

quanto o Congresso Nacional como coadjuvantes num ambiente onde o ator principal será a Justiça.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Marcus A. A realidade da convergência no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 177-190, jan./jun. 2007.

O sistema de “Licença Única” na União Europeia

Margarida Couto

Sócia da Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, Portugal.

Resumo: Desde 1999 que a Comissão Europeia pretendia instituir sistema que assegurasse uma total harmonização entre os diversos países da União Europeia em matéria de acesso à actividade de comunicações electrónicas. Com a Directiva Autorização, nasce em 2002 o regime da autorização geral, ao abrigo do qual qualquer operador que queira oferecer redes ou serviços de comunicações electrónicas pode fazê-lo após mera notificação, sem que seja necessária uma decisão ou qualquer acto prévio da autoridade reguladora nacional. O novo regime, que ficou também conhecido pela designação de “licença única”, deu início a uma nova era do acesso à actividade — simples, sem burocracias, levando na devida conta a progressiva convergência de redes e serviços e promovendo o princípio da neutralidade tecnológica.

Palavras-chave: Licença. Operador de telecomunicações. Directiva Autorização. Directivas Europeias. Revisão 99.

Sumário: No Início, era o Caos - 1 Do Pacote ORA, à “Revisão 99” - 2 Passaporte comunitário? Ainda não, obrigado - 3 A Directiva Autorização (Directiva 2002/20/CE, de 7 de Março de 2002) - O novo regime de “Licença Única” - 1 A experiência europeia - 2 Um balanço

No Início, era o Caos

1 Do Pacote ORA, à “Revisão 99”

Quando na década de 90 a Comissão Europeia deu início à liberalização do sector das telecomunicações, através de um número crescente de Directivas que ficaram conhecidas como “Pacote ORA” (Oferta de Rede Aberta), a grande preocupação era a de garantir que os “novos entrantes” teriam acesso em condições razoáveis à rede do “operador incumbente”, a qual deveria funcionar como uma “rede aberta”. Com efeito, só a possibilidade de acesso, dos novos operadores, à rede do operador histórico, parecia permitir a passagem de uma situação de monopólio para uma situação de crescente concorrência, naquele que era visto como um dos sectores com maior potencial de crescimento da Europa.

Porque o foco era o “acesso à rede”, as Directivas do Pacote ORA, embora estabelecendo como regra a liberdade de as empresas se estabelecerem, sem restrições de maior, no mercado das telecomunicações, não cuidaram de definir em detalhe as condições de que as legislações nacionais poderiam fazer depender a entrada dos novos operadores nos mercados nacionais de cada um dos Estados-membros da União Europeia.

O resultado foi trágico. No fim da década de 90, as condições de acesso ao mercado não se encontravam minimamente harmonizadas na Europa, o que acabava por funcionar como um elemento de distorção da concorrência no mercado interno da União. Com efeito, certos países impunham condições muito exigentes para atribuírem uma licença de operador de telecomunicações (nomeadamente ao nível de rácios financeiros mínimos, demonstração de capacidade técnica, etc.), enquanto outros se bastavam com um mero documento descrevendo os serviços a prestar.

Por exemplo, em Portugal, a lei exigia que um operador que pretendesse prestar determinado tipo de serviços (nomeadamente de telefonia fixa ou móvel) apresentasse permanentemente níveis de cobertura de 25% do investimento, através de capitais próprios, sob pena de revogação da licença. A emissão da licença dependia ainda, entre outros critérios, de uma apreciação — necessariamente discricionária — acerca da capacidade técnica do novo operador para desenvolver as actividades a que se propunha. Já na Dinamarca, a obtenção de uma licença de operador de redes ou serviços de telecomunicações dependia apenas do envio de um requerimento descritivo das redes a estabelecer e/ou dos serviços a prestar.

Por outro lado, havia, em cada país, um sem número de licenças e outros títulos habilitantes, consoante o tipo de serviços prestados pelo operador em causa: licença de prestador de serviço fixo de telefone, licenças de operador de rede de distribuição por cabo, licença de fornecedor de acesso à Internet e por aí fora. E, claro está, para cada nova actividade a desenvolver, era necessária a obtenção de um novo título e a demonstração do cumprimento de todos os requisitos legais, de ordem técnica, financeira, ou outra.

Quando, em 1999, a Comissão Europeia deu início ao processo de revisão do pacote regulamentar das comunicações electrónicas (que ficou conhecido como “Revisão 99”), anunciou desde logo que pretendia acabar com o problema da “Torre de Babel” que se tinha instalado na Europa à volta do regime das licenças, e que iria propor um novo sistema que assegurasse uma total harmonização entre os diversos países da União Europeia em matéria de acesso à actividade de comunicações electrónicas.

2 Passaporte comunitário? Ainda não, obrigado

A primeira proposta da Comissão foi a da instituição de um regime de “passaporte comunitário”. Ao abrigo deste regime, não apenas os Estados-membros seriam impedidos de exigir mais requisitos de acesso à actividade de operador de comunicações do que aqueles que viessem a ser fixados nas novas Directivas, como, uma vez obtido um título de operador num Estado-membro, esse título seria válido nos demais países da União, sem necessidade de outros processos de licenciamento nacionais.

A proposta era porém porventura demasiado ambiciosa e não foi bem aceite pelo Governos dos Estados-membros que temeram os efeitos de um tão súbito “esvaziamento de poderes” das Autoridades Reguladoras Nacionais, nomeadamente ao nível do controlo da actividade de operadores que tivessem sido licenciados noutro Estado-membro.

Prevaleceu assim a ideia de que seria prematuro avançar desde logo para um regime de “passaporte comunitário”, e que seria preferível começar por implementar uma solução que, permitindo atingir um adequado nível de harmonização entre todos os Estados-membros em matéria de acesso à actividade, mantivesse os poderes de controlo daquele acesso nas mãos das autoridades reguladoras de cada país.

3 A Directiva Autorização (Directiva 2002/20/CE, de 7 de Março de 2002)

É neste contexto que surgem as soluções de acesso à actividade de operador de comunicações electrónicas que estão hoje estabelecidas numa das novas Directivas que constituem o actual Quadro Regulamentar europeu — a Directiva Autorização, conhecida por este nome justamente por ter por objecto a “harmonização e simplificação das regras e condições de autorização” da oferta de serviços e redes de comunicações electrónicas em toda a União Europeia (cfr. Artigo 1º, nº 1 da Directiva Autorização).

O legislador europeu começa por explicitar que (i) a convergência entre os diferentes serviços e redes de comunicações electrónicas e as suas tecnologias exige o estabelecimento de um regime de autorização que abranja todos os serviços comparáveis de um modo análogo, independentemente das tecnologias utilizadas e que (ii) se deve aplicar o regime de autorizações menos oneroso possível para a oferta de serviços e redes de comunicações electrónicas, por forma a estimular o desenvolvimento

de novos serviços de comunicações electrónicas e de redes e serviços de comunicações pan-europeus e permitir que os prestadores de serviços e os consumidores beneficiem das economias de escala proporcionadas pelo mercado interno. De seguida, esclarece-se que o objectivo da Directiva Autorização consiste em criar um quadro jurídico que garanta a liberdade de oferta de serviços e redes de comunicações electrónicas, apenas sujeitos a um número mínimo de condições (nomeadamente medidas relativas à ordem pública, à segurança pública e à saúde pública).

Para atingir tal desiderato, a Directiva deu um passo fundamental: aboliu a necessidade de as Autoridades Reguladoras Nacionais emitirem um acto administrativo habilitante do acesso à actividade (vulgo, uma "licença"), o qual foi substituído por uma mera notificação a realizar pela empresa que pretende desenvolver a sua actividade num mercado de comunicações electrónicas. O novo sistema foi baptizado como sistema de "autorização geral".

Com efeito, o legislador europeu considerou que objectivo supra mencionado poderia ser atingido mais facilmente pela autorização geral de todos os serviços e redes de comunicações electrónicas, sem necessidade de qualquer decisão expressa ou acto administrativo da autoridade reguladora nacional, e limitando os eventuais requisitos processuais exclusivamente à notificação. E, embora os Estados-Membros possam exigir uma prova dessa notificação por parte dos fornecedores de serviços ou de redes de comunicações electrónicas (mediante qualquer aviso de recepção legalmente reconhecido, postal ou electrónico), esse aviso de recepção não deverá de modo algum consistir em (ou exigir um) acto administrativo por parte da Autoridade Reguladora Nacional a quem deva ser feita a notificação.

A Directiva Autorização estabelece também que, para garantir condições equitativas em toda a Comunidade e facilitar a negociação transfronteiriça da interligação de redes de comunicações públicas, aquelas Autoridades, após a referida notificação por parte dos fornecedores de serviços ou de redes de comunicações electrónicas (a qual passa a constituir praticamente o único requisito de acesso à actividade), deverão emitir uma "autorização geral", na qual são incluídos explicitamente os direitos e obrigações decorrentes dessa autorização.

Outro dos temas que preocupou muito a Comissão foi o das sanções aplicadas pelas Autoridades Reguladoras nacionais em caso de não cumprimento, pelos operadores, das condições estabelecidas nas respectivas

licenças. A Comissão considerava que, em muitos países, tais sanções eram exageradas, havendo mesmo registo de casos em que a licença era pura e simplesmente retirada ao operador; mesmo em situações em que o incumprimento em causa era passível de ser corrigido. Mais uma vez, a situação variava muito de país para país, situação com a qual a Comissão queria acabar, em prol da tão desejada harmonização comunitária.

Por esse motivo, a Directiva Autorização contém uma regra que estabelece que as sanções por não cumprimento das condições da autorização geral devem ser proporcionais à infracção. Para que não restem quaisquer dúvidas, a Directiva esclarece mesmo que, excepto em circunstâncias excepcionais, será desproporcionado suspender ou retirar o direito de oferecer serviços de comunicações electrónicas ou o direito de utilizar radiofrequências ou números a uma empresa que não cumpre uma ou mais condições decorrentes da autorização geral, sem prejuízo, no entanto, de medidas urgentes que as autoridades competentes dos Estados-Membros possam ter necessidade de tomar em caso de sérias ameaças à segurança pública, segurança ou saúde ou aos interesses económicos e operacionais de outras empresas.

Finalmente, a Directiva Autorização vem também acabar com a prática, usual em muitos países, de cobrar aos operadores de comunicações electrónicas taxas anuais de montantes excessivamente elevados, prática essa que a Comissão considerou ser desencorajadora da entrada de novos operadores no mercado.

E assim, a Directiva Autorização estabelece que podem ser impostos encargos administrativos aos prestadores de serviços de comunicações electrónicas, para financiar as actividades da autoridade reguladora nacional respeitantes à gestão do sistema de autorização geral, mas que tais encargos devem limitar-se a cobrir os custos administrativos reais dessa actividade. Para este efeito e em prol da transparência, as receitas e as despesas das autoridades reguladoras nacionais devem ser publicadas num relatório anual que contenha o montante total dos encargos recebidos e dos custos administrativos suportados, possibilitando assim às empresas verificar o equilíbrio entre os custos administrativos e os encargos pagos.

Apesar de confiante em que terá tomado as medidas necessárias à criação das condições conducentes a uma verdadeira harmonização do regime de acesso à actividade em todos os Estados-membros, a Comissão deixou um aviso na Directiva Autorização: para evitar a progressiva

construção de uma nova “Torre de Babel”, a Comissão controlará permanentemente o bom funcionamento do mercado interno com base nos regimes de autorização nacionais decorrentes da Directiva.

O novo regime de “Licença Única”

1 A experiência europeia

E assim começou uma nova era do acesso à actividade de comunicações electrónicas na Europa. Um acesso simples, sem burocracias, quase sem necessidade de intervenção das autoridades reguladoras nacionais.

O novo regime procura também ter em conta a convergência entre os diferentes serviços e redes de comunicações electrónicas e as suas tecnologias, já que autorização geral abrange todos os serviços comparáveis, independentemente das tecnologias utilizadas.

Este novo regime, cuja designação oficial é de “autorização geral”, acabou por ficar conhecido em alguns países — sobretudo fora da Europa — como de “licença única”.

Estranhamente, porém: em primeiro lugar, porque o regime não é de licença (mas antes de autorização geral); em segundo lugar porque tal autorização não é “única”.

Com efeito, embora a entrada no mercado não dependa de qualquer decisão ou acto prévio da autoridade reguladora nacional — e essa é sem dúvida a característica mais inovadora e mais marcante do novo regime — a verdade é que, sempre que uma empresa pretende iniciar a prestação de um novo serviço, deverá notificar o regulador, detalhando as principais características do novo serviço a prestar. Assim um operador que preste, por exemplo, serviços de voz em local fixo, serviço de acesso à Internet e serviço de IPTV, terá de notificar separadamente cada um daqueles serviços, obtendo três declarações do regulador — uma por cada serviço — descrevendo os direitos e obrigações da empresa com relação a cada um dos serviços em causa.

Por outro lado, embora a regra seja a de que o fornecimento dos serviços de comunicações não depende de uma decisão ou acto prévio da autoridade reguladora, esta regra comporta importantes excepções. Com efeito, sempre que os serviços a prestar envolvam a atribuição de números ou a utilização de frequências (espectro radioeléctrico) o início da actividade está dependente de uma decisão do regulador, já que só a

ele compete a gestão do Plano nacional de Numeração e do Quadro nacional de Atribuição de Frequências.

2 Um balanço

Seja como for, uma coisa parece ser certa — o novo regime (de “autorização geral”, de “licença única” ou como lhe queiram chamar), representou um enorme passo em frente na simplificação das condições de acesso à actividade de comunicações electrónicas em toda a Europa.

Adicionalmente, este novo regime acomoda a progressiva convergência de redes e serviços e promove o importante princípio da neutralidade tecnológica, já que em nada faz depender a autorização geral do tipo de tecnologia autorizada para a prestação de um determinado serviço.

Mas não deixa, ao mesmo tempo, de colocar alguns problemas graves de insegurança jurídica. Com efeito, o facto de a autoridade reguladora não ter qualquer tipo de intervenção prévia faz com que, se o serviço lançado contrariar disposições legais aplicáveis, o regulador tenha de intervir à posteriori (depois de o operador ter realizado uma boa parte do investimento, nomeadamente em marketing), nomeadamente ordenando a suspensão de uma oferta já existente no mercado.

Tal sucedeu nomeadamente em Portugal com um serviço denominado “Optimus Home” que, sendo um serviço telefónico com acesso à rede móvel GSM do operador Optimus, foi lançado com numeração da rede fixa e com um tarifário equivalente ao do serviço fixo de telefone. O ICP-ANACOM considerou, numa fase inicial, que a atribuição de numeração geográfica a um serviço cujas chamadas são originadas na rede móvel contrariava o Plano Nacional de Numeração e, dez dias depois da notificação daquele serviço (numa altura em que o mesmo se encontrava em plena comercialização e a ser objecto de uma agressiva campanha publicitária) ordenou a sua suspensão. Embora neste caso o regulador tenha acabado por permitir a comercialização daquele serviço após a introdução de algumas alterações nas respectivas condições de oferta, este é o tipo de incidente que lança dúvidas sobre as virtualidades do novo regime de autorização geral, pelo menos do ponto de vista da certeza e da segurança jurídica.

No entanto, tudo visto e considerado, cinco anos volvidos sobre a aprovação da Directiva Autorização, pode dizer-se que o balanço é claramente positivo, sobretudo se se tomar por referência a situação que se

vivia ao abrigo do regime anterior, o qual estabelecia uma panóplia de licenças, dependentes do serviço prestado, do tipo de tecnologia utilizada, da rede de suporte e, sobretudo, do país onde fosse desenvolvida a actividade.

A Europa deu já início — através da chamada “Revisão 2006” — ao processo de revisão das Directivas que integram o actual quadro regulamentar das comunicações electrónicas. Mas não irá mudar nada de substancial no que respeita à Directiva Autorização.

Sinal de que o regime de autorização geral está funcionando?

Parece que sim.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COUTO, Margarida. O sistema de “licença única” na União Europeia. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 191-198, jan./jun. 2007.