

Instalação de redes de comunicação electrónicas

Nuno Peres Alves

Advogado

1. O recente Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, vem apresentado no respectivo preâmbulo como a concretização legal das orientações estratégicas do Governo para o investimento em redes de comunicações electrónicas de nova geração (RNG).¹

E, na verdade, é a propósito da instalação de redes de fibra óptica, sobretudo ao nível da rede de acesso (incluindo o lacete local), que pela primeira vez é conformado pelo legislador o regime do acesso às infra-estruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações electrónicas e é definido o estatuto dominial destas infra-estruturas.

Interessa contudo notar, em primeiro lugar, que o diploma tem por objecto a construção e o acesso a infra-estruturas aptas ao alojamento de redes de *comunicações electrónicas* e não exclusivamente a redes de fibra óptica (cfr. artigo 1.º, n.º 1).

Se no plano das chamadas redes terrestres fixas (por oposição às redes sem fios) o caminho do presente e do futuro é trilhado em cabos de fibra óptica, o diploma aplica-se também à instalação e reparação de cabos de cobre ou coaxiais, e ainda a todos os elementos dos sistemas – como, por exemplo, as redes de satélites, redes móveis, redes de radiodifusão sonora e televisiva – que integram a noção de redes de comunicações electrónicas, oferecida na alínea q) do n.º 1 do artigo 3.º, a qual é idêntica à constante da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (“LCE”).

O diploma incide sobre três grandes temas das redes de comunicações electrónicas: **(i)** a construção de infra-estruturas aptas alojamento destas redes, **(ii)** o acesso a estas infra-

¹ O diploma foi objecto da Declaração de Rectificação n.º 43/2009 (*Diário da República*, 1ª série – n.º 121, de 25 de Junho de 2009). Salvo menção expressa em contrário, os artigos citados no texto são do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio.

estruturas (incluindo às já construídas) para instalação de redes, e (iii) a construção de infra-estruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações, conjuntos de edifícios e edifícios.

2. No que se refere à construção de infra-estruturas aptas ao alojamento das redes, para a economia deste texto interessa apenas realçar que o diploma regulamenta a atribuição dos direitos de passagem do domínio público, conferidos pela LCE, e redesenha o procedimento de comunicação prévia a que está sujeita a construção daquelas infra-estruturas, estabelecendo regras especiais face ao procedimento previsto nos artigos 35.º, 36.º e 36.º-A do regime jurídico da urbanização e edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.²

Por seu turno, quando a construção das infra-estruturas aptas ao alojamento de redes está inserida em operações de loteamento, de urbanização ou edificação são aplicáveis as novas regras estabelecidas, respectivamente, nos capítulos V e VI do diploma.

Neste domínio destaca-se a aquisição do estatuto de maioria pelas redes de comunicações electrónicas no domínio das operações de loteamento e das obras de urbanização. Até à publicação do novo diploma, as referências às infra-estruturas de telecomunicações quedavam-se praticamente pela inclusão das redes de telecomunicações no conceito de obras de urbanização (cfr. artigo 2.º, alínea h), do regime jurídico da urbanização e edificação), e pela inclusão das «redes de condutas destinadas à instalação de infra-estruturas de telecomunicações» na planta de síntese que deve instruir os pedidos (cfr. artigo 7.º, n.º 1, alínea g), da Portaria n.º 232/2008, de 11 de Março, e o artigo 8.º, n.º 1, alínea c) da Portaria n.º 1110/2001, de 19 de Setembro, que a precedeu).

O Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, estabelece agora, no seu capítulo V, o regime de instalação das infra-estruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações e conjuntos de edifícios (ITUR) e respectivas ligações às redes públicas de comunicações electrónicas, discriminando o tipo de infra-estruturas obrigatórias e prevendo a aprovação pelo ICP-ANACOM das prescrições técnicas de projecto, instalação e ensaio, bem

² Ainda que não caiba aqui uma análise detida do procedimento especial de comunicação prévia criado pelo diploma, pela sua importância prática merece ser realçado que as obras para «resolução de desobstruções», designadamente daquelas que apenas podem ser detectadas quando da passagem de cabos nas condutas ou subcondutas, ficam também dispensadas daquele procedimento de controlo prévio (cfr. a parte final da alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º). Bem se compreende também que o legislador tenha mantido isentas deste procedimento a instalação e funcionamento das infra-estruturas de suporte das estações de radiocomunicações, sujeitas ao procedimento de autorização municipal estabelecido no Decreto-Lei n.º 11/2003, de 18 de Janeiro, e que se afigura ser mais ágil e merecer aplauso, atenta a experiência da sua aplicação pelos municípios, pelos operadores e pelos tribunais, traduzida numa quase sempre correcta ponderação dos valores e interesses em presença.

como das especificações técnicas de materiais, dispositivos e equipamentos que as constituem, de observância obrigatória.

A par das outras indústrias de rede, o sector das comunicações electrónicas passa, pois, a dispor de uma regulamentação uniforme aplicável à construção destas infra-estruturas no âmbito das operações de loteamento e de urbanização, e não apenas no âmbito das operações de edificação (a que correspondem as designadas «ITED»), domínio em que o diploma procede a alterações, entre as quais se inclui a obrigatoriedade de instalação de sistemas de cablagem em fibra óptica (cfr. capítulo VI).

3. Mas o ingresso na maioria evidencia-se sobretudo pela determinação legal da cedência gratuita ao município das ITUR instaladas nos prédios objecto de operações de loteamento e urbanização (cfr. artigo 31.º), designadas no diploma por ITUR públicas.

É sabido que, em face do disposto no artigo 44.º, n.º 1, do regime jurídico da urbanização e edificação, na maioria dos casos, e ao contrário do que sucede com as infra-estruturas de saneamento e de abastecimento de água, de electricidade e gás, a prática da maior parte dos municípios não tem feito incluir nas licenças, autorizações ou comunicações prévias emitidas, a cedência gratuita ao município das infra-estruturas de telecomunicações ou das redes de condutas destinadas à sua instalação.

A citada disposição do novo diploma vem definir o estatuto destes bens, tornando claro o seu ingresso no domínio municipal, sugerido pela circunstância de se destinarem à satisfação de necessidades gerais ou de terem de ser «utilizadas por todos».³

A clarificação assume particular relevância, como se afirmará adiante, no domínio do acesso a estas infra-estruturas por todos os operadores em condições de igualdade. É que na ausência de determinação legal idêntica à constante do citado artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, os municípios poderão entender que aquelas infra-estruturas não ingressaram no seu domínio, hipótese em que a identificação do respectivo proprietário não será isenta de dificuldades (salvo nos casos em que não tenha havido alienação de lotes).

A alternativa de considerar que as infra-estruturas, designadamente a rede de condutas, ingressaram ou ingressam no conjunto de bens afectos à (erradamente) designada concessão do serviço público de telecomunicações não encontra suporte nas bases da concessão, publicadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro, e alteradas

³ A expressão é de MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES/FERNANDA PAULA OLIVEIRA/ DULCE LOPES/FERNANDA MAÇAS, *Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação Comentado*, Almedina, Coimbra, 2009, 2ª edição, p. 323.

pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro, nem na Lei das Comunicações Electrónicas ou nas leis que a precederam, actos que são omissos na matéria.⁴ - ⁵

4. O tema mais interessante do diploma é, como não poderia deixar de ser, o do acesso às infra-estruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações electrónicas (doravante «infra-estruturas»).

Não tanto pela função que pretende desempenhar de remover ou atenuar barreiras horizontais à entrada, ou por ser inédita no espaço comunitário a regulação, através de acto legislativo, do acesso a estas infra-estruturas, mas pelas implicações do seu generoso âmbito subjectivo de aplicação.

A primeira nota que ressalta é a do dualismo do regime aplicável. A aplicação do diploma a todas as entidades da «área pública» (como se diz no preâmbulo), incluindo empresas públicas e concessionárias, e a outras entidades que detenham ou explorem infra-estruturas integradas no domínio público (do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais), contrasta com a exclusão da chamada concessionária do serviço público de telecomunicações (doravante «concessionária»).

No n.º 3 do artigo 1.º do diploma afirma-se expressamente que o acesso às infra-estruturas, como condutas, postes, outras instalações e locais detidos pela concessionária do serviço público de telecomunicações «continua a reger-se pelo regime disposto na Lei das Comunicações Electrónicas».

Tal regime reduz-se ao disposto nos n.º 1 a 4 do artigo 26.º da LCE, que estabelece o dever de a concessionária, por acordo, dar acesso a estas infra-estruturas, mediante uma remuneração orientada para os custos, e o dever de «disponibilizar uma oferta de acesso

4 Não cabe no texto o desenvolvimento desta questão, interessando apenas notar que não estando as condutas, postes e outras instalações integradas na «rede básica de telecomunicações» (cfr. os n.º 2 e 3 do artigo 12.º da Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto, alterada pela Lei n.º 29/2002, de 6 de Dezembro), importará sempre analisar caso a caso se um determinado troço de conduta foi incluído validamente no âmbito do contrato de alienação da rede básica e da rede de telex pelo Estado Português à PT Comunicações, S.A. celebrado a 27 de Dezembro de 2002. Por outro lado, a circunstância de as rotinas administrativas nascidas na época do monopólio no sector terem naturalmente posto aquelas infra-estruturas sob a gestão da então prestadora exclusiva de serviços de telecomunicações, não permite sem mais afirmar que o operador histórico tenha adquirido direitos sobre as mesmas, e em regra impedirá a afirmação que adquiriu a respectiva propriedade.

⁵ Sublinhado a *total incoerência* e a *inconsistência* da opção da lei portuguesa em manter o conceito de serviço público de telecomunicações e em outorgar a *concessão* desse mesmo serviço, e alertando para as dúvidas e hesitações regulatórias que este equívoco pode causar, ver PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Cedipre/Coimbra Editora, 2008, pág. 185.

da qual devem constar as condições de acesso e utilização, nos termos a definir pela ARN» (cfr. o n.º 4 do citado artigo 26.º da LCE).

5. O disposto nesta lei é significativamente mais lacónico do que o regime disposto nos artigos 13.º a 22.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, que, para além de determinar igualmente que as condições remuneratórias devem ser orientadas para os custos, impõe a elaboração de procedimentos de acesso céleres, transparentes, não discriminatórios, e respectiva publicação, estabelece um prazo máximo de 20 dias para a «obtenção do direito de acesso» e considera existir aceitação do pedido decorrido este prazo (cfr. o n.º 2 do artigo 20.º), prevê a intervenção do Regulador para verificar e decidir os casos de recusa de acesso, e obriga à publicação dos prazos dos direitos de acesso e utilização, das condições contratuais tipo aplicáveis e, entre outros, das sanções por incumprimento ou utilização indevida de infra-estruturas.

Trata-se, em suma, de obrigações que impendem sobre a concessionária, mas por força de deliberações do ICP-ANACOM emitidas ao abrigo do disposto no n.º 4 do citado artigo 26.º da LCE, que revestem a natureza de actos administrativos.⁶

Ao dualismo do regime legal corresponde, portanto, uma diferente rigidez e densificação legal do regime aplicável, correspondendo a regulação menos rígida, porque efectuada mediante acto administrativo, e que maior margem de conformação concede ao Regulador, porque ancorada numa norma aberta, à que incide sobre as únicas infra-estruturas do país que foram propositadamente concebidas e executadas para alojar redes de comunicações electrónicas.

Poderá até vir a verificar-se a curiosa circunstância de todos os operadores de comunicações electrónicas passarem a estar sujeitos ao regime legal de acesso acima resumido, independentemente de as infra-estruturas por si detidas estarem incluídas no domínio público, se no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 32/2009, de 9 de Julho, assim for determinado pelo Governo e a concessionária permanecer exclusivamente sujeita ao disposto na LCE.⁷

⁶ Por deliberação de 17 de Julho de 2004 foi imposta pelo Regulador a obrigação de a concessionária elaborar uma oferta de referência de acesso às condutas e demais infra-estrutura associada (a designada ORAC), da qual estão excluídos os postes, sendo que por deliberação de 25 de Maio de 2006 foi determinada a introdução de várias correcções e aditamentos a esta oferta. Estas e outras deliberações do ICP-Anacom sobre a matéria estão disponíveis em <http://www.anacom.pt/template15.jsp?categoryId=126419>.

⁷ Note-se que no preâmbulo do diploma é afirmado que este regime do artigo 26.º da LCE é «mais exigente». Porém, esta maior exigência (que, na ausência de uma comparação pormenorizada, designadamente em matéria de medidas de coerção, é difícil afirmar) não decorre do regime legal, mas dos actos administrativos emitidos ao abrigo daquela norma de competência.

6. A segunda nota motivada pelo regime de acesso gizado no diploma respeita à imposição daquele rol de obrigações às concessionárias, nomeadamente às que actuem na área das infra-estruturas rodoviárias, ferroviárias, portuárias, aeroportuárias, de abastecimento de água, de saneamento e de transporte, e distribuição de gás e electricidade.

Estas empresas ficam logo constituídas no dever de averiguar se as infra-estruturas que detenham ou cuja gestão lhes incumba são aptas a alojar redes de comunicações electrónicas e a informar o ICP-ANACOM sobre o seu entendimento.

E nas vicissitudes da definição do acesso a tais infra-estruturas, da sua possibilidade de, sem dano para a prestação dos serviços para que foram criadas ou a que estão primordialmente afectas, alojarem redes de comunicações electrónicas estabelece o diploma que o poder de decisão cabe sempre ao ICP-ANACOM, mediante parecer obrigatório mas não vinculativo do regulador sectorial cuja esfera de competência abranja as infra-estruturas em causa.

O diploma procurou temperar esta superdominância do regulador das comunicações electrónicas sobre os demais reguladores sectoriais através da obrigação de fundamentação expressa, justificando especificamente as razões para o não acolhimento das conclusões do regulador sectorial (cfr., por exemplo, artigos 16.º, n.º 5 e 19.º, n.º 6).

Trata-se de um marco na história da regulação em Portugal, que vai muito para além da já experimentada relação entre o regulador geral da concorrência e os reguladores sectoriais e da afirmação do princípio da colaboração entre reguladores sectoriais que, por exemplo, constava já do artigo 7.º da LCE e é reafirmado no artigo 4.º, n.º 2 do novo diploma.

A supremacia de um regulador sectorial sobre outro, designadamente em matérias como a gestão e utilização das infra-estruturas afectas ao serviço público cuja prestação adequada incumbe ao outro garantir, encerra o risco de criar conflitos institucionais (a que o princípio da não subsidiação cruzada entre sectores poderá não valer) ou de nada resolver em caso de cerimónia institucional.

O mesmo se diga se porventura a questão for analisada, como parece inculcar o que se afirma no mesmo preâmbulo bem como o disposto no artigo 97.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, na perspectiva da imposição de obrigações regulatórias no contexto da análise de mercados e de identificação de empresas com poder de mercado significativo (PMS). A declaração de que a concessionária detém PMS no mercado de fornecimento grossista de acesso (físico) à infra-estrutura de rede num local fixo (incluindo as condutas e outras instalações e locais), e a verificação de que são adequadas as obrigações impostas ao abrigo do artigo 26.º da LCE, constantes da deliberação do ICP-ANACOM de 14 de Janeiro de 2009 (e que configura também um acto administrativo), apenas permitirá afirmar que o Regulador mantém um poder de conformação da oferta de referência disponibilizada pela concessionária que não existirá, em princípio, face às outras empresas de comunicações electrónicas.

7. A terminar justifica-se realçar outra inovação do diploma traduzida na expansão da experiência da partilha de investimento entre os operadores aos edifícios já construídos, que sejam alterados para poderem suportar a entrada e passagem de cablagem de fibra óptica. O artigo 104.º prevê um regime inédito (mas inspirado em soluções adoptadas em outros Estados-Membros, como a França), impondo a partilha do investimento já efectuado pelo operador que tenha procedido àquela intervenção, a ser regulado por portaria.

Esta e outras soluções do diploma inserem-se no objectivo anunciado de definir o enquadramento aplicável à promoção do investimento em redes de nova geração, «mas também para o funcionamento de um mercado que se quer concorrencial», conforme se pode ler no preâmbulo.

Trata-se, também neste domínio, de resolver a equação complexa com que está confrontada a Comissão Europeia e as outras autoridades reguladoras nacionais na abordagem regulatória às RNG. 