 do artigo 40º da LQER, verificamos que:

*Nos termos e limites dos respetivos estatutos, compete às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes de regulação, de supervisão, de*

---

<sup>34</sup> Cfr. al. e) do n.º 3 do artigo 3º da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

<sup>35</sup> Cfr. n.º 1 do artigo 1º dos Estatutos da ANACOM, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março.

<sup>36</sup> A mais recente Diretiva da União (Diretiva 2018/1972, do Parlamento e do Conselho, de 11/12/2018), que aprova o *Código Europeu de Comunicações Eletrónicas* (CECE), ainda não foi transposta para a ordem jurídica nacional, apesar de o prazo de transposição se esgotar a 21 de dezembro de 2020.

*fiscalização e de sanção de infrações respeitantes às atividades económicas dos sectores privado, público, cooperativo e social, designadamente:*

*a) Fazer cumprir as leis, os regulamentos e os atos de direito da União Europeia aplicáveis;*

*b) Fixar ou colaborar na fixação de taxas, tarifas e preços a praticar no respetivo sector regulado;*

*c) **Fixar as regras de acesso à atividade económica regulada, nos casos e nos termos previstos na lei;***

*d) **Assegurar, nas atividades baseadas em redes, o acesso equitativo e não discriminatório às mesmas por parte dos vários operadores, nos termos previstos na lei;***

*e) Garantir, nas atividades que prestam «serviços de interesse geral», as competentes «obrigações de serviço público» ou «obrigações de serviço universal»;*

*f) **Implementar as leis e demais regulamentos aplicáveis ao respetivo sector de atividade;***

*g) Verificar o cumprimento de deveres legais ou regulamentares a que se encontram sujeitos os destinatários das suas atividades;*

*h) Verificar o cumprimento de qualquer orientação ou determinação emitida pela entidade reguladora ou de qualquer outra obrigação relacionada com o respetivo sector de atividade;*

*i) Emitir ordens e instruções, conceder autorizações e aprovações ou homologações nos casos legalmente previstos.*

Em todos os casos, a lei-quadro faz sempre depender o exercício daqueles poderes daquilo que vier a ser definido nos respetivos estatutos da entidade reguladora em causa ou em outra lei, *não constituindo normas abertas de habilitação de poder discricionário, limitado somente pelos fins.*<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Sobre a ANACOM, em geral, e sobre as suas atribuições, em especial, ver, por todos, M. C. Cardona, *ob. cit.*, pp. 611 ss; N. Peres Alves, «Direito Administrativo das Telecomunicações», in P. Otero e P. Gonçalves (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Coimbra Almedina, 2011, pp. 283 ss; Tiago Bessa, «Regulação das comunicações eletrónicas», in C. Amado Gomes,

### **b) A gestão do espectro radioelétrico e a atribuição de frequências, em especial**

Embora não enunciada no elenco das atribuições da ANACOM constantes do preceito transcrito da LCE, uma das suas principais atribuições consiste na *gestão do espectro radioelétrico*, infraestrutura por onde passam as comunicações eletrónicas, através da emissão, transmissão e receção de voz, imagens ou dados, endereçados ou não. É essa atribuição que subjaz ao poder de «*atribuir, alterar e revogar direitos de utilização de frequências*», mencionado no art. 9º dos Estatutos da ANACOM, transcrito no capítulo seguinte.

A regulação desta atribuição da ANACOM consta em especial do cap. II do Título II da LCE (arts. 15º e seguintes) e do cap. III do título III (arts. 30º e seguintes) da mesma lei. Nos termos do art. 19º, nº 3, a utilização de frequências está sujeita ao regime de “autorização geral” (simples comunicação prévia) e depende, adicionalmente, da atribuição de direitos de utilização de frequências pela autoridade reguladora, nos casos e os termos previstos na lei. Ora, segundo o art. 15º, nº 4, «*compete à ARN [autoridade reguladora nacional] proceder à atribuição de espectro e à consignação de frequências, as quais obedecem a critérios objetivos, transparentes, não discriminatórios e de proporcionalidade*».

É de assinalar, portanto que, quanto à atribuição de frequências, *a lei estipula uma regra de não discriminação e em nenhum caso prevê ou deixa entender a possibilidade de reserva de frequência para qualquer operador ou categoria de operadores.*

### **c) A liberdade de oferta de redes e serviços**

Na primeira fase da liberalização das telecomunicações, ela começou por assentar na liberalização da prestação de serviços na base do direito de acesso de terceiros às redes do operador incumbente, garantida por lei e assegurada pela autoridade reguladora. Posteriormente, porém, o alargamento do mercado e evolução tecnológica trouxeram a possibilidade de *concorrência entre redes*.

A liberdade de estabelecimento de redes está sujeita ao regime de “autorização geral” (art. 19, nº 2), o qual, na verdade, não consubstancia nenhuma autorização administrativa em sentido próprio, mas somente uma obrigação de comunicação à autoridade reguladora (art. 21º).

Quanto à interligação e ao acesso a redes alheias, a lei estabelece, conforme o art. 22º, que «*constituem direitos das empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público (...) **negociar a interligação e obter o acesso ou a interligação de outras empresas que oferecem redes de comunicações públicas e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público nas condições e nos termos previstos na presente lei***», acrescentando ao art. 23º que «*não podem ser impostas restrições que impeçam empresas ou operadores de negociar entre si acordos sobre modalidades técnicas e comerciais de acesso e interligação relativas a redes e serviços não acessíveis ao público*».

É certo que o art. 63º admite que a autoridade reguladora possa «*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***». Todavia, tratando-se manifestamente de uma ingerência na propriedade dos operadores das redes, uma tal medida, para além da prova da sua adequação para obtenção dos objetivos indicados, através da competente “análise de mercado” nos termos do art. 55º, deve igualmente observar um teste de necessidade e de proporcionalidade, para efeitos do art. 18º da CRP. Cumpre sublinhar que, entre as condições requeridas por lei para a imposição de obrigações regulatórias específicas, se inclui a de ela não «*originar uma **discriminação indevida relativamente a qualquer entidade***» [al. c) do nº 3 do art. 55º], o que acontecerá necessariamente se as obrigações de acesso a redes de outros operadores forem essencialmente assimétricas.

Hoje, portanto, a LCE garante o direito à criação de redes por parte dos diferentes operadores, assim como a liberdade de acordar na interligação de redes ou de negociar o acesso a outras redes, pelo que é opção de cada operador e prestador de serviços dispor ou não de rede própria. E, embora, continuando a garantir a interconexão das redes, a lei deixou de prever um direito geral de acesso a redes

alheias, sem prejuízo do seu estabelecimento por via contratual ou por via de decisão da autoridade reguladora, nas estritas condições enunciadas.

## **2.2. Poderes administrativos da ANACOM**

### **2.2.1. Os poderes em geral**

No que concerne à definição dos poderes da ANACOM, estipula o n.º 1 do artigo 9º dos respetivos Estatutos:

*Para prosseguir as suas atribuições, a ANACOM dispõe de poderes de regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatórios, nos termos da legislação aplicável, cabendo-lhe nomeadamente:*

*a) Impor obrigações específicas, designadamente às empresas que declare com poder de mercado significativo e impor obrigações aos prestadores de serviço universal;*

*b) Atribuir, alterar e revogar **direitos de utilização de frequências e de números**;*

*c) Emitir declarações e títulos de exercício da atividade, efetuar registos de prestadores de serviços e manter, atualizar e divulgar os registos das entidades sujeitas à sua regulação;*

*d) Emitir, no âmbito das infraestruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações, conjuntos de edifícios (ITUR) e edifícios (ITED), títulos profissionais de projetista e instalador, bem como certificar entidades formadoras de projetistas e instaladores;*

*e) Prestar informação, orientação e apoio aos consumidores e demais utilizadores finais, cooperando reciprocamente com a Direção-Geral do Consumidor e com outras entidades relevantes no âmbito da proteção dos consumidores, na promoção dos seus direitos e interesses no sector das comunicações;*

*f) Implementar as leis e os regulamentos, bem como os atos da União Europeia aplicáveis ao sector das comunicações;*

*g) Verificar o cumprimento das leis, dos regulamentos e dos demais atos a que se encontram sujeitos os destinatários da sua atividade;*

*h) Verificar o cumprimento de qualquer orientação ou determinação por si emitida, ou de qualquer outra obrigação relacionada com o sector das comunicações;*

*i) Monitorizar a atividade das entidades sujeitas à sua supervisão e o funcionamento dos mercados das comunicações;*

*j) Inspeccionar, regularmente, os registos das queixas e reclamações dos consumidores e demais utilizadores finais apresentadas às entidades destinatárias da sua atividade, as quais devem preservar adequados registos das mesmas;*

*k) Apreciar as queixas ou reclamações dos consumidores e demais utilizadores finais de que tome conhecimento no exercício das suas funções e, nos casos em que esteja em causa o incumprimento de disposições cuja observância lhe caiba supervisionar, emitir recomendações ou determinar a adoção de medidas corretivas;*

*l) Determinar ou promover a realização de auditorias e proceder a inspeções e inquéritos;*

*m) Solicitar as informações que considere necessárias ao exercício das suas atribuições, nos termos da lei;*

*n) Fiscalizar o cumprimento das obrigações a que, nos termos da lei, regulamentos, demais normas aplicáveis e determinações por si emitidas, os destinatários da sua atividade se encontrem sujeitos;*

*o) Fiscalizar o cumprimento dos contratos que respeitem a obrigações de serviço universal ou de serviço público, quando aplicável;*

*p) Praticar todos os atos necessários ao processamento e punição das infrações às leis e os regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe compete, bem como as resultantes do incumprimento das suas determinações, incluindo, quando aplicável, adotar medidas cautelares, aplicar sanções, nomeadamente sanções pecuniárias compulsórias, e cobrar coimas.”*

Também aqui o exercício dos poderes da ANACOM é remetido, expressa ou implicitamente, para a pertinentes preceitos legais que os limitam.

### 2.2.2. Poderes regulamentares, em especial

Como já adiantámos atrás, as entidades reguladoras independentes são normalmente dotadas pela lei de extensos poderes normativos (incluindo regulamentos independentes), de poderes de polícia (fiscalização, supervisão) e de poderes sancionatórios.

Tal como as demais entidades reguladoras independentes, a ANACOM detém poderes normativos (regulamentação), executivos (supervisão) e sancionatórios, todos configurando o exercício de *poderes administrativos*, no exercício da *função administrativa*, estando nessa medida sujeita a todas as vinculações, constitucionais e legais, próprias do exercício da função administrativa, como vimos, em particular, quanto ao poder de emissão de regulamentos.

Quanto aos poderes regulamentares em especial, o n.º 2 do artigo 40º da LQER dispõe o seguinte:

*Nos termos e limites dos respetivos estatutos, compete ainda às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes de regulamentação, designadamente:*

*a) Elaborar e aprovar regulamentos e outras normas de carácter geral, instruções ou outras normas de carácter particular referidas a interesses, obrigações ou direitos das entidades ou atividades reguladas ou dos seus utilizadores;*

*b) Emitir recomendações e diretivas genéricas;*

*c) Propor e homologar códigos de conduta e manuais de boas práticas dos destinatários da respetiva atividade;*

*d) Pronunciarem-se, a pedido da Assembleia da República ou do Governo, sobre iniciativas legislativas ou outras relativas à regulação do respetivo sector de atividade;*

*e) Formular sugestões com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório.*

E o n.º 2 do artigo 9º dos seus Estatutos estabelece que a ANACOM:

*Elabora e aprova regulamentos nos casos previstos na lei e quando se mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições, bem como instruções ou outras normas de carácter particular referidas a interesses,*



*obrigações ou direitos das entidades ou atividades reguladas ou dos utilizadores.*

Tal como se havia advertido anteriormente, relativamente ao abandono do princípio da tipicidade do poder regulamentar quanto às ERI, também em relação à ANACOM se verifica que ela detém poderes regulamentares não somente nos casos específicos previstos na lei<sup>38</sup>, mas também por efeito de uma cláusula geral – «quando se mostram indispensáveis ao exercício das suas atribuições» –, o que lhe deixa uma grande margem de manobra quanto à utilização de instrumentos regulamentares, ainda que tendo de demonstrar a sua indispensabilidade<sup>39</sup>.

Dá-se aqui por reproduzido tudo o que acima se escreveu sobre a vinculação externa do poder regulamentar das ERI, que vale inteiramente para a ANACOM. Embora sendo escusado, os Estatutos reiteram o princípio de que «os regulamentos da ANACOM devem observar os princípios da legalidade, clareza e necessidade»<sup>40</sup>.

Não menos importante, importa recordar também que no exercício dos seus poderes, incluindo o poder regulamentar, a ANACOM está vinculada ao *princípio da especialidade*, pelo que não pode «exercer atividades ou usar os seus poderes fora do âmbito das suas atribuições nem afetar os seus recursos a finalidades diversas das que lhe estão cometidas»<sup>41</sup>.

### **2.3. A Resolução de Conselho de Ministros sobre as redes 5G**

Como se mostrou anteriormente, o “mandato” administrativo independente das ERI não cancela, antes pressupõe, o respeito pela política regulatória sectorial, que é da competência do Governo.

Conforme anuncia o próprio preâmbulo do Regulamento n.º 987-A/2020 da ANACOM, a sua aprovação foi precedida da **Resolução do Conselho de Ministros**

---

<sup>38</sup> O art. 125º da LCE contém um elenco das obrigações regulamentares específicas da ANACOM.

<sup>39</sup> Note-se que o recurso ao instrumento regulamentar implica a subordinação da ANACOM aos seus próprios regulamentos, eliminando ou estreitando a margem de discricionariedade conferida pela lei e conferindo previsibilidade à sua ação nos casos concretos abrangidos pelos regulamentos.

<sup>40</sup> Cfr. n.º 1 do artigo 10º dos Estatutos da ANACOM.

<sup>41</sup> Cfr. artigo 6º, n.º 2, dos Estatutos da ANACOM.

**n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro** (a partir daqui, *RCM*), que «*aprova a estratégia e calendarização da distribuição da quinta geração de comunicações móveis*»<sup>42</sup>.

Antes de abordar o sentido e o conteúdo desta *RCM*, importa clarificar a natureza constitucional deste instrumento do Governo.

**a) A RCM como ato de definição prévia da política sectorial relativa às redes de 5G**

Embora as resoluções do Conselho de Ministros incorporem por vezes atos regulamentares, tal não é o caso nesta ocorrência<sup>43</sup>. Na verdade, tudo aponta para a sua qualificação como *ato da função política*.

Efetivamente, são várias as razões que militam nesse sentido. Em primeiro lugar, ela visa expressamente definir a «*estratégia e calendarização da distribuição da quinta geração de comunicações móveis*»; em segundo lugar, não apresenta o formato “articulado” típico dos instrumentos normativos, nem o discurso verbal é próprio deles; em terceiro lugar, ela tem por destinatário direto a ANACOM, o que se não compatibiliza com um instrumento regulamentar, necessariamente de eficácia externa e de âmbito genérico quanto aos seus destinatários; por último, não há invocação da lei habilitante, o que seria imprescindível se se tratasse de um regulamento. Não estamos, portanto, perante um regulamento<sup>44</sup>.

Note-se, que, se a *RCM* fosse um regulamento, a ANACOM estava obrigada a cumpri-lo e executá-lo como parâmetro normativo. É certo que, como se referiu já, em consequência da sua independência face ao Governo, as ERI não estão, em princípio, vinculadas pelos regulamentos governamentais, nem o art. 143º do CPA sobre a invalidade dos regulamentos contempla a hipótese de violação de um regulamento governamental por regulamentos das entidades administrativas funcionais. Todavia, no caso das ERI em geral, a respetiva lei-quadro estipula

---

<sup>42</sup> Publicada na 1ª Série do *Diário da República* na referida data.

<sup>43</sup> Sobre a dupla funcionalidade das resoluções do CM na prática política ver, por exemplo, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *CRP Anotada, cit.*, vol. II, p. 466.

<sup>44</sup> A *RCM* invoca erradamente como credencial constitucional a al. g) do art. 199º da CRP, que diz respeito às competências administrativas do Governo; mas esse lapso não altera a sua natureza. Ao contrário dos regulamentos, que têm de indicar a sua habilitação legislativa, as resoluções políticas não têm de (embora devessem) indicar corretamente a sua habilitação constitucional.

explicitamente que lhes incumbe «*implementar as leis e demais regulamentos aplicáveis ao respetivo sector de atividade*» (al. f) do nº 1 do art. 40º).

No entanto, como vimos atrás, o facto de se tratar de um ato da função política não o torna menos vinculativo da ANACOM, como *limite externo ao seu poder como entidade administrativa*.

### **b) As opções políticas quanto às redes 5G**

O preâmbulo da Resolução estabelece o necessário contexto e define o objeto da Resolução:

*O espectro radioelétrico integra o domínio público do Estado e a definição da política de comunicações do país é da responsabilidade do Governo, competindo à Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) conduzir o procedimento de atribuição de licença de uso de espectro, em conformidade com aquela política de modo independente relativamente ao Governo, e de modo imparcial perante todos os interessados* (os sublinhados são acrescentados).

Prescindindo de reproduzir aqui os objetivos de cobertura e calendarização da implantação das redes 5G constantes da Resolução, importa sublinhar *três aspetos cruciais* no respetivo preâmbulo: (i) é ao Governo que cabe a definição da política nacional de comunicações e, nessa medida, compete-lhe, neste caso concreto, definir «*os objetivos e interesses do país*» no que se refere à 5ª geração de comunicações móveis; (ii) incumbe à ANACOM somente «*conduzir o procedimento de atribuição de licença de uso de espectro, em conformidade com aquela política*», o que exclui manifestamente a definição substantiva do respetivo mercado; (iii) o procedimento de atribuição de licenças de uso de espectro deve ser efetuado «*de modo imparcial perante todos os interessados*», ou seja, sem preferências nem discriminações entre eles, nomeadamente na atribuição de frequências.

A única derrogação desse princípio de igualdade de tratamento surge na al. b) do nº 1, quando a Resolução quando admite que a ANACOM, para garantir a implantação da rede 5G mediante “espetros contínuos”, possa «*incentivar [esse objetivo] pelas formas que entenda adequadas, designadamente através da atribuição de um coeficiente de majoração das ofertas realizadas para um*

*conjunto mínimo de lotes que permita ao ofertante beneficiar da largura de espectro contínuo previsto na mesma alínea».*

Sem prejuízo do que com maior detalhe se explicará adiante, os contornos da definição da política para o sector de telecomunicações constantes da RCM constituem “linhas vermelhas” da atuação administrativa da ANACOM. Enquanto entidade que exerce uma função exclusivamente administrativa, a sua atuação não pode contrariar aquela definição, nem pode adotar linhas de ação diferentes que, ainda que compatíveis, não tenham sido previamente deliberadas pelo Governo. Se o fizer, invade a reserva constitucional da função política e, assim, viola o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade a que está sujeita na sua intervenção administrativa.

## **2.4. O regime de atribuição de frequências no Regulamento n.º 987-A/2020**

### **2.4.1. O regime legal do procedimento administrativo**

Aqui chegados, importa conhecer melhor o Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro, quanto às questões colocadas pela Consulente.

O citado regulamento, autodenominado «*Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direito de Utilização de Frequências nas faixas dos 700MHz, 900MHz, 1800MHz, 2,1GHz, 2,6GHz e 3,6GHz*», não se limita, porém, a estabelecer os procedimentos aplicáveis ao leilão e das condições a que ficam sujeitos os direitos de utilização de frequência atribuídos nas faixas em causa<sup>45</sup>.

Nos termos do referido preâmbulo, que acolhe o essencial da nota justificativa fundamentada previamente publicada pela ANACOM<sup>46</sup>, o Regulamento foi emitido no âmbito das *competências de gestão do espectro de radiofrequências* da ANACOM, nos termos dos n.ºs 5 e 6 do art. 30º da LCE. Todavia, ao enunciar as normas habilitantes para o exercício do poder regulamentar, o Regulamento invoca<sup>47</sup>,

---

<sup>45</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º1, do Regulamento.

<sup>46</sup> Disponível *online* em:

[https://www.anacom.pt/streaming/ProjetoRegulamentoLeilaodec06022020.pdf?contentId=1502098&field=ATTACHED\\_FILE](https://www.anacom.pt/streaming/ProjetoRegulamentoLeilaodec06022020.pdf?contentId=1502098&field=ATTACHED_FILE)

<sup>47</sup> Cfr. n.º 3 da *Nota Justificativa*.

não somente as competências legais relativas à gestão do espectro e à atribuição de frequências, *mas também várias outras sem relação direta com esse tema*, a saber, as competências previstas na *a)* do n.º 2 do artigo 9.º, no artigo 10.º e na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 26.º, todos dos seus Estatutos, assim como as competências que lhe estão cometidas nos termos do n.º 1 e 5 do artigo 5.º, n.º 3 do artigo 19.º, n.ºs 1, 3, 5, 7 e 8 do artigo 30.º e no artigo 31.º da Lei das Comunicações Eletrónicas<sup>48</sup>.

Deixando de lado as referidas normas do Estatutos – que têm a ver somente com a competência regulamentar da ANACOM e o respetivo procedimento –, importa passar em revista as normas invocadas da Lei das Comunicações Eletrónicas.

Assim, começando pelo n.º 1 e o n.º 5 do artigo 5º, essa preceito estabelece que:

*1 – Constituem objetivos de regulação das comunicações eletrónicas a prosseguir pela ARN:*

*a) Promover a concorrência na oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas, de recursos e serviços conexos;*

*b) Contribuir para o desenvolvimento do mercado interno da União Europeia;*

*c) Defender os interesses dos cidadãos, nos termos da presente lei.”*

(...)

*5. Para concretização dos objetivos referidos no n.º 1, em todas as decisões e medidas adotadas, a ARN deve aplicar princípios de regulação objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais, incumbindo-lhe nomeadamente:*

*a) Promover a previsibilidade da regulação, garantindo uma abordagem regulatória coerente e com períodos de revisão apropriados;*

*b) Assegurar que, em circunstâncias análogas, não haja discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas;*

---

<sup>48</sup> Aprovada pela Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro, com diversas alterações posteriores.

*c) Salvar a concorrência em benefício dos consumidores e promover, sempre que apropriado, a concorrência baseada nas infraestruturas;*

*d) Promover o investimento eficiente e a inovação em infraestruturas novas e melhoradas, designadamente garantindo **que qualquer obrigação de acesso tenha em devida conta o risco de investimento incorrido pelas empresas** e permitindo que acordos de cooperação entre estas e os requerentes de acesso diversifiquem o risco de investimento, assegurando, em simultâneo, **que a concorrência no mercado e o princípio da não discriminação são salvaguardados;***

*e) Considerar devidamente a variedade de condições existentes, no que se refere à concorrência e aos consumidores, nas diferentes áreas geográficas nacionais;*

*f) Impor obrigações de regulação ex ante apenas quando não exista uma concorrência efetiva e sustentável e atenuá-las ou suprimi-las logo que essa condição se verifique”.*

Por sua vez, o n.º 3 do artigo 19º dispõe que:

*3. A **utilização de números e frequências** está sujeita ao regime de autorização geral nos termos do número anterior e depende, adicionalmente, da **atribuição pela ARN de direitos de utilização**, em todos os casos para os números e a título excepcional para as frequências.*

Já o artigo 30º da Lei das Comunicações Eletrónicas dispõe, nos números invocados, que:

*1 – A **utilização de frequências** está dependente da **atribuição de direitos de utilização** apenas quando tal seja necessário para:*

*a) Evitar interferências prejudiciais;*

*b) Assegurar a qualidade técnica do serviço;*

*c) Salvar a utilização eficiente do espectro;*

*d) Realizar outros objetivos de interesse geral definidos na lei.*

*(...)*

*3 – Sem prejuízo dos critérios e procedimentos específicos para a atribuição de direitos de utilização de frequências aos operadores de*

*televisão e de distribuição e aos operadores de rádio, para alcançar objetivos de interesse geral, os direitos de utilização devem ser atribuídos através de procedimentos abertos, objetivos, transparentes, proporcionais, não discriminatórios e de acordo com o disposto no artigo 16.º-A.*

(...)

*5 – A atribuição de direitos de utilização de frequências pode decorrer no regime de acessibilidade plena ou estar sujeita a procedimentos de seleção por concorrência ou comparação, nomeadamente leilão ou concurso.*

(...)

*7 – Compete ao membro do Governo responsável pela área das comunicações aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências sempre que envolvam procedimentos de seleção concorrencial ou por comparação e se refiram a frequências acessíveis, pela primeira vez, no âmbito das comunicações eletrónicas ou, não o sendo, se destinem a ser utilizadas para novos serviços.*

*8 – Compete à ARN aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências nos casos não abrangidos pelo número anterior.*

Por último, o artigo 31º da mesma lei dispõe que:

*1 – A limitação do número de direitos de utilização a atribuir apenas é admissível quando tal seja necessário para garantir a utilização eficiente das frequências.*

*2 – Quando a ARN pretender limitar o número de direitos de utilização a atribuir, deve, nomeadamente, considerar a necessidade de maximizar os benefícios para os utilizadores e facilitar o desenvolvimento da concorrência.*

*3 – Nos casos previstos no número anterior, sem prejuízo de outras medidas que considere adequadas, deve a ARN:*

*a) Promover o procedimento geral de consulta previsto no artigo 8.º, ouvindo nomeadamente os utilizadores e consumidores;*

*b) Publicar uma decisão, devidamente fundamentada, de limitar o número de direitos de utilização a atribuir, definindo simultaneamente o procedimento de atribuição, o qual pode ser de acessibilidade plena ou de seleção por concorrência ou comparação, nomeadamente leilão ou concurso;*

*c) Dar início ao procedimento para apresentação de candidaturas a direitos de utilização nos termos definidos.*

**4 – Quando o número de direitos de utilização de frequências for limitado, os procedimentos e critérios de seleção devem ser objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais, devendo ter em conta os objetivos constantes do artigo 5.º, bem como o regime estabelecido no artigo 16.º-A.**

*5 – A ARN, periodicamente ou na sequência de um pedido razoável das entidades interessadas, deve rever a limitação do número de direitos de utilização nos termos dos artigos 16.º e 16.º-A e, sempre que concluir que podem ser atribuídos novos direitos de utilização, deve publicitar essa decisão e dar início ao procedimento para atribuição desses direitos nos termos do n.º 3.*

#### **2.4.2. Os privilégios concedidos aos novos entrantes**

Torna-se evidente que o Regulamento não se limita a estabelecer o procedimento concorrencial de atribuição de frequências, como reza o seu título, indo muito para além disso, no sentido de *configurar o mercado das telecomunicações de 5G*, incluindo a obrigação de partilha de redes de 5G e de gerações anteriores.

Quanto ao procedimento de atribuição das frequências, a ANACOM concluiu apropriadamente que *«um processo de seleção por concorrência, neste caso um leilão, se afigurava como o mais adequado para proceder à seleção das entidades às quais poderão ser atribuídos os correspondentes direitos de utilização de frequências»*.

Quanto ao mais, convém perceber as razões da ANACOM para ir além do procedimento.



De acordo com o citado Relatório, os interesses públicos por si prosseguidos na elaboração do Regulamento traduzem-se «na necessidade de **promover uma maior concorrência** no mercado das comunicações eletrónicas, de contribuir para que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade de serviço, de incentivar a utilização efetiva e eficiente do espectro, bem como de promover a coesão social e do território». Nessa medida, segundo alega, o Regulamento procura «um melhor equilíbrio entre a **garantia de condições de entrada no mercado de novas entidades**, que podem implementar novos modelos de negócio e ofertas mais diferenciadas, e o desenvolvimento das operações já existentes, procurando também um melhor equilíbrio entre a satisfação das necessidades de cobertura e de conectividade na generalidade do país e os compromissos de investimento exigidos às empresas [sublinhados acrescentados].

Por essa razão, considera a ANACOM ser «adequado e proporcional adotar um conjunto de medidas que considera ser da maior relevância para facilitar o surgimento e o desenvolvimento de novas operações, estabelecendo **a reserva de espectro para novos entrantes**, nas faixas dos 900 MHz – limitada a 2 x 5 MHz – e dos 1800 MHz, estabelecendo **obrigações de cobertura diferenciadas para essas empresas**, associadas à aquisição de espectro na faixa dos 700 MHz, e assegurando que os novos entrantes **beneficiam do acesso às redes dos operadores já instalados, independentemente da quantidade de espectro que adquiram**», ao que acresce o estabelecimento de «obrigações de **acesso à rede para operações móveis virtuais e de itinerância (roaming) nacional**, estas últimas com um limite temporal definido, sendo que em ambos os casos estas são impostas a operadores já detentores de direitos de utilização de frequências para faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres que adquiram determinadas quantidades de espectro».

Trata-se, no essencial, de medidas de suposta “discriminação positiva” de “novos entrantes”, alegadamente para promover maior concorrência no mercado. São várias as soluções preferenciais, cabendo destacar as mais importantes.

Em primeiro lugar, o artigo 16º do Regulamento estabelece uma fase inicial do leilão *exclusiva* para novos entrantes, tendo por objeto lotes das categorias B e D,

que lhes são reservados. Estes lotes só integrarão o leilão “geral” aberto aos operadores estabelecidos, caso não sejam adjudicados nesta fase restrita<sup>49</sup>.

Em segundo lugar, estipula o artigo 42º do Regulamento um conjunto de obrigações de cobertura para os adquirentes do espectro, incluindo a sua calendarização, *distinguindo, porém, substancialmente entre novos entrantes e atuais operadores quanto à cobertura geográfica e populacional e quanto ao calendário.*

Por fim, o Regulamento estabelece uma obrigação de os atuais operadores darem acesso aos novos entrantes quer às suas próprias redes 2G, 3G, 4G já existentes, quer às redes 5G que vierem a ser instaladas por efeito de adjudicações que ocorram neste leilão, através da celebração de *«acordos de itinerância (roaming) nacional com terceiros que à data de entrada em vigor do presente Regulamento não detenham direitos de utilização de frequências nas faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres e que, no termo do leilão, passem a deter direitos de utilização de frequências»*.<sup>50</sup>

Em suma, são três os *privilégios concedidas aos novos entrantes*: (i) reserva de frequências, que assim ficarão vedadas à candidatura de operadores; (ii) obrigação de cobertura de rede própria muito mais exígua do que a exigida aos demais operadores; (iii) direito potestativo de acesso às redes dos operadores preexistentes, independentemente da quantidade de espectro que adquiram e mesmo antes de instalarem a cobertura a que estão obrigados, o que quer dizer que passam a *poder prestar serviços em igualdade com os demais operadores mesmo sem terem ainda qualquer rede.*

São estas as normas do Regulamento que importa avaliar, enquanto fixam não somente as condições de acesso, mas também a organização do “mercado de 5G”, havendo que, de seguida, proceder à sua apreciação face às normas constitucionais e legais aplicáveis.

---

<sup>49</sup> Cfr. artigo 25º, n.º 1, do Regulamento.

<sup>50</sup> Cfr. al. b) do n.º 5 do artigo 45º do Regulamento.

## **2.5. Promoção da concorrência e tratamento privilegiado dos “novos entrantes”**

É manifestamente em nome da “promoção da concorrência” que a ANACOM procura fundamentar a ampliação do objeto do Regulamento e a enorme diferença de tratamento entre os novos entrantes e os operadores estabelecidos, não somente na repartição de frequências e obrigações de cobertura das suas redes, mas também, posteriormente, nas relações entre os operadores.

Ora, diferentemente da *defesa da concorrência* contra práticas anticoncorrenciais dos agentes económicos, de acordo com a Lei da Concorrência, que constitui incumbência da Autoridade da Concorrência, a *promoção da concorrência* nos sectores regulados supõe medidas ativas das autoridades reguladoras para estabelecer ou reforçar a concorrência lá onde ela não existe ou é deficitária. Ora, assim entendida, a adoção de medidas de promoção da concorrência exige duas condições: (i) a demonstração de que existe défice de concorrência no mercado em causa e que as medidas adotadas são aptas para a reforçar e (ii) a existência de base legal bastante para a sua adoção, sempre que elas afetem, como é o caso, a liberdade de ação e os interesses legítimos dos agentes económicos. Deixando de lado a primeira condição – não sem anotar que os operadores denunciaram a falta da respetiva demonstração pela ANACOM –, importa verificar a segunda, ou seja, a da base legal.

De facto, a ANACOM invoca dois preceitos legislativos que lhe atribuem a competência de promoção da concorrência. São eles a al. a) do n.º 1 do art. 8º dos Estatutos e a al. a) do n.º 1 do art. 5º da LCE. Importa verificar se estes preceitos dão cobertura às medidas discriminatórias tomadas pela ANACOM no Regulamento, ou se o seu reclamado poder discricionário tem limites, e quais.

### **a) Fundamento legal improcedente**

Antes de mais, cumpre sublinhar que os referidos preceitos não podem ser lidos isoladamente. Assim, quanto à al. a) do n.º 1 do art. 5º da LCE, não se pode omitir, como fez convenientemente a ANACOM, que essa competência de promoção da concorrência *só pode ser exercida de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo*, que diz o seguinte:

1 – (...)

2 – *Para efeitos do disposto na alínea a) do número anterior [promoção da concorrência], incumbe à ARN, nomeadamente:*

a) *Assegurar que os utilizadores, incluindo os utilizadores com deficiência, os utilizadores idosos e os utilizadores com necessidades sociais especiais, obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade;*

b) *Assegurar a inexistência de distorções ou entraves à concorrência no sector das comunicações eletrónicas, incluindo no âmbito das redes e serviços de comunicações eletrónicas utilizados para a prestação dos serviços referidos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 2.º;*

c) *(Revogada.)*

d) *Incentivar uma utilização efetiva e assegurar uma gestão eficiente das frequências e dos recursos de numeração.*

É patente que este preceito não faz *nenhuma referência expressa ou implícita a medidas de reserva e de exclusão no acesso dos operadores às frequências*. Sendo certo que o advérbio “nomeadamente” deixa margem para outras medidas, além das indicadas, não é de crer, porém, que o legislador tivesse omitido uma medida tão grave e intrusiva e inovadora no mercado, se a quisesse admitir. *Quem pode o menos não pode o mais.*

Já a norma dos Estatutos da ANACOM sobre a “promoção da concorrência” [al. a) do n.º 1 do art. 8º] não enuncia as medidas que a podem efetivar, mas o proémio do referido preceito diz explicitamente que as atribuições nele anunciadas são para serem exercidas «*nos termos da legislação aplicável*», pelo que uma interpretação sistemática, tendo em conta a consistência do sistema regulatório das telecomunicações, leva a aplicar, por remissão, a norma transcrita do nº 2 do art. 5º da LCE.

Impõe-se, portanto, a conclusão de que tais normas legais *não conferem à ANACOM “mão livre” na seleção das medidas de “promoção da concorrência” e não dão nenhuma guarida, expressa ou implícita, à medida extraordinária de reserva e de exclusão de acesso ao espectro por parte dos operadores, nem aos demais privilégios dos novos entrantes.*

Não se chega a resultado diferente, alisando as demais normas da LCE invocadas no Regulamento, acima transcritas. Também nenhuma delas sugere sequer as hipóteses de reserva de frequências ou de tratamento diferencial quanto à cobertura das redes, muito menos de um subsequente direito de acesso a redes alheias. Pelo contrário: a explícita e reiterada garantia de um *tratamento não discriminatório* (nº 5 do art. 15º, nº 3 do art. 30º e nº 4 do art. 31º) impõe que tais hipóteses sejam de todo excluídas, mesmo quando algumas formulações genéricas e indefinidas pudessem deixar alguma margem para outra interpretação (como poderia ser o caso do nº 2 do art. 31º, logo contraditado, porém, pelo nº 5 do mesmo artigo).

### **b) Incompatibilidade com a RCM**

Em segundo lugar, a ANACOM extrapolou manifestamente o objetivo legal do Regulamento, que se devia limitar a regular o *procedimento* de atribuição de frequências e o modo concorrencial escolhido (o leilão), tal como resultava explicitamente da RCM. Mas a ANACOM foi muito além disso, estabelecendo também as *regras de funcionamento e a organização do mercado de 5G*, afastando-se da natureza essencialmente técnica das suas atribuições e invadindo, por isso ,a reserva de função política do Governo.

Há aqui, portanto, uma manifestação de *desvio de poder administrativo*, na medida em que o órgão administrativo aproveitou um regulamento que legalmente tinha um fim bem identificado (regular o procedimento administrativo para a concessão de licenças de uso do espectro) para prosseguir um fim diferente (definir a configuração do mercado de telecomunicações de 5G).

Torna-se evidente que a opção de fundo quanto à preferência dos novos entrantes não encontra nenhum fundamento na RCM, que definiu politicamente a «*estratégia*» para as redes 5G e que não prevê nenhuma “discriminação positiva” para novos entrantes. Aliás, a ANACOM nem sequer faz menção de a ter seguido.

Com efeito, no relatório que acompanha o Regulamento, a entidade reguladora limita-se a dizer que «*teve ainda em consideração os objetivos e finalidades nacionais relativamente à disponibilização em Portugal das novas redes móveis em quinta geração de comunicações móveis (5G) enunciados na Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro, que aprovou a estratégia e calendarização da distribuição da quinta geração de comunicações móveis*»,

acrescentando que «o conjunto de obrigações delineado no Regulamento **teve na máxima conta** as metas estratégicas identificadas na referida Resolução do Conselho de Ministros, considerando também as valorações e ponderações que cabem à ANACOM no domínio da gestão de espectro e na prossecução dos princípios regulatórios que lhe estão cometidos por lei» [sublinhados acrescentados].

É manifesto que ao ter “em consideração” e “na máxima conta” a RCM fica bem longe do seu exato cumprimento. De resto, esse afastamento da ANACOM não se limitou aos privilégios dos novos entrantes, ocorrendo também quanto aos objetivos de cobertura populacional e territorial das redes de 5G, tema que, porém não esta em causa neste parecer, mas confirma a “liberdade” com que a ANACOM se permite não seguir a Resolução. Em qualquer caso, a principal inovação regulatória do Regulamento não tem nenhum arrimo na RCM, pelo contrário.

Que não há a mínima sugestão desse objetivo na RCM, é óbvio. A *noção de “novos entrantes”* nem sequer consta da Resolução (nem das leis vigentes), sendo um invenção jurídica da ANACOM. Mas, além disso, os documentos de acesso público enviados pela Consulente revelam que medidas discriminatórias desse teor estavam nos antípodas da vontade do Governo. De facto, primeiro em declarações na comissão parlamentar competente e depois num artigo de imprensa especializada, o ex-membro da ANACOM e ex-secretário de Estado do pelouro, Alberto Souto Miranda, provável autor material da RCM, veio escrever o seguinte num periódico económico, o *Jornal de Negócios*, numa espécie de “interpretação autêntica” da RCM<sup>51</sup>:

«[Impõe-se], a criação de **condições de igualdade no acesso ao espectro** para potenciais novos entrantes. **Discriminações positivas para novos operadores não fazem sentido**, já que podem beneficiar grupos estrangeiros mais poderosos financeiramente, sem que nenhuma garantia de redução de preços ao consumidor possa ser dada» [sublinhado acrescentado].

---

<sup>51</sup> Disponível online: <https://www.jornaldenegocios.pt/opiniao/colunistas/detalhe/a-estrategia-nacional-para-o-5g---pos-covid>. A mesma posição já tinha sido defendida pelo mesmo autor, ainda enquanto secretário de Estado, em declarações sobre o tema perante a comissão parlamentar competente.

Não se podia ser mais explícito sobre o sentido da decisão política do Governo acerca do assunto e o afastamento da principal opção da ANACOM na organização do mercado das comunicações eletrónicas de 5G.

### **c) Confronto com a lei e a Constituição**

Aos argumentos aduzidos contra a preferência dada aos novos entrantes no Regulamento da ANACOM acresce um outro, ainda mais decisivo. É que as medidas em causa importam (i) uma manifesta derrogação do princípio da igualdade e imparcialidade da Administração e (ii) a restrição de direitos fundamentais sujeitos ao regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias, as quais, mesmo que fossem constitucionalmente lícitas quanto ao fundo (ponto que se deixa aqui em aberto) carecem, porém, de credencial legislativa, não podendo ser adotadas pela Administração por seu livre alvedrio.

É o que se vai mostrar de seguida.

## **2.6. O tratamento preferencial de novos entrantes e os princípios da igualdade e da imparcialidade**

Sem base legal específica, o tratamento preferencial conferido pelo Regulamento aos novos entrantes face aos operadores em atividade – quer na atribuição de frequências quer depois –, derroga manifestamente o princípio constitucional da igualdade (art. 13º da CRP), que não vincula somente o legislador, mas também expressamente a Administração, como decorre do art 266º da CRP, segundo o qual «*os órgãos e agentes administrativos (...) devem atuar nos exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade (...), [e] da imparcialidade (...)*». Os mesmos princípios são adotados como princípios gerais de Direito administrativo no capítulo introdutório do CPA, respetivamente no art. 6º (princípio da igualdade) e no art. 9º (princípio da imparcialidade).

É certo que, como ensina a doutrina, o princípio da igualdade pode exigir, por parte do legislador e da Administração, o tratamento diferenciado de situações desiguais, incluindo mesmo soluções de “discriminação positiva”, sempre que seja necessário realizar a “igualdade de resultados” e não somente a “igualdade de direito” (como sucede hoje em dia com a promoção da igualdade de género). Mas

para que o possam fazer, torna-se necessário demonstrar que as situações são diferentes e que necessitam de tratamento diferenciado, e ainda mais quando se trate de “discriminação positiva”); e no caso da Administração, ela precisa de uma clara habilitação legislativa para proceder a tais derrogações, sobretudo quando elas se traduzam na restrição de direitos fundamentais de terceiros. Ora, no caso concreto, nem a ANACOM se deu ao trabalho de mostrar porque é que os novos entrantes precisam de tratamento diferenciado – podendo obviamente ser operadores tanto ou mais poderosos economicamente do que os operadores já instalados –, nem invocou a necessária habilitação legal para proceder a essa operação de alegada “discriminação positiva”.

Não se trata somente de não existir, na lei ou na RCM, como se mostrou, nenhuma sugestão de tratamento preferencial ou de “discriminação positiva” dos novos entrantes. O que é fácil de mostrar é a profusão de normas em sentido contrário, enfatizando os *princípios da igualdade e não discriminação e da imparcialidade* no tratamento dos operadores no mercado de telecomunicações, em geral, e no acesso ao espectro radioelétrico, em especial.

Começando pela RCM, já se viu acima que ela estabelece que no procedimento de atribuição de licenças de uso de espectro, a ANACOM deve atuar «*de modo imparcial perante todos os interessados*».

No caso da LQER, estipula a al. d) do art do n.º 1 do artigo 40º que lhe cabe «*assegurar, nas atividades baseadas em redes, o acesso equitativo e não discriminatório às mesmas por parte dos vários operadores, nos termos previstos na lei*».

Por fim, como já se referiu, são abundantes os comandos da Lei das Comunicações Eletrónicas no sentido do tratamento não discriminatório dos operadores de serviços de telecomunicações (cfr. especialmente artigos 5º e 30º do referido diploma).

Impõe-se, portanto, a conclusão de que, ao dar preferência aos novos entrantes no acesso ao espectro radioelétrico, ao abrigo de uma pretensa “discriminação positiva” sem nenhuma justificação, e ao privilegiá-los no que respeita à cobertura das redes de 5G e quanto ao acesso potestativo às redes dos outros operadores, o Regulamento da ANACOM *infringe gravemente os princípios*



*constitucionais e legais da igualdade e da imparcialidade* que vinculam diretamente a Administração em geral e a ANACOM em particular.

## **2.7. A restrição da liberdade de empresa e do direito de propriedade dos atuais operadores**

### **2.7.1. Proteção constitucional dos dois direitos**

As medidas de alegada “discriminação positiva” de novos entrantes plasmadas no Regulamento são medidas que indisputavelmente provocam, quando aos demais operadores, restrições à liberdade de empresa constitucionalmente consagrada no artigo 61.º da CRP e ao direito de propriedade privada constitucionalmente consagrado no artigo 62º da CRP.

Com efeito, é patente que, ao vedar à partida o acesso dos operadores em atividade a um segmento de um leilão de frequências, tornando-o exclusivo de um outro conjunto de empresas, se está a restringir o exercício da atividade daqueles, impedindo-os de investir nesse segmento. Por outro lado, ao estabelecer diferentes obrigações de cobertura para diferentes tipos de empresa, afeta-se igualmente a liberdade de empresa daquelas a quem são dirigidas as obrigações mais exigentes, impondo uma desigualdade que afeta o normal “*level playing field*” do mercado, em prejuízo do desempenho e dos proveitos dos operadores discriminados. Por fim, ao impor a um certo grupo de empresas a obrigação de ceder o acesso às suas redes, mesmo se remunerado, a outras empresas, em condições assaz assimétricas, compromete-se também o direito de propriedade daquelas às suas redes, que comporta o direito de explorar o seu investimento em exclusivo, prevalecendo-se das suas eventuais vantagens competitivas.

O que o regulador está a dizer é que os novos entrantes, apesar das exíguas obrigações de investimento que lhes são requeridas, podem passar a usar imediatamente as redes dos operadores existentes em todo o território, sem reciprocidade, em todas as tecnologias, a preços estabelecido por ele, regulador, por 10 anos, renováveis, em condições também por ele definidas, tudo isto sem base em qualquer estudo da necessidade dessa medida e dos seus impactos sobre o mercado e sobre o desempenho económico os operadores.

Vejamos melhor cada um destes direitos e o seu grau de proteção pela Constituição.

Estabelece o n.º 1 do artigo 61.º da CRP:

*A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.*

O direito à livre iniciativa económica privada – ou liberdade de empresa, *tout court*<sup>52</sup> — é um direito fundamental, incluído no *bill of rights* constitucional. À liberdade de iniciativa económica privada (abreviadamente, liberdade de empresa) é comumente atribuída uma dupla dimensão: ela compreende, por um lado, a liberdade de iniciar uma atividade económica (liberdade de criação de empresas, “liberdade de entrada” ou liberdade de investimento) e, por outro lado, também inclui a liberdade de organização, de gestão e de atividade da empresa (liberdade de ação empresarial)<sup>53</sup>.

Tratando-se de um direito de liberdade, a liberdade de empresa é essencialmente um “direito negativo”, ou seja, um direito à não interferência do Estado, defendendo a liberdade individual contra o poder político ou administrativo. Todavia, tal como as demais liberdades, a liberdade de iniciativa privada impõe ao Estado não somente a obrigação de a respeitar, não criando obstáculos constitucionalmente indevidos (abstenção de proibições ou de restrições constitucionalmente ilícitas), mas também a obrigação positiva de a proteger contra terceiros, nomeadamente pela defesa ativa da concorrência contra cartéis e abusos de poder de mercado por parte de outras empresas. Na verdade, a defesa da concorrência é, antes de mais, uma expressão do direito das empresas à proteção do Estado contra os atentados de terceiros à sua liberdade de empresa.

---

<sup>52</sup> No entanto, Sousa Franco considerava que a identificação dos conceitos de iniciativa económica privada e liberdade de empresa nem sempre é correta, uma vez que «*a iniciativa económica abrange todas as formas de produção individuais ou coletivas, e as empresas são apenas formas de organização como características substancial e forma (jurídica) de índole capitalista, normalmente contempladas, como objeto principal ou exclusivo, pelo direito comercial*» – Cfr. “Nota sobre o princípio da liberdade económica”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 355, 1986, p. 21.

<sup>53</sup> Ver Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, cit., I vol., 4ª edição revista, 2007, comentário ao art. 61.º, p. 790, e Acórdão n.º 249/90 do Tribunal Constitucional. No mesmo sentido, mas com uma sistematização um pouco diferente: Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, 3ª edição, pp. 154 e ss; e M. M. Leitão Marques, M. Eduarda Gonçalves e A. Carlos dos Santos, *Direito Económico*, 4ª edição, Coimbra, 2001, pp. 45 ss.

Já o artigo 62º da CRP estabelece que:

*A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.*

Tradicionalmente, são quatro as componentes do âmbito do direito de propriedade: (i) liberdade de adquirir bens; (ii) liberdade de usar e fruir dos bens de que se é proprietário, nomeadamente para efeitos de exploração económica; (iii) liberdade de não os transmitir ou de não os partilhar; (iv) direito a não ser privado deles, salvo por motivo de utilidade pública e contra indemnização<sup>54</sup>. Como é evidente, nesse núcleo de proteção há de caber o direito a não ceder a utilização a terceiros, mesmo que só partilhada, como sucede na constituição de obrigações de acesso às redes dos operadores existentes por novos entrantes.

Como se mostrou antes, a liberdade de empresa e o direito de propriedade, sendo consagrados como direitos fundamentais, não fazem parte, porém, do catálogo formal de “direitos, liberdades e garantias” enunciados no título II da Parte I da Constituição, estando antes inseridos no título III, referente aos “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”. É, todavia, unânime a doutrina e a jurisprudência, no sentido de que tais direitos gozam do regime jurídico-constitucional dos direitos, liberdades e garantias, estabelecido designadamente no art. 18º da CRP, por se tratar de *direitos fundamentais análogos*, nos termos do art. 17º, consideração que advém do facto de se tratar igualmente de direitos essencialmente negativos ou de defesa<sup>55</sup>. Assim, respeitando este critério, consideram-se direitos fundamentais de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, entre outros<sup>56</sup>, o direito à iniciativa privada e o direito de propriedade privada.

À face da CRP, é claro que a liberdade de empresa e o direito de propriedade, tal como muitos outros direitos fundamentais, não são direitos absolutos, podendo ser objeto de limites e restrições mais ou menos extensos e intensos. Com efeito, «*é a própria Constituição que admite a possibilidade de a lei vedar a atividade às empresas*

---

<sup>54</sup> Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada, cit.*, I vol., 4ª edição revista, 2007, comentário ao art. 62.º, p. 802.

<sup>55</sup> Ver, por todos, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.* I vol. p. 326. No mesmo sentido, ver o Acórdão n.º 289/04 do Tribunal Constitucional.

<sup>56</sup> Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV p. 141 e ss., que apresenta um elenco alargado; e também, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 194.

*privadas ou outras entidades da mesma natureza em determinados sectores básicos, não estando a lei impedida de estabelecer outros limites à liberdade de criação de empresas*”<sup>57</sup>. Também é a Constituição que admite a nacionalização de empresas privadas, passando a ser objeto de apropriação pública. Estando constitucionalmente previstas medidas tão radicais, compreende-se que sejam constitucionalmente admissíveis restrições legais menos lesivas, que não ponham em causa o núcleo essencial da propriedade privada (art. 18º-3 da CRP). Ou seja, tratando-se de um direito que é exercido «*nos quadros definidos pela Constituição e pela lei*», fica reservada uma «*ampla margem para a delimitação e configuração legislativa*»<sup>58</sup>.

Em qualquer caso, de acordo com o regime previsto no citado artigo 18.º da CRP, as limitações e restrições eventualmente estabelecidas por lei para os direitos, liberdades e garantias e direitos equiparados terão de passar os testes da *necessidade*, da *proporcionalidade* e da *adequação* ao fim visado pela restrição e de respeitar a *conteúdo essencial* do direito fundamental em causa, não podendo traduzir-se na sua aniquilação. Com efeito, nos termos do n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da CRP:

2. A *lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições **limitar-se ao necessário** para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

3. *As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a **extensão e o alcance do conteúdo essencial** dos preceitos constitucionais.*

Por conseguinte, embora o regime dos direitos, liberdades e garantias admita a possibilidade de restrições por via legislativa, a Constituição submete essas restrições a diversos e severos requisitos de índole material e formal, plasmados nos n.º 2 e 3 do art. 18.º (os quais, na expressão de Gomes Canotilho seriam «*os limites dos limites*”<sup>59</sup>).

---

<sup>57</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, vol. II, p. 790.

<sup>58</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, vol. II, p. 790.

<sup>59</sup> J. J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, pág. 423

### 2.7.2. A desproteção desses dois direitos pelo Regulamento

Importa verificar se os privilégios conferidos aos novos entrantes no Regulamento da ANACOM afetam a liberdade de empresa e o direito de propriedade dos operadores já instalados, entre os quais a Consulente.

Quanto à liberdade de empresa, parece evidente que ela não é salvaguardada quando num procedimento de atribuição de frequências se reserva um quinhão a alguns concorrentes, vedando o acesso aos demais. Os operadores preexistentes no mercado de comunicações eletrónicas ficam impedidos de concorrer, sendo-lhes restringida a correspondente margem de investimento nas suas redes e nos seus serviços.

Quanto ao direito de propriedade, afigura-se igualmente manifesto que o direito “potestativo” de acesso às redes alheias por parte dos novos entrantes, sem reciprocidade (porque existe antes mesmo de os novos entrantes terem feito qualquer o investimento) e em termos enormemente assimétricos (dada a grande diferença de cobertura de rede e de investimentos), lesa profundamente o direito dos operadores já estabelecidos a fruírem adequadamente dos proveitos dos seus investimentos, em vez de terem de os partilhar por operadores que ainda não fizeram qualquer investimento ou que só estão obrigados a realizar investimentos incomparavelmente menores.

Com efeito, no regime proposto pela ANACOM, os novos entrantes têm o direito ao *roaming* nas redes existentes logo a partir do momento em que as licenças 5G são atribuídas aos atuais operadores (artigo 45.º, n.º 2, do Regulamento), mas só têm que realizar as (exíguas) obrigações de investimento de que depende esse direito no prazo de 3 e 6 anos a partir da celebração do acordo de *roaming* (artigo 45.º, n.º 8, do Regulamento). Isto é, durante os três anos iniciais podem, sem qualquer investimento próprio, usar as redes 2G, 3G e 4G alheias (assim como as novas redes 5G, quando venham a ser instaladas, e na parte em que o estiverem), enquanto nesses mesmos três anos iniciais os atuais operadores ainda estão sujeitos aos impactos dos investimentos pretéritos e já estão a mobilizar recursos para a instalação da rede de 5G.

Nem se argumente que nenhum prejuízo existe, visto que o acesso “forçado” às redes alheias é necessariamente remunerado pelos beneficiários, mediante

“tarifas” fixadas por acordo entre os próprios operadores ou, na falta dele, por decisão da autoridade reguladora. Na verdade, para além de postergar a liberdade de contrato e de partilha de utilização, a cedência forçada, nas condições assimétricas assinaladas, importa a aniquilação do “direito” à diferenciação de serviços originada na detenção da rede, pois *a sua disponibilização a terceiros permite a estes oferecer aos utilizadores serviços em tudo idênticos aos dos donos das redes, eliminando a vantagem competitiva originada no seu investimento* (e que é, aliás, um dos incentivos ao investimento).

Por isso, mesmo admitindo que a referida remuneração venha a ser fixada em montante razoável, ela não é suscetível de assegurar um *level playing field*, pois, enquanto os donos das redes têm de recuperar o investimento e os respetivos impactos, os novos entrantes não estão sujeitos ao impacto do investimento intensivo inicial e poderão, em consequência, oferecer preços mais baixos (além de possíveis razões de especulação financeira, através da rápida valorização das suas empresas, para as alienarem a curto prazo).

Acresce que os novos entrantes podem usar seletivamente as redes de 2G, 3G e 4G dos atuais operadores, escolhendo os locais ou zonas em que a rede de cada um deles tem melhor cobertura ou melhor qualidade, enquanto os atuais operadores estão limitados a usar as respetivas redes, com as insuficiências que possam ter. Portanto, os atuais operadores diferenciam-se em função dos investimentos feitos nas respetivas redes, ao passo que os novos operadores irão *dispor de uma “super-rede” com o melhor do investimento de cada um dos atuais operadores, com a correspondente vantagem competitiva ilegítima, sem terem realizado qualquer investimento, ou seja, à custa dos investimentos alheios.*

É evidente, portanto, o potencial de desvalorização de ativos e da rentabilidade dos investimentos dos operadores já estabelecidos, que o regime proposto no Regulamento da ANACOM gera, lesando gravemente o seu direito de propriedade.

### **3. A invalidade do Regulamento da ANACOM**

#### **3.1. Fundamentos da invalidade do Regulamento**

Feito o enquadramento jurídico-constitucional do caso e analisadas e caracterizadas as normas do Regulamento assinaladas na Consulta, é tempo de aferir se o mesmo se conforma com o “bloco de juridicidade” a que está vinculado nos termos da Constituição e da lei. A nossa resposta, como se tem deixado subentendido em várias passagens, é que existe uma *multímota desconformidade*. Vejamos porquê.

##### **a) A questão da competência para a emissão do Regulamento**

Apesar de não ter sido suscitada na Consulta, a primeira questão sobre a legitimidade do Regulamento em apreciação diz respeito à competência para a sua emissão. Na verdade, em derrogação da regra geral da competência regulamentar das ERI, a LCE parece excepcionar explicitamente os regulamentos sobre a atribuição concorrencial de frequências.

Trata-se do nº 7 do art. 30º da LCE, já reproduzido anteriormente, que confere *ao membro do Governo competente* o poder para a aprovação dos «*regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências sempre que envolvam procedimentos de seleção concorrencial ou por comparação e se refiram a frequências acessíveis, pela primeira vez, no âmbito das comunicações eletrónicas ou, não o sendo, se destinem a ser utilizadas para novos serviços*». Portanto, a competência regulamentar da ANACOM só existe *fora destas situações*.

É certo que, como se viu, esta norma figura entre os fundamentos legais invocados pelo Regulamento em causa, o que parece significar que a ANACOM não o considerou obstáculo à assunção da competência para o emitir. E é igualmente evidente que na sua Resolução o Governo confiou expressamente a emissão desse Regulamento à ANACOM. E, por último, o facto de essa questão não estar suscitada na Consulta parece revelar que os operadores não viram nisso um problema sério (pelo menos em comparação com os que invocaram).

Juridicamente, porém, as coisas não são assim tão simples. De duas, uma: (i) ou a norma legal referida não abrange a *fattispecie* desde Regulamento da ANACOM, e o problema não existe; ou (ii) abarca-a, e então não se vê como se pode fugir à questão da incompetência absoluta da ANACOM para emitir o Regulamento, sendo evidente que nem ela pode avocar tal competência contra lei expressa, nem o Governo lha poderia delegar por via de resolução do CM, mas somente por via legislativa.

A chave de solução da questão está na parte final do citado preceito legal, segundo o qual a reserva de competência regulamentar para o Governo só vale para as seguintes duas hipóteses: (i) tratar-se de «*frequências acessíveis, pela primeira vez, no âmbito das comunicações eletrónicas*», ou que (ii), «*não o sendo, se destinem a ser utilizadas para novos serviços*». Numa leitura “leiga” destas fórmulas, parece óbvio que a atribuição de frequências das redes de 5G cai numa dessas duas hipóteses, nomeadamente na segunda («*novos serviços*»). Mas, admitindo que uma leitura técnica conduza a outra conclusão, é prudente deixar a questão jurídica em aberto, tanto mais que ela não se torna necessária para decidir sobre a legitimidade constitucional e legal do Regulamento. Mas era obrigatório suscitá-la.

### **b) Violação da reserva constitucional da função política**

Tal como adiantámos atrás, a competência para definir a política de telecomunicações insere-se na função política constitucionalmente reservada ao Governo, ou seja, para a definição da *política regulatória* na área das telecomunicações. Nessa medida, está excluída da função administrativa qualquer ato que viole a definição política emitida pelo Governo, ou que proceda *ex novo* à definição política em alguma matéria.

Ora, como já se referiu várias vezes, o Regulamento em apreciação, na parte em que extravasou da regulação do procedimento administrativo de atribuição das licenças de utilização do espectro e se dedicou a definir a *configuração do mercado das redes de 5G*, através da preferência dada aos novos entrantes, abandonou a natureza essencialmente técnica da administração regulatória e entrou decididamente no espaço das opções políticas que só o Governo poderia tomar, por implicar a *ponderação e a arbitragem política de interesses coletivos e de direitos individuais*, que somente um órgão dotado de legitimidade política e politicamente responsável



pode efetuar, estando fora do mandato administrativo de uma instituição ”não maioritária”.

Esta invasão da esfera política pelo poder administrativo, neste caso por uma autoridade reguladora independente, levanta objeções constitucionais, desde logo ao nível do princípio da separação de poderes, traduzindo-se numa verdadeira *usurpação de poderes*. Entre nós, a afirmação constitucional do princípio da separação de poderes – entre o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial – resulta, desde logo, do teor do artigo 2.º do CRP, como componente explícita do Estado de direito. Por sua vez, o n.º 1 do seu artigo 111.º da CRP determina que «[o]s órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição»<sup>60</sup>.

Na perspetiva clássica (Locke, Montesquieu), o princípio da separação de poderes tinha a ver, antes de mais, com a reserva do poder legislativo à assembleia representativa (pelo menos no que respeita à garantia da liberdade individual e da propriedade) e com a atribuição ao Governo do poder (e obrigação) de aplicar as leis, não devendo o legislador invadir esse poder e ficando submetido às leis. Como ensinou Locke, «quem faz as leis não as deve executar» e vice-versa<sup>61</sup>. Tal como o poder executivo não pode legislar, salvo quando constitucionalmente autorizado, também o poder legislativo não deve poder substituir-se ao poder executivo na prática de atos de tipo governativo.

É claro, porém, que hoje em dia estes limites não são absolutamente rígidos. Reconhecendo-se uma «*progressiva diluição de fronteiras entre as áreas do legislativo e do executivo, haver-se-á de convir que há um limite para além do qual a*

---

<sup>60</sup> Na arquitetura da CRP, o Presidente da República, como órgão de soberania *a se*, não integra nenhum dos poderes clássicos, designadamente o poder executivo, sendo titular, além da função representativa, de um poder independente de supervisão e garantia do «*regular funcionamento das instituições democráticas*» (CRP, art. 123º).

<sup>61</sup> Sobre o princípio constitucional da separação de poderes ver, por todos, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., vol. I, , anotação ao art. 2º e vol. II, Coimbra, 2010, anotação ao art. 111º; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., tomo I, anotação ao art. 2º e tomo II, anotação ao art. 111º; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra, 2004, pp. 250 ss;; Vital Moreira, *Sebenta de Direito Constitucional*, Universidade Lusíada Norte, Porto, 2015/16, pp. 478 ss; J. Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra,

*afirmação da interdependência se não justificará, sob pena de perda de racionalidade relativamente à organização do Estado de direito, tal como seja o 'núcleo essencial' e caracterizador de cada um dos poderes”* <sup>62</sup>.

Assim, como escrevemos antes, «*a nenhum órgão de soberania podem ser reconhecidas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais específica e principalmente atribuídas a outro órgão*», o que determina a existência de um núcleo essencial que, conseqüentemente, não pode aniquilado. O que significa que «*nenhum dos órgãos de soberania pode intrometer-se no núcleo essencial das funções pertencentes a outro órgão*»<sup>63</sup>, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

Estas conclusões valem igualmente para a relação entre função política e função administrativa dentro do “poder executivo”, onde a definição de fronteiras é ainda mais exigente no nosso sistema constitucional, dada a insindicabilidade judicial (pelo menos direta) dos atos políticos e o intenso controlo judicial dos atos e regulamentos administrativos. E torna-se ainda mais imperiosa, como se assinalou antes, *quando a função administrativa é conferida a órgãos dotados de independência face ao Governo*.

No caso concreto, a delimitação apresenta-se *prima facie* fácil de efetuar, pois a função política, ou seja, a definição da política de telecomunicações em Portugal foi efetivamente exercida pelo Governo, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro. Por outro lado, é igualmente evidente, como se viu atrás, que o Regulamento 987-A/2020, de 5 de novembro, *desrespeita o conteúdo da Resolução* – ou seja, a opção política ali expressa –, que não permite nem legitima nenhum tratamento discriminatório dos concorrentes/operadores, antes mandando tratá-los de modo *imparcial*<sup>64</sup>. Nessa medida, a ANACOM não tinha credencial constitucional para criar novos objetivos ou pressupostos à definição da política de telecomunicações, nomeadamente quanto ao acesso ao espectro

---

2004, pp. 24 ss e 34 ss; Nuno Piçarra, *A Separação de poderes na doutrina e como princípio constitucional*, Coimbra, 1988.

<sup>62</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 214/2011, de 16/05/2011.

<sup>63</sup> Gomes Canotilho Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada, cit.*, vol. I, 4, pp. 46 e 47.

<sup>64</sup> Cfr. Preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros, acima transcrito (*supra*, 2.3.).

radioelétrico, estando-lhe vedado esse tipo de definição no âmbito do procedimento administrativo do leilão.

De resto, é a própria ANACOM a “denunciar” o incumprimento da RCM, quando no preâmbulo do seu Regulamento declara que se limitou a «*tomá-la em consideração*». Ora, “tomar em consideração” fica bem aquém de “cumprir”, “seguir” ou “respeitar”.

O desrespeito da política regulatória definida pelo Governo e a criação de nova opção política pelo Regulamento viola o princípio constitucional da separação entre a função política e a função administrativa, mas também o princípio da legalidade a que está sujeita toda a atividade administrativa, vinculando-a a agir «*em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins*” (n.º 1 do artigo 3º do CPA). Viola ainda o artigo 6º e artigo 10º dos Estatutos da ANACOM, sobre o *princípio da especialidade*, que a obriga a não exceder as suas atribuições e a vincular-se ao princípio da legalidade.

Ora, nos termos do artigo 143º n.º 1 do CPA, «*são inválidos os regulamentos que sejam desconformes com a Constituição, a lei e os princípios gerais de direito administrativo ou que infrinjam normas de direito internacional ou de direito da União Europeia*», invalidade que, conforme demonstrado, se verifica no caso concreto quanto à sua desconformidade com a Constituição e com a lei e, logo, com o princípio da legalidade, enquanto princípio geral da atividade administrativa.

### **c) Falta de credencial legislativa para as medidas de alegada promoção da concorrência**

É em nome da “promoção da concorrência” – que constitui tarefa da ANACOM, segundo os preceitos legais acima referidos – que a autoridade reguladora tenta justificar as medidas de intervenção ativa na configuração do mercado, através da preferência dada a novos entrantes no acesso ao espectro radioelétrico, no regime da implantação e de utilização das redes e no direito a partilhar as redes dos operadores concorrentes.

Deixando de lado a questão de saber se tais medidas “voluntaristas” e intrusivas eram necessárias e adequadas para promover a concorrência (que as peças do procedimento administrativo não permitem confirmar), a verdade é que elas

sempre precisariam de estar previstas, ou ao menos autorizadas, por lei. Ora, como e mostrou acima, *nenhuma das normas legais invocadas menciona tal tipo de medidas*.

É certo que o tratamento preferencial de novos entrantes é agora admitido no art. 52º do novo *Código de Comunicações Eletrónicas* da União Europeia (CECE), tal como aprovado pela Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018. Todavia, para além de o CECE ainda não estar em vigor entre nós – por a Diretiva não ter sido ainda transposta para a ordem jurídica portuguesa –, a verdade é que *nem essa abertura legislativa poderia salvar as medidas extremas adotadas no Regulamento da ANACOM*, quer por que ela não autoriza privilégios com a extensão adotada no Regulamento, quer sobretudo porque uma tal derrogação da regra da igualdade pressupõe uma prévia análise de mercado, a que a ANACOM não procedeu.

Com efeito, estabelece o nº 2 do referido art. 52º do CECE:

*As autoridades reguladoras nacionais e outras autoridades competentes, tendo em conta as condições de mercado e os parâmetros de referência disponíveis, baseiam as suas decisões numa avaliação objetiva e prospetiva das condições de concorrência do mercado, da necessidade das referidas medidas para manter ou alcançar uma concorrência efetiva e dos efeitos prováveis dessas medidas a nível dos investimentos existentes e futuros do participantes no mercado, em especial para a disponibilização de redes. Ao fazê-lo, têm em conta a abordagem à análise de mercado prevista no artigo 67.º, n.º 2 [sublinhado acrescentado].*

E a «análise de mercado» referida na parte final do preceito transcrito, tem de obedecer aos exigentes requisitos estabelecidos no nº 2 do referido art. 67º:

*2. Se uma autoridade reguladora nacional proceder a uma análise nos termos do n.º 1 [análise de mercado], deve ter em conta a evolução da situação numa perspetiva a mais longo prazo, na ausência de regulação imposta com base no presente artigo nesse mercado relevante, tendo igualmente em conta tudo o seguinte:*

*a) Uma evolução do mercado que afete a probabilidade de o mercado relevante vir a evoluir para a concorrência efetiva;*

*b) Todas as pressões concorrenciais relevantes, a nível grossista e retalhista, independentemente do facto de as fontes dessas pressões serem consideradas redes de comunicações eletrónicas, serviços de comunicações eletrónicas, ou outros tipos de serviços ou aplicações equivalentes da perspetiva do utilizador final, e independentemente do facto de as referidas pressões fazerem parte do mercado relevante;*

*c) Outros tipos de regulação ou medidas impostas que afetem o mercado relevante ou o(s) mercado(s) retalhista(s) conexos(s) durante o período em causa, incluindo, sem quaisquer limitações, as obrigações impostas nos termos dos artigos 44.º, 60.º e 61.º; e*

*d) A regulação imposta noutros mercados relevantes nos termos do presente artigo [sublinhado acrescentado].*

Torna-se evidente que neste procedimento regulatório a ANACOM ficou muito longe de satisfazer algo de parecido com a abrangente, profunda e prospetiva *análise de mercado* que o CECE impõe como *condição técnica de medidas ativas de promoção da concorrência* por parte da autoridade reguladora competente. Por conseguinte, mesmo se a Diretiva CECE já tivesse sido transposta e estivesse em vigor entre nós, passaria a haver a base legal que hoje falta para este tipo de medidas ativas de promoção da concorrência, mas a ANACOM precisaria de preencher precipuamente as respetivas condições legais – o que não é o caso. *O ativismo regulatório não serve para suprir as necessárias condições legislativas e técnicas.*

#### ***d) Desvio aos princípios da igualdade e da imparcialidade***

A natureza genérica das leis e dos regulamentos, sem destinatários determinados nem determináveis, é em si mesma uma manifestação do princípio da igualdade, não permitindo excluir ninguém do seu âmbito normativo. A lei é geral é aplicável por igual a todos os cidadãos elegíveis pelo seu “programa normativo”. Desde a sua origem, em contraponto às desigualdades perante a lei no “Antigo regime”, o princípio do Estado de direito estipula que todos os cidadãos são *iguais perante a lei*, expressamente erigido em princípio constitucional fundamental (CRP,

art. 13º)<sup>65</sup>. O que não significa, pelo contrário, que o princípio da igualdade não possa exigir que situações materialmente diferentes sejam tratadas de forma diferente, nem que não sejam mesmo admissíveis medidas de “ação positiva” em relação a grupos económica ou socialmente discriminados, como meio para alcançar uma igualdade efetiva e real.

Conforme estavelmente resulta da jurisprudência do Tribunal Constitucional, serão «*censuradas, com fundamento em lesão do princípio da igualdade, as escolhas de regime feitas pelo legislador ordinário naqueles casos em que se prove que delas resultam diferenças de tratamento entre as pessoas que não encontrem justificação em fundamentos razoáveis, perceptíveis ou inteligíveis, tendo em conta os fins constitucionais que, com a medida da diferença, se prosseguem*» – cfr. Acórdão n.º 47/2010.

Mesmo admitindo, que situações diferentes podem reclamar tratamento diferente, sempre era preciso (i) provar que essa situação ocorria no caso do concurso de atribuição de frequências (o que não foi feito pela ANACOM) e (ii) mostrar a existência de uma habilitação legal para proceder a essa discriminação.

Ora, nenhuma lei existe que confira à ANACOM a credencial necessária para proceder à introdução de uma disciplina jurídica que contenha medidas de privilégio para os novos entrantes e de discriminação contra os operadores já estabelecidos no mercado de telecomunicações. Nem se diga que, por se tratar de um regulamento independente, tal credencial está dispensada. Como se mostrou, as entidades administrativas independentes não podem exercer competências regulamentares em matérias de reserva da lei, desde logo pela razão lógica de que, no quadro constitucional vigente, *não se pode permitir Administração independente o que se proíbe ao Governo*.

---

<sup>65</sup> Sobre o princípio da igualdade ver, por todos, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada, cit.*, vol. I, anotação ao art. 13º; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada, cit.*, tomo I, anotação ao art. 13º. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição, cit.*, pp. 426 ss;; Vital Moreira, *Sebenta de Direito Constitucional, cit.*, pp. 307 ss; J. Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa, cit.*, pp. 101 ss; Maria Lúcia Amaral, «O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Guedes*, Coimbra, 2004.

Sucede, porém, que tanto a RCM como a Lei das Comunicações Eletrónicas e os Estatutos da ANACOM insistem reiteradamente no respeito pelos princípios da igualdade e não discriminação e da imparcialidade quanto ao tratamento dos operadores, quer na atribuição de frequências, quer no acesso a redes.. Assim, quanto à atribuição de frequências, os preceitos do nº 5 do art. 15º, do nº 3 do art. 30º e do nº 4 do art. 31º da LCE são decisivos, ao determinarem todos eles a utilização de *critérios não discriminatórios na atribuição de espectro e na consignação de frequências* – o contrário do que estabelece o Regulamento. Do mesmo modo, também quanto às obrigações relativas ao acesso a redes alheias, o art. 77º da LCE impõe igualmente a utilização de critérios não discriminatórios.

Nessa medida, ao impor reservas de atribuição de frequências e obrigações assimétricas (ou mesmo iníquas) de acesso a redes, a ANACOM não atuou apenas sem lei, mas sim *contra legem*, violando o princípio da legalidade da Administração.

#### ***e) Medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias à margem da Constituição***

O quarto vício verificado decorre de, devendo as alegadas “medidas de discriminação positiva” a novos entrantes atrás descritas ser caracterizadas como restritivas de direitos análogos a direitos, liberdades e garantias – concretamente a liberdade de empresa e direito de propriedade –, elas não serem conformes com a Constituição.

Em primeiro lugar, verifica-se igualmente a *ausência da necessária habilitação legislativa para estabelecer tais restrições*. Com efeito, atingindo tais medidas o “programa normativo” dos direitos em causa, quanto ao seu âmbito subjetivo e objetivo, as restrições careceriam de ser aprovadas ou autorizadas por lei parlamentar ou decreto-lei autorizado [artigos 18º, nº 2 e 165º, n.º 1, al. c) da CRP].

Ora, nenhum preceito legislativo existe (nem nos seus Estatutos, nem na Lei das Comunicações Eletrónicas) que confira à ANACOM a credencial necessária para proceder à introdução de uma disciplina jurídica que contenha as medidas de “discriminação positiva” propostas de novos entrantes no mercado de 5G – que, na verdade se revelam verdadeiros privilégios –, com a sua repercussão direta na restrição daqueles dois direitos fundamentais.

Nem se diga de novo que, por se tratar de um regulamento independente, tal credencial está dispensada. As entidades administrativas independentes não podem exercer competências regulamentares em matérias de reserva da lei, desde logo pela razão lógica de que, no quadro constitucional vigente, *não se deve permitir à Administração independente o que se proíbe ao Governo.*

Nessa medida, inexistindo credencial legislativa específica, a ANACOM atuou sem base legal, invadindo ou infringindo a esfera de atribuições do legislador [artigo 161º, n.º 2, al. a) do CPA].

Acresce que, pelo menos no caso da restrição do direito de propriedade, a restrição em causa também *não passa o teste da proporcionalidade* imposto pelo art. 18º-2 da CRP, tal é profundidade da lesão dos interesses dos operadores estabelecidos, quando comparada com as problemáticas vantagens para a concorrência alegadamente conseguidas pela medida em causa. De facto, é a própria LCE que no seu art. 77º, nº 4, impõe expressamente um juízo de proporcionalidade na imposição de obrigação de acesso às redes. Ora, *não se vê como é que a radical obrigação imposta no Regulamento obedece a qualquer critério de proporcionalidade.*

### **3.2. O regime legal de declaração de invalidade de regulamentos administrativos**

Por fim, concluindo pela existência de vícios que provocam a invalidade do regulamento, resta determinar como pode tal invalidade ser “atacada” na nossa ordem jurídico-administrativa.

Nos termos do artigo 144º do CPA, há desde logo a via administrativa:

*1 – A invalidade do regulamento pode ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser declarada pelos órgãos administrativos competentes, sem prejuízo do disposto no número seguinte.*

*2 – (...).*



Quando a norma transcrita se refere a “*órgãos administrativos competentes*” (n.º 1), está a referir-se apenas ao próprio órgão que emanou o regulamento ou a órgão que exerça funções de controlo sobre o primeiro e tenha poder de revogação<sup>66</sup>, pelo que fica excluída a possibilidade de o Governo proceder a tal declaração. Daqui decorre que, tratando-se de um Regulamento emitido por uma entidade administrativa independente, não sujeita a poder de direção, tutela ou superintendência do Governo, a declaração administrativa de invalidade do mesmo apenas poderia ser tomada pela própria entidade administrativa emissora do Regulamento, o que no caso concreto, de nada vale.

Resta, por isso, a via judicial, por via de ação para impugnação de normas com vista à declaração de ilegalidade, nos termos dos artigos 72.º e ss. do CPTA<sup>67</sup>.

Apesar de as normas em causa poderem ser impugnadas e declaradas nulas a todo o tempo, com efeitos desde a data da emissão do regulamento [*rectius*, da sua entrada em vigor] (cfr. artigo 144.º, n.º 3 do CPA), parece evidente que a sua aplicação ao procedimento em curso de atribuição de licenças de utilização de frequências para as redes 5G consumaria irremediavelmente a lesão dos direitos e interesses legítimos dos operadores discriminados, assim como a distorção do mercado de telecomunicações quanto às redes de 5G. Por isso, compreende-se e justifica-se o interesse da Consulente na suspensão cautelar da aplicação das referidas normas.

---

<sup>66</sup> Cfr. Cfr. A. R. Gonçalves Moniz, «Os regulamentos administrativos na revisão do CPA», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, p. 37.

<sup>67</sup> Sobre o regime processual ver por último, A. R. Gonçalves Moniz, «O controlo judicial do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto», in C. A. Gomes, A. .F. Neves e T. Serrão (coord), *ob. cit.*, pp. 493 ss.

## **4. Conclusões**

Importa coligir sumariamente as conclusões apuradas ao longo do texto, que são as seguintes, agrupadas por temas:

### **I. Sobre a ANACOM como entidade reguladora do mercado de telecomunicações**

1. A ANACOM é a entidade reguladora nacional do mercado de telecomunicações, no contexto da “economia de mercado regulada” e do “mercado interno” da União Europeia, ambos baseados na liberdade de prestação de serviços e na concorrência;

2. A existência de sectores especialmente regulados por entidades reguladoras dedicadas, tal como as telecomunicações, visa responder a uma das seguintes preocupações: (i) garantir a concorrência lá onde existem “falhas de mercado” (monopólios naturais, externalidades, etc.) ou outras limitações especiais ao funcionamento da concorrência e (ii) assegurar o acesso universal, em contexto de mercado, aos serviços constitucional ou politicamente considerados como “serviços de interesse económico geral” (SIEG);

3. No caso dos serviços baseados em infraestruturas que, por natureza ou razões económicas ou ambientais, não sejam replicáveis, em geral juridicamente qualificados como bens do domínio público (como sucede entre nós com os espectro radioelétrico), a solução regulatória consiste, por via de regra, em separar a gestão da infraestrutura e os serviços que a utilizam e assegurar um acesso não discriminatório dos prestadores de serviços à referida infraestrutura, sendo essa uma das principais tarefas das entidades reguladoras dos respetivo sector, como é o caso da ANACOM;

4. Ainda no que se refere à garantia da concorrência, o regime regulatório das telecomunicações decorrente do direito da UE e da legislação nacional (concretamente a LCE) prevê medidas especiais para as empresas com “poder de mercado significativo” (PMS), independentemente de “abuso de posição dominante”,

sendo a sua aplicação também da responsabilidade das entidades reguladoras , no caso português da ANACOM.

## **II. Sobre a natureza estritamente administrativa da ANACOM**

1. A ANACOM é uma pessoa coletiva pública de natureza institucional (instituto público em sentido amplo) integrada na Administração pública do Estado;

2. A ANACOM tem por missão o desempenho da dimensão administrativa da regulação das telecomunicações eletrónicas (e postais);

3. A ANACOM é uma entidade (ou autoridade) reguladora independente nos termos e para os efeitos da LQER;

4. Sendo independente no exercício dos seus poderes administrativos, a ANACOM está imune aos poderes de superintendência e de tutela administrativa do Governo, ressalvadas as derrogações legais, pelo que exerce livremente os poderes discricionários que lhe são conferidos por lei, sem controlo externo (salvo o controlo judicial sobre o *desvio de poder*).

## **III. Sobre os limites da independência da ANACOM**

1. Embora independente do Governo, a regulação pública da economia mantém-se uma tarefa do Estado, integrando, portanto, a *Administração do Estado* e sendo ainda, nesse sentido, uma administração “indireta” do Estado, em sentido amplo, e não uma administração separada e autónoma do Estado, como a das autarquias locais;

2. Decorre enfaticamente da Constituição a separação entre funções políticas (a cargo do Governo) e a função administrativa, a cargo da Administração Pública;

3. Sendo uma autoridade administrativa independente, a ANACOM está, porém, limitada, quer pelas atribuições e poderes definidos na lei (designadamente nos seus estatutos e na Lei das Comunicações Eletrónicas), quer pelas opções de política regulatória cuja definição cabe ao Governo, nos termos constitucionais, sob pena de atuação *ultra vires*, num e noutro caso;

4. De facto, não tendo as ERI legitimidade política própria, nem respondendo politicamente perante o Governo (e através dele, perante o Parlamento), a ANACOM

não pode invadir a esfera de decisão governamental da política sectorial de telecomunicações nem afastar-se da que tenha sido definida pelo Governo;

5. Por isso, a *administração regulatória* a cargo da ANACOM está vinculada à *política regulatória* sobre as telecomunicações, tal como definida pelo Governo.

#### **IV. Sobre o poder regulamentar da ANACOM**

1. Tal como as demais ERI, a ANACOM é legalmente dotada de poderes regulamentares, incluindo um poder regulamentar genérico, sempre que necessário para o desempenho das suas atribuições;

2. Tal como os regulamentos administrativos em geral, também os regulamentos das autoridades reguladoras independentes estão sujeitos ao princípio da legalidade, em sentido amplo, como é próprio de um Estado direito constitucional;

3. Assim, designadamente, esses regulamentos têm, desde logo, de satisfazer os seguintes requisitos:

- caberem dentro do exercício da função administrativa e dentro das atribuições da respetiva entidade administrativa;
- disporem de habilitação legislativa;
- serem emitidos pela entidade e pelo órgão administrativo competentes;
- não invadirem a reserva de lei material tal como definida pela Constituição;
- observarem o procedimento regulamentar, e eventualmente a forma, previstos no CPA e na LQER;

4. Além disso, quanto ao seu conteúdo normativo, os regulamentos estão sujeitos aos parâmetros normativos derivados do direito da UE, da Constituição, das leis e princípios gerais de direitos administrativo, não podendo ser incompatíveis com eles;

5. No que respeita em especial ao parâmetro constitucional, os regulamentos da ANACOM têm de observar, entre outros, o princípio da igualdade (CRP, art, 13º e 266º-2), o princípio da imparcialidade administrativa (CRP; art. 266º-2), aliás replicados ao nível legislativo, assim como as regras constitucionais sobre a restrição de direitos, liberdades e garantias (ou direitos fundamentais análogos), nos termos dos arts. 17º e 18º da CRP.

## **V. Sobre a invalidade das normas em causa do Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro da ANACOM**

1. Na medida em que se afastam deliberadamente do disposto na RCM n.º 7-A/2020 – que definiu as opções políticas quanto às telecomunicações de 5G –, as normas regulamentares em causa invadem a esfera de decisão política do Governo (*política regulatória*), pelo que não constituem exercício da função administrativa (*administração regulatória*);

2. Mesmo que fossem exercício de poder administrativo, não resulta provado que a competência regulamentar neste caso caiba à ANACOM e não ao Governo, atendendo ao disposto no n.º 4 do art. 35.º da LCE;

3. Em todo o caso, ao estabelecerem inovatoriamente um regime de preferência para os novos entrantes no acesso às redes de 5G (lotes reservados, acesso potestativo a todas as redes dos demais operadores, mesmo sem investimento em rede própria), as normas regulamentares em causa carecem de base legal, porque nenhuma norma legal em vigor as contempla.

4. O objetivo legal de “promoção da concorrência”, com que a ANACOM pretende fundamentar tais medidas, não lhe confere um poder discricionário *ad libitum*, pois a lei é clara no sentido de enunciar as medidas adequadas para esse efeito, onde não se conta essa medida radical de tratamento privilegiado aos novos entrantes;

5. É certo que o novo Código Europeu de Comunicações Eletrónicas (CECE), aprovado pela Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2018, do Parlamento Europeu e do Conselho, prevê a possibilidade de estabelecimento de tratamento preferencial de novos entrantes no acesso às redes de telecomunicações; todavia: (i) o CECE ainda não está em vigor em Portugal, por a Diretiva não ter sido ainda transposta legislativamente, pelo que continua a faltar a necessária credencial legislativa para adotar tal medida; (ii) o CECE estabelece, como requisito para essa preferência, uma exigente e profunda análise de mercado, incluindo quanto ao impacto de tal medida, o que não foi feito, nem de perto nem de longe, pela ANACOM no caso do seu Regulamento sobre as redes 5G; (iii) o alcance da preferência no CECE é muito menos drástico do que o dos privilégios outorgados aos novos entrantes no Regulamento da ANACOM;

6. Ao outorgar tais privilégios aos novos entrantes, designadamente a cativação de uma parte do espectro disponibilizado para as redes de 5G, sem justificação bastante para a diferença de tratamento e, sobretudo, sem credencial legal para o fazer (e, pelo contrário, contra normas legais expressas), as normas em causa infringem os princípios constitucionais e legais da igualdade e da imparcialidade da Administração Pública;

7. Neste ponto, importa relevar que todas as normas legislativas pertinentes do regime regulatório das telecomunicações, assim como a RCM que definiu as opções políticas quanto às redes de 5G, defendem assertivamente os princípios da igualdade e não discriminação e da imparcialidade no tratamento dos operadores de redes de telecomunicações, sendo neste aspeto decisivos os preceitos nº 5 do art. 15º, do nº 3 do art. 30º e do nº 4 do art. 31º da LCE, ao determinarem todos eles a utilização de *critérios não discriminatórios na atribuição de espectro e na consignação de frequências* –, o contrário do que estabelece o Regulamento; portanto, a ANACOM não se limitou a atuar sem lei, mas sim *contra lei*;

8. O mesmo vale para as obrigações relativas ao acesso a redes de outros operadores previstas no Regulamento, as quais, segundo o art. 77º, nº 4, da LCE, deviam ser *não discriminatórias* quanto aos destinatários e *proporcionais* quanto ao seu alcance, não sendo, porém, nem uma coisa nem outra no regime do Regulamento, como se mostrou;

9. Sendo a liberdade de entrada no mercado e a liberdade de criação de redes de telecomunicações um princípio básico do regime europeu e nacional das telecomunicações, a exclusão de todos os operadores, salvo os novos entrantes, do acesso a uma faixa do espectro radioelétrico disponibilizado para as redes de 5G constitui uma patente limitação da liberdade de empresa (nas dimensões da liberdade de entrada e liberdade de investimento), constitucionalmente reconhecida e garantido no art. 61º da CRP, porquanto, mesmo que fosse devidamente justificada (o que não é o caso), só poderia ser estabelecida pela ANACOM, se houvesse a necessária autorização legislativa, para a restrição daquela liberdade constitucional, através de lei parlamentar ou decreto-lei autorizado, nos termos dos arts. 18º, nº 2 e 165º, nº 1, al. b), da CRP;

**10.** Do mesmo modo, ao estabelecer o acesso potestativo dos novos entrantes às redes dos demais operadores (quer da rede de 5G, quer das de gerações anteriores), permitindo-lhes usufruir e tirar proveito do maciço investimento que elas representam, à custa da perda de proveitos dos investidores – mesmo que a troco de uma remuneração a ser fixada em última instância pela autoridade reguladora, que nada garante não venha a ser novamente enviesada a favor dos novos entrantes e que em qualquer caso não pode compensar a perda da vantagem competitiva dos investimentos feitos –, as normas em causa configuram uma espécie de expropriação parcial de investimentos alheios, consubstanciando por isso uma *caracterizada restrição do direito de propriedade* constitucionalmente reconhecido e garantido no art. 62º da CRP;

**11.** Com efeito, embora o direito de propriedade possa ser objeto de restrição, as medidas restritivas, ainda que autorizadas por lei, só são lícitas se passarem os “testes” da necessidade, da proporcionalidade e da adequação (cfr. art. 18º, nº 2, da CRP), o que no caso não ocorre, dado o facto de os novos entrantes, apesar do pequeno investimento que lhes é exigido, passarem a ter um “direito potestativo” ao uso de todas as redes dos concorrentes, assim desvalorizando os seus ativos e lesando fundamentalmente o seu direito à valorização dos seus volumosos investimentos;

**12.** Em resumo, são inválidas, por ilegalidade e/ou inconstitucionalidade, nos termos vistos, as normas em causa, designadamente as dos arts. 16º, 25º, 42º e 45º do Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro, da ANACOM.

Tal é o meu parecer, s. m. o.

Coimbra, 18 de dezembro de 2020

(Vital Moreira)

(Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, jubilado, e da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada – Norte, Porto)

## Índice

Parecer .....	1
Introdução .....	1
1. Consulta .....	1
2. Enquadramento e delimitação do objeto do parecer .....	7
1. Enquadramento jurídico-constitucional .....	10
1.1. O “Estado regulador” e a regulação sectorial .....	10
1.1.1. Fundamentos do “Estado regulador” .....	10
1.1.2. A regulação sectorial .....	12
1.2. Justificação da regulação independente .....	13
1.3. “Política regulatória” e “administração regulatória” .....	17
1.4. A falta de legitimidade democrática e irresponsabilidade política das ERI .....	19
1.5. A reserva constitucional da função política para o Governo .....	21
1.6. Os regulamentos das ERI, os seus limites e a sua vinculação à Constituição e à lei ...	23
1.6.1. Limites ao âmbito do poder regulamentar .....	23
1.6.2. Vinculação dos regulamentos das ERI .....	24
1.7. O princípio da legalidade administrativa e a invalidade dos regulamentos das ERI ...	28
2. O Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro, da ANACOM .....	34
2.1. Atribuições da ANACOM .....	34
2.2. Poderes administrativos da ANACOM .....	38
2.2.1. Os poderes em geral .....	38
2.2.2. Poderes regulamentares, em especial .....	40
2.3. A Resolução de Conselho de Ministros sobre as redes 5G .....	41
2.4. O regime de atribuição de frequências no Regulamento n.º 987-A/2020 .....	44
2.4.1. O regime legal do procedimento administrativo .....	44
2.4.2. Os privilégios concedidos aos novos entrantes .....	48
2.5. Promoção da concorrência e tratamento privilegiado dos “novos entrantes” .....	51
2.6. O tratamento preferencial de novos entrantes e os princípios da igualdade e da imparcialidade .....	55
2.7. A restrição da liberdade de empresa e do direito de propriedade dos atuais operadores .....	57
2.7.1. Proteção constitucional dos dois direitos .....	57



2.7.2. A desproteção desses dois direitos pelo Regulamento .....	61
3. A invalidade do Regulamento da ANACOM.....	63
3.1. Fundamentos da invalidade do Regulamento .....	63
3.2. O regime legal de declaração de invalidade de regulamentos administrativos .....	72
4. Conclusões.....	74
I. Sobre a ANACOM como entidade reguladora do mercado de telecomunicações .....	74
II. Sobre a natureza estritamente administrativa da ANACOM.....	75
III. Sobre os limites da independência da ANACOM .....	75
IV. Sobre o poder regulamentar da ANACOM .....	76
V. Sobre a invalidade das normas em causa do Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro da ANACOM.....	77