

Decisão

Pedido de intervenção da MEO para resolução administrativa do litígio que a opõe à NOS relativo ao preço dos serviços de terminação de chamadas móvel-móvel reciprocamente prestados em 2001 entre a TMN e a OPTIMUS

ÍNDICE

1.	Pedido da MEO	2
2.	Pronúncia da NOS	5
3.	Antecedentes: Fixação do preço de terminação nas redes móveis da TMN e da OPTIMUS em 2001	15
3.1	Obrigações a que os operadores móveis estavam sujeitos em 2001	15
3.2	Os preços de terminação móvel praticados entre os operadores móveis em resultado das suas negociações entre 1999 e 2001	16
3.3	Pedido de intervenção da ANACOM apresentado pela OPTIMUS em 2001	19
3.4	Os preços de terminação móvel (fixo-móvel e móvel-móvel) impostos por regulação <i>ex-ante</i> , entre 2000 e 2002	21
4.	Contencioso judicial entre TMN e OPTIMUS.....	24
4.1	Processo intentado pela TMN vs OPTIMUS.....	25
4.2	Processo intentado pela OPTIMUS vs PTC	29
5.	Análise.....	32
6.	Audiência prévia dos interessados	40
7.	Decisão	40

1. Pedido da MEO

Em 31.07.2018 foi recebida na ANACOM a carta da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO) – que sucedeu à TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. (TMN) –, datada de 30.07.2019, com a referência CCO079, na qual esta empresa veio requerer, nos termos e para os efeitos do artigo 10.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, na sua redação atual (“Lei das Comunicações Eletrónicas” ou “LCE”) – ou, subsidiariamente, ao abrigo das suas competências legais enquanto autoridade reguladora do sector –, a intervenção da ANACOM na fixação do preço a aplicar no ano de 2001 aos serviços de terminação reciprocamente prestados pela então TMN e pela então OPTIMUS Telecomunicações, S.A. (OPTIMUS, atualmente NOS Comunicações, S.A., doravante OPTIMUS, SONAECOM ou NOS).

Mais veio requer a empresa que *«seja fixado o preço de Esc.55\$00 (€ 0,2743) por minuto + IVA pelos serviços de terminação móvel-móvel reciprocamente prestados entre a TMN e a OPTIMUS no ano de 2001.»*.

A MEO fundamenta o pedido que apresentou, no momento atual, nos termos que de seguida se sintetizam.

A empresa começa por referir que a OPTIMUS/NOS não concorda com a sua proposta de que o preço de terminação a aplicar em 2001 ascenda a 55\$00/minuto, considerando que o preço deve ser fixado em 25\$82 (€ 0,1287)¹.

A MEO recorda a decisão da ANACOM de 24.01.2002, de *«não intervir na resolução do diferendo existente entre a TMN e a Optimus, face à pendência da ação judicial relativa à matéria»*² e salienta que sempre se opôs à tese de que apenas a ANACOM teria competência para determinar o preço devido pelos serviços de terminação de chamadas móvel-móvel para 2001 entre a TMN e a OPTIMUS, referindo ter pugnado no sentido de serem os tribunais a analisar e a decidir qual o preço a ser praticado entre as referidas empresas, o que, nota, não logrou conseguir.

Refere que a TMN e a OPTIMUS litigaram em duas ações desde o dia 10.10.2001 até o dia 24.04.2018 (agora já como MEO e NOS, respetivamente), não tendo os tribunais judiciais

¹ Esta posição da OPTIMUS resulta, no entender da MEO, da exposição que a empresa apresentou à ANACOM em 06.11.2001, na qual requereu a sua intervenção para a fixação do referido preço de 25\$82 (€ 0,1287).

² Sublinhado nosso.

aceitado fixar um preço, nem tendo as partes chegado posteriormente a um acordo, pelo que entende que apenas lhe resta, como alternativa, solicitar a intervenção da ANACOM no sentido de ser fixado, para 2001, o preço do serviço de terminação móvel-móvel a ser reciprocamente cobrado pelas partes, num contexto que qualifica, assim, como de “inevitabilidade”.

Com efeito, fazendo a resenha do contencioso judicial que opôs a TMN à OPTIMUS – que se sintetiza no ponto 4. *infra* –, a MEO refere que as várias instâncias judiciais que julgaram o primeiro processo judicial (Processo n.º 723/2001) recusaram fixar um preço, por considerarem que a competência para o efeito cabia à ANACOM e, no âmbito do segundo processo judicial (Processo n.º 524/10.1/TVLSB), apesar de ter sistematicamente defendido que caberia ao tribunal pronunciar-se quanto à questão do preço, fixando-o, na inexistência de acordo, foi proferida sentença que considerou a ação intentada pela OPTIMUS procedente. Desta decisão cita [apenas] a seguinte passagem: «[d]eferida [no Processo n.º 723/2001] tal questão [de fixação do preço] à ICP-Anacom, a quem aliás incumbe a resolução destes litígios (de acordo com o disposto nos artºs 16 e 18 do D.L. 415/98 e 309/2001 de 7/12) e a quem foi solicitada a sua intervenção neste campo, é esta a entidade a quem incumbirá a fixação do referido preço.».

Neste contexto, a MEO conclui que, muito embora discorde do entendimento seguido pelos tribunais judiciais, é, para ela, um facto inelutável que esgotou todas as possibilidades processualmente admissíveis de reverter as decisões judiciais proferidas, vendo-se, por isso, forçada a recorrer à ANACOM, para efeitos de fixação de um preço pelos serviços de interligação reciprocamente prestados pela TMN e pela OPTIMUS no ano de 2001.

Dito isto, a MEO expõe o seu entendimento sobre o contexto legal que considera enquadrar e capacitar a intervenção da ANACOM no litígio cuja resolução agora solicita, salientando que, apesar de se tratarem de factos relativos a 2001, só a partir da data de trânsito em julgado da última decisão proferida, no âmbito do 2.º processo judicial (que diz ter ocorrido em 24.04.2018) é que se tornou «possível que a ANACOM dirima o litígio entre as partes».

Quanto aos preços a aplicar, a MEO salienta que é incontroverso que a TMN e a OPTIMUS prestaram reciprocamente serviços de terminação móvel-móvel durante o ano de 2001 e que tal se verificava desde 1998, tratando-se de serviços onerosos.

A MEO entende que, independentemente da existência, ou não, de um acordo, o preço de 55\$00/minuto + IVA é o único passível de ser aplicado no ano de 2001, dado que:

- a. era esse o preço que vinha a ser praticado entre a TMN e a OPTIMUS no trimestre imediatamente anterior (quarto trimestre de 2000);
- b. era o preço que era praticado, de forma recíproca, entre a TMN e a VODAFONE desde o último trimestre de 2000 e durante o ano de 2001;
- c. era o preço reciprocamente praticado entre a OPTIMUS e a VODAFONE nos anos de 2000 e 2001.

Adianta ainda que, dado a TMN e a VODAFONE terem sido declaradas detentoras de poder de mercado significativo (PMS) nos mercados das redes e serviços telefónicos móveis, se encontravam obrigadas a respeitar o princípio da não discriminação na oferta de terminação de serviços móveis, pelo que não podiam praticar preços de terminação discriminatórios.

Nota que a OPTIMUS tinha bem presente a obrigação de não discriminação entre operadores a que a TMN estava obrigada, uma vez que utilizou esse mesmo princípio para exigir a retificação do preço praticado pela TMN pelos serviços de interligação relativos a 1999 e 2000.

A MEO recorda ainda que a ANACOM, no âmbito da sua Decisão de 24.01.2002, fez diversas alusões ao princípio da não discriminação e que decidiu o pedido de intervenção que lhe havia sido submetido pela Onitelem – Infocomunicações S.A. (ONI) – por ausência de acordo entre este operador de rede fixa e os operadores móveis, quanto ao preço de terminação para o ano de 2001 – estabelecendo que o preço deveria ser idêntico ao que era praticado relativamente aos outros operadores.

A MEO faz ainda alusão ao disposto no artigo 1158.º do Código Civil, aplicável ao contrato de prestação de serviços por força do artigo 1154.º do mesmo Código, que estabelece que, se o mandato for oneroso, a medida de retribuição, não havendo ajustes entre as partes, é determinada pelas tarifas profissionais, na falta destas pelos usos e, na falta de umas e de outras, por juízos de equidade. Considera, para o efeito, que os 55\$00 representavam o valor que correspondia às tarifas profissionais e dos usos da profissão, por ser esse o preço que desde 2000 e até ao final de 2001 vinha a ser praticado, de forma recíproca, entre os operadores móveis.

Argumenta também que o preço de 55\$00 para a terminação móvel-móvel (que diz ser tradicionalmente o mais elevado dos preços de terminação) se encontrava bastante próximo do valor determinado pela ANACOM em 2000 para o preço-médio de terminação fixo-móvel (47\$50/minuto/€ 0,2369) a praticar por todos os operadores móveis. Salaria que em 2001 não haveria razões para sustentar a existência de diferenças substanciais entre o preço de terminação fixo-móvel e o da terminação móvel-móvel, tal como foi referido na Decisão da ANACOM de 29.05.2002, relativa à terminação móvel-móvel.

A MEO entende, assim, que o preço proposto pela OPTIMUS (25\$82) para a terminação com a TMN é *descabido*, não fazendo sentido à luz dos preços praticados em 2001, nem do enquadramento legal e regulatório aplicável, nem à luz do preço que a OPTIMUS acordou com a VODAFONE para 2000 e 2001, que era de € 0,2743 (55\$00), nem à luz do preço acordado com a VODAFONE para 2002, de € 0,1870 (37\$49), nem do preço que propôs à TMN para 2002, também de € 0,1870, o qual não foi aceite.

A MEO refere ainda que o preço de 25\$82 também não é consentâneo com os critérios de definição de preços de terminação móvel-móvel que a ANACOM fixou para 2002, no âmbito da sua Decisão de 29.05.2002 (€ 0,2070 [41\$50] por minuto, para uma chamada de 100 segundos de duração, com tarifação ao segundo, no máximo a partir do primeiro minuto e € 0,1870 [37\$50] por minuto, com tarifação ao segundo, a partir do primeiro segundo, para aplicação, respetivamente, a partir de 01.01.2002 e de 30.06.2002).

Em suma, a MEO solicita a intervenção da ANACOM na fixação do preço a aplicar aos serviços de terminação reciprocamente prestados pela TMN e pela OPTIMUS no ano de 2001, em 55\$00/minuto + IVA (€ 0,2743).

2. Pronúncia da NOS

Na sequência do pedido de intervenção da MEO, a ANACOM notificou³ a NOS para que, querendo, se pronunciasse, por escrito, no prazo de 15 dias úteis, sobre o requerimento apresentado.

Em resposta, a NOS⁴ pronunciou-se no sentido de que a MEO não tem razão em qualquer das questões que suscita no seu requerimento, isto é, nem quanto às justificações que apresenta para que só pela carta datada de 30.07.2018 tenha vindo solicitar a intervenção da

³ Através do ofício com a ref.ª ANACOM-S004149/2019, de 06.03.2019.

⁴ Carta de 28.03.2019, recebida a 29.03.2019.

ANACOM para resolver o litígio referente ao preço dos serviços de interligação prestados no ano de 2001 entre a OPTIMUS e a TMN, nem quanto à sustentação que avança para fundamentar que o preço dos serviços de interligação prestados entre as empresas no ano de 2001 seja fixado em 55\$00 (€ 0,2743) por minuto, mais IVA.

A NOS estrutura a sua pronúncia nas três partes, que seguidamente se sintetizam:

(i) *Da intempestividade do requerimento da MEO*

A NOS não põe em causa que a ANACOM dispõe de competência exclusiva para a fixação do preço dos serviços de interligação entre os operadores móveis, no caso de estes não chegarem a acordo. Porém, segundo a empresa, estando o pedido de intervenção legalmente sujeito a um prazo, que não foi respeitado, caducou o direito de promover essa intervenção.

Por referência à lei anterior⁵, vigente em 2001, e à atual lei (Lei das Comunicações Eletrónicas), a NOS refere que a intervenção da ANACOM para efeitos de resolução de conflitos entre os operadores decorrentes da inexistência de acordo quanto ao preço dos serviços de interligação está dependente de solicitação dos interessados, que deve ser feita dentro de certo prazo, que era de 60 dias contados da data do conhecimento do facto que deu origem ao litígio, na lei antiga, e passou a ser de 1 ano a contar da data do início do litígio, na lei atualmente em vigor.

A empresa relembra que, tendo verificado a inexistência de acordo com a TMN para 2001, em particular quanto ao preço, solicitou a intervenção da ANACOM, a 06.11.2001. Relembra igualmente que a TMN se opôs à intervenção desta Autoridade, alegando a existência de acordo e que a ANACOM, por deliberação do seu Conselho de Administração de 24.01.2002, decidiu não intervir, por estar então em curso uma ação judicial⁶ em que se discutia a existência de um acordo quanto ao preço.

Para a NOS, com o trânsito em julgado da sentença proferida no âmbito do Processo n.º 723/2001, tornou-se certo que não existia acordo sobre o preço da interligação para 2001 entre a OPTIMUS e a TMN e que seria à ANACOM que caberia fixá-lo, a pedido de alguma das partes.

⁵ Decreto-Lei n.º 415/98, de 31 de dezembro.

⁶ Refere a MEO que se trata do Processo n.º 723/2001, interposto pela TMN contra a Optimus e que correu os seus termos no Tribunal Judicial da Maia.

Segundo a empresa, a TMN (ou a então PT Comunicações, S.A. (PTC), se, para tanto, tivesse legitimidade) poderia, querendo, ter desencadeado o procedimento de resolução de diferendos previsto na Lei das Comunicações Eletrónicas, dispondo, para o efeito, do prazo de um ano após o trânsito em julgado daquela decisão (ou de 60 dias, caso se entendesse aplicável o Decreto-Lei n.º 415/98, de 31 de dezembro).

Concedendo que não o teria de fazer antes, enquanto a ação estava pendente, a NOS entende que, uma vez certificado, com a força de caso julgado de uma sentença oponível quer à TMN, quer à PTC, que não existia acordo quanto ao preço da interligação para 2001 e que era à ANACOM que competia fixar esse preço a pedido de alguma das partes, impunha-se à TMN que, querendo, apresentasse, no prazo legal, o pedido de intervenção desta Autoridade para a resolução do litígio – o que a empresa não fez.

A NOS refere ainda que a entidade a quem o litígio respeitava, por ser ela a parte na relação de interligação, à qual a falta de acordo dizia respeito, era a TMN, que, em 2010, era uma sociedade distinta da PTC. Mais afirma que a TMN não foi parte, em nenhum momento, no Processo que correu termos com o n.º 524/10.1TVLSB, tendo esta ação sido proposta pela NOS exclusivamente contra a PTC. A ação tinha por objeto a cobrança dos créditos da OPTIMUS (que havia sido incorporada, por fusão, na SONAECOM) sobre a PTC, relativos a saldos resultantes da prestação recíproca de serviços de interligação.

Mais adianta que só em 2014, quando a ação já se encontrava pendente há 4 anos, é que a TMN veio a ser extinta e absorvida pela PTC, atual MEO.

Para a NOS, o Processo n.º 524/10.1TVLSB era uma realidade alheia à TMN, pelo que a decisão da TMN de, em 2010, depois de transitada em julgado a sentença proferida no Processo n.º 723/2001, não requerer a intervenção da ANACOM para fixação do preço da interligação relativo a 2001, nunca poderia ter como justificação a pendência da segunda ação intentada (Processo n.º 524/10.1TVLSB). A empresa defende que, se a TMN decidiu aguardar pelo desfecho dessa ação, fê-lo por sua conta e risco, porque não era parte na ação, nem esta lhe dizia respeito.

A NOS acrescenta que não é verdade que o objeto do Processo n.º 524/10TVLSB incluísse a fixação do preço dos serviços de interligação reciprocamente prestados entre a OPTIMUS e a TMN relativos a 2001, já que no processo em questão foi pedida a condenação da PTC no pagamento dos créditos que a OPTIMUS detinha sobre esta, que

a referida empresa defendia terem-se extinguido por compensação com os alegados créditos da TMN sobre a OPTIMUS, que lhe teriam sido cedidos.

Segundo a NOS, «[p]ercebe-se a confusão que a MEO quer estabelecer entre as duas acções, mas o que ela diz não é verdade. Desde logo, é falsa e mesmo absurda a alegada alternativa da OPTIMUS entre o pedido de fixação do preço e a propositura de uma acção contra a PTC e a TMN com vista à declaração de ineficácia das cessões de créditos entre estas duas sociedades, e é sobretudo falso que aquilo que a SONAECOM fez tenha sido propor tal acção.».

A NOS entende que o «que a SONAECOM fez, depois de se tornar certo que não havia acordo quanto ao preço da interligação entre a OPTIMUS e a TMN para 2001 que pudesse sustentar a compensação feita pela PTC, foi propor uma ação contra a PTC (e só contra ela) pedindo a sua condenação no pagamento das quantias de que era devedora à OPTIMUS, na qual a questão da ineficácia das declarações de compensação acabou por ser discutida por causa da defesa apresentada pela PTC.»⁷.

A NOS defende ainda não ser verdade que tenha sido no Processo n.º 524/10.1TVLS que os tribunais decidiram que não tinham competência para fixar o preço da interligação; fizeram-no, segundo a empresa, na primeira ação, com decisão transitada em 2010, e no segundo processo limitaram-se a abster-se de nova pronúncia sobre a questão, reconhecendo a autoridade do caso julgado formado no Processo n.º 723/2001.

Em suma, para a NOS, a TMN podia, no ano que sucedeu ao trânsito em julgado da sentença proferida no Processo n.º 723/2001 – ou seja, após 8 de fevereiro de 2010 –, ter requerido à ANACOM a sua intervenção para resolução do litígio com a OPTIMUS.

Por conseguinte, **para a empresa devem considerar-se hoje definitivamente ultrapassados os prazos de que a TMN dispunha para provocar a intervenção da ANACOM**, seja à luz do disposto no artigo 18.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 415/98, de 31 de dezembro, seja do artigo 10.º, n.º 2 da atual Lei das Comunicações Eletrónicas e, conseqüentemente, caducado o direito de a MEO obter da ANACOM a fixação do preço da interligação entre a OPTIMUS e a TMN relativo ao ano de 2001.

⁷ Sublinhado nosso.

A NOS defende igualmente que a interpretação que a MEO pretende fazer da locução “pode” utilizada no artigo 11.º, n.º 1 da Lei das Comunicações Eletrónicas não tem fundamento algum. Para a empresa, quando, no artigo 11.º, n.º 1, se estabelece que «A ARN apenas pode recusar um pedido de resolução de litígio formulado nos termos do artigo anterior nos seguintes casos» – entre os quais está o decurso do prazo do artigo 10.º, n.º 2 –, o que a lei visa, com o uso da locução “pode”, é circunscrever taxativamente os fundamentos de recusa de resolução do litígio às situações ali tipificadas – no fundo, está a dizer que somente nessas situações, e não em qualquer outra, é que o pedido formulado por alguma das partes em litígio não dará lugar a intervenção da Autoridade reguladora. Para a NOS, não constitui, manifestamente, um propósito da lei estabelecer que, nas situações que esta configura como constituindo um fundamento de recusa, haja margem de apreciação da Autoridade Reguladora que possa levar a intervir nuns casos em que o prazo já estivesse ultrapassado, e não noutros, consoante a sua ponderação.

Segundo a empresa, preenchida alguma das alíneas do artigo 11.º, n.º 1 da LCE, a ANACOM está impedida de intervir na resolução do conflito – é esse o único sentido razoável que essa norma comporta.

Para a NOS, não impressiona, também, o argumento da alegada falta de tutela da MEO caso não haja intervenção da ANACOM, nem este pode servir de justificação para que se atribua, *contra legem*, alegados poderes de iniciativa oficiosa à ANACOM. No entender da empresa, o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva é compatível com a definição, pela lei, de regras e procedimentos por que este pode e deve ser exercido, aí se incluindo a definição de prazos razoáveis para a prática dos atos pelos particulares.

A empresa refere que a suposta falta de tutela da pretensão da MEO, caso esta não seja apreciada pela ANACOM, não é distinta de qualquer outra situação em que se coloca quem não exerce um direito dentro do prazo de caducidade de que dispõe para o efeito e que, por esse motivo, tem que suportar, em termos de auto-responsabilidade, as consequências desvantajosas da inobservância desse ónus.

A NOS adianta ainda que uma intervenção da ANACOM que tivesse lugar “*hoje*” relativamente ao preço da interligação de 2001, já não poderia certamente pretender ser útil e eficaz, do ponto de vista da promoção dos interesses dos utilizadores, do combate ao estabelecimento de barreiras ao aproveitamento das externalidades das redes por parte dos utilizadores finais ou da promoção de ofertas de mercado inovadoras, por exemplo –

sendo antes patente que o que ainda permanece por satisfazer é o interesse (particular) dos operadores envolvidos na fixação do preço do serviço e na realização dos acertos de contas correspondentes. Ora, para a NOS, não é esse interesse particular que pode justificar uma intervenção excecional da ANACOM, como a propugnada pela MEO, destinada a intervir na resolução de um litígio que não lhe foi solicitada tempestivamente.

(ii) Do preço de 55\$00 por minuto + IVA pretendido pela MEO para os serviços de interligação de 2001

A NOS apresenta ainda as razões porque considera que o preço defendido pela MEO para a prestação recíproca de serviços de terminação em 2001, entre a OPTIMUS e a TMN – de 55\$00 (€ 0.2743) por minuto + IVA – não tem sustentação.

Assim, quanto ao facto de entre a TMN e a OPTIMUS ter vigorado o preço de 55\$00 por minuto no 4.º trimestre de 2000, a NOS reconhece que, para esse ano de 2000, a empresa aceitou inicialmente, quer relativamente à TMN, quer relativamente à VODAFONE, o preço de 55\$00 por minuto + IVA – se bem que, com ambas as empresas, esse preço tivesse acabado por ser objeto de reduções substanciais no período de janeiro a setembro, tendo vigorado, entre a OPTIMUS e a TMN, o preço de 4\$27 por minuto + IVA, entre janeiro e março e o preço de 22\$00 por minuto + IVA, entre abril e setembro. A NOS acrescenta que a fixação deste preço se deveu a razões especialíssimas, que recorda na sua pronúncia (parágrafos 79 a 86, para os quais se remete).

A empresa afirma que o preço de 55\$00 por minuto acabou, assim, por vigorar nas relações entre a OPTIMUS e a TMN e entre a OPTIMUS e a VODAFONE somente no último trimestre de 2000 e por força de um circunstancialismo muito especial e irrepetível – o que leva a que esse preço não possa ser tomado como referência para a fixação do preço dos serviços de interligação para 2001.

Defende também que a inexistência de tarifas profissionais entre operadores, neste sector da interligação, é algo que já foi reconhecido pelos Tribunais, nos processos referidos pela MEO, entendendo não haver qualquer discussão⁸ sobre este aspeto – pelo que não percebe a insistência da MEO.

⁸ Cfr. o facto não provado n.º 3 da sentença proferida no Processo n.º 524/10.1TVLS (Documento n.º 10 anexo ao requerimento da MEO).

Acresce que, para a NOS, também não é verdade que o preço de 55\$00 por minuto decorresse dos *usos da profissão*, ou seja, que entre os operadores existissem comportamentos ou práticas reiteradas, traduzidos na aplicação generalizada e uniforme de um preço de 55\$00 por minuto – tendo também já sido negado pelos Tribunais que o preço de 55\$00 por minuto + IVA correspondesse aos usos da profissão, nas relações entre operadores⁹.

A NOS rejeita, por isso, que o preço de 55\$00 por minuto + IVA fosse um valor que viesse a ser praticado entre os operadores, ou que correspondesse aos *usos do sector* em 2001.

A empresa adianta ainda que o facto de, entre a TMN e a VODAFONE, se ter mantido esse preço para 2001, ter-se-á devido à circunstância de não se verificar um desbalanceamento entre esses operadores e de lhes ser, por isso, indiferente a manutenção de um preço muito elevado, além de que podiam continuar a auferir das vantagens de um tal valor anormalmente elevado, do ponto de vista do aumento do volume de negócios. Para a NOS, a situação ter-se-á alterado, ao que crê, justamente em 2001, em prejuízo da VODAFONE, pois essa é, no seu entender, a explicação mais plausível para o facto de a TMN e a VODAFONE não terem chegado a acordo quanto ao preço aplicável em 2002, o que terá tido como consequência que tivessem requerido a intervenção da ANACOM.

Quanto às condições que vigoraram entre a OPTIMUS e a VODAFONE em 2001, entende que o que se passou foi que, não obstante terem sido inicialmente emitidas faturas que tomaram por referência o preço de 55\$00 por minuto, ainda em 2000 as empresas emitiram acetos que reduziram o preço para 22\$00 por minuto. E as duas empresas acabaram por chegar ao entendimento de que as condições remuneratórias relativas à interligação entre as suas redes no ano de 2001 seriam as que viessem a ser aplicáveis às relações entre a TMN e a OPTIMUS, pelo que o encontro de contas entre a OPTIMUS e a VODAFONE sobre a interligação relativa a 2001 acabou por não ser fechado – o que explica, aliás, que a VODAFONE nunca tenha interpelado a OPTIMUS para pagar os saldos, apurados a seu favor, com referência ao mencionado período, com base num preço de 55\$00 por minuto + IVA, ou em qualquer outro valor. A NOS salienta que, contrariamente ao afirmado pela MEO, o preço de 55\$00 por minuto não só não foi

⁹ Cfr. o facto não provado n.º 4 da sentença proferida no âmbito do Processo n.º 524/10.1TVLSB (Documento n.º 10 anexo ao requerimento da MEO).

“praticado por todos os operadores móveis desde o último trimestre de 2000 e no ano de 2001”, como terá acabado por vigorar no ano de 2001 somente entre a TMN e a VODAFONE.

No que se refere ao argumento da não discriminação, a NOS lamenta que a MEO, depois destes anos todos em que o *brandiu* nos Tribunais, sem qualquer sucesso, não o tenha ainda deixado cair, tal é – no seu entender –, a sua falta de fundamento.

É certo que, quer a TMN, quer a VODAFONE tinham, em 2001, o estatuto de empresas detentoras de PMS nos mercados das redes e serviços telefónicos móveis e, portanto, estavam adstritas à observância do *“princípio da não discriminação na oferta de interligação”* (cfr. artigo 8.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 415/98). Porém, para a NOS, é inaceitável a consequência que a MEO daí quer extrair: de que, *«atento o referido princípio da não discriminação aplicável à TMN, esta apenas poderia praticar em relação à OPTIMUS, em 2001, o mesmo preço de terminação móvel-móvel que cobrava (e pagava) à VODAFONE, isto é, 55\$00 (€ 0,2743) por minuto + IVA, o qual era também, por sua vez, o preço que a OPTIMUS e a VODAFONE praticavam entre si.»*.

A NOS faz ainda alusão ao argumento da MEO de que, tendo a ANACOM determinado, na decisão de 24.01.2002, que fossem aplicados à ONI, em 2001, os preços dos serviços de interligação dos operadores de serviço móvel terrestre que constavam dos acordos de interligação e que já vigoravam no final de 2000, não haveria razão para pensar que fixasse preço diferente se tivesse conhecido desde logo do pedido da OPTIMUS. Para a NOS, trata-se de uma asserção de carácter especulativo sobre o que poderia ter sido a decisão da ANACOM, que não assenta em quaisquer fundamentos de facto.

Mais decisivo para a NOS é que o exercício que é pedido pela MEO à ANACOM não é de fixação do preço de terminação para 2001, como se estivéssemos em 2001 ou em 2002, mas antes a fixação desse preço em 2019. Para a NOS, o que interessa averiguar, com a informação *“hoje”* disponível e tendo presente que se estaria a fixar, no momento atual, um preço relativo a um serviço prestado em 2001, é qual seria o valor que esse preço deveria assumir. Para a empresa, se a ANACOM fosse proceder agora à fixação do preço para 2001, iria poder ponderar um conjunto de factos e de informações que não teriam sido considerados em 2002 – como o facto de os preços que foram efetivamente adotados e praticados entre os três operadores móveis em 2000 não terem sido de 55\$00 por minuto, mas muito inferiores, e de essa cifra ter vigorado unicamente no último trimestre

desse ano, por razões especialíssimas e irrepetíveis. Para a NOS, a consideração desses factos e informações conduz, necessariamente, à conclusão de que o preço de 55\$00 por minuto + IVA é excessivo e injustificado.

Quanto ao facto de o preço médio do serviço de terminação fixo-móvel ter sido fixado por deliberação de 03.08.2000, em 47\$50 por minuto, argumenta que essa primeira intervenção da ANACOM naquele preço foi condicionada por um conjunto de preocupações relacionadas com a manutenção de uma importante fonte de receitas dos operadores móveis, que levou a que fosse fixado um preço que se reconhecia ser elevado, e a que fosse retardada a convergência que se pretendia com o preço da terminação móvel-móvel. Ora, para a NOS, quanto a esta, já não se fazia sentir idêntica preocupação e, pelo contrário, o nível de preços que vinha sendo praticado entre os operadores era muito mais baixo – tirando o preço que acabou por vigorar entre os operadores no último trimestre de 2000 (e que terá subsistido entre a TMN e a VODAFONE também para 2001), cuja justificação estava no apontado receio de os referidos operadores virem a ser confrontados com um preço de terminação no fixo-móvel que lhes causasse uma abrupta perda de receitas.

Por último, a NOS refere que a MEO invoca o facto de, por deliberação de 29.05.2002, a ANACOM ter fixado, para vigorarem em 2002, os preços¹⁰ de € 0,2070 para o primeiro semestre e de € 0,1870 para o segundo semestre, este com tarifação ao segundo a partir do primeiro minuto. Os preços em causa são significativamente mais baixos do que os 55\$00 por minuto defendidos pela MEO, pelo que NOS não vê como possam sustentar a sua tese.

De todo o modo, entendendo que os preços que deviam ter sido estabelecidos para a terminação móvel-móvel eram muito inferiores aos que considerava terem vigorado entre os operadores em 2000 e ao estipulado no acordo, para 2001, celebrado entre a TMN e a VODAFONE, para a empresa, a ANACOM considerou que devia assegurar um ajuste progressivo dos preços – o que demonstra que os valores que fixou para 2002 fossem ainda mais elevados do que os que correspondiam efetivamente à remuneração adequada do serviço e, de todo o modo, que o valor mais próximo desse preço devido seria sempre o estabelecido para o segundo semestre daquele ano – de € 0,1870 por minuto com tarifação ao segundo a partir do primeiro segundo.

¹⁰ Para a terminação móvel – móvel.

A tudo isto acresce, segundo a NOS, que se se tiver em conta que as chamadas *on-net* usam todos os elementos da rede de um só operador, ao passo que a interligação utiliza apenas parte desses elementos, e se se tiver também em consideração que o serviço de interligação é vendido “*por grosso*”, enquanto as chamadas *on-net* são vendidas “*em retalho*” (estando-lhes associados custos diretos e indiretos que não têm paralelo no primeiro, como sejam os de angariação de clientes e de utilização de plataformas técnicas e de faturação), deve concluir-se que o preço da interligação, quando norteado pelo custo do serviço que lhe está subjacente, não deverá ser superior ao preço médio das chamadas *on-net*.

Sucedo que o preço médio das chamadas *on-net* praticado por qualquer dos operadores de redes móveis foi, durante todo o ano de 2001, em muitos dos seus tarifários, substancialmente inferior a 55\$00 e situou-se mesmo, em muitos dos seus tarifários, na casa dos 30\$00 – o que considera demonstrar que é totalmente injustificável que aquele preço de 55\$00 por minuto pudesse razoavelmente valer para os serviços de interligação.

(iii) Do preço a fixar para os serviços de interligação entre a OPTIMUS e a TMN relativos a 2001

No entender da NOS, o preço a fixar para os serviços de interligação entre a OPTIMUS e a TMN relativos a 2001 não deve exceder os 25\$82 (€0,1287) por minuto + IVA.

Para a empresa, estando em causa a fixação do preço para 2001, o histórico dos preços estabelecidos entre os operadores móveis deve ter-se como muito relevante.

Não tendo ocorrido em 2001 nenhum facto que determinasse uma fundamental alteração das condições de prestação do serviço de interligação, não há razão para que o preço desse serviço não seja coerente com o que vigorou nos anos anteriores. Por conseguinte, a empresa considera que se afigura plenamente justificado que o preço a fixar para 2001 seja igual ao preço médio que vigorou entre a OPTIMUS e a TMN em 2000, que foi de 25\$82 por minuto + IVA.

A NOS assinala que no cálculo desse preço médio considera também o valor de 55\$00 por minuto que vigorou no último trimestre de 2000, que, por *contas direitas*, atenta a sua especial razão de ser, porventura nem sequer deveria entrar nesta equação. Se esta parcela não fosse considerada, e se se tivesse somente em conta o preço que vigorou em 2000 – que apenas tinha relação com a efetiva remuneração do serviço de terminação –,

o preço médio de 2000 seria, afinal, somente de 16\$09 – ou seja, bem inferior aos 25\$82 que a NOS defende deverem ser estabelecidos para 2001.

Em face do exposto, a NOS entende que deve ser rejeitado, por intempestivo, face ao disposto no artigo 10.º, n.º 2 da Lei das Comunicações Eletrónicas (e no artigo 18.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 415/98, de 31 de dezembro), o pedido da MEO de intervenção da ANACOM para resolução do litígio relativo ao preço de interligação entre a OPTIMUS e a TMN relativo ao ano de 2001. Defende ainda que, caso assim não se entenda, deverá ser rejeitada a pretensão da MEO de que o preço seja fixado em 55\$00 (€0,2743) por minuto + IVA, e que o valor a estabelecer não deverá ser superior a 25\$82 por minuto + IVA.

3. Antecedentes: Fixação do preço de terminação nas redes móveis da TMN e da OPTIMUS em 2001

3.1 Obrigações a que os operadores móveis estavam sujeitos em 2001

Na vigência do Decreto-Lei n.º 415/98, de 31 de dezembro (DL n.º 415/98) – diploma que estabelecia o regime de interligação entre redes públicas de telecomunicações num ambiente de mercados abertos e concorrenciais, por forma a permitir a interoperabilidade de serviços de telecomunicações de uso público, e que definia os princípios gerais aplicáveis à numeração – competia ao então ICP-ANACOM (agora ANACOM), a determinação e a declaração das entidades com poder de mercado significativo (PMS) nos mercados de (i) interligação, (ii) redes telefónicas fixas e ou serviços telefónicos fixos, (iii) circuitos alugados e (iv) redes telefónicas móveis.

Neste contexto, por **deliberação de 03.08.2000**¹¹, relativa à avaliação de PMS para os efeitos previstos no DL n.º 415/98, a ANACOM decidiu o seguinte:

«1. Declarar a Portugal Telecom, S.A., ou a entidade que legalmente lhe suceder enquanto concessionária, como detentora de poder de mercado significativo no mercado nacional de interligação, no mercado das redes telefónicas fixas e/ou serviços telefónicos fixos e no mercado dos circuitos alugados.

2. Declarar a TMN - Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A., e a Telecel - Comunicações Pessoais, S.A., como detentoras de poder de mercado significativo no mercado das redes telefónicas móveis e/ou serviços telefónicos móveis.».

¹¹ Disponível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=13621>.

Em conformidade com o DL n.º 415/98, as entidades designadas como detentoras de PMS ficaram sujeitas a um conjunto de obrigações, nomeadamente, no caso das entidades que ofereciam redes telefónicas móveis e ou serviços telefónicos móveis, em concreto a TMN e a TELECEL (agora, VODAFONE PORTUGAL – Comunicações Pessoais, S.A.), a respeitar o princípio da não discriminação na oferta de interligação (artigo 8.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2):

«1 - Constituem obrigações das entidades referidas no n.º 1 do artigo 6.º [entidades com PMS]:

a) Respeitar o princípio da não discriminação na oferta de interligação; (...)

2 - Para efeitos do disposto na alínea a) do número anterior, as entidades referidas no artigo 6.º devem, nomeadamente, oferecer as condições e informações que aplicam aos seus próprios serviços, subsidiárias ou associadas aos requerentes de interligação que ofereçam serviços similares e que se encontrem em condições similares.».

3.2 Os preços de terminação móvel praticados entre os operadores móveis em resultado das suas negociações entre 1999 e 2001

a) Preços praticados entre a OPTIMUS e a TMN

De acordo com a informação remetida pela OPTIMUS em 2001 (reiterada, em parte, na recente comunicação da NOS de 28.03.2019), os preços de terminação (por minuto) praticados entre a OPTIMUS e a TMN, em **1999 e 2000**, foram os seguintes:

- a. Durante **1999**, a OPTIMUS e a TMN desenvolveram negociações nos termos do DL n.º 415/98, com vista ao estabelecimento de um acordo de interligação entre as redes das duas empresas. Essas negociações terminaram na definição das condições comerciais que regeram a relação das partes durante esse mesmo ano, nomeadamente a de que o preço correspondente ao tráfego de interligação terminado na rede da TMN, para aquele ano, era de 30\$00 por minuto (segundo carta da OPTIMUS, de 06.11.2001).
- b. Mais tarde, a OPTIMUS, tendo-se apercebido de que as condições de remuneração praticadas entre a TMN e um terceiro operador [a VODAFONE] eram diferentes e invocando o facto de a TMN se encontrar obrigada ao princípio da não discriminação na sua oferta de interligação enquanto entidade detentora de PMS, sustentou que lhe deveriam ser oferecidas condições idênticas às que eram oferecidas a esse terceiro

operador (de acordo com a mesma comunicação, de 06.11.2001, que, por sua vez, tem em anexo comunicação anterior, de 14.09.2000, da OPTIMUS para a TMN).

c. Neste contexto, as empresas terão acordado os seguintes preços para **2000**:

- de janeiro a março de 2000: 5\$00;
- de abril a setembro de 2000: 22\$00;
- de outubro a dezembro de 2000: 55\$00.

Na comunicação da NOS de 28.03.2019 são referidos preços de terminação (por minuto) praticados entre a OPTIMUS e a TMN que apresentam diferenças face aos preços reportados em 2001, sendo a empresa referido, nesta comunicação mais recente, nomeadamente, que entre junho de 1999 e março de 2000, vigorou entre a OPTIMUS e a TMN um preço de terminação de 4\$27.

Independentemente das motivações para a fixação do preço em 55\$00, a NOS, na comunicação de 21.03.2019, confirma que em 2000 a OPTIMUS aceitou de forma voluntária o referido preço.

Em relação a **2001**, no âmbito do pedido de intervenção da ANACOM apresentado pela OPTIMUS, em 06.11.2001 (ver ponto 3.3. *infra*), obtiveram-se, em síntese, as seguintes informações:

- a. A OPTIMUS, na sua carta de 06.11.2001, refere que *“para o ano de 2001, ainda não foi possível alcançar um acordo quanto ao preço dos serviços de interligação. Apesar disso, a TMN entendeu facturar esses serviços a 55\$00 por minuto; e, como a Optimus obviamente se tivesse recusado a pagar tais facturas, a TMN cedeu os seus “créditos” à PT Comunicações, S.A., com o intuito evidente de permitir que esta empresa, do mesmo grupo, os pudesse compensar contra as dívidas incorridas perante ela pela mesma Optimus”*; e acrescenta ainda que *“a Optimus comunicou também à TMN que, a continuarem a aplicar-se ao longo de 2001 as condições que vigoraram para 2000, até que um novo acordo fosse finalmente estabelecido, o preço a praticar não seria seguramente de 55\$00 por minuto, mas sim de 25\$80 por minuto, porque esse foi o preço médio praticado durante o ano 2000 (...)”*.

- b. Conjuntamente com a citada carta de 06.11.2001, a OPTIMUS remeteu várias cartas trocadas com a TMN, sendo que na carta desta última para a OPTIMUS, de 27.08.2001, a TMN referia o seguinte: “Com efeito, no sentido de relembrar V. Exas. dos preços de interligação acordados entre ambas as empresas para vigorarem a partir do último trimestre do ano 2000, somos a remeter cópia da Vossa carta de 14 de Setembro de 2000, através da qual V. Exas. apresentaram como proposta o preço de 55\$00/minuto, bem como cópia da nossa carta de resposta datada de 17 de Outubro do mesmo ano (...)”.
- c. Por sua vez, a TMN, em carta dirigida à ANACOM, de 16.11.2001, anexou comunicações trocadas com a OPTIMUS, referindo, em carta para a OPTIMUS, da mesma data, que, “tendo também em conta que a TMN mantém o seu entendimento de ter chegado a acordo com a Optimus relativamente ao preço de 55\$00/min., vimos, pela presente, solicitar que, no prazo de cinco dias a contar da data de receção desta carta, nos informe se pretendem que a TMN continue a prestar serviços de interligação ao preço de Esc. 55\$00/min”.
- d. A TMN, em carta para a ANACOM, de 27.11.2001, refere: “Não podemos, ainda, deixar de alertar para o facto de que, apesar de a Optimus pretender que o ICP defina um preço a aplicar desde 1 de Janeiro de 2001, a TMN considera não poder qualquer decisão do ICP sobre esta matéria produzir efeitos retroactivos, podendo a mesma apenas produzir efeitos relativamente aos preços a praticar no futuro. Acresce que se encontra a correr os seus termos uma acção judicial em que a TMN reclama o pagamento de diversas facturas emitidas à Optimus, com base no preço acordado.” (sublinhado nosso).
- e. Em carta para a ANACOM, de 18.12.2001 – de resposta à notificação efetuada em relação ao pedido de intervenção apresentado pela OPTIMUS –, a TMN, entre outras informações que presta, explicita: «*não podemos, finalmente, deixar de alertar para o facto de que a fixação de preço diferente dos 55\$00 acordados atentaria contra a obrigação de não discriminação que impende sobre a TMN, relativamente aos outros operadores com quem celebrou Acordos de Interligação, cujas cópias foram enviadas oportunamente a esse Instituto.*».

b) Preços praticados entre a VODAFONE e a TMN

De acordo com comunicação da VODAFONE de 18.12.2001, os preços de terminação entre este operador e a TMN evoluíram dos 5\$00 para os 55\$00 por minuto até ao final de 2000. O valor de 55\$00 por minuto vigorou durante todo o ano de 2001.

c) Preços praticados entre a OPTIMUS e a VODAFONE

No que respeita aos preços praticados entre a OPTIMUS e a VODAFONE, a NOS, na sua comunicação de 21.03.2019, refere que o preço de 55\$00 por minuto + IVA só se aplicou nos meses de outubro a dezembro de 2000, uma vez que o preço praticado entre janeiro e setembro de 2000 foi ajustado para 22\$00 por minuto, mais IVA.

Em conformidade com a informação constante da sentença proferida no âmbito do Processo n.º 524/10.1TVLSB, a OPTIMUS e a VODAFONE praticaram preços de terminação móvel recíprocos na ordem dos 55\$00 por minuto, mais IVA, em 2001¹².

Em suma, o preço de terminação de 55\$00 foi fixado entre todos os operadores móveis, de forma voluntária, para o último trimestre de 2000, tendo vigorado em 2001, entre a TMN e a VODAFONE e entre a OPTIMUS e a VODAFONE.

Nota-se, no entanto, que a NOS entende que o valor que vigorou entre a OPTIMUS e a VODAFONE em 2001 não estaria fechado, pois não terão ocorrido *encontros de contas* entre as partes, alegando que esse valor dependeria da fixação que viesse a ser feita do valor a aplicar entre a TMN e a OPTIMUS.

3.3 Pedido de intervenção da ANACOM apresentado pela OPTIMUS em 2001

Conforme é mencionado no ponto anterior, em 06.11.2001, a OPTIMUS solicitou a intervenção da ANACOM nas negociações dos acordos de interligação com a TMN, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 e da alínea c) do n.º 2, ambos do artigo 16.º do DL n.º 415/98, no tocante aos preços de terminação na rede móvel da TMN de chamadas originadas na rede móvel da OPTIMUS, a aplicar desde 01.01.2001.

¹² Documento n.º 10 anexo ao requerimento da MEO.

A OPTIMUS contestava a existência de qualquer acordo de interligação para o ano de 2001 relativamente ao valor de 55\$00/minuto para o tráfego terminado na TMN, valor esse que argumentava ter sido acordado para vigorar exclusivamente durante o período que mediou entre outubro e dezembro de 2000.

Em 04.12.2001¹³ a ANACOM aprovou o projeto de decisão relativo aos preços dos serviços de interligação praticados pelos operadores de serviço móvel terrestre, na sequência de um pedido de intervenção apresentado pela ONI, em 13.11.2001, para fixação dos preços para 2001 e 2002.

No referido projeto de decisão foi também abordado o pedido de intervenção da OPTIMUS, tendo sido solicitado à TMN, ao abrigo do n.º 1 do artigo 55.º do Código do Procedimento Administrativo (na versão então em vigor), que se pronunciasse sobre o pedido de intervenção apresentado pela OPTIMUS em 06.11.2001.

A TMN, em comunicação de 18.12.2001, informou esta Autoridade que não se opunha a que a ANACOM se pronunciasse sobre a matéria vertida na carta da OPTIMUS, mas informou que, para a cobrança dos valores que entendia estarem em dívida pela OPTIMUS, havia intentado a competente ação judicial que, na altura, corria os seus termos no Tribunal Judicial da Comarca da Maia, tendo aí apresentado o que entendeu ser a prova de que o preço acordado havia sido de 55\$00/minuto, pelo que não considerava necessária a intervenção da ANACOM em “negociações que já foram concluídas” (sublinhado nosso).

Assim, tendo a TMN confirmado que estava em curso uma ação judicial para a resolução do diferendo e tendo a ANACOM considerado que nessa ação (pendente num tribunal judicial) poderia estar em causa, entre outras questões, a eventual existência de acordo, decidiu, na sua deliberação de 24.01.2002¹⁴ sobre os preços dos serviços de interligação praticados pelos operadores móveis, «*não intervir na resolução do diferendo existente entre a TMN e a Optimus, face à pendência da ação judicial relativa à matéria.*».

A OPTIMUS (e a TMN) não reagiram contra a referida decisão, quer graciosa, quer contenciosamente.

¹³ Disponível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=402587>.

¹⁴ Disponível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=402923>.

3.4 Os preços de terminação móvel (fixo-móvel e móvel-móvel) impostos por regulação ex-ante, entre 2000 e 2002

No quadro da mudança do regime de propriedade do tráfego fixo-móvel, a ANACOM interveio na fixação dos preços de terminação fixo-móvel tendo, em 03.08.2000¹⁵, tendo determinado que os **preços médios máximos da terminação fixo-móvel para vigorar a partir de 01.10.2000** seriam 47\$50 (€ 0,2369), por minuto, para uma chamada de 100 segundos de duração, com tarifação ao segundo, no máximo, a partir do primeiro minuto.

O preço em causa foi então fixado, atendendo «*aos objectivos visados pelo ICP na determinação de preços de terminação na rede móvel e à análise desenvolvida relativamente às práticas correntes em alguns Estados-Membros, a estudos desenvolvidos sobre esta matéria a nível europeu e ao preço das chamadas móvel-móvel intra-rede*».

Em 24.01.2002, a ANACOM aprovou a decisão sobre **preços dos serviços de interligação praticados pelos operadores móveis**, na sequência da já referida solicitação de intervenção apresentada pela ONI em 13.11.2001, nos termos do DL n.º 415/98, visando a definição dos preços dos serviços de interligação a praticar pelos operadores móveis, por não ter chegado a acordo com os prestadores do serviço móvel terrestre relativamente aos preços dos referidos serviços **a vigorar em 2001 e em 2002**.

Na ponderação que na altura foi feita (constante da decisão em apreço), a ANACOM atendeu aos valores da terminação móvel-móvel que tinham vigorado em 2001 e à eventual diferenciação face à terminação fixo-móvel – nos termos que seguidamente se enunciam:

«(m) Considerando que, em 2000, os operadores de serviço móvel terrestre acordaram livremente que, a partir da data em que alteraram a propriedade do tráfego fixo-móvel, o preço de terminação de chamadas na rede móvel para chamadas originadas em terminais móveis era de 55\$00 por minuto, com tarifação ao segundo desde o primeiro segundo, e no acordo celebrado para 2001, entre a TMN e a Vodafone, se estabelece também o preço de 55\$00 por minuto para a terminação, na rede móvel, de chamadas originadas em terminais móveis;

(n) Considerando, também, não existirem evidências técnicas que sustentem a existência de preços diferenciados na terminação de tráfego em redes móveis (fixo- móvel ou móvel- móvel);».

¹⁵ Disponível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=401697>.

A decisão relativa aos preços de terminação foi, por isso, a seguinte:

«1. Devem ser aplicados à Oni, em 2001, os preços dos serviços de interligação dos operadores de serviço móvel terrestre que foram praticados até à data e que constam dos acordos de interligação já celebrados e devidamente comunicados à ANACOM e que já vigoravam no final de 2000.

2. Os preços médios máximos de terminação nacional da rede móvel para chamadas originadas em terminais fixos, por minuto, para uma chamada de 100 segundos de duração, com tarifação ao segundo, no máximo, a partir do primeiro minuto, deverão ter, durante o ano de 2002, a seguinte evolução:

(b) €0,2170 (43\$50), a partir de 31.03.2002;

(a) €0,2070 (41\$50), a partir de 30.06.2002;

(a) €0,1970 (39\$50), a partir de 30.09.2002;

(a) €0,1870 (37\$50), a partir de 31.12.2002;

3. Os operadores de serviço móvel terrestre devem concluir a negociação dos acordos de interligação a celebrar entre si, para vigorar em 2002, no prazo de 20 dias.»

A decisão em causa invoca as obrigações a que estão sujeitas as entidades com PMS, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º do DL n.º 415/98, designadamente a sujeição ao princípio da não discriminação na oferta de interligação. No entanto, relembra-se que foi também nessa deliberação que a ANACOM decidiu «*Não intervir na resolução do diferendo existente entre a TMN e a Optimus, face à pendência da acção judicial relativa à matéria*», conforme referido no ponto 3.3 anterior.

Em 29.05.2002, a ANACOM aprovou a decisão relativa à **intervenção nos preços de terminação nacional na rede móvel para chamadas originadas em terminais móveis para vigorar em 2002**¹⁶. Esta decisão surge porque, não obstante a citada decisão de 24.01.2002 ter determinado a conclusão da negociação dos acordos de interligação no prazo de 20 dias, a TMN, a OPTIMUS e a VODAFONE não chegaram a acordo (embora a VODAFONE e a OPTIMUS tenham acordado entre si num valor para vigorar em 2002), pelo que solicitaram a intervenção da ANACOM no sentido de fixar o preço de terminação móvel-móvel a aplicar desde 01.01.2002.

¹⁶ Disponível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=404390>.

Nesta nova decisão, esta Autoridade, invocando entre outros fatores (i) o histórico de negociações e intervenções da ANACOM, designadamente os antecedentes já incluídos na deliberação de 24.01.2002, (ii) o acordo que entretanto tinha sido negociado entre a VODAFONE e a OPTIMUS para 2002 (preço de terminação móvel de € 0,1870 por minuto) e o acordo firmado entre a TMN e a OniWay – Infocomunicações, S.A., também para 2002 (com preços de terminação móvel que variavam ao longo do ano, entre € 0,2369 por minuto e € 0,1870 por minuto), (iii) a necessidade de um ajuste progressivo dos preços de terminação móvel-móvel face ao preço que vigorou em 2000 e estabelecido no acordo celebrado para 2001, entre a TMN e a VODAFONE, e (iv) os objetivos de promoção de concorrência a que a atuação da ANACOM deve obedecer, determinou o seguinte:

«1. Ao abrigo das alíneas b) e c) do n.º 1 e das alíneas a) e c) do n.º 2 ambos do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 415/98, de 31/12, que:

1.1. Os preços (médios) máximos de terminação nacional na rede móvel para chamadas originadas em terminais móveis, a incluir nos acordos de interligação a celebrar entre os OSMT, devem ter, durante o ano de 2002, a seguinte evolução:

(a) €0,2070 por minuto, para uma chamada de 100 segundos de duração, com tarifação ao segundo, no máximo, a partir do primeiro minuto, a partir de 01.01.2002;

(b) €0,1870, por minuto, com tarifação ao segundo a partir do primeiro segundo, a partir de 30.06.2002.

1.2. A Optimus, a TMN e a Vodafone devem concluir as negociações dos acordos de interligação a celebrar entre si, no prazo de 10 dias, tendo em conta, nomeadamente, os valores máximos acima definidos e que:

(a) O preço do serviço de terminação é estabelecido pelo operador que termina o tráfego;

(b) As entidades notificadas com poder de mercado significativo estão sujeitas ao princípio da não discriminação na oferta de interligação.».

A **tabela** seguinte sintetiza os **preços de terminação acordados entre os operadores** e os **preços máximos de terminação fixados pela ANACOM** para o **período de 2000-2002**.

Ano/Trimestre	Preços de terminação acordados entre operadores			Preços máximos de terminação fixados pela ANACOM (2)	
	TMN-Optimus Optimus-TMN	Vodafone-Optimus Optimus-Vodafone	TMN-Vodafone Vodafone-TMN	Terminação Fixo-Móvel (3)	Terminação Móvel-Móvel (4)
1.º T 2000 (1)	0,0213	0,1097	0,0249		
2.º T 2000	0,1097	0,1097	0,1097		
3.º T 2000	0,1097	0,1097	0,1097		
4.º T 2000	0,2743	0,2743	0,2743	0,2369	
1.º T 2001		0,2743	0,2743	ONI- operadores móveis: Preços máximos dos operadores móveis que vigoravam no final de 2000	
2.º T 2001		0,2743	0,2743		
3.º T 2001		0,2743	0,2743		
4.º T 2001		0,2743	0,2743		
1.º T 2002		0,1870			0,2070
2.º T 2002		0,1870		0,2170	0,2070
3.º T 2002		0,1870		0,2070	0,1870
4.º T 2002		0,1870		0,1970	0,1870
1.º T 2003				0,1870	

(1) O valor da terminação TMN-Optimus/Optimus-TMN incluído na tabela corresponde ao transmitido em 28.03.2019 (4\$27) e não ao valor que decorria de comunicações remetidas em 2001, que era na ordem dos 5\$00.

(2) A ANACOM fixou preços máximos por minuto, para uma chamada de 100 segundos de duração, com tarifação ao segundo, no máximo, a partir do primeiro minuto, com exceção do valor máximo fixado para a terminação móvel-móvel, a partir de 01.06.2002, em que o preço foi fixado por minuto com faturação ao segundo a partir do primeiro segundo.

(3) O valor máximo da terminação fixo-móvel para vigorar a partir de 01.10.2000 foi fixado por decisão da ANACOM de 03.08.2000; os valores máximos de terminação fixo-móvel fixados para a terminação ONI-operadores móveis para vigorar em 2001 foram fixados por decisão da ANACOM de 24.01.2002; na mesma decisão foram fixados os valores máximos para a terminação fixo-móvel (entre todos os operadores) a praticar a partir de 31.03.2002, 30.06.2002, 30.09.2002 e 31.12.2002.

(4) Os valores máximos da terminação móvel-móvel foram fixados em 24.05.2002 para vigorar a partir de 01.01.2002 e de 01.06.2002.

Nota: Preços em euros. Os preços fixados originalmente em escudos foram convertidos para euros à taxa de 200,482.

4. Contencioso judicial entre TMN e OPTIMUS

No seu pedido, recebido na ANACOM em 31.07.2018, a MEO vem referir que, quer a TMN, quer a PT Comunicações, S.A. (PTC), quer a própria MEO (que resultou das duas anteriores), sempre se opuseram à tese segundo a qual apenas a ANACOM teria competência para determinar o preço devido pelos serviços de terminação de chamadas móvel-móvel, no ano de 2001, entre a TMN e a OPTIMUS, tendo pugnado, perante os tribunais judiciais, no sentido de que, tendo sido expressamente deduzido, por uma das partes, um pedido nesse sentido, os tribunais não se podiam eximir de o analisar e de decidir sobre o preço a ser praticado nesse contexto.

Foram intentadas duas ações¹⁷ que, de seguida, se sintetizam.

4.1 Processo intentado pela TMN vs OPTIMUS

A 10.10.2001, a TMN intentou, junto do Tribunal Judicial da Comarca da Maia, uma ação declarativa de condenação, contra a OPTIMUS, em que pediu a condenação da referida empresa no pagamento de 70.540.108\$00 (€ 351 852,58), acrescido de juros de mora (vincendos). O referido processo correu termos com o n.º 723/2001.

Conforme resulta do texto da parte inicial da sentença¹⁸ proferida pelo citado Tribunal (em 24.09.2007), aquele valor corresponderia, no entender da empresa, ao saldo, que lhe era favorável, resultante do preço por minuto do serviço de interligação prestado durante o ano de 2001 (que resultaria do “*acordo de contas*” mencionado na petição inicial), preço esse que ascenderia a 55\$00 + IVA e que vigoraria até que fosse celebrado novo acordo.

Com efeito, a TMN defendeu que o referido preço tinha sido acordado com a OPTIMUS para o ano de 2001 (tendo sido também o preço acordado e praticado no último trimestre do ano 2000) e que, apesar de não constar de contrato assinado, o acordo resultava da correspondência trocada entre as partes e do quadro regulamentar em vigor – tendo junto aos autos um conjunto de faturas relativas a serviços de interligação entretanto prestados.

Adicionalmente, a TMN alegou que havia cedido parte significativa dos seus créditos sobre a OPTIMUS, relativos ao serviço de terminação prestado em 2001, à então PTC. A quantia peticionada no processo em causa correspondia, assim, ao remanescente de créditos não cedidos à PTC.

A OPTIMUS impugnou os factos alegados e concluiu que o preço devia ser fixado, com carácter provisório, em 25\$82.

Para além disso, a OPTIMUS apresentou um pedido reconvenicional, no âmbito desta ação, requerendo que o tribunal declarasse, «*com efeitos oponíveis quer à TMN quer à PT-Comunicações, que, nem por via das cartas trocadas entre si e a TMN em 14 de Setembro de 2000 e em 17 de Outubro de 2000 nem por alguma outra foi celebrado qualquer acordo*

¹⁷ Processo n.º 723/2001 – TMN vs OPTIMUS – e Processo n.º 524/10.1TVLSB – NOS vs PTC.

¹⁸ Documento n.º 5 anexo ao requerimento da MEO.

relativamente ao preço (definitivo e não meramente provisório) aplicável aos serviços de interligação (tráfego de voz) a partir de 1 de Janeiro de 2001»¹⁹.

Salienta-se também que, nesse processo, foi requerida pela OPTIMUS a intervenção principal da PTC. A intervenção foi admitida, tendo passado a intervir, como partes, a OPTIMUS, a PTC e a TMN.

Na sentença proferida, pode ler-se²⁰:

«(...) afigura-se-nos dever ter em conta que a OPTIMUS solicitou a intervenção da ANACOM nos termos do Decreto-Lei n.º 415/98, no sentido de fixar o preço de terminação móvel-móvel a aplicar desde 01/01/2001 (...).

E que a ANACOM decidiu não intervir na resolução do diferendo existente entre a TMN e a OPTIMUS por estar a decorrer a presente ação judicial onde estava em causa, “entre outras questões, a eventual existência de acordo” (...).

(...) a Ré [NOS] afirma na tréplica, ao justificar a apresentação do pedido reconvenicional, “Não é, pois, exato que a deliberação signifique que o ICP [a ANACOM] nunca virá a fixar um preço diferente do de Esc. 55\$00” por minuto – mas, apenas, que isso não sucederá enquanto não ficar demonstrado por decisão judicial que os interessados não chegaram a acordo quanto ao preço, visto que é o próprio pressuposto de intervenção do ICP [da ANACOM] e que uma das partes o contesta. Julgado procedente o pedido reconvenicional apresentado pela OPTIMUS, esta poderá comprovar junto do ICP [da ANACOM] que não houve realmente acordo e que o ICP [a ANACOM], por conseguinte, deve intervir.”

(...)

Dentro do contexto específico em que se enquadra a atividade das partes em litígio, entendemos que a ANACOM será a entidade que melhor assegurará os objetivos de promoção da concorrência tendo em conta a prática regulatória.

(...)

Desta forma, entendemos não dever aplicar neste caso particular a regulamentação do Código Civil atinente à fixação do preço nos contratos de prestação de serviços.

E remeter para a ANACOM, após a prometida solicitação da aqui Ré nesse sentido, a fixação dos preços de interligação no serviço de voz para vigorar entre as partes para o ano de 2001.»²¹.

¹⁹ Vide a página da sentença que corresponde a fls. 3.602 dos autos em referência.

²⁰ Sublinhados nossos.

²¹ Vide as páginas da sentença ora em análise que correspondem as fls. 3621 e 3622 dos autos.

Neste contexto, a ação intentada pela TMN foi considerada totalmente improcedente, por não provada e, em consequência, a OPTIMUS foi absolvida do pedido contra si formulado.

Por sua vez, o pedido reconvenicional que havia sido deduzido pela OPTIMUS foi julgado totalmente procedente, tendo, em consequência, o Tribunal declarado, com efeitos oponíveis quer à TMN quer à PTC, que, nem por via das cartas trocadas entre as partes em 14.09.2000 e em 17.10.2000, «nem por alguma outra», foi celebrado qualquer acordo entre as partes relativamente ao preço aplicável aos serviços de interligação (tráfego de voz) a partir de 1 de janeiro de 2001.

Esta sentença foi posteriormente confirmada quer pelo Tribunal da Relação do Porto, quer pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), nas decisões dos recursos que foram sucessivamente interpostos pela TMN e pela PTC.

A MEO não juntou, ao requerimento que contém o pedido de intervenção deduzido em 2018, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. No entanto, este é citado no Acórdão do STJ de 20.01.2010.

No referido Acórdão²², o STJ, aludindo ao recurso interposto para o Tribunal de 2.^a Instância, explicitou: *«Por Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (...) foi parcialmente atendido o recurso interposto da decisão sobre a matéria de facto (...) mas, quanto ao mais, foi confirmada a sentença, por adesão à respetiva fundamentação (...).».*

Em suma, o STJ dá conta de que as Recorrentes TMN e PTC puseram em causa o cumprimento, pelo Tribunal da Relação, do dever de reanálise da matéria de facto resultante do *princípio do duplo grau de jurisdição em matéria de facto*, previsto no Código de Processo Civil, apontando ainda nulidades àquele Acórdão, por omissão de pronúncia e falta de fundamentação.

O STJ referiu, quanto a estes aspetos, que *«O objectivo da consagração legal do duplo grau de jurisdição em matéria de facto, como expressamente resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 39/95, (...) não é o de criar um novo julgamento na Relação, mas o de permitir a correção de erros de julgamento, naturalmente através de uma apreciação própria dos meios de prova»*, concluindo que não foram violadas as normas aplicáveis, *«já que o modo como a Relação julgou o recurso da matéria de facto não lesou o direito fundamental do acesso ao*

²² Documento n.º 6 anexo ao requerimento da MEO. No STJ foi atribuído, ao recurso, o número de Processo 195/09-7.

direito e aos tribunais, ou da tutela jurisdicional efetiva; antes o executou.». E acrescentou que não tinha também qualquer fundamento a arguição de nulidade do Acórdão recorrido sustentada em alegada omissão de pronúncia e em falta de fundamentação, já que não ocorreu «(...) *qualquer violação da regra constitucional de que as decisões judiciais carecem de ser fundamentadas (...) ou do disposto*» no CPC²³.

Quanto à decisão de Direito, as Recorrentes apelaram à presunção do n.º 1 do artigo 799.º do Código Civil, concluindo o STJ que:

«(...) não tendo ficado provado qual o preço a aplicar no ano de 2001 para o serviço de interligação respeitante ao tráfego de voz, a primeira instância não tinha alternativa que não fosse a de fazer recair a consequência da falta de prova de um elemento constitutivo do direito invocado pela autora – o direito ao pagamento do preço – sobre a parte onerada, ou seja, sobre a autora, nos termos do nº 1 do artigo 342º do Código Civil; e não tinha alternativa porque expressamente considerou não ser adequada a aplicação dos critérios definidos pela lei civil para a fixação do preço nos contratos de prestação de serviços (...), antes cabendo à ANACOM intervir no litígio com esse objectivo»²⁴.

E acrescenta, o mesmo Supremo Tribunal:

«O recurso às regras do ónus da prova não teve assim por objectivo alcançar a vontade real das partes (...); antes se tornou necessário para ultrapassar a falta de prova sobre o valor dos serviços que a autora pretendeu cobrar nesta acção para o ano de 2001.

Acresce ainda que, como se observou na sentença, nem tão pouco está provado o volume de tráfego verificado entre a autora e ré (...). Não se apurou, assim, se ocorre ou não o saldo que a autora invoca em seu favor (...)»²⁵.

Quanto à questão da existência (ou não) de acordo entre a TMN e a Optimus, o STJ afirma ainda, designadamente, o seguinte:

«As recorrentes discordam ainda da interpretação a que as instâncias chegaram quanto ao acordo resultante da proposta de 14 de Setembro de 2001 [SIC] e da aceitação de Outubro seguinte.

(....)

Cumprе então verificar se o sentido que as instâncias atribuíram às declarações das partes, consubstanciadas nas cartas de 14 de Setembro e de 17 de Outubro de 2000,

²³ Vide as págs. 27 e 28 do Acórdão do STJ em análise.

²⁴ Cfr. a pág. 30 do Acórdão do STJ de 20.01.2010 (sublinhado nosso).

²⁵ *Idem ibidem.*

corresponde ao que “um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório”, lhes atribuiria, na parte relevante para determinar se o preço de 55\$00 por minuto (acrescido de IVA) valia também “indefinidamente a partir de 1 de Outubro de 2000, como sustenta a autora, ou apenas entre essa data e o final do ano de 2000, como afirma a ré.

(....)

Ora da letra da declaração negocial não pode retirar-se que o preço de 55\$00 seja proposto pela Optimus para vigorar indefinidamente a partir de 1 de Outubro de 2000.

(....)

Ora, (...) tem de concluir-se que o sentido que objetivamente se extrai da proposta de 14 de Setembro é o de que os preços nela referidos apenas valem para os períodos correspondentes do ano de 2000.

(....)

E qualquer lapso linguístico que eventualmente tenha ocorrido na formulação “a partir do último trimestre” é irrelevante, porque, no contexto da declaração, o sentido é claro.

(....)

Na falta de prova de que a vontade real das partes foi a de acordar num preço a praticar de 1 de Outubro de 2000, sem data limite, tem de concluir-se que não resultou da proposta de 14 de Setembro de 2000 e da aceitação de 17 de Outubro seguinte nenhum acordo sobre o preço a praticar a partir do final de 2000»²⁶.

Quanto à cessão de créditos também invocada pelas Recorrentes TMN e PTC, o STJ considerou que «A improcedência do pedido formulado nesta acção e a procedência da reconvenção, (...) impedem[iam] (...) o acolhimento desta pretensão».

A final, o STJ negou provimento ao recurso de revista que havia sido interposto.

4.2 Processo intentado pela OPTIMUS vs PTC

Terminado o primeiro processo judicial – com o trânsito em julgado do Acórdão do STJ –, a 08.03.2010, a (então) Sonaecom (atual NOS) intentou uma acção contra a PTC, pedindo: (i) a declaração de ineficácia de diversas declarações de compensação, efetuadas pela PTC, de saldos credores que a Optimus detinha sobre a referida empresa, com (alegados) créditos

²⁶ Cfr. págs. 30 a 36 do Acórdão do STJ (sublinhado nosso).

sobre a Optimus, que lhe teriam sido entretanto cedidos pela TMN; (ii) a condenação da PTC no pagamento da quantia de € 25.355.040,21, acrescida de juros; e (iii) a condenação da PTC nas custas do processo, procuradoria e demais ónus.

O referido Processo correu termos no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, com o número 524/10.1TVLSB, tendo vindo a ser decidido (pelo referido Tribunal) por sentença de 15.07.2015.

Neste processo, tal como no primeiro, a ANACOM não foi chamada à ação, por qualquer das partes (ou pelo Tribunal), não tendo, por isso, sido destinatária da sentença em causa.

Na sentença proferida, o Tribunal afirmou, designadamente, o seguinte²⁷:

«A decisão proferida no âmbito do Proc. que correu termos na Maia sob o n.º 703/2001, constitui assim caso julgado quanto ao nela decidido e vincula a A. e R., sendo que o fundamento da intervenção da R. nessa acção, consistia precisamente em que lhe fosse posteriormente oposta a inexistência do acordo de fixação de preços aplicável aos serviços de interligação a partir de Janeiro de 2001, tendo em conta a cessão de créditos da TMN à aqui R. [PTC].

Constitui caso julgado não só no que se reporta à parte decisória da sentença, mas também “à decisão daquelas questões preliminares que forem antecedente lógico indispensável à emissão da parte dispositiva do julgado”, nomeadamente no que se reporta à fixação do preço dos serviços prestados por recurso às normas do C.C., mormente as constantes do artº 1158, por se entender que na ausência de acordo, competia à ANACOM a fixação dos preços de interligação no serviço de voz para vigorar entre as partes no ano de 2001.».

Esta segunda ação foi julgada procedente, por provada, (i) tendo sido declaradas «inoperantes as referidas compensações de créditos», e (ii) tendo a Ré (PTC) sido ainda condenada a pagar à Autora (a então) Sonaecom, atual NOS) os montantes peticionados, bem como as custas do processo.

Para o efeito, e entre outros fundamentos apresentados na decisão em referência, o Tribunal considerou que, «Tal como decidido já na acção que correu termos na Maia, a ausência de um acordo de fixação do preço dos serviços prestados e de definição dos próprios serviços prestados (ou seja, da existência destes créditos favoráveis à TMN), que conduziu à improcedência do pedido de pagamento das facturas emitidas pela TMN respeitantes a

²⁷ Destaque nosso.

serviços de interligação prestados à ora A., no ano de 2001, impedia e impede que se considerem válidas as referidas cessões de créditos operadas pela TMN à R. e consequente compensação dos mesmos com contra-créditos da R. [PTC] sobre a A.».

A MEO interpôs recurso de apelação contra aquela decisão, mas o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) acabou por julgá-lo improcedente, mantendo a sentença do Tribunal de 1.^a Instância.

Do Acórdão do TRL sublinham-se os seguintes excertos²⁸:

*«(...) **a falta de acordo sobre a fixação do preço dos serviços em causa e dos próprios serviços prestados levou à improcedência do pedido de pagamento das faturas emitidas pela TMN no ano de 2001, o que obviamente também impediu e impede que se considerem válidas as cessões de créditos para posterior compensação.***

Ora, o processo do Tribunal da Maia produziu efeitos de caso julgado quer quanto à fixação do preço entre a TMN e a OPTIMUS, bem como, quanto ao aspecto de competir à Anacom a fixação dos preços de interligação.

Os efeitos do caso julgado ocorrem perante as partes que intervêm nos processos, bem como, em relação àquelas que assumiram a posição jurídica de quem foi parte no processo, no dizer de Antunes Varela, Manual do processo Civil pág. 722. Assim, tendo a TMN ficado vinculada ao decidido naqueles autos, também a ora ré como concessionária dos créditos daquela ficou abrangida pelo mesmo.

*Não se diga, como o pretende a apelante, que incumbia agora ao tribunal fixar o preço nos termos do disposto no art. 1158º, nº 2 do Código Civil, que alude que a medida da retribuição, não havendo ajuste entre as partes, é determinada pelas tarifas profissionais, na falta destas, pelos usos; e, na falta de umas e outros, por juízos de equidade, **pois tal critério foi afastado no âmbito do Processo n.º 723/2001.** (...)».*

Após a prolação do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.09.2016, a MEO ainda interpôs recurso de revista excecional para o Supremo Tribunal de Justiça que, em 09.03.2017, não o admitiu, com fundamento na falta de preenchimento dos pressupostos legalmente estabelecidos para o efeito.

Posteriormente, a MEO interpôs recurso para o Tribunal Constitucional (TC) contra 3 decisões (uma, proferida pelo TRL e duas prolatadas pelo STJ) – tendo aquele Tribunal, através de Decisão Sumária, decidido não tomar conhecimento do objeto dos recursos.

²⁸ Destaques nossos.

Inconformada com aquela decisão, a MEO reclamou para a Conferência (do TC), mas a referida reclamação foi também indeferida, por decisão de 05.04.2018.

5. Análise

Como ponto prévio, importa assinalar que, da jurisprudência analisada, constante da documentação remetida pela MEO, ressaltam dois aspetos essenciais a reter: **(i)** as decisões proferidas em qualquer dos processos judiciais que foram referidos não têm a ANACOM por destinatária (já que esta nunca foi parte nos referidos processos) e, como tal, não a vinculam; e **(ii)** a propositura do segundo processo (entenda-se, o Processo n.º 524/10.1TVLSB, intentado pela, então, SONAECOM vs PTC, relativo à compensação de créditos) não constituía impeditivo a que fosse apresentado um pedido de resolução administrativa do litígio relativo ao preço dos serviços de terminação de chamadas móvel-móvel reciprocamente prestados em 2001 .

(i) As decisões proferidas em qualquer dos processos judiciais não vinculam a ANACOM

Quanto ao primeiro ponto, é importante referir que, não sendo a ANACOM parte nos processos judiciais acima referidos, as considerações tecidas na jurisprudência acima citada (as decisões proferidas pelos tribunais que os julgaram) **não impuseram (nem impõem) à ANACOM qualquer dever de decisão** nas matérias em causa.

E não o fazem – nem nunca o poderiam fazer –, desde logo porque, como bem se refere no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa acima citado, os *efeitos do caso julgado ocorrem perante as partes que intervêm nos processos, bem como, em relação àquelas que assumiram a posição jurídica de quem foi parte no processo* – sendo reconhecido, doutrinária e jurisprudencialmente, que as decisões **apenas vinculam as partes no processo ou aqueles que venham a assumir a posição de parte** (por hipótese, por serem chamados à ação, como intervenientes principais).

É de realçar que, apesar da instância poder ter sido modificada, nos termos legais, tal não aconteceu, tendo-se mantido inalterados os intervenientes em cada ação desde a primeira instância (sem que a ANACOM tenha sido chamada a intervir em qualquer processo).

Como tal, as decisões prolatadas – de que se destaca, pela sua importância, as que respeitam ao primeiro processo mencionado – não poderiam ser oponíveis a esta Autoridade²⁹.

Das decisões judiciais proferidas até 2010 (ou seja, no âmbito do primeiro processo judicial acima referido) resulta patente que, na análise que foi feita, os Tribunais entenderam que não podia ser dado como provado que existia um acordo entre a (atual) MEO e a (atual) NOS, quanto ao preço a aplicar, no ano de 2001, para o serviço de interligação respeitante ao tráfego de voz (que resultasse, designadamente, das cartas de 14.09.2000 e de 17.10.2000) e que, na ausência de acordo, e não sendo adequada a aplicação dos critérios definidos pela lei civil para a fixação do preço nos contratos de prestação de serviços, estaria a ANACOM melhor habilitada para a fixação dos preços em causa.

Ou seja, os Tribunais entenderam que a questão da fixação dos preços deveria ser entregue à ANACOM, limitando-se a verificar que, face à lei, era esta a entidade mais indicada/habilitada para o efeito – **não tendo determinado à ANACOM** que procedesse àquela fixação.

(ii) A propositura do segundo processo não constituía impedimento ao pedido de resolução administrativa do litígio entre a MEO e a NOS

Uma vez transitada em julgado, em 2010, a Decisão do STJ proferida no âmbito do primeiro processo acima referido, a NOS deu início a um segundo processo judicial, que teve por objeto a compensação de créditos que havia sido feita pela então PTC, na sequência de uma cessão de créditos da TMN, a seu favor.

Ora, face ao caso julgado resultante das decisões prolatadas no âmbito do primeiro processo, os tribunais que julgaram o segundo não puderam decidir noutro sentido que não fosse o de considerarem inválidas *as referidas cessões de créditos operadas pela*

²⁹ Conclusão, de resto, confirmada pela jurisprudência.

Remetemos aqui, entre outros, para o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03.04.2014, proferido no âmbito do Processo n.º 1149/13, em que se pode ler: “O caso julgado não pode produzir-se contra quem não tenha tido oportunidade de intervir no processo em que a sentença é proferida, pelo que a sujeição a terceiros ao regime definido na sentença não é uma sujeição à autoridade do caso julgado, mas apenas à eficácia da sentença, circunscrevendo-se ao plano dos efeitos práticos ou de facto, não podendo um terceiro ver afetada a existência ou o conteúdo dum seu direito.”; e ainda para o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.01.2016, no Processo 126/12, onde se refere: “O facto de uma sentença ter sido proferida numa acção em que se discutem direitos absolutos e subjectivamente vinculantes, tal como o direito de propriedade, não expande a eficácia da mesma para além dos sujeitos intervenientes no processo, não podendo vincular, nem abranger, todos relativamente à exclusão de domínio sobre a coisa, mas tão somente aqueles entre quem a sentença atribuiu e delimitou a exclusão da turbação do direito perturbado.”.

TMN à R. [PTC] e consequente compensação dos mesmos com contra-créditos da R. [PTC] sobre a A. [atual NOS], uma vez que havia sido declarado, pelo Tribunal Judicial da Comarca da Maia, no processo anterior, que inexistia qualquer acordo quanto aos preços a praticar.

E foi apenas esta matéria que constituiu o objeto desta segunda lide e que, por isso, foi também objeto das decisões judiciais no segundo processo.

Apesar de, neste segundo processo, ao fazer alusão ao caso julgado, o Tribunal de 1.^a Instância ter referido que, no processo anterior, o Tribunal da Maia já havia afirmado que, na ausência de acordo, estaria a ANACOM melhor habilitada *para fixar os preços de interligação no serviço de voz para vigorar em 2001*, também neste caso, o Tribunal mais não fez do que expor o seu entendimento quanto à interpretação que fazia da lei, sem que **tenha constituído a ANACOM na obrigação de decidir o litígio – não só porque esta Autoridade não era, nem nunca foi, parte em qualquer dos processos, como porque, depois de determinada judicialmente a inexistência de acordo entre as partes, sempre seria necessário que fosse requerida a intervenção da ANACOM, para esse efeito.**

Note-se, aliás, que o Tribunal da Maia chega a referir, na sentença de 24.09.2007, que entendia “*não dever aplicar neste caso particular a regulamentação do Código Civil atinente à fixação do preço nos contratos de prestação de serviços*”, remetendo “*para a ANACOM, após a prometida solicitação da aqui Ré nesse sentido, a fixação dos preços de interligação no serviço de voz para vigorar entre as partes para o ano de 2001*” – reconhecendo, dessa forma, a necessidade de ser apresentado um pedido para o efeito.

E o TRL, no Acórdão proferido no âmbito do segundo processo judicial, considerou que **a decisão do Tribunal da Maia produziu efeitos de caso julgado quer quanto à fixação do preço entre a TMN e a OPTIMUS, quer quanto ao aspecto de competir à Anacom a fixação dos preços de interligação.**

Assim, verifica-se que no primeiro processo foi reconhecida a inexistência de acordo de preços e que no segundo foi decidido que, já tendo sido judicialmente determinado que não existia acordo quanto aos preços a praticar, não se podiam considerar válidas as *cessões de créditos operadas pela TMN à PTC e a consequente compensação dos mesmos com “contra-créditos” da PTC sobre a OTIMUS.*

E apenas isto.

Diga-se que, face à legislação sectorial aplicável, a interpretação dos Tribunais sobre a competência da ANACOM para fixar o valor máximo dos preços a cobrar pelo serviço de interligação dificilmente surpreende.

Neste ponto julga-se ser oportuno recordar que a ANACOM (à data, ICP-ANACOM), na sua deliberação de 24.01.2002 sobre preços dos serviços de interligação praticados pelos operadores móveis, decidiu «*não intervir na resolução do diferendo existente entre a TMN e a Optimus, [apenas] face à pendência da ação judicial relativa à matéria*», matéria essa que era, recorde-se, a da existência (ou não) de um acordo de preços entre os operadores em questão – o que foi, aliás, reconhecido pelos tribunais, nomeadamente pelo da Comarca da Maia.

Resulta daqui que, uma vez resolvida (judicialmente) a questão da existência ou não de um acordo de preços, ou se concluiria que nem a TMN, nem a , ao tempo, SONAECOM, poderiam solicitar a intervenção da ANACOM, mas que a ANACOM poderia intervir, por iniciativa própria (o que sucederia se o Tribunal reconhecesse que aquele acordo existia), ou se concluiria que nada obstava a que essa intervenção da ANACOM fosse solicitada (por qualquer das interessadas), nos termos (e prazo) legalmente previstos (e reconhecidos judicialmente), caso o Tribunal concluísse – como fez – que não existia qualquer acordo que vinculasse as empresas para o ano de 2001 (situação em que estaria, então, vedado à ANACOM, nos termos legais, intervir por iniciativa própria³⁰).

Ou seja, nada obstava a que, a partir de 2010 (do trânsito em julgado da última decisão proferida no primeiro processo³¹), a TMN ou a , então, SONAECOM tivessem requerido à ANACOM, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 63.º, que remete para o artigo 10.º, ambos da LCE³², a resolução do litígio, justamente com base na decisão do primeiro processo (que concluiu, com efeitos de caso julgado, pela falta de acordo quanto aos preços).

³⁰ Conforme resulta do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 63.º da LCE.

³¹ Ou (como refere o TRL), desde o momento em que o *processo do Tribunal da Maia produziu efeitos de caso julgado* (quer quanto à fixação do preço entre a TMN e a OPTIMUS, quer quanto ao aspeto de competir à ANACOM a fixação dos preços de interligação).

³² Lei que, em 2010, já vigorava e que revogou o Decreto-Lei n.º 415/98, de 31 de dezembro (que estabelecia o regime de interligação entre redes públicas de telecomunicações num ambiente de mercados abertos e concorrenciais, por forma a permitir a interoperabilidade de serviços de telecomunicações de uso público, e definia os princípios gerais aplicáveis à numeração).

Mas tal não se verificou.

Reafirma-se que o segundo processo teve por objeto apenas a compensação de créditos que a PTC requerera à (ora) NOS, não estando já em discussão a questão da existência de acordo quanto ao preço de terminação (questão que o próprio TRL veio a considerar ter sido resolvida – com força de caso julgado – no primeiro processo judicial).

Assim sendo, caso alguma das empresas tivesse vindo requerer (tempestivamente) a intervenção da ANACOM e qualquer das interessadas não se conformasse com a decisão do procedimento de resolução administrativa do litígio que viesse a ser adotada por esta Autoridade, sempre poderia impugná-la (graciosa ou judicialmente – neste segundo caso, junto dos tribunais da jurisdição administrativa) – suscitando depois, por hipótese, no âmbito do processo intentado pela SONAECOM (acima mencionado), a existência de uma questão prejudicial ou pedindo a suspensão da respetiva instância.

Como tal, também por este motivo se pode depreender que, após 2010, inexistia qualquer conexão de pendência judicial que obstasse ao pedido de resolução, pela ANACOM, do litígio relativo ao preço dos serviços de terminação de chamadas móvel-móvel reciprocamente prestados em 2001.

Face ao que antecede, não pode deixar de se concluir que o procedimento que a MEO agora veio requerer, podia (e deveria, como adiante se verá) ter sido requerido logo em 2010 e não depois de decorridos 8 anos desde o trânsito em julgado do primeiro Acórdão do STJ.

No contexto da resolução administrativa de litígios, há, em primeiro lugar, que **verificar se estão preenchidos os requisitos legais de intervenção da ANACOM** para a resolução do diferendo em causa.

De acordo com o disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 63.º da LCE:

“*Compete à ARN:*

(...) b) *Intervir por iniciativa própria quando justificado, incluindo em acordos já celebrados, ou, na falta de acordo entre as empresas, a pedido de qualquer das partes envolvidas nos termos dos artigos 10.º a 12.º, a fim de garantir os objetivos estabelecidos no artigo 5.º, de acordo com o disposto na presente lei.*” (sublinhado nosso).

No presente caso, a inexistência de acordo entre a NOS e a MEO foi declarada judicialmente, com efeitos de caso julgado, sendo, por isso, evidente a “*falta de acordo entre as empresas*”, pelo que a intervenção da ANACOM dependeria de pedido de qualquer das partes, nos termos do artigo 10.º da LCE.

O artigo 10.º da LCE prevê diversos requisitos de cuja verificação, em cada caso, depende a competência da ANACOM para intervir no sentido de resolver um litígio, a saber: (i) a existência de um litígio, (ii) relacionado com obrigações decorrentes da LCE, (iii) verificado entre as empresas sujeitas ao regime desta Lei, (iv) no território nacional e (v) desde que uma das partes solicite a intervenção da ANACOM (veja-se o n.º 1 do citado preceito).

No presente caso, é evidente o preenchimento dos requisitos (i) a (v) *supra*: (i) existe um litígio entre a MEO e a NOS; (ii) o litígio relaciona-se com obrigações decorrentes da LCE (artigos 62.º e ss desta Lei); (iii) as duas empresas em conflito estão sujeitas ao regime da LCE; (iv) o litígio ocorre em território nacional; e (v) uma das partes (a MEO) solicitou a intervenção da ANACOM.

Contudo, a MEO veio solicitar a intervenção da ANACOM cerca de 17 anos após o início do litígio da TMN com a OPTIMUS e oito anos após o trânsito em julgado da decisão do primeiro processo judicial (em que se discutiu a existência, ou não, de acordo).

Na sua carta datada de 30.07.2018, a MEO defende que “*não restam dúvidas quanto ao facto de (...) estar em tempo para requerer à ANACOM que resolva o litígio aqui em questão.*”

Para tanto, refere que “*só a partir da data de trânsito em julgado (da decisão do Tribunal Constitucional que rejeitou o recurso de constitucionalidade interposto pela empresa no Processo n.º 524/10.1) é que, verdadeiramente, se tornou possível que a ANACOM dirima o litígio entre as partes.*”. Acrescenta que “*só a partir desse momento é que ficou adquirido, com força de caso julgado, que a competência para determinar o preço, na falta de acordo entre as partes, cabe exclusivamente à ANACOM e não também aos tribunais, contrariamente ao que havia sido entendido por esta autoridade, em 2002 (...)*” (sublinhados nossos).

Importa aqui deixar claro que o que a ANACOM entendeu em 2002 não foi o que a MEO refere, mas apenas que, estando a correr termos uma ação judicial em que se discutia se existia ou não acordo de preços entre as empresas em conflito, esta Autoridade não devia intervir no litígio, já que essa questão estava a ser dirimida em juízo. É o que resulta, de forma

clara, do texto da deliberação em apreço e o que foi, aliás, reconhecido pelos tribunais (recorda-se, novamente, que na sentença de 24.09.2007, o Tribunal Judicial da Comarca da Maia refere expressamente que *«a ANACOM decidiu não intervir na resolução do diferendo existente entre a TMN e a OPTIMUS por estar a decorrer a presente ação judicial onde estava em causa, “entre outras questões, a eventual existência de acordo”³³»*.

Por outro lado, e no que concerne às afirmações da MEO que ficaram acima transcritas, não lhe assiste também razão quando refere que *“só a partir da data de trânsito em julgado (da decisão do Tribunal Constitucional que rejeitou o recurso de constitucionalidade interposto pela empresa no Processo n.º 524/10.1) é que, verdadeiramente, se tornou possível que a ANACOM dirima o litígio entre as partes”* e que *“só a partir desse momento é que ficou adquirido, com força de caso julgado, que a competência para determinar o preço, na falta de acordo entre as partes, cabe exclusivamente à ANACOM”*.

Para o contrariar, basta atentar no teor das decisões judiciais já mencionadas, em especial das que foram prolatadas no âmbito do segundo processo judicial intentado: o Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa considerou que *«A decisão proferida no âmbito do Proc. que correu termos na Maia sob o n.º 703/2001, constitui (...) caso julgado quanto ao nela decidido (...)»* e o Tribunal da Relação de Lisboa afirmou também expressamente que *«(...) o processo do Tribunal da Maia produziu efeitos de caso julgado quer quanto à fixação do preço entre a TMN e a OPTIMUS, bem como, quanto ao aspecto de competir à Anacom a fixação dos preços de interligação»*.

Face ao exposto e defendendo a MEO que a ANACOM *“estaria legalmente vinculada a aceitar o [seu] pedido [de intervenção] e a resolver o litígio (...)”*, cumpre verificar se existem motivos de recusa de apreciação do pedido.

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 10.º da LCE, a intervenção da ANACOM deve ser solicitada no prazo máximo de um ano a contar da data do início do litígio.

Ora, tendo em consideração que:

- (i) sobre o litígio existente entre as, então, TMN e OPTIMUS já decorreram cerca de 17 anos sobre o seu início;

³³ Sublinhado nosso.

- (ii) sobre o trânsito em julgado do Acórdão do STJ relativo à ação interposta pela TMN em que a empresa pediu a condenação da OPTIMUS no pagamento correspondente ao saldo, então favorável à TMN, dos créditos originados pelo serviço de terminação reciprocamente prestado durante o ano de 2001 (ou seja, a primeira ação acima referida) decorreram 8 anos, sem que qualquer das partes tenha solicitado qualquer intervenção à ANACOM neste âmbito;
- (iii) desde o trânsito em julgado do referido Acórdão do STJ qualquer das partes poderia apresentar novo pedido de resolução administrativa de litígios junto da ANACOM, o que não se verificou;
- (iv) a existência do segundo processo judicial intentado pela SONAECOM (agora NOS) não constituía impedimento à apresentação daquele pedido (nem à resolução, por via administrativa, do litígio relativo ao preço dos serviços de terminação de chamadas móvel-móvel reciprocamente prestados em 2001);

é forçoso concluir que, tendo a intervenção da ANACOM sido solicitada pela MEO apenas na carta recebida na ANACOM em 31.07.2018, o pedido apresentado para o efeito é intempestivo, por ter sido deduzido depois de decorrido o prazo máximo fixado no n.º 2 do artigo 10.º da LCE (mesmo tomando por referência, como data de início do litígio, face às circunstâncias concretas deste caso, a data de trânsito em julgado do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.01.2010).

Quanto à intervenção da ANACOM ao abrigo das suas competências legais enquanto autoridade reguladora do sector – invocadas subsidiariamente pela MEO –, importa referir que o legislador balizou as competências da ANACOM em matéria de acesso e interligação no artigo 63.º da LCE, estando esta Autoridade vinculada na sua atuação aos princípios da legalidade e da especialidade.

Neste contexto, importa referir que a interligação e a interoperabilidade de serviços não foi posta em causa, facto que, aliás, nenhuma das partes contesta (apenas tendo discutido em juízo questões relativas aos valores devidos pela interligação). Não se justificaria, portanto, uma intervenção por iniciativa própria desta Autoridade. Inexistindo um acordo entre as partes em matéria de preço, a intervenção da ANACOM rege-se, inelutavelmente, pelo disposto na segunda parte da alínea b) do n.º 2 do artigo 63.º da LCE que, por sua vez, remete para o regime do artigo 10.º da mesma lei, tendo-se já concluído pela extemporaneidade do pedido.

6. Audiência prévia dos interessados

Analisados e ponderados os vários factos e argumentos expendidos pelas partes no presente procedimento, o Conselho de Administração da ANACOM, por deliberação de 21 de novembro de 2019, aprovou o projeto de decisão sobre o pedido de intervenção da MEO para a resolução do litígio que a opõe à NOS relativo ao preço dos serviços de terminação de chamadas móvel-móvel reciprocamente prestados em 2001 entre a TMN e a OPTIMUS.

O referido projeto de decisão foi submetido a audiência prévia dos interessados, nos termos do disposto nos artigos 121.º e 122.º do Código do Procedimento Administrativo, fixando-se um prazo de 10 dias úteis para que a MEO e a NOS, querendo, se pronunciassem, por escrito.

Na sequência de pedido da MEO, recebido em 28 de novembro de 2019, esta Autoridade concedeu a prorrogação, por 15 dias úteis, do prazo para a sua pronúncia, por decisão do Presidente do Conselho de Administração de 3 de dezembro de 2019, ratificada por deliberação do Conselho de Administração de 5 de dezembro de 2019.

A MEO e a NOS pronunciaram-se dentro do prazo concedido.

Na sequência da audiência prévia foi elaborado o respetivo relatório que inclui síntese das posições manifestadas sobre o projeto de decisão, bem como o entendimento da ANACOM sobre as mesmas. Este relatório faz parte integrante e fundamenta, em conjunto com a análise *supra*, a presente decisão.

7. Decisão

Face ao exposto, na prossecução das atribuições previstas nas alíneas a), b), c) e g) do n.º 1 do artigo 8.º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março, no exercício dos poderes previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º dos mesmos Estatutos e, bem assim, das competências previstas no artigo 10.º, alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º e na alínea b) do n.º 2 do artigo 63.º, todos da LCE, o Conselho de Administração, ao abrigo do disposto na alínea q) do n.º 1 do artigo 26.º dos Estatutos, delibera o seguinte:

1. Recusar o pedido de intervenção apresentado pela MEO, ao abrigo do artigo 10.º da LCE, na fixação do preço a aplicar aos serviços de terminação reciprocamente prestados pela TMN (atual MEO) e pela OPTIMUS (atual NOS) no ano de 2001, por se verificar que já foi ultrapassado o prazo máximo estabelecido no n.º 2 do referido artigo 10.º.

2. Rejeitar uma intervenção “*ao abrigo das suas competências legais enquanto autoridade reguladora do setor*”, invocadas subsidiariamente pela MEO, por não se encontrarem preenchidos os pressupostos de aplicação da primeira parte da alínea b) do n.º 2 do artigo 63.º da LCE.

Lisboa, 20 de fevereiro de 2020.