

Julio González García,

Infraestructuras de Telecomunicaciones y Corporaciones Locales,

RUE Monografía, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 297.

O trabalho em apreço corresponde a um estudo integrado no âmbito do Programa de Investigação sobre o tema “Aspectos jurídicos da liberalização económica e introdução da concorrência”, dirigido pelo Prof. Dr. Tomás Ramón Fernández Rodríguez e centra-se numa problemática muito actual: a articulação de competências entre Governo, entidades administrativas independentes, comunidades autónomas e municípios em matéria de planificação urbanística e implantação de infraestruturas de telecomunicações.

No prólogo, a cargo de Carmen Chinchilla Marín, são sintetizadas as principais questões decorrentes da transformação operada no sector das telecomunicações: 1) a transição do serviço público para serviço de interesse geral, desenvolvido por entidades privadas, em regime de concorrência; 2) a passagem da Administração de entidade prestadora a entidade reguladora; 3) o papel da Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) na regulação do mercado; 4) a implantação de infraestruturas privadas no domínio público; 4) a generalização dos serviços; 5) a defesa do ambiente; 6) a partilha de infraestruturas; 7) a articulação de competências. Centrar-nos-emos na referência aos aspectos urbanísticos e de ordenamento do território, por serem os que se relacionam de forma mais directa com os temas da nossa revista.

Entre os temas discutidos na obra contam-se: 1) a articulação de competências entre as leis estaduais e os regulamentos autárquicos em matéria de implantação de redes; 2) as vantagens e desvantagens do planeamento das redes através de planos de serviços ou da sua integração nos planos urbanísticos; 3) a existência ou não de uma política municipal de telecomunicações; 4) a necessidade de não reconhecer um regime de excepção às redes de telecomunicações.

Um dos principais problemas suscitados pela liberalização das telecomunicações, prende-se com o papel que as licenças emitidas pelas entidades administrativas que tutelam o sector representam no âmbito e na esfera das competências municipais. No fundo, trata-se de saber quais os direitos conferidos ao novo operador com a emissão da licença. Segundo o autor, esta licença não se sobrepõe aos poderes e competências municipais, constituindo apenas uma “chave de entrada” neste domínio. Uma vez licenciada a actividade, o titular terá de obter, através dos procedimentos próprios e segundo as regras estipuladas, a efectivação do direito a implantar a rede no território e a ocupar os terrenos municipais e do domínio público. O direito reconhecido aos operadores de telecomunicações de ocupar terrenos do domínio público e privado não pode ser exercido sem respeito pelos instrumentos de planeamento urbanístico. Questão diferente é saber se a autarquia pode impedir a utilização do domínio público para a implantação das infraestruturas. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Supremo, esta possibilidade parece estar afastada. Aquele tribunal tem defendido, em decisões recentes, que os municípios não podem impor restrições absolutas ao direito dos operadores implantarem as respectivas instalações, nem impor limitações que sejam manifestamente desproporcionadas. No fundo, o operador de telecomunicações gozará de uma posição jurídica análoga à do proprietário de um terreno que pretende construir nele um edifício.

González García critica essencialmente a ligação que muitos autores fazem entre a desregulação e a liberalização da actividade com a atribuição de direitos que se exercitam livremente. Esta interpretação da lei resulta, em muitos casos, do facto de a legislação sobre telecomunicações se apresentar como uma “ilha”, desarticulada do restante ordenamento jurídico, o qual, por seu turno, não está ainda adaptado à autonomia que as infraestruturas conquistaram. A desarticulação entre a legislação de telecomunicações e a legislação de urbanismo é atenuada pelas directivas comunitárias referentes ao sector, que associam à emissão das autorizações o cumprimento de requisitos em matéria ambiental e de ordenamento do território. O autor esclarece, também, como ponto de partida para a análise das questões, que a ocupação do domínio público pelas redes de serviços (no caso, pelas redes de telecomunicações) é uma realidade desejada por todos, incluindo os municípios. Todavia, devem impor-se algumas limitações a essa ocupação em nome do interesse público e deve implementar-se um efectivo sistema de controlo. Discute-se, também, o tipo de instrumento normativo que deve ordenar a implantação das redes no terreno, sugerindo-se, como mais adequado, o plano especial: “plano especial de ocupação do domínio público viário para a instalação de redes de telecomunicações”.

Outra questão controversa reside na ocupação do domínio público municipal. Saber se pode ou impor-se a partilha de infra-estruturas. Se os municípios podem ou não impor uma solução deste tipo, ou pelo menos fomentá-la através da realização de convénios, e se deve ou não admitir-se uma regulamentação geral da ocupação do domínio público, que obrigue, por exemplo, à criação de condutas subterrâneas, são apenas algumas das interrogações suscitadas na obra. A planificação destes aspectos acarreta vantagens não apenas sob o ponto de vista da ordenação dos traçados das redes, mas também da harmonização dos suportes das infraestruturas, nomeadamente, quanto às características das canalizações subterrâneas. O autor defende que a solução deve ser encontrada no estabelecimento de uma limitação recíproca: o município tem o direito de gerir o domínio público, mas deve respeitar os direitos reconhecidos aos operadores; por seu turno, o operador tem o direito a implantar a rede no domínio público, mas deve subordinar-se às indicações e directrizes impostas pelos municípios no respeito pelo interesse público. O equilíbrio resulta das normativas comunitárias que impõe a obrigação de conceder aos operadores, sem discriminações e mediante procedimentos abertos, concorrentes e transparentes, o direito de implantação de infraestruturas e de ocupação do domínio público, cabendo aos Estado (através das entidades competentes) garantir a efectivação daquele direito, mesmo nos casos em que exigências especiais impeçam a duplicação da rede. Nesses casos, deve garantir-se o acesso, em condições razoáveis, às instalações existentes. Refira-se, porém, que o direito à ocupação privilegiada do domínio público deve, segundo a lei, depender de dois pressupostos: que a ocupação seja necessária para a implantação de uma rede pública de comunicações e que sobre os operadores dessa rede recaiam obrigações de serviço público.

Discute-se, também, o título que deve habilitar a ocupação do domínio público. Mais concretamente, saber se as operadoras da rede devem solicitar a emissão de licença ou se é necessária a outorga de uma concessão para a utilização do domínio público. O autor parte dos pressupostos tradicionais: a concessão apresenta-se como o instituto mais adequado sempre e quando a ocupação do domínio público esteja associada à implantação de estruturas fixas, devendo a licença reservar-se para ocupação precárias do mesmo. Conclui, todavia, que actualmente não devemos considerar a licença e a concessão como figuras excludentes, uma vez que neste caso concreto – implantação de infra-estruturas de telecomunicações – o acto administrativo que habilita a ocupação do domínio público integra elementos próprios da licença e da concessão.

A questão tributária é outro dos temas tratados na monografia. O autor refere-se, especialmente, à situação da Telefónica (empresa espanhola de telecomunicações que beneficia

de um regime fiscal especial) que paga o corresponde a uma percentagem (1,9%) sobre os lucros brutos obtidos numa circunscrição municipal, ficando isenta dos correspondentes impostos municipais. Este regime fiscal suscita alguns problemas, quer no que respeita à garantia das condições de igualdade entre os operadores, quer no que respeita ao cumprimento dos parâmetros jurídico-materiais e constitucionais da tributação.

A partilha de infraestruturas é apresentada pelo autor como o instrumento adequado para introduzir racionalidade na “febre” de instalação de novas infraestruturas de telecomunicações quando muitas delas estão em situação de subaproveitamento. O objecto da partilha deve ser as próprias infraestruturas e não o espaço ocupado nos bens públicos e privados para instalá-las. O cumprimento dos objectivos ambientais, urbanísticos e económicos decorrentes da partilha de infraestruturas apenas pode ser alcançado se a partilha recair sobre a infraestrutura e não sobre o espaço onde a mesma está implantada. Problema corrente na gestão das infraestruturas é também a possibilidade de outros operadores de serviços igualmente assentes em infra-estruturas de rede (energia, transporte ferroviário) poderem valer-se dos direitos de passagem e ocupação do domínio público e privado que lhes assistem para implantarem, igualmente, infraestruturas de telecomunicações ou, quando a tecnologia o permita, poderem aproveitar as respectivas infraestruturas para fornecerem também serviços de telecomunicações. Existiam algumas incongruências no regime jurídico da LGT espanhola de 1998 no que respeitava à partilha de infraestruturas: 1) o procedimento legal aparecia configurado como uma solicitação dos operadores e não como uma imposição administrativa; 2) a lei era mais “generosa” no reconhecimento do direito à ocupação do domínio público no que na imposição da obrigação de partilha de infraestruturas; 3) o papel preponderante reconhecido ao Ministério da tutela colidia com os direitos das comunidades locais na gestão do domínio público. O autor apresenta uma opinião favorável à mitigação dos poderes estaduais em matéria de partilha de infraestruturas, em benefício dos poderes das comunidades municipais. Fundamenta esta opção quer na localização do problema em sede de planificação urbanística – as infraestruturas são um dos elementos do planeamento urbano, o qual é matéria da competência das autarquias locais, pelo que devem ser aquelas entidades a definir, no planeamento urbanístico, as zonas propícias à partilha de infraestruturas – e de gestão do domínio público municipal. Refira-se que a nova LGT integra já muitas das soluções propostas pelos principais críticos da anterior versão, entre as quais se destaca o direito ao uso partilhado de infraestruturas, nomeadamente no que toca à possibilidade de imposição pública da partilha de infra-estruturas por razões ambientais, urbanísticas ou económicas¹. Sublinhe-se que a partilha de infra-estruturas assenta sempre, em último termo, sobre um convénio celebrado entre os operadores, o qual, entre outros elementos, deve fixar os termos em que se efectuará a repartição de custos e o fornecimento dos materiais, questões que terminam muitas vezes em diferendos que têm de ser resolvidos pela entidade reguladora do sector. Quando não é possível alcançar um acordo entre os operadores que estipule os termos em que terá lugar a partilha de infra-estruturas, recorre-se ao processo de arbitragem a cargo da Comissão.

Uma das questões dogmáticas mais interessantes, suscitada essencialmente nas decisões da entidade reguladora e seguida pela doutrina, prende-se com a teoria das posições jurídicas diferenciadas. De acordo com esta teoria, o direito de ocupação do domínio público apenas se coloca relativamente ao primeiro operador que o solicitar, os restantes limitam-se a requerer a ocupação partilhada desse domínio público, que se confunde com a partilha de infraestruturas. Para esta tese, o titular do direito à ocupação do domínio público fica, por esta via, colocado numa posição jurídica semelhante à do arrendatário

¹ De resto, esta solução resultava das directivas comunitárias e foi também acolhida pelo legislador português na Lei das Comunicações Electrónicas – Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro.

ou do enfiteuta, tendo que relacionar-se não apenas com a entidade titular do domínio público que lhe reconhece o direito à ocupação respectiva, mas também com os restantes titulares de direitos limitados.

Outra questão dogmática muito relevante, e também abordada na obra, prende-se com a natureza jurídica dos direitos de que são titulares os operadores no caso da partilha de infra-estruturas. Em primeiro lugar, devemos sublinhar que nem todos os elementos que integram a infraestrutura (a rede de telecomunicações) são objecto de uso comum, mesmo quando nos encontramos perante uma situação de partilha de infraestrutura. Há sempre elementos que são propriedade privada de cada um dos operadores (pode haver excepções, mas, nesse caso, a partilha de equipamentos resulta de um acordo especial entre as empresas e integrar-se-á num regime diferente daquele que estamos a analisar). Por outro lado, a partilha de bens traduz-se numa verdadeira comunidade de bens, uma vez que se trata de um uso simultâneo de bens por todos os operadores. Esta situação leva alguns autores a pretender aplicar aqui institutos jurídicos de direitos reais, tais como a compropriedade e a propriedade horizontal, interpretando a partilha das infraestruturas como uma compartição de bens ou, num outro enquadramento, colocar o problema no âmbito da contitularidade de direitos. No esclarecimento desta questão, o autor opta por uma posição que se afasta ligeiramente da jurisprudência fixada pelo Tribunal Supremo. Assim, o autor não opta pela compreensão de uma partilha do uso dos bens, antes diferenciado entre: 1) a contitularidade no uso do domínio público para a implantação do bem; 2) de uma compropriedade nas partes comuns da infraestrutura; 3) de uma propriedade privada sobre as partes não comuns da infraestrutura, o que equipara a posição jurídica dos operadores à do proprietário de uma fracção de um bem em regime de propriedade horizontal.

Quanto à planificação das infraestruturas de telecomunicações, o autor entende que o plano especial é a figura que melhor se adequa aos objectivos da planificação. De particular relevo são, todavia, as questões que o mesmo designa como problemas prévios à planificação, e que consubstanciam problemas comuns a todos os ordenamentos jurídicos que passaram dos tradicionais monopólios de empresas públicas para sistema liberalizados. Entre os mencionados problemas prévios destaca-se: 1) a existência de um conjunto de instalações no subsolo que são desconhecidas da administração e, em alguns casos, do próprio operador tradicional; 2) a existência de instalações desocupadas ou desactivadas no subsolo que devem reverter para os municípios; 3) a existência de instalações no subsolo cuja situação jurídica é desconhecida. Para solucionar uma parte destes problemas o autor aponta a criação de um plano especial – que pode ser um plano integrado, referente a todas as infraestruturas implantadas no subsolo, ou um plano específico para as instalações de telecomunicações – no qual se fará referência: 1) às instalações abandonadas ou desocupadas; 2) às instalações em serviço; 3) às “redes escuras”, ou seja, a galerias onde estão instaladas outras infraestruturas às quais podem ser associadas infraestruturas de telecomunicações; 4) às novas redes; 5) aos sectores onde a partilha será necessária; 6) às “zonas de adjudicação indivisível”, ou seja, zonas de exploração de rede única; 7) aos sectores de rede que têm de ser instalados à superfície. Por último, a referência às normas urbanísticas, ou seja, ao enquadramento da implantação das redes de telecomunicações no âmbito das tarefas de urbanização e das licenças de obras necessárias para a respectiva execução, bem como a alusão ao regime especial das redes de telecomunicações móveis.

O último capítulo da obra apresenta uma proposta de procedimento para a outorga da autorização de domínio público para a instalação de redes públicas de telecomunicações, com a qual o autor pretende superar a desarticulação – que em alguns casos constitui um conflito – entre a legislação nacional e municipal em matéria de telecomunicações.

Em termos globais, podemos afirmar que se trata de um estudo de leitura obrigatória para quem pretenda compreender os problemas actuais suscitados pela liberalização no

sector das telecomunicações, à qual surge necessariamente associada a desagregação entre serviço e infraestrutura, o que suscita uma série de novas questões jurídicas a que o autor tenta dar resposta. A análise do autor segue de perto a legislação espanhola, a qual, por se tratar de uma transposição da normativa comunitária, apresenta muitos pontos de contacto com a nossa experiência, revelando-se assim muito útil a sua leitura.

Suzana Tavares da Silva