

Agir não agindo

Da insustentabilidade do deferimento tácito

VASCO PEREIRA DA SILVA*

TIAGO MACIEIRINHA**

Enunciação do problema¹

O problema jurídico subjacente à elaboração deste artigo pode ser sintetizado pela enunciação das três seguintes questões:

- a) Pode uma determinada operação de concentração de empresas na área da comunicação social ocorrer sem a intervenção da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), a quem compete, segundo a Lei da Televisão (Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 8/2011, de 11 de abril, e 40/2014, de 9 de julho), emitir parecer, o qual será vinculativo “*quando exista fundado risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*” (art. 4.º-B, n.º 2)?
- b) Não tendo a ERC emitido parecer dentro do prazo inicialmente concedido para o efeito pela Autoridade da Concorrência (AdC), pode esta entidade conceder prazo suplementar à ERC?

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professor Catedrático Convidado da Universidade Católica Portuguesa.

** Mestre em Direito, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ O texto, que agora se publica, tem por base um parecer jurídico, devidamente adaptado e reescrito para este efeito.

- c) Esgotado o prazo geral do procedimento de concentração de empresas sem que a AdC tenha emitido uma decisão, pode ter lugar a formação de deferimento tácito, nos termos do artigo 50.º, n.º 4, da Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), nos termos da qual a ausência de decisão da AdC equivale “*como decisão de não oposição à concentração de empresas*”?

1. Dimensão jurídico-constitucional do problema

1.1. *A concentração de empresas na área da comunicação social e o princípio do pluralismo*

A *ordem constitucional democrática da comunicação social* (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA)² – ou seja, os princípios e os direitos fundamentais cunhados pela Constituição no domínio da comunicação social – não se limitou a consagrar genericamente os direitos fundamentais à liberdade de informação (art. 37.º) e à liberdade de imprensa (art. 38.º), compreendendo um exigente catálogo de direitos e de tarefas dirigidas ao Estado e, mais especificamente, a uma entidade administrativa independente, cuja existência e principais atribuições estão definidas no plano constitucional (art. 39.º).

A especial atenção devotada pelo legislador constituinte à matéria da comunicação social não pode, contudo, surpreender, uma vez que a realização do Estado de Direito Democrático (art. 2.º) depende absolutamente da existência de uma comunicação social livre e independente do poder político e do poder económico, que garanta a possibilidade de os cidadãos escrutinarem o poder e que acolha as diferentes correntes de opinião ou mundividências – políticas, filosóficas, religiosas – que fecundam na sociedade³. A defesa e a promoção do pluralismo é, aliás, um dos traços identitários do regime constitucional da comunicação social desde a versão originária da Constituição. Com a sua afirmação pretende-

² Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 598.

³ Sobre o princípio do pluralismo, entre outros, cf. MIGUEL PRATA ROQUE, *Sociedade aberta e dissenso. Contributo para a compreensão contemporânea do princípio do pluralismo*, in *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 355 e ss; ALBERTO ARONS DE CARVALHO/ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO/JOÃO PEDRO FIGUEIREDO, *Direito da Comunicação Social*, 3.ª edição, Texto Editora, Lisboa, 2012, pp. 79 e ss.

-se salvaguardar simultaneamente o *pluralismo externo* – diversidade dos meios de comunicação social – e o *pluralismo interno* – diversidade das ideias e das opiniões expressas em cada órgão de comunicação⁴.

Justamente consciente da ligação umbilical entre Estado de Direito Democrático e independência dos meios de comunicação social e pluralismo das diversas correntes de opinião, a Constituição incumbiu expressamente o Estado de “*assegurar a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas*” (art. 38.º, n.º 4). O controlo público da concentração de empresas de comunicação social aparece aqui como uma decorrência dos *princípios do pluralismo* e da *independência dos meios de comunicação social em face do poder económico e do poder político*. Por outro lado, sem deixar margem para equívocos quanto à dignidade constitucional da questão, a Constituição atribuiu especificamente a uma entidade administrativa independente as tarefas de assegurar a “*não concentração da titularidade dos meios de comunicação social*” e a “*possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião*” [art. 39.º, n.º 1, alíneas b) e f)].

Estamos, portanto, em condições de tirar uma primeira conclusão acerca da relevância constitucional dos interesses aqui em presença: a concentração de empresas na área da comunicação social *não é uma concentração como todas as outras*, cuja intervenção dos poderes públicos vai apenas orientada à defesa da concorrência no mercado [art. 81.º, alínea e)]⁵. No caso da concentração de empresas da área da comunicação social, a Constituição não se satisfaz com a mera tutela do valor da concorrência

⁴ Neste sentido, cf. JORGE MIRANDA, *Anotação ao artigo 39.º*, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 864.

⁵ Neste sentido, sublinhando as especificidades dos interesses a salvaguardar no domínio do direito da concentração da comunicação social, cf. MIGUEL PRATA ROQUE, *A União faz a fraqueza (da Democracia) – ecos do “relatório Lancelot” sobre o direito da concentração da comunicação social*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 345.

ou mesmo com a proteção dos direitos dos consumidores⁶. Com efeito, para além destes crivos típicos do Direito da Concorrência, a Constituição impõe a intervenção dos poderes públicos orientada à especial tutela da liberdade e da independência dos meios de comunicação social e do princípio do pluralismo.

Enquanto no caso da generalidade das concentrações de empresas está somente em causa a proteção da *ordem económica* – iniciativa económica e livre concorrência –, tratando-se de uma concentração de empresas na área da comunicação social, joga-se decisivamente a realização do Estado de Direito Democrático e de importantes direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, como sejam a liberdade de expressão, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa⁷. Com efeito, a defesa da independência da comunicação social e do pluralismo não assume apenas uma dimensão objetiva, de proteção de interesses públicos com dignidade constitucional, caracterizando-se igualmente por uma forte dimensão subjetiva, na medida em que a realização de importantes direitos, liberdades e garantias dos cidadãos fica dependente da defesa e concretização que aqueles princípios recebam do legislador ordinário e da Administração Pública.

1.2. Dever constitucional de agir para a salvaguarda do pluralismo

Vimos já que a concentração de empresas na área da comunicação social não é terreno constitucionalmente *neutro*, tendo sido eleito pelo legislador constituinte como um dos domínios que reclama – em nome dos ponderosos interesses em presença – uma intervenção dos poderes públicos. Esta intervenção, por sua vez, é exigida simultaneamente a dois níveis:

- 1) por um lado, *é pedido ao legislador* que crie um procedimento administrativo especial de concentração de empresas na área da

⁶ Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 586, sublinhando que “*esta imposição constitucional é claramente independente das limitações gerais à concentração de empresas por razões de defesa da concorrência económica, que visam somente impedir preventivamente a criação de situações de posição económica dominante no mercado. Uma concentração pode ser tolerável do ponto de vista da concorrência e não o ser sob o ponto de vista do pluralismo informativo*”.

⁷ Nos termos da Recomendação n.º R (94) 13 do Conselho da Europa, “*o pluralismo e a diversidade de meios de comunicação social são essenciais para o funcionamento de uma sociedade democrática*”, *apud* MIGUEL PRATA ROQUE, *op. cit.*, p. 340.

comunicação social, que ofereça os mecanismos de tutela adequada dos princípios do pluralismo e da independência dos meios de comunicação social, ou seja, que não se limite a pôr em confronto os valores da concorrência do mercado e da liberdade de iniciativa económica, tal como sucede na generalidade dos procedimentos de concentração de empresas (art. 38.º, n.º 4)⁸.

- 2) por outro lado, este procedimento deve contemplar necessariamente *a intervenção da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)*, à qual incumbe por imperativo constitucional, enquanto entidade administrativa independente para a comunicação social, a tarefa de garantir a “*não concentração da titularidade dos meios de comunicação social*” e a de assegurar a “*possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião*” nos meios de comunicação social [art. 39.º, n.º 1, alíneas b) e f)]. A intervenção da ERC não está, portanto, na disponibilidade do legislador, assim como não estão na disponibilidade do legislador o princípio do pluralismo e os direitos fundamentais consagrados na *Constituição da Comunicação Social*. Com efeito, a intervenção da ERC é indeclinável e insubstituível, na medida em que só ela está em condições de fazer as ponderações necessárias no sentido de avaliar se determinada operação de concentração faz perigar algum dos valores cuja tutela a Constituição expressamente lhe confia.

Neste sentido, a Lei da Televisão prevê a intervenção da ERC no procedimento administrativo de concentração de empresas na área da comunicação social, exigindo a emissão de parecer, o qual será vinculativo “*quando existir fundado risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*” (art. 4.º-B, n.º 2). Apesar da formulação algo equívoca, a única interpretação compatível com a Constituição é a de que só a ERC pode emitir juízo acerca do *risco* para o pluralismo de uma determinada operação de concentração. Assim, sempre que a ERC entenda estar em causa uma potencial violação do princípio do pluralismo, deve emitir um parecer negativo à realização da concentração, o qual, neste caso, terá natureza vinculativa.

⁸ Embora pronunciando-se em momento anterior à recente alteração à Lei da Televisão, cf. JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 867. Na perspetiva deste Autor, o legislador ainda não deu suficiente exequibilidade à norma do artigo 38.º, n.º 4, da Constituição, verificando-se, nessa medida, uma situação de inconstitucionalidade por omissão.

1.3. A Lei da Concorrência e a concentração de empresas na área da comunicação social

1.3.1. Uma leitura indiferente às exigências constitucionais

1.3.1.1. Em geral

Vejamos agora a forma pela qual a Lei da Concorrência (LdC) gizou a intervenção da ERC nos procedimentos administrativos tendentes à concentração de empresas na área da comunicação social.

Nos termos do artigo 55.º, n.º 1, sempre que uma concentração de empresas tenha incidência “*num mercado que seja objeto de regulação setorial*”, a Autoridade da Concorrência (AdC) deve solicitar parecer à autoridade reguladora competente, fixando um prazo razoável para esse efeito. No caso de o parecer ser vinculativo – tal como sucede com o parecer da ERC –, o prazo para a adoção de uma decisão que ponha termo ao procedimento suspende-se (art. 55.º, n.º 2). A não emissão do parecer vinculativo dentro do prazo fixado pela AdC determina, por um lado, o fim da suspensão do prazo geral de conclusão do procedimento (art. 55.º, n.º 3) e, por outro, não impede a AdC de tomar decisão que ponha fim ao procedimento (art. 55.º, n.º 4).

Uma leitura apressada, indiferente às exigências constitucionais, dos preceitos acabados de citar poderia conduzir às seguintes conclusões:

- 1) a intervenção da ERC nos procedimentos administrativos tendentes à concentração de empresas na área da comunicação social traduz-se na necessidade de emissão de parecer vinculativo, o qual, todavia, se emitido fora do prazo concedido pela AdC, se pode *degradar* em parecer não vinculativo, uma vez que a AdC poderia decidir emitir a decisão final sem aguardar pela pronúncia da ERC;
- 2) no limite, a operação de concentração de empresas pode ocorrer sem intervenção dos poderes públicos – seja da ERC ou da AdC –, uma vez que, depois de esgotado o prazo concedido pela AdC para a emissão do parecer da ERC, se reinicia a contagem do prazo geral de conclusão do procedimento de concentração de empresas, o qual, uma vez esgotado, produziria o efeito de *deferimento tácito*, ou seja, valeria como decisão de não oposição à concentração de empresas (art. 50, n.º 4).

Tendo presente o que dissemos há pouco sobre o dever constitucional que impende sobre o legislador de criar um procedimento administrativo

que assegure a proteção dos princípios e direitos fundamentais da *ordem constitucional democrática da comunicação social*, e que compreenda necessariamente a intervenção da ERC, enquanto entidade com competência exclusiva para assegurar a “*não concentração da titularidade dos meios de comunicação social*” e a “*possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião*” [art. 39.º, n.º 1, alíneas b) e f), da CRP], cumpre agora confrontar as exigências decorrentes deste programa constitucional com a concretização que – repita-se, numa leitura apressada – poderia resultar da aplicação do artigo 55.º, n.os 1, 2, 3 e 4, em conjugação com o artigo 50.º, n.º 4, da LdC.

1.3.1.2. Degradação do parecer vinculativo da ERC em parecer não vinculativo

A interpretação segundo a qual o parecer vinculativo da ERC se degradaria em parecer não vinculativo, com a implicação daí decorrente de que, após o decurso do prazo para a emissão do parecer da ERC, a AdC ficaria livre de adotar a decisão final do procedimento – a qual poderia traduzir-se na emissão de decisão de não oposição –, configura uma violação da Constituição, uma vez que deixaria sem amparo os princípios e direitos fundamentais cuja tutela a Constituição confiou expressamente a uma autoridade administrativa independente na área da comunicação social.

Repetimos o que dissemos há pouco: a intervenção da ERC no procedimento administrativo de concentração de empresas na área da comunicação social não está na disponibilidade do legislador, nem a Constituição admite a concretização de operações de concentração de empresas naquele domínio sem a indispensável ponderação dos interesses públicos e dos direitos fundamentais cuja realização se joga neste tipo de procedimento. Tornar o parecer da ERC em mero parecer não vinculativo significaria admitir a sua *dispensa*, ou seja, equivaleria a admitir como possível o sucesso de concentrações de empresas potencialmente lesivas do princípio do pluralismo e dos direitos fundamentais que dependem intimamente da sua realização.

Por outro lado, aquela interpretação (*indiferente* à Constituição) significaria uma inversão das prioridades constitucionais, na medida em que implicaria a cedência dos princípios do pluralismo e dos direitos fundamentais associados à sua plena realização (como sejam, os direitos à liberdade de expressão, à liberdade de informação e à liberdade de imprensa) aos valores estritamente ligados à defesa da ordem económica

(como sejam a liberdade de iniciativa económica e a livre concorrência). Ora, a subjugação de princípios fundamentais, inerentes à realização do Estado de Direito Democrático, ao direito de livre iniciativa económica e à livre concorrência não parece encontrar qualquer sustentação no plano constitucional.

Nem se diga que a ERC, ao não emitir parecer no prazo que lhe foi concedido pela AdC, *aceitou* ou *consentiu tacitamente* com a operação de concentração de empresas cuja apreciação lhe foi solicitada. Como resulta evidente, a Constituição impõe a intervenção expressa da ERC. A ERC tem o dever de ponderar as consequências que uma determinada operação de concentração de empresas produz sobre os princípios e direitos fundamentais que a Constituição colocou sobre a sua alçada protetora. Não cabe, portanto, à ERC escolher agir ou não agir, devendo pronunciar-se expressamente sobre todas as operações de concentração de empresas. Na mesma linha, o legislador não pode presumir que a ausência de pronúncia da ERC se traduz em qualquer assentimento quanto à oportunidade da operação de concentração.

1.3.1.3. Formação de deferimento tácito sem intervenção da ERC

A figura do deferimento tácito apenas poderia encontrar fundamento constitucional – ainda que remoto e muito discutível – no princípio da *simplicificação ou desburocratização da atividade administrativa* (art. 267.º, n.ºs 1 e 2). Com efeito, depois da reforma do Contencioso Administrativo, a previsão do deferimento tácito não é já expediente necessário para a proteção da tutela jurisdicional efetiva dos particulares perante o silêncio da Administração, uma vez que o particular tem agora à sua disposição um meio processual adequado de reação (ação administrativa especial de condenação à prática de ato devido)⁹.

⁹ Antes da reforma do contencioso administrativo, a figura do deferimento e do indeferimento tácito poderia encontrar fundamento no princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva. Com efeito, uma vez que o particular não tinha ao seu alcance o meio processual adequado para reagir contra o silêncio da Administração – inexistia a ação de condenação da Administração à prática de ato devido – a lei ficcionava a existência de um ato contra o qual o destinatário pudesse reagir (no caso do indeferimento) ou que satisfizesse de pleno a sua pretensão (no caso do deferimento, que era, como se sabe, a exceção). Para mais desenvolvimentos, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 397 e ss.

Para além de não encontrar fundamento constitucional, a figura do deferimento tácito, ao admitir a produção *cega* – sem ponderação – de efeitos jurídicos (pelo mero decurso do tempo) coloca sempre em crise valores com dignidade constitucional. Com efeito, em termos abstratos, traduz uma violação da dimensão positiva do princípio da imparcialidade, na medida em que tolera que a Administração Pública ignore os interesses públicos e privados relevantes na decisão do caso concreto¹⁰. Acresce que a produção de efeitos ocorre à margem de qualquer das garantias procedimentais exigidas pela própria Constituição, como a audiência dos interessados (art. 267.º, n.º 5) ou o dever de fundamentação (art. 268.º, n.º 3). Enfim, podemos dizer que a previsão do deferimento tácito constitui sempre uma ameaça para a realização do interesse público e para a garantia dos direitos dos terceiros interessados no procedimento administrativo¹¹.

A questão agora é a de saber se esta ameaça é tolerável – se é constitucionalmente tolerável – no caso do procedimento administrativo de concentração de empresas na área da comunicação social, atendendo à dignidade constitucional dos princípios e dos direitos cuja realização se joga naquele procedimento. Estamos em crer que não. Com efeito, admitir a formação do deferimento tácito (sem a intervenção da ERC) nestes procedimentos significaria autorizar o legislador a fazer prevalecer os interesses da celeridade procedimental em prejuízo dos *fundamentalíssimos* interesses públicos e direitos fundamentais plasmados nos artigos 37.º, 38.º e 39.º da Constituição.

Neste domínio, a omissão ou o silêncio da Administração não traduz apenas violação do dever legal de decidir (cf. art. 9.º do CPA), importando também desrespeito pelo dever constitucional de decidir. Quer dizer-se, tal como demonstrámos acima (cf. 1.2.), a Constituição reclama a inter-

¹⁰ Neste sentido, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, D. Quixote, Lisboa, 2007, p. 398.

¹¹ Tal como defendido por VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo...*, *op. cit.*, p. 399, do ponto de vista do interesse público, as exigências da Administração moderna desaconselham a existência de “*aprovações meramente burocráticas*”. Por outro lado, o “*surgimento de acrescidas exigências de decisão efetiva por parte das autoridades administrativas, nomeadamente quando está em causa o exercício de poderes discricionários, no âmbito das relações multilaterais [...] obrigam à ponderação de interesses múltiplos e contraditórios, que não se compadecem com esquemas ‘mecânicos’ e rígidos como o das presunções legais*”. Assim é, porque os deferimentos tácitos “*protegem ‘unilateralmente’ os direitos de uma das partes em presença, quando a maior parte das relações jurídicas de hoje são de natureza multilateral*”.

venção dos poderes públicos e, em especial, da ERC nos procedimentos de concentração de empresas na área da comunicação social. Corolário lógico desta exigência é a impossibilidade de formação de deferimento tácito nestes procedimentos sem que a ERC se tenha pronunciado, não bastando que lhe tenha sido dada oportunidade para se pronunciar.

A existência de princípios e de direitos fundamentais *procedimentalmente dependentes*, ou seja, cujo exercício e tutela depende da criação de um procedimento administrativo, é hoje um dado reconhecido pela doutrina dos Direitos Fundamentais¹². Justamente neste domínio, o legislador não pode prever a formação de deferimento tácito, uma vez que tal admissibilidade significaria que o mero silêncio da Administração – portanto, ignorando ou desconsiderando o procedimento administrativo – poderia comprometer a tutela de princípios e de direitos fundamentais. Como é bom de ver, se a Constituição vincula as entidades públicas ao respeito pelos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.º 1) – e essa vinculação não implica apenas o cumprimento de um dever de abstenção, mas comporta igualmente o cumprimento de deveres de atuação –, seria estranho que o legislador pudesse criar regimes de Direito Administrativo, que tolerassem a produção de efeitos jurídicos potencialmente ameaçadores para os direitos fundamentais em consequência apenas do decurso do tempo, ou seja, sem que a Administração tivesse que sobre eles emitir qualquer pronúncia¹³.

¹² Sobre este ponto, cf. GOMES CANOTILHO, *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, in *BFDUC*, vol. LXVI, 1990, pp. 151 e ss.; idem, *Constituição e défice procedimental*, in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2004; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 406 e ss.; “*A Cultura a que tenho direito*” – *Direitos Fundamentais e Cultura*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 31 e ss.

¹³ A este propósito, veja-se como o *Conseil Constitutionnel* declarou a inconstitucionalidade de uma norma que admitia a formação de deferimento tácito no âmbito do procedimento administrativo de autorização dos pedidos de instalação de câmaras de vigilância em estabelecimentos abertos ao público, fundamentando a sua decisão com base nos riscos inadmissíveis que semelhante deferimento sem ponderação poderia acarretar para a liberdade dos cidadãos. Nos mesmos termos também já se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia a propósito de violação do disposto na Diretiva relativa à proteção de águas subterrâneas contra a contaminação causada por determinadas substâncias perigosas. Dando conta destas pronúncias, cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *O Deferimento Tácito (Esboço do Regime Jurídico do Acto Tácito Positivo na Sequência de Pedido do Particular)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 113 e ss. O Autor refere expressamente que “*também no ordenamento português poderia o Tribunal Constitucional considerar*

1.3.2. Uma leitura constitucionalmente comprometida da Lei da concorrência

Depois de rejeitada a leitura que condenaria à censura da inconstitucionalidade as normas do artigo 55.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4, em conjugação com a do artigo 50.º, n.º 4, da LdC, é tempo de questionar se não é possível ensaiar uma interpretação daqueles preceitos que respeite a Constituição. Analisemos separadamente as questões da vinculatividade do parecer da ERC e da possibilidade de formação de deferimento tácito sem a intervenção da ERC.

A) Vinculatividade do parecer

A norma do artigo 55.º, n.º 4, ao dispor que “*a não emissão de parecer vinculativo dentro do prazo estabelecido no n.º 1 do presente artigo não impede a Autoridade da Concorrência de tomar uma decisão que ponha fim ao procedimento*”, não pode ser interpretada no sentido de admitir que a AdC está habilitada a emitir decisão de não oposição à concentração após o decurso do prazo concedido à ERC para se pronunciar. Semelhante entendimento equivaleria a admitir que a concentração de empresas poderia prescindir da intervenção da ERC, a qual, como vimos, decorre de imposição constitucional. Por outro lado, esta interpretação significaria que a concentração de empresas na área da comunicação social seria apenas apreciada à luz dos interesses próprios do Direito da Concorrência, cuja tutela cabe à AdC, não havendo lugar para a defesa dos princípios e dos direitos fundamentais inscritos na *Constituição da Comunicação Social*, cuja tutela está a cargo da ERC.

Resulta de tudo isto que a norma do artigo 55.º, n.º 4, deve ser interpretada no sentido de que, após o decurso do prazo concedido à ERC para se pronunciar, a AdC está somente habilitada à emissão de decisão de carácter negativo, uma vez que para chegar a esta conclusão – a da impossibilidade de realização da concentração – lhe basta o exercício da sua competência, enquanto para tomar uma decisão com efeitos positivos ou condicionados careceria sempre da intervenção prévia da ERC.

Noutros termos, se a operação de concentração em causa não satisfaz as exigências próprias do Direito da Concorrência, a AdC não tem de esperar indefinidamente pela intervenção da ERC para decidir pela impossibilidade da concentração. Ao contrário, tratando-se de emitir

inconstitucional uma norma que, prevendo um regime de deferimento tácito, brigasse com determinados valores constitucionais”.

pronúncia de não oposição ou de não oposição condicionada, a AdC deve aguardar pelo parecer vinculativo da ERC, já que apenas esta entidade está legal e constitucionalmente vocacionada para a tutela dos interesses e princípios que a Constituição pretendeu salvaguardar nos procedimentos de concentração de empresas de comunicação social.

A interpretação acabada de expor encontra, para além do mais, pleno cabimento na letra do artigo 55.º, n.º 4, da Lei da Concorrência, sendo, aliás, a única idónea a evitar um juízo de inconstitucionalidade que sobre ela poderia recair.

B) Deferimento tácito

Relativamente à formação do deferimento tácito, diz-nos o n.º 2 do artigo 55.º da Lei da Concorrência que “*o prazo para a adoção de uma decisão que ponha termo ao procedimento suspende-se quando o parecer a emitir seja vinculativo*”. Todavia, o n.º 3 do mesmo artigo acrescenta que a referida suspensão termina no dia da receção pela AdC do parecer ou “*findo o prazo definido pela Autoridade da Concorrência nos termos do n.º 1*”.

Uma interpretação literalista destas normas, conjugada com o disposto no artigo 50.º, n.º 4, poderia conduzir ao resultado constitucionalmente insustentável de admitir como possível a formação de deferimento tácito no domínio dos procedimentos administrativos de concentração de empresas na área da comunicação social. Já explicámos as razões porque não pode deixar de ser assim. Resta-nos, portanto, propor uma *interpretação conforme à Constituição* deste complexo normativo, no sentido de o salvar da censura de um juízo de inconstitucionalidade¹⁴.

Segundo pensamos, a parte final do n.º 3 do artigo 55.º deve ter-se por não aplicável aos procedimentos de concentração de empresas que reclamem a intervenção da autoridade reguladora com competência na área da comunicação social. Por outras palavras, estando em causa uma operação de concentração de empresas na área da comunicação social, a

¹⁴ Sobre o conceito e alcance da figura, cf., entre outros, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 328 e ss. A interpretação conforme à Constituição consiste em o intérprete, perante duas interpretações possíveis da norma legal – uma incompatível com a Constituição e outra que com ela se compatibiliza –, decidir-se por esta última; admitindo que a interpretação conforme à Constituição pode desempenhar uma função corretiva da letra da lei, cf. RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pp. 287 e ss.

suspensão do prazo a que se refere o n.º 2 do artigo 55.º termina apenas no momento em que a AdC receba o parecer emitido pela ERC. A outra possibilidade avançada pela lei – cessação da suspensão findo o prazo definido pela AdC – não pode aqui aplicar-se, estando a sua aplicação reservada para os procedimentos de concentração de empresas que não envolvam a realização de princípios e direitos fundamentais.

Uma vez que a suspensão do prazo geral de conclusão do procedimento apenas pode cessar após a emissão do parecer da ERC, está, assim, afastado o perigo de formação de deferimento tácito nos procedimentos de concentração de empresas na área da comunicação social sem a intervenção da ERC. Ou seja, se a operação em causa colocar em perigo o valor do pluralismo da comunicação social, será emitido parecer negativo, o qual, como vimos, será sempre vinculativo, impedindo, portanto, que a AdC decida favoravelmente à pretensão dos notificantes.

2. Dimensão jurídico-administrativa do problema

2.1. Admissibilidade de concessão de prazo suplementar à ERC

Discute-se agora se a AdC estaria habilitada à concessão de prazo suplementar à ERC depois de esgotado o prazo inicialmente concedido.

Deixando de lado a aparência e a rigidez das formas e procurando descobrir os interesses que o legislador pretendeu salvaguardar com a exigência de fixação de prazo para a pronúncia da entidade reguladora setorial, chegamos facilmente à conclusão de que a atribuição de prazo razoável, tal como exigido no n.º 1 do artigo 55.º, visa, por um lado, garantir que a entidade reguladora setorial – neste caso, a ERC – dispõe de tempo suficiente para estudar e analisar a operação de concentração em causa, com vista ao exercício esclarecido da sua competência consultiva e, por outro lado, assegurar que o procedimento administrativo não se arrasta indefinidamente, com prejuízo para os interesses das partes notificantes. A razoabilidade do prazo deve, portanto, ser medida à luz da conciliação das exigências do interesse público e dos interesses das partes interessadas na conclusão do procedimento.

Podemos, portanto, concluir que, dentro do limite da razoabilidade exigida pelo n.º 1 do artigo 55.º, compete à AdC, no exercício de um poder discricionário, fixar as fronteiras do prazo concedido à ERC para se pronunciar. A esta luz, nada impede que, depois de conceder inicialmente o prazo, a AdC reconheça, perante as razões apresentadas pela entidade a

quem compete a emissão do parecer vinculativo, que o prazo concedido não foi suficiente, devendo no cumprimento do disposto no art. 55.º, n.º 1, prorrogar ou, já não sendo possível, conceder prazo suplementar.

Com efeito, não parecem restar dúvidas de que a concessão de prazo suplementar produz efeito equivalente ou análogo ao da prorrogação. Trata-se, em ambos os casos, de estender o período de tempo disponível para a emissão do parecer vinculativo. Não há nenhuma razão válida – para além de um entendimento formalista – para sustentar que a concessão de prazo suplementar coloca em maior perigo os interesses dos particulares do que a prorrogação do prazo. Tudo depende – num e noutro caso – de saber qual a extensão de prazo efetivamente concedida.

Ora, se tudo se mantiver dentro do prazo razoável a que faz referência o n.º 1 do art. 55.º, não se vê razões para não admitir a concessão do prazo suplementar. Por outro lado, se quiséssemos ser formalistas, sempre poderíamos sustentar que a lei também não admite expressamente a hipótese de prorrogação do prazo, possibilidade que parece ser indisputável. Justamente, não admite, nem tinha de o fazer, porque o valor que se pretende salvaguardar é sempre o de que o prazo concedido é razoável.

2.2. Impossibilidade de degradação do parecer vinculativo da ERC em parecer não vinculativo

Depois de analisada a questão da vinculatividade do parecer da ERC à luz da Constituição, cumpre agora perspetivá-la com recurso aos quadros próprios do Direito Administrativo.

Nos termos da dogmática geral do Direito Administrativo, quando o parecer a emitir pelo órgão com competência consultiva é vinculativo, o órgão com competência decisória não pode emitir pronúncia antes de o parecer ser emitido. Na verdade, nos casos em que a lei determina a obrigatoriedade de emissão de parecer vinculativo, *a decisão final do procedimento depende da prática de um chamado “ato complexo”*, ou seja, de um ato que é produto da vontade de mais do que um órgão (neste caso, diz-se que a complexidade é desigual, pois o contributo do órgão consultivo não tem a mesma natureza daquele do órgão decisório)¹⁵, logo, nestes casos, a competência decisória foi legalmente atribuída a dois órgãos. Coerente com esta perspetiva, tem-se igualmente defendido que,

¹⁵ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, D. Quixote, Lisboa, 2007, p. 89.

neste caso, o ato administrativo será praticado em *coautoria*. Ou seja, o ato tem dois autores: um é o órgão consultivo que emite o parecer; o outro é o órgão com competência para emitir a decisão definitiva, que tem de seguir as conclusões do parecer¹⁶.

Justamente por isto, o CPA não admite a possibilidade de o órgão com competência decisória praticar o ato administrativo previamente à emissão do parecer vinculativo, mesmo que este não seja emitido dentro do prazo legalmente previsto, hipótese que é apenas contemplada para o caso dos pareceres obrigatórios e não vinculativos (art. 99.º, n.º 3)¹⁷.

Ora, tendo presente que a dogmática do Direito Administrativo não contempla a figura do parecer vinculativo *degradado* em parecer não vinculativo, não parece plausível que tenha sido intenção do legislador criar agora, a propósito da Lei da Concorrência, um conceito novo e, pelo menos, paradoxal de parecer vinculativo ao arrepio da lógica e da teoria geral do Direito Administrativo. Seguindo nesta linha de argumentação, estamos em condições de tirar as seguintes conclusões acerca da interpretação da norma do artigo 55.º, n.º 4, da LdC, aliás, condizentes com o que atrás dissemos a propósito da vinculatividade do parecer da ERC:

- 1) no caso de o parecer vinculativo não ser emitido no prazo legalmente previsto, *apenas seria de admitir como lógica a hipótese de o órgão com competência decisória pronunciar-se no sentido negativo*, uma vez que para chegar a esta conclusão – a da impossibilidade de realização da concentração – lhe basta o exercício da sua competência, enquanto para tomar uma decisão com efeitos positivos ou condicionados careceria sempre da intervenção prévia do órgão consultivo, logo, a AdC não está legalmente habilitada a emitir uma decisão de não oposição sem a prévia intervenção da ERC;

¹⁶ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 306; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato...*, pp. 764 e ss.

¹⁷ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHEDO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 448, para quem, no caso de silêncio do órgão consultivo, a instância decisória pode apenas: i) invocar *estado de necessidade* para a prática do ato; ii) declara-se impossibilitada de se pronunciar e comunicá-lo para os devidos efeitos aos interessados, designadamente para efeitos de responsabilidade civil; DIOGO FREITAS DO AMARAL/JOÃO CAUPERS/JOÃO MARTINS CLARO/JOÃO RAPOSO/MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA/PEDRO SIZA VIEIRA/VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 1999, p. 187.

- 2) não havendo razões para a emissão de decisão negativa, a AdC não pode senão conceder prazo suplementar à ERC, uma vez que depende do parecer a emitir por esta entidade a possibilidade de decidir pela não oposição à concentração; justamente por isto, a concessão do prazo suplementar resulta do cumprimento de um dever legal;
- 3) consequentemente, uma vez que a decisão final do procedimento não pode ser emitida sem a intervenção da ERC – porque tal contraria a natureza complexa do ato administrativo em análise –, a suspensão do prazo geral de conclusão do procedimento deve permanecer até que a ERC emita o parecer vinculativo.

2.3. Deferimento tácito

2.3.1. Natureza jurídica

Caso se entenda – ao contrário de tudo o que atrás dissemos – que o silêncio da AdC, associado ao decurso do prazo geral de conclusão do procedimento de concentração de empresas, conduz à formação do deferimento tácito (art. 50.º, n.º 4, da LdC), devemos, antes de mais, indagar qual a natureza jurídica desta figura, para, num segundo momento, estarmos em condições de caracterizar a situação jurídica das notificantes e da AdC.

Segundo a perspetiva tradicional, o deferimento tácito assume a *natureza de ato administrativo*, na medida em que traduz uma conduta voluntária da Administração. No ato tácito haveria sempre uma manifestação de vontade do órgão competente da Administração, o qual, conhecendo a lei, optou, através do seu silêncio, por dar o assentimento à produção dos efeitos jurídicos positivos ao particular. Portanto, se os órgãos administrativos nada dizem é porque querem que a decisão seja no sentido em que a lei manda interpretar o silêncio¹⁸.

A tese acabada de expor parte da premissa – indemonstrável – de que os órgãos administrativos querem conscientemente o resultado que a lei imputa ao seu silêncio, ignorando que, na maior parte dos casos, o decurso do prazo de produção do deferimento tácito se fica a dever a descuido, desinteresse, excesso de trabalho ou até ao desconhecimento ou

¹⁸ Neste sentido, cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, pp. 474-475.

a dúvidas quanto à interpretação do Direito¹⁹. Por outro lado, os efeitos do deferimento tácito não deixam de produzir-se nos casos em que o cargo do suposto autor do ato administrativo ficou vago no decurso do prazo de produção do deferimento, o que já se afigura bastante para demonstrar que sem titular do cargo não pode haver manifestação de vontade, não podendo, como tal, ter sido praticado um ato administrativo²⁰.

Superada a concepção segundo a qual o deferimento tácito configura a prática de um ato administrativo, adquiriu proeminência a tese nos termos da qual o deferimento tácito traduz apenas uma *ficção legal de ato administrativo, ao qual seria aplicado, de pleno, o regime jurídico dos atos administrativos*²¹. Ou seja, segundo esta perspetiva, o ordenamento jurídico *fictiona* a existência de um ato administrativo, o qual, contudo, não chegou a ser praticado, embora lhe faça aplicar, na medida do possível, o regime jurídico dos atos administrativos constitutivos de direitos.

Esta tese é igualmente criticável, na medida em que pretende que ao chamado ato tácito seja aplicado o regime jurídico que a lei reservou para os atos administrativos. Vimos já que não pode ser assim (cf. 1.3.1.3.), na medida em que o chamado ato tácito não resulta de qualquer ponderação dos interesses públicos e privados em confronto no caso concreto, traduzindo uma “*aprovação meramente burocrática*”, não podendo, como tal, beneficiar de regime paralelo ao do ato administrativo constitutivo de direitos²². Na verdade, ao *silêncio da Administração*, ou seja, à ausência de decisão e de ponderação, não pode pretender aplicar-se o regime do ato administrativo. Por outras palavras, esta tese acaba por cair no mesmo “pecado” que a tese tradicional, qual seja o de identificar o deferimento tácito com o ato administrativo.

Também não procede o argumento segundo o qual a lei pretendeu ficcionar a prática do ato administrativo, de forma a acautelar os interesses dos particulares que formularam pedidos à Administração, tal como se fossem

¹⁹ Neste sentido, criticando a tese segundo a qual o deferimento tácito seria um ato administrativo, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pp. 370 e 371; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 393; VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 397 e ss.; JOÃO TIAGO SILVEIRA, *op. cit.*, p. 93. Na doutrina alemã, cf. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15.^a edição, C. H. Beck, München, 2004, p. 246.

²⁰ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 370.

²¹ Nestes termos, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 37; JOÃO TIAGO SILVEIRA, *op. cit.*, pp. 94 e 101.

²² Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo...*, *op. cit.*, p. 399.

beneficiários de um ato constitutivo de direitos. Já vimos *supra* (cf. 1.3.1.3.) que esta posição não é sustentável, uma vez que o *legislador não pode fazer degenerar a função administrativa em atividade omissiva ou silente, o que traduziria um perigo para a realização dos interesses públicos que a Constituição lhe confia*, para além de significar *uma ameaça intolerável para os direitos dos particulares terceiros, titulares de interesses contrários aos dos beneficiários do deferimento*. Consequentemente, admitir a produção cega de efeitos positivos *de forma definitiva* – sem ponderação – equivaleria a uma violação da reserva constitucional de Administração Pública, por um lado, e a uma violação do princípio constitucional do respeito pelos direitos dos particulares, por outro.

Do nosso ponto de vista, embora sustentemos que o *deferimento tácito é uma ficção legal* – *não traduzindo, portanto, a prática de qualquer ato administrativo*, não podemos concordar que a esta ficção seja aplicado o regime próprio dos atos administrativos²³. A lei *ficciona* apenas que os efeitos jurídicos positivos foram produzidos em favor do particular beneficiário, mas não inviabiliza, em caso algum, que o órgão com competência decisória pratique o primeiro ato administrativo sobre a matéria. Este ato será *sempre* um ato de conteúdo primário, ou seja, não terá conteúdo revogatório, uma vez que não havia ainda sido praticado qualquer ato administrativo e que aqueles efeitos positivos foram sempre produzidos de forma precária. O único limite para a prática deste ato primário decorre das exigências próprias do princípio da tutela da confiança, a que a Administração terá de atender no momento da definição da situação jurídica do beneficiário do deferimento.

Outros Autores sustentam que o deferimento tácito configura o estabelecimento já não de uma ficção legal, mas de uma *presunção legal*, mediante a qual a lei atribui à passividade da Administração o significado legal de deferimento da pretensão do particular²⁴. A tese da *presunção legal de produção de efeitos jurídicos positivos associada ao silêncio da Administração* não coloca os problemas que apontámos acima, desde que se admita que aquela *presunção* é ilidível, ou seja, que pode ser demons-

²³ Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 397-398; “O Inverno do Nosso Descontentamento” – *As Impugnações Administrativas no Projeto de Revisão do CPA*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, p. 120 e ss.; “Primeiro Comentário acerca do projeto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, pp. 83 e ss.

²⁴ Neste sentido, entre nós, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 152.

trado, em face das circunstâncias do caso concreto, que o beneficiário do deferimento tácito não merece a tutela do ordenamento jurídico, em face dos interesses públicos e dos interesses dos terceiros a ponderar.

Noutra perspetiva, semelhante à que sustentámos, o deferimento traduz apenas a atribuição *prima facie* da posição jurídica subjetiva do interessado, com base na *presunção legal de que o beneficiário merece tutela pela confiança depositada no comportamento omissivo da Administração*. A tutela definitiva da posição jurídica do interessado depende, todavia, da não ilisão daquela presunção e do resultado da ponderação da sua situação jurídica com a de eventuais contrainteressados²⁵. A posição dos terceiros interessados não é aqui despcienda, na medida em que o deferimento tácito apenas acolhe a pretensão jurídica do particular que formulou um pedido à Administração, descurando a ponderação dos eventuais terceiros com interesses contrários aos do beneficiário do deferimento²⁶. A figura do deferimento tácito não se adequa, portanto, ao figurino da moderna Administração infraestrutural, fortemente caracterizada pela existência de relações jurídicas multilaterais²⁷.

2.3.2. Regime jurídico

Resulta do exposto não ser sustentável a assimilação do deferimento tácito à prática de um ato administrativo ou à prática de um ato administrativo constitutivo de direitos. Com efeito, a *ficção legal ou a presunção legal do deferimento* (consoante a tese a que se adira) não podem desempenhar as funções do ato administrativo, sobretudo a função estabilizadora própria dos atos administrativos expressos²⁸. Aliás, pretender sujeitar o deferimento tácito ao regime do ato administrativo conduziria inelutavelmente à sua ilegalidade, pelo menos por preterição de formalidades essenciais, que o silêncio da Administração não pode

²⁵ Neste sentido, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 394.

²⁶ Chamando a atenção para este ponto, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, *op. cit.*, p. 399; em especial, sobre a revogação de atos administrativos nas relações jurídicas multilaterais, cf. TIAGO MACIEIRINHA, *Tutela da confiança e revogação de actos administrativos ilegais*, in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, UCE Editora, Lisboa, 2013.

²⁷ Sobre a Administração infraestrutural e as relações jurídicas multilaterais, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca...*, *op. cit.*, pp. 273 e ss.

²⁸ Neste sentido, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 401.

evidentemente satisfazer. Por esta razão, o pretenso ato administrativo não ficaria imune à revogação administrativa ou à anulação jurisdicional.

Uma vez que ao deferimento tácito não é aplicável, por natureza, o regime do ato administrativo – não havendo ainda ato administrativo –, não está precluída a possibilidade de a Administração praticar o ato primário, *o qual não pode ser perspectivado como ato de conteúdo revogatório em relação ao mero silêncio da Administração*, não havendo lugar à aplicação, portanto, das garantias que a lei apenas dispensa aos atos constitutivos de direitos (cf. art. 140.º do CPA). Porque assim é, a Administração não está impedida de praticar um ato administrativo (o primeiro ato administrativo) para lá do prazo do deferimento tácito, desde que o faça *no respeito pelo princípio da tutela da confiança dos particulares beneficiários daquele deferimento*. Nestes termos, não existindo ainda *investimento de confiança* depositado na atuação *silente* da Administração, que cumpra salvaguardar e proteger, o órgão com competência decisória pode praticar um ato de conteúdo contrário aos efeitos precários produzidos pelo deferimento.

Esta é, aliás, a solução que melhor harmoniza, à luz do princípio da proporcionalidade, o interesse público com os interesses dos particulares beneficiários com o deferimento e os interesses dos eventuais terceiros. Evidentemente, em relação ao interesse público, está fora de dúvidas que será mais justamente prosseguido no caso de a Administração emitir pronúncia expressa sobre a matéria. Quanto aos interesses dos beneficiários do deferimento, não ficam definitivamente ameaçados, na medida em que o ato administrativo terá de ser praticado dentro dos limites impostos pelo princípio da tutela da confiança. Enfim, relativamente aos interesses dos terceiros afetados, existe agora uma oportunidade para a sua consideração, não se absolutizando a posição dos beneficiários em confronto com a posição dos terceiros.

2.3.3. *Aplicação do regime do deferimento tácito ao problema sob escrutínio*

Assumindo que se formou deferimento tácito, pergunta-se agora qual a situação jurídica das notificantes e da AdC após a ocorrência de tal evento.

Em coerência com o que atrás dissemos a propósito da natureza e do regime do deferimento tácito, estamos em condições de responder que o simples silêncio da AdC não consubstancia a prática de qualquer ato administrativo, muito menos ainda de um qualquer comportamento administrativo constitutivo de direitos.

Vimos já que o deferimento tácito não tem a natureza de ato administrativo e que, como tal, não pode pretender desempenhar a função estabilizadora que a ordem jurídica reserva à prática dos atos jurídicos. Decorre daqui que o mero decurso do prazo geral de conclusão do procedimento de concentração de empresas não pode produzir um efeito equivalente à decisão de não oposição à concentração. Com efeito, a norma do artigo 50.º, n.º 4, da LdC, deve ser interpretada de harmonia com os quadros dogmáticos gerais do Direito Administrativo, nos termos dos quais, insiste-se, o deferimento tácito não é um ato administrativo, nem pode produzir os efeitos estabilizadores associados apenas ao ato administrativo.

Podemos, portanto, afirmar que, em princípio, a AdC não está impedida de decidir pelo início de uma investigação aprofundada – praticando o primeiro ato administrativo sobre a matéria –, desde que respeite, numa lógica de proporcionalidade, as exigências decorrentes do princípio da tutela da confiança.

A tutela da confiança não se basta com a circunstância de os cidadãos acreditarem na manutenção de um determinado comportamento dos poderes públicos (*situação de confiança subjetiva*) e de essa atuação ser idónea à criação de uma situação de confiança (*situação de confiança objetiva*). Para além disto, é decisivo que os particulares tenham tomado decisões e formado planos de vida ancorados na expectativa de que determinado comportamento ou quadro normativo se iria manter (*investimento da confiança*)²⁹. Numa palavra, é necessário que tenham *investido confiança na manutenção de um determinado comportamento cuja alteração se repercutirá desfavoravelmente na sua esfera jurídica*.

Como facilmente se alcança, o investimento da confiança não é uma realidade absoluta ou que assuma sempre a mesma configuração. Ao invés, ele apresenta-se com diferentes intensidades e matizes consoante a gravidade dos efeitos produzidos, no caso concreto, na esfera jurídica do *deceptus*. Entre os vários fatores que contribuem para a aferição do grau de investimento da confiança em determinada atuação dos poderes

²⁹ Cf., por exemplo, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, I, Introdução e Princípios Gerais*, Dom Quixote, Lisboa, 2004, p. 217; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/JOÃO PACHECO AMORIM, *op. cit.*, pp. 108 e ss.; MARIA LÚCIA AMARAL, *Forma da República. Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 183; JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 268.

públicos, conta-se, por exemplo, a *irreversibilidade ou reversibilidade demasiado onerosa* da situação criada pelo quadro normativo ou comportamento dos poderes públicos objeto da confiança³⁰.

Ora, no caso de as notificantes não terem *investido confiança relevante* no comportamento omissivo da AdC, não tendo, ainda, adotado ou desenvolvido uma conduta com base na assunção de que efetivamente ocorreu o deferimento tácito, não se pode dizer que se colocaram numa situação cuja reversibilidade pudesse ser qualificada como demasiado onerosa ou *injustamente onerosa*.

De outra banda, a somar à ausência da necessidade de proteção da tutela da confiança das notificantes, podem encontrar-se motivos suficientemente fortes que reclamem a atuação da AdC, e isto tanto do ponto de vista da realização do interesse público como da tutela dos interesses dos particulares no âmbito de relações jurídicas multilaterais.

Assim, se não existir a prática de um ato administrativo por parte da AdC, por um lado, os interesses públicos com relevância constitucional, envolvidos na operação de concentração de empresas em causa, não poderiam ser considerados pela Administração pública; por outro lado, não poderiam ser devidamente ponderados os interesses das restantes operadoras no mercado, uma vez que a respetiva situação jurídica seria totalmente desconsiderada no caso de se consolidarem na ordem jurídica os efeitos produzidos pelo deferimento tácito.

3. Conclusões

- 1) A norma do artigo 55.º, n.º 4, da LdC, viola a Constituição, quando interpretada no sentido de que o parecer vinculativo da ERC se pode degradar em parecer não vinculativo, cuja não emissão não impede a AdC de decidir no sentido da não oposição à concentração;
- 2) De modo a salvar a conformidade à Constituição da norma do artigo 55.º, n.º 4, da LdC, propomos que seja interpretada no sentido de que, após o decurso do prazo concedido à ERC para se pronunciar, a AdC está somente habilitada à emissão de decisão

³⁰ Sobre o ponto, na doutrina administrativista alemã, cf., por exemplo, U. KNOKE, *Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten. Zur Dogmatik und Kritik der Rücknahmebestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze*, Duncker und Humblot, Berlin, 1989, p. 158; F. KOPP/U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 8.ª edição, C. H. Beck, München, 2003, p. 837; F. OSSENBUHL, *Die Rücknahme fehlerhafte begünstigender Verwaltungsakte*, Walter de Gruyter & Co., 2.ª edição, Berlin, 1965, pp. 87 e 88.

de carácter negativo, uma vez que para chegar a esta conclusão – a da impossibilidade de realização da concentração – lhe basta o exercício da sua competência, enquanto, para tomar uma decisão com efeitos positivos ou condicionados, careceria sempre da intervenção prévia da ERC;

- 3) As normas do artigo 55.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4, em conjugação com a norma do artigo 50.º, n.º 4, da LdC, violam a Constituição, se interpretadas no sentido de que pode ocorrer a formação de deferimento tácito nos procedimentos de concentração de empresas na área da comunicação social;
- 4) A parte final do n.º 3 do artigo 55.º deve ter-se por não aplicável aos procedimentos de concentração de empresas que reclamem a intervenção da autoridade reguladora com competência na área da comunicação social. Por outras palavras, estando em causa uma operação de concentração de empresas na área da comunicação social, a suspensão do prazo a que se refere o n.º 2 do artigo 55.º termina apenas no momento em que a AdC receba o parecer emitido pela ERC. A outra possibilidade avançada pela lei – cessação da suspensão findo o prazo definido pela AdC – não pode aqui aplicar-se, estando a sua aplicação reservada para os procedimentos de concentração de empresas que não envolvam a realização de princípios e direitos fundamentais;
- 5) Dentro do limite da razoabilidade exigida pelo n.º 1 do artigo 55.º, compete à AdC, no exercício de um poder discricionário, fixar as fronteiras do prazo concedido à ERC para se pronunciar. A esta luz, nada impede que, depois de conceder inicialmente o prazo, a AdC reconheça, perante as razões apresentadas pela entidade a quem compete a emissão do parecer vinculativo, que o prazo concedido não foi suficiente, devendo no cumprimento do disposto no art. 55.º, n.º 1, prorrogar ou, já não sendo possível, conceder prazo suplementar;
- 6) Nos termos da dogmática geral do Direito Administrativo, quando o parecer a emitir pelo órgão com competência consultiva é vinculativo, o órgão com competência decisória não pode emitir pronúncia antes de o parecer ser emitido. Na verdade, nos casos em que a lei determina a obrigatoriedade de emissão de parecer vinculativo, a decisão final do procedimento depende da prática de um chamado ato complexo, ou seja, de um ato que é produto

da vontade de mais do que um órgão, ou, se quisermos, estamos na presença de um caso de coautoria;

- 7) Assim sendo, a norma do artigo 55.º, n.º 4, da LdC, deve ser interpretada no sentido de que a AdC apenas pode emitir decisão que ponha fim ao procedimento, se essa decisão for de conteúdo negativo, uma vez que para chegar a esta conclusão – a da impossibilidade de realização da concentração – lhe basta o exercício da sua competência, não carecendo portanto da intervenção da ERC;
- 8) Logo, não havendo razões para a emissão de decisão negativa, a AdC não podia senão conceder prazo suplementar à ERC, uma vez que depende do parecer a emitir por esta entidade a possibilidade de decidir pela não oposição à concentração; justamente por isto, a concessão do prazo suplementar resulta do cumprimento de um dever legal;
- 9) Consequentemente, uma vez que a decisão final do procedimento não pode ser emitida sem a intervenção da ERC – porque tal contraria a natureza complexa do ato administrativo em análise –, a suspensão do prazo geral de conclusão do procedimento deve permanecer até que a ERC emita o parecer vinculativo;
- 10) O deferimento tácito não tem a natureza de ato administrativo, nem pode corresponder à prática de um ato administrativo constitutivo de direitos. Na verdade, o deferimento tácito traduz apenas uma ficção legal, fundada na presunção – ilidível – de que os interessados merecem tutela da confiança depositada sobre o comportamento omissivo da Administração;
- 11) Não traduzindo a prática de qualquer ato administrativo, o facto de se haver formado deferimento tácito não impede a AdC de praticar o ato primário, uma vez que este ato não equivalerá, em caso algum, a uma revogação de um ato constitutivo de direitos;
- 12) Todavia, ao praticar o ato, a Administração deve compatibilizar os interesses públicos em causa com a eventual tutela da confiança dos beneficiários do deferimento, para além de ter de ponderar igualmente a situação dos terceiros com interesses contrários aos dos requerentes;
- 13) Não tendo as notificantes investido confiança relevante no comportamento omissivo da AdC – não tendo, ainda, adotado ou desenvolvido uma conduta com base na assunção de que efetivamente

ocorreu o deferimento tácito –, pode concluir-se não estarem reunidos os pressupostos de que depende a tutela da confiança dos particulares nas atuações da Administração;

- 14) De outra banda, a somar à ausência da necessidade de proteção da tutela da confiança das notificantes, encontramos motivos suficientemente fortes que reclamam a atuação da AdC. Assim, por um lado, os interesses públicos com relevância constitucional envolvidos na operação de concentração de empresas na área da comunicação social, e, por outro lado, os interesses das restantes operadoras no mercado, cuja situação jurídica seria totalmente desconsiderada no caso de se consolidarem na ordem jurídica os efeitos produzidos pelo deferimento tácito.