



Parecer

Consulta

1. No dia 12 de Novembro de 2004, recebeu a Autoridade Nacional de Comunicações – ANACOM S.A. uma notificação da NOVIS TELECOM, S.A. (NOVIS), relativa ao lançamento de um serviço, destinado aos utilizadores residenciais, em parceria com a OPTIMUS Telecomunicações, SA (OPTIMUS), designado “Optimus Home”.

Em 15 de Novembro de 2004, a SONAECOM, a pedido da NOVIS e da OPTIMUS, remeteu à ANACOM um documento explicativo do referido serviço, encontrando-se também informações sobre o mesmo em <http://www.optimus.pt/home>.

2. Com base na comunicação de início de oferta do serviço apresentada ao ICP-ANACOM, a NOVIS identificou o serviço prestado como convergente fixo-móvel. Adicionalmente, declarou usar números geográficos do serviço telefónico com acesso fixo do Plano Nacional de Numeração, no âmbito da recomendação E.164 da UIT-T.
3. Com base na informação divulgada ao público, as características do serviço em causa eram essencialmente as seguintes:

- a) a componente de acesso era suportada na rede GSM OPTIMUS (dispondo os aderentes de um terminal móvel que utiliza essa rede - comercializado a €69,90 incluindo IVA, valor que poderia abranger até €25 em chamadas) e a de interligação na rede fixa comutada NOVIS, sendo as chamadas efectuadas/recebidas encaminhadas através desta última, a qual se interligaria com os restantes operadores;
- b) era cobrado ao aderente um preço de retalho (incluindo IVA) de €0,05, por minuto, nas chamadas para a rede fixa, de €0,30, por minuto, para redes móveis, e um preço que variava entre €0,17 e €1,20, por minuto, nas chamadas internacionais;
- c) qualquer utilizador que ligasse para um número deste serviço pagava o mesmo que quando ligasse para um número da rede fixa e um cliente de outra rede fixa poderia “migrar” para o serviço “Optimus Home” mantendo, através da portabilidade, o número actual;
- d) a mobilidade do terminal era limitada à circunscrição geográfica do Plano Nacional de Numeração a que correspondia o respectivo número de acesso (e.g. prefixo 21 tinha mobilidade restrita à área geográfica de Lisboa);
- e) A NOVIS, declarante deste serviço, era a entidade que contratava o serviço com os clientes finais.



4. No dia 18 de Novembro de 2004, enviou a PT Comunicações à ANACOM uma carta (19401479) em que, alegadamente baseada nas informações divulgadas na comunicação social, solicitava a intervenção daquela entidade nos seguintes termos: “A PT Comunicações, tendo em conta as informações de que dispomos, considera estarmos perante uma situação muito grave, que distorce e viola as regras de bom funcionamento do mercado, pelo que referenciamos um conjunto de aspectos, que deverão merecer a melhor atenção por parte da ANACOM:

- Violação do Plano de Numeração Nacional, por utilização indevida de numeração geográfica fixa, atribuída à NOVIS, em terminais de índole móvel da Optimus;
- Violação da especificação de portabilidade, através da anunciada portação de números do serviço fixo de telefone, atribuídos à PT Comunicações, para a rede móvel da Optimus, com a consequente destruição das características geográficas do Plano de Numeração Nacional;
- Fortes restrições no acesso às funcionalidades associadas ao serviço fixo de telefone, já que se trata, tão somente, de um telemóvel com funcionalidades mais limitadas que as de um telefone fixo, não permitindo, por exemplo, a selecção de operador chamada a chamada ou a localização do chamador em caso de emergência;
- Ausência de transparência e condições enganadoras, tanto para os utilizadores deste serviço da Sonaecom, como para os utilizadores de serviços prestados por outras empresas, os quais dificilmente

percepcionarão as condições de acesso e de interfuncionamento com o 'Optimus Home';

- Violação das regras de acesso e interligação, por ausência de transparência e clara distorção das relações de interligação entre os operadores de rede - desde logo, por diferenças entre os preços de terminação na rede da NOVIS e os que são praticados pela Optimus;
- Adopção de condições fortemente discriminatórias por parte da Optimus, com claro favorecimento da NOVIS e conseqüente violação do princípio da não discriminação das condições de terminação na rede da Optimus. Cabe, aqui, perguntar: qual a relação de interligação NOVIS – Optimus, por forma a 'contornar' o nível de preços de terminação na rede deste último?;
- Eventual violação da deliberação da ANACOM, de 8 de Março, sobre interfaces fixo-móvel;
- Total distorção dos critérios associados à definição dos mercados relevantes que integram o novo quadro regulamentar, pondo completamente em causa os projectos de decisão, até agora, divulgados pela ANACOM, ao nível dos serviços de baixo débito (retalhistas e grossistas);
- Total distorção das análises já apresentadas pela ANACOM, no que se refere aos critérios de análise de outros mercados, tais como os mercados grossistas de banda larga (*bitstream* e lacete local) e os mercados grossistas móveis;

- Não promoção de soluções de banda larga, nem de desenvolvimento sustentado da Sociedade de Informação, que hoje constituem um dos aspectos centrais do desenvolvimento das redes fixas, já que o 'Optimus Home' recorre a uma solução suportada em tecnologia GSM.

Este conjunto de preocupações, absolutamente relevantes para o correcto funcionamento do mercado e para o cumprimento das normas regulamentares europeias, exige a imediata intervenção da ANACOM.

Se assim não for, o mercado ficará à mercê de práticas oportunistas que rapidamente fugirão ao controle regulatório da ANACOM, com consequências imprevisíveis para as empresas de comunicações e para o mercado em geral, em particular no que se refere à transparência para os consumidores, à sã concorrência entre operadores, ao desenvolvimento de serviços e de infra-estruturas e à promoção da banda larga.

Certos de que V.Exa. saberá reconhecer a gravidade da situação, ficamos a aguardar uma rápida e eficaz resposta por parte da ANACOM, estando convictos de que, se as condições, até agora, publicitadas prevalecerem, a ANACOM não deixará de suspender a oferta 'Optimus Home' da Sonaecom."



5. No dia 23 de Novembro de 2004, enviou a Telecomunicações Móveis Nacionais – TMN, à ANACOM, uma carta (ADEA/129/2004) em que, alegadamente, baseada na aquisição e utilização do produto “Optimus Home”, solicitava a intervenção daquela entidade, para o efeito levantando as seguintes questões e tecendo os seguintes comentários:
- “1- Será que a Novis presta o serviço fixo de telefone, utilizando espectro radioelétrico da rede móvel da Optimus ou será que a Optimus presta serviço fixo de telefone, utilizando a sua rede móvel, sem que para tal esteja licenciada?
- 2 - Será que a Novis e/ou a Optimus vão pagar ao ICP-ANACOM o custo da utilização do espectro radioelétrico por todos os “93xxxxxxx mascarados” que venham a ser vendidos pela Optimus/Novis ou Novis/Optimus? Quem tem de identificar esses clientes como seus – a Optimus ou a Novis?
- 3 - Existindo interligação permanente entre as redes móvel da Optimus e fixa da Novis e tendo em conta o preço praticado ao cliente pela Novis, só podemos concluir que os preços de terminação praticados entre a Optimus e a Novis violam os mais básicos princípios da concorrência e do quadro regulamentar, no mercado da terminação, já que são decerto muito baixos ou mesmo inexistentes. Será que estamos perante uma situação de oferta de serviços da Novis para a Optimus e da Optimus para a Novis?
- 4 - Sendo certo que o preço da terminação na rede móvel da Optimus é, neste momento, de €0,187, será este o preço praticado por essa empresa relativamente ao tráfego terminado na sua rede pela Novis?



5 - De uma análise a efectuar pelo ICP-ANACOM resultará, como se crê, que existe um favorecimento da Novis pela Optimus e vice versa, no que respeita à terminação de chamadas nas suas redes, o que só pode levar a concluir que a acção concertada da Optimus e da Novis viola as regras de acesso e interligação, por ausência de transparência e distorção das relações de interligação entre operadores, sem falar das implicações que esta actuação tem ao nível do direito da concorrência.

6 - Este produto desvirtua totalmebnte as regras de funcionamento do mercado das comunicações electrónicas e viola com gravidade as obrigações impostas aos prestadores de serviços de comunicações electrónicas no artigo 47º da Lei nº5/2004 de 10/2, ressaltando-se, neste âmbito, os seguintes aspectos:

- 6.1. Em primeiro lugar, o cliente não sabe quem se obriga a prestar-lhe o tal 'serviço híbrido' (classificação da própria Optimus, no seu site – *vide* capítulo 'Cobertura', dentro da descrição do serviço 'Optimus Home'). Será que é a Novis, no âmbito das Condições Gerais de Utilização, ou será que é a Optimus, já que, como mencionado supra, este é um serviço Optimus?
- 6.2. Qual das duas empresas é a responsável pela garantia da qualidade do serviço prestado? A Optimus garante que, em determinada localidade, o serviço tem cobertura na morada onde o cliente pretende utilizar o telefone? Será que a Optimus é o primeiro operador a dar garantias de cobertura 'indoor'? Ou será que é a Novis que garante a qualidade de serviço e níveis de cobertura da rede móvel da Optimus?

6.3. O consumidor que adquire o Optimus Home não tem condições para estar ciente, pois nada consta da embalagem exterior, de que está a adquirir um telefone para ligação à rede GSM que não poderá utilizar, se não tiver cobertura na zona ou local onde pretende utilizar o serviço. Na verdade, através da informação constante da embalagem e da publicidade, o consumidor é convencido de que está perante um telefone fixo. Note-se, na embalagem do Produto, o pormenor da imagem do fio que liga o carregador de secretária à corrente eléctrica e gera no consumidor a convicção de que o telefone colocado sobre o carregador tem uma ligação fixa, o que é manifestamente enganoso.

7 - Estamos, ainda, perante uma utilização claramente abusiva dos recursos de numeração atribuídos à Novis, já que os números utilizados na rede móvel da Optimus são números fixos de índole geográfica e não números da rede móvel. Assim, se estamos perante um 'serviço da Optimus' (como afirma a própria Optimus), então é ilícita a utilização dos recursos de numeração fixos para a prestação de serviço móvel.

8 - A utilização da numeração fixa da Novis na rede móvel da Optimus pode acarretar graves consequências, no que diz respeito ao tratamento dos dados de localização dos assinantes e/ou utilizadores, no âmbito da permissão existente no n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, já que não se entende quem é o detentor do dado concreto de localização, no momento em que o utilizador/assinante gera uma comunicação para uma entidade com competência legal para receber chamadas de emergência.

9 - A utilização de um recurso de numeração fixo com mobilidade bastante para se deslocar numa zona geográfica, muitas vezes, de largas dezenas de quilómetros, pode levar, por exemplo, os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciais a erradamente se convencerem da localização fixa de determinado indivíduo, quando o mesmo se pode encontrar, afinal, em locais bem distantes do da morada do telefone fixo (móvel?). Este Produto pode prejudicar e mesmo impedir a prossecução da justiça, nmo âmbito das investigações criminais, por falsear os dados de tráfego e de localização que venham a ser fornecidos pelo operador (qual deles, neste caso – a Optimus ou a Novis?). Existirá mesmo uma incerteza, por parte das autoridades, acerca do operador a quem devem dirigir os pedidos de informação (IMEI e número associado, dados de localização, dados pessoais).

10 - Se o serviço em causa é prestado pela Optimus ao abrigo e no âmbito da Licença de GSM que lhe foi atribuída pelo ICP-ANACOM, será legítima a prestação de um serviço de abrangência nacional a uma zona geográfica restrita (zona de abrangência da numeração geográfica)?

Face a todo o exposto e sendo por demais claro que a actuação da Novis e da Optimus desvirtua e viola as mais elementares regras legais aplicáveis à prestação de serviços de comunicação electrónicas, a TMN considera que o ICP-ANACOM, no âmbito das suas competências de fiscalização e regulação do mercado, não tem outra alternativa que não

seja a de impedir a comercialização desta oferta, nos moldes em que hoje acontece.

Esta actuação do ICP-ANACOM impõe-se por forma a que possam ver-se cumpridos os objectivos de regulação previstos no artigo 5º da Lei nº5/2004 de 10 de Fevereiro.”

6. No dia 26 de Novembro de 2004, enviou a PT Comunicações, à ANACOM, nova carta (194065121) em que, invocando informações tornadas públicas pela SONAECOM, suscitava a questão da Portabilidade de Serviço, nos seguintes termos: “De acordo com as informações tornadas públicas pela Sonaecom, os equipamentos terminais ‘Optimus Home’¹ são identificados através dos blocos de numeração atribuídos à Novis para prestação do serviço fixo de telefone – do tipo 21013XX XX – e não por números da gama 93, do serviço móvel prestado pela Optimus.

Assim sendo, o ‘Optimus Home’ recorre a um tipo de portabilidade, designado por Portabilidade de Serviço, através da qual, conforme referido na Consulta da ANACOM, de 16 de Fevereiro de 2000, *um utilizador pode manter o seu número ao mudar de serviço (e.g., ao mudar do Serviço Fixo de Telefone para o serviço Móvel Terrestre*²).

¹ Utilizando a tecnologia GSM e em cujo ecrã surge a inscrição ‘P Optimus’

² Neste caso, portação do SFT da Novis para o SMT da Optimus

E acrescentava, nessa altura, a ANACOM: *No entanto, a preservação para o utilizador da informação relativa ao serviço continua a assumir particular relevância, quer devido à necessidade de garantir condições de transparência tarifária, aspecto da maior importância para o consumidor, como reconhecido pela Comissão Europeia, quer pela própria natureza dos serviços (p.ex.: entre os serviços Audiotexto 'Vendas' e Audiotexto 'Eróticos', identificados por códigos diferentes e susceptíveis de serem barrados em separado, a pedido do utilizador – vide quadro). Por este motivo, o ICP considera que esta matéria³ não justifica, neste momento, intervenção regulatória específica.*

A Portabilidade de Serviço não foi, até hoje, objecto de intervenção regulatória, não estando, naturalmente, incluída na Especificação de Portabilidade de Operador, publicada pela ANACOM, em 2001, assim como, também, não está prevista no Projecto de Regulamento da Portabilidade (cfr. Artigo 54º da Lei 5/2004), posto a consulta pública, em Março de 2004, que, apenas, prevê a Portabilidade de Operador (alínea o) do artigo 2º).

Em conclusão, a Portabilidade de Serviço não tem suporte regulamentar e não pode ser oferecida aos clientes dos serviços de telecomunicações electrónicas.

Mas a Sonaecom vai, ainda, mais longe e garante que os clientes do 'Optimus Home' poderão, caso assim o desejem, manter o número da gama geográfica atribuída à PT Comunicações, isto é, reincide na utilização da Portabilidade de Serviço, prometendo aos clientes, aquilo que o quadro legal não permite.

Face ao exposto e por estarmos, indubitavelmente, em presença de uma violação do Plano Nacional de Numeração e dos procedimentos de Portabilidade, a PT Comunicações remeterá à ANACOM os pedidos de portação oriundos das empresas do Grupo Sonae, com data posterior a 17 de Novembro, para a competente fiscalização da sua legitimidade regulamentar e solicita, ainda, a V.Ex^a autorização para suspender a aceitação dos mesmos."

7. No mesmo dia 26 de Novembro de 2004, tomava a ANACOM deliberação sobre a matéria, com o conteúdo decisório e a fundamentação que se segue: "4. Da análise efectuada se releva que o serviço 'Optimus Home':

- i) Suporta-se na rede móvel GSM OPTIMUS, tanto na componente de originação como na de terminação das chamadas;

Ora,

³ A Portabilidade de Serviço

A rede móvel GSM OPTIMUS utiliza as frequências que lhe foram atribuídas para a prestação do serviço móvel terrestre (conforme consta da respectiva licença).

De acordo com a definição de Serviço Móvel Terrestre (SMT) do regulamento das Radiocomunicações, anexo à Convenção Internacional das Telecomunicações, trata-se de um 'serviço de Radiocomunicações entre estações de base e estações móveis terrestres, ou entre estações móveis terrestres'.

De acordo com o Aviso nº168, de 23 de Julho de 2003, publicado ao abrigo do Decreto-Lei 151-A/2000 de 20 de Julho, define-se SMT/GSM como 'redes de sistemas da 2ª geração constituídas por estações de base com localização determinada e estações móveis, operando em faixas de frequências atribuídas para o efeito'.

Acresce ainda que a Directiva 87/372/CEE, do Conselho, de 25 de Junho de 1987, em conjugação com as Decisões da CEPT ERC/94(01) de 24 de Outubro e ERC/95(03) de 1 de Dezembro, todas implementadas em Portugal, designam as faixas de frequências em causa para sistemas GSM.

ii) Apresenta todas as características e funcionalidades essenciais de um serviço móvel, com a particularidade de a mobilidade ser restringida,

através de limitações associadas, nomeadamente, ao cartão SIM do cliente, a uma determinada área geográfica;

iii) Para além do cartão SIM fornecido com o terminal para acesso ao serviço 'Optimus Home', o equipamento permite aceder ao serviço telefónico móvel prestado pela OPTIMUS mediante a inserção de qualquer cartão SIM deste operador.

Termos em que se conclui que o serviço 'Optimus Home', pelas características descritas, não pode ser prestado na 'gama 2' de numeração do Plano Nacional de Numeração.

5. Com efeito, em conformidade com o actualmente definido no Plano Nacional de Numeração, não é compatível a associação de números geográficos a outro serviço que não o serviço telefónico acessível ao público em local fixo.

Releve-se ainda que a portabilidade de número em vigor no âmbito do artigo 54º da Lei nº5/2004, de 10 de Fevereiro – portabilidade de operador – não se aplica entre serviços distintos, razão pela qual se torna inviável à NOVIS portar números de clientes de outros prestadores, uma vez que aos mesmos estão atribuídos números geográficos associados à prestação do serviço telefónico em local fixo.

6. Atendendo a que prestação deste serviço, nos moldes em que é oferecido, **se alicerça numa utilização desconforme de números do Plano Nacional de Numeração** e que importa garantir desde já a adequada protecção de potenciais utilizadores e assinantes deste serviço, é urgente fazer cessar de imediato a comercialização do serviço ‘Optimus Home’.

Pelas razões apontadas, não há lugar à audiência dos interessados, em conformidade com o que se dispõe na alínea a) do nº1 do artigo 103º do Código do Procedimento Administrativo.

Assim, o Conselho de Administração do ICP-ANACOM, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelas alíneas b) e n) do nº1 do artigo 6º, nos termos da alínea g) do artigo 9º e da alínea l) do artigo 26º, dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei nº309/2001, de 7 de Dezembro e na prossecução dos objectivos de regulação previstos na alínea d) do nº2 e na alínea d) do nº4 do artigo 5º da Lei 5/2004, de 10 de Fevereiro, **delibera o seguinte:**

1º Determinar à NOVIS a interdição imediata da comercialização do serviço designado ‘Optimus Home’ e a adopção de medidas que previnam a continuidade da sua publicitação ao público por qualquer meio;

2º Determinar à NOVIS que, no prazo máximo de 5 dias, notifique os assinantes da cessação do referido serviço, cumprindo com o prazo fixado na alínea c) do nº1 do artigo 39º da Lei nº5/2004, de 10 de Fevereiro."

8. No dia 30 de Novembro de 2004, enviou a PT Comunicações, à ANACOM, terceira carta (19408495), em que, alegadamente preocupada com a reacção da SONAECOM à deliberação daquela entidade, solicitava a sua intervenção, nos seguintes termos: "Continuamos, no entanto, profundamente preocupados com as declarações publicadas em diversos órgãos de comunicação social, incluindo nas televisões, segundo os quais responsáveis da Sonaecom teriam afirmado que o produto não iria ser retirado do mercado, tendo passado, activamente, a efectuar uma campanha de angariação de clientes para este mesmo produto, através de um pré-registo.

Tal comportamento está bem expresso, aliás, no formulário que se encontra a ser disponibilizado nas lojas da Optimus, bem como nas comunicações, de 27 de Novembro, em que é referido 'o serviço continua activo e a funcionar' (v. anexos).

Deste modo, tudo leva a crer que, não só os equipamentos 'Optimus Home' já vendidos, continuarão a ser utilizados e o serviço disponibilizado (conforme indicação veiculada pelo *call centre*,

identificado pelos números 16 103 ou 800 932 932), como será possível a futuros clientes procederem ao seu pré-registo nesse serviço.

Assim sendo, estamos perante um incumprimento, expresso e voluntário, por parte da Sonaecom, da deliberação, de 26 de Novembro.

De facto, a Sonaecom:

- revela não ter intenção de notificar os assinantes do 'Optimus Home' da cessação deste serviço, no prazo legalmente estabelecido (ponto 2 da Deliberação, de 26 de Novembro);
- mantém as campanhas publicitárias, tanto na imprensa como na televisão (ponto 1 da Deliberação, de 26 de Novembro);
- continua de facto a comercializar e a prestar o serviço 'Optimus Home' (ponto 1 da Deliberação, de 26 de Novembro);
- ao permitir o pré-registo no serviço 'Optimus Home', continua a desenvolver acções de publicitação e de divulgação do mesmo (ponto 1 da Deliberação, de 26 de Novembro).

A manter-se a situação, a PT Comunicações ver-se-á forçada a desencadear as acções necessárias à defesa dos seus legítimos direitos, nomeadamente ao nível dos Acordos de Interligação, celebrados com a

Optimus e a Novis, bem como ao nível da portação de números para a Novis.

Com referência a este último caso, renovamos a solicitação expressa na nossa carta 19406512, de 26 de Novembro, no sentido de podermos suspender a aceitação de todos os pedidos de portabilidade originários da Novis, até cabal esclarecimento da situação.

Por fim, reiteramos a necessidade de uma urgente actuação da ANACOM, no sentido de restabelecer as condições de funcionamento do mercado, em conformidade com o quadro legal e regulamentar vigente.”

9. No dia 3 de Dezembro de 2004, deu a PT Comunicações conhecimento à ANACOM de carta sua enviada à DECO (19400995) manifestando preocupações suscitadas pelo “Optimus Home”, da óptica da protecção dos direitos do consumidor.
10. No dia 7 de Dezembro de 2004, recebeu a ANACOM uma comunicação da NOVIS, relativa ao início da oferta de serviço de acesso à rede pública em local fixo e de serviço telefónico em local fixo.

11. Conforme declarado pela NOVIS, tratava-se de um serviço de comunicações fixo que:

- a) associava números de acesso do nível 2 do PNN;
- b) assegurava a portabilidade de número dentro desta mesma gama;
- c) garantia aos consumidores cobertura numa circunferência com um raio de aproximadamente 2000 metros, à semelhança do que sucede com outras tecnologias *wireless*;
- d) era tarifado com preços de retalho que se aproximavam dos preços do actual serviço telefónico acessível em local fixo;
- e) tinha como âmbito geográfico de prestação o território nacional.

12. Sobre o novo serviço pronunciou-se a ANACOM em 10 de Dezembro de 2004, com o conteúdo decisório e a fundamentação que se seguem:

“II. ANÁLISE

Face às características do serviço comunicado a esta Autoridade em 7.12.2004, é entendimento da ANACOM proceder à sua análise em 4 vertentes, a saber: i) a utilização das frequências, ii) a utilização em números, iii) a transparência na informação aos utilizadores e (iv) as questões processuais.

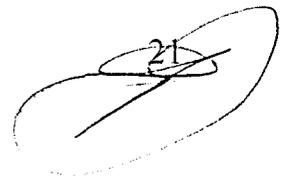
A utilização das frequências

4. O serviço apresenta-se suportado na rede fixa da NOVIS em que a componente de acesso local é a rede GSM da OPTIMUS, garantindo simultaneamente um equipamento terminal telefónico sem fios.

Como é sabido, a rede móvel GSM da OPTIMUS utiliza as frequências que lhe foram atribuídas para a prestação do serviço móvel terrestre (conforme consta do respectivo título atributivo, em vigor por força do nº4 do art. 121º da Lei nº5/2004, de 10 de Fevereiro).

De acordo com os instrumentos em vigor em matéria de licenciamento radioelétrico de redes e de estações, define-se SMT/GSM como *redes de sistemas de 2ª geração constituídas por estações de base com localização determinada e estações móveis, operando em faixas de frequências atribuídas para o efeito* (Aviso nº168, de 23 de Julho de 2003, publicado ao abrigo do Decreto-Lei nº151-A/2000, de 20 de Julho).

Ao nível da utilização e da utilidade que dele retira o utilizador final, o produto apresenta uma mobilidade reduzida configurando-se próximo (mas não ainda idêntico) de soluções do tipo sem fios, uma vez que a NOVIS pretende garantir aos consumidores uma cobertura num raio de aproximadamente 2000 metros.

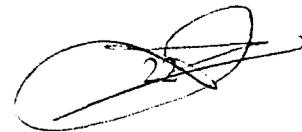


5. Está em causa, conforme referido, a utilização das frequências GSM na rede de acesso e em local fixo, o que pode legitimamente ser conseguido através de um acordo de acesso entre duas empresas (no caso, entre a OPTIMUS e a NOVIS).

No quadro regulamentar vigente a noção de “*acesso*” significa a *disponibilização de recursos e ou serviços a outra empresa, segundo condições definidas, em regime de exclusividade ou não exclusividade, para efeitos de prestação de serviços de comunicações electrónicas, abrangendo, nomeadamente, o acesso a elementos de rede e recursos conexos (...); (...)* o acesso a redes fixas e móveis (...) - conforme resulta da al. a) do artigo 3º da Lei nº5/2004.

E constitui direito das empresas que oferecem redes ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público *negociar a interligação e obter o acesso ou a interligação de outras empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público* (al. a) do artigo 22º), podendo as empresas *negociar a acordar entre si modalidades técnicas e comerciais de acesso e interligação* (artigo 62º).

É, pois, nesta perspectiva, que deve ser entendido um acordo entre duas empresas segundo o qual uma delas fornece à outra capacidade disponível da sua rede GSM para a prestação de serviços de comunicações electrónicas, o que, como bem se compreende, não deve



ser confundido com as relações de interligação existentes entre as duas empresas.

No entendimento da ANACOM o surgimento de alternativas no acesso local contribui para o desenvolvimento da concorrência e para o aumento de diversidade de ofertas disponíveis aos utilizadores e, como tal, se os acordos de acesso entre empresas proporcionarem a utilização de meios que permitam *chegar* ao utilizador final, nada pode, nem deve, ser invocado para os impedir, desde que salvaguardadas as regras aplicáveis.

A utilização da rede GSM no acesso local constitui, em certa medida e, no caso presente apenas para a disponibilização de serviços de voz, uma alternativa às *“redes telefónicas tradicionais que utilizam pares de fios metálicos entrelaçados. Os meios alternativos actuais são as redes de televisão por cabo que oferecem serviços telefónicos, as redes celulares móveis que foram adaptadas para a oferta de serviços em locais fixos e outras redes sem fios”*, conforme nota explicativa da Recomendação da Comissão sobre os Mercados Relevantes, citada na Deliberação da ANACOM de Julho de 2004, de definição dos mercados e avaliação de PMS nos mercados de acesso em banda estreita à rede telefónica pública num local fixo.

6. Há que ter em conta também que a possibilidade de a OPTIMUS fornecer capacidade de rede a terceiros, neste caso à NOVIS,

permitindo que a sua rede de acesso sirva à prestação de um serviço com estas características, implica que a ANACOM autorize a afectação das frequências GSM a esta finalidade. De facto, as frequências GSM da OPTIMUS foram-lhe atribuídas para a prestação do designado serviço móvel terrestre, o qual consiste numa oferta, ao público em geral, em todo o território nacional, de um serviço móvel - diferentemente, pretende-se agora que as mesmas frequências sejam utilizadas para uma outra empresa prestar serviços numa localização geográfica bem definida.

Note-se, no entanto, que no plano das radiocomunicações as frequências continuam a ser exclusivamente utilizadas para sistemas GSM, conforme resulta aliás da harmonização fixada a nível europeu (Directiva 87/372/CEE, do Conselho, de 25 de Junho).

Tal afectação não poderá, em qualquer caso, desonerar as obrigações da OPTIMUS enquanto prestador de serviço móvel, as quais se mantêm plenamente vinculativas.

Com efeito, sendo a utilização efectiva e eficiente das frequências um princípio fundamental em matéria de gestão do espectro radioelétrico (artigo 15º, nº2, al. c) da Lei nº5/2004), é entendimento da ANACOM que a afectação das frequências GSM a esta utilização adicional significa um uso mais intensivo das frequências, recurso por natureza escasso, pelo que se encontra satisfeito aquele princípio.

7. Por fim, importa referir que a utilização dos terminais no âmbito de um serviço com as características do apresentado à ANACOM fica sujeita à taxa com o código 22107, constante da Portaria nº 1047/2004, de 16 de Agosto.

A utilização de números

8. Conforme referido, o serviço apresenta-se com uma base geográfica definida (e consideravelmente mais restrita do que o serviço *Optimus Home* apresentado à ANACOM em 12.11.2004), o que permite não afastar à partida que a ele sejam associados números geográficos.

De acordo com a descrição da NOVIS, o serviço tem alguma mobilidade – embora reduzida – resultante do facto de a ligação ao utilizador final não se basear num ponto de acesso (físico) da rede telefónica pública comutada. Não deixa, no entanto, de estar adstrito a uma área geográfica bem delimitada.

O PNN, sendo um importante instrumento de regulação, deve ser também um facilitador de novas ofertas que possam contribuir para os objectivos de regulação que à ANACOM compete prosseguir. Nos termos da lei, compete à autoridade reguladora *definir as linhas orientadoras e os princípios gerais do PNN, bem como gerir aquele plano segundo os princípios da transparência, eficácia, igualdade e*

não discriminação. Na gestão do PNN inclui-se expressamente a *definição das condições de atribuição e de utilização dos recursos nacionais de numeração* – artigo 17º, nº2, alíneas a) e b), da Lei nº5/2004.

9. Sendo a base geográfica do serviço, tal como apresentada pela NOVIS, a que *“garante aos consumidores cobertura numa circunferência com um raio de aproximadamente 2000 metros”*, não é de excluir que o serviço possa ser alojado na gama de numeração “2” do PNN, desde que satisfeita uma condição essencial, a saber, que a mobilidade associada ao terminal seja apenas a inevitável para garantir o acesso num local fixo, o que em muitas circunstâncias será inferior àquele raio.

A solução apresentada pela empresa, tal como outras soluções de rede fixa, oferece ao cliente um equipamento terminal telefónico sem fios, sendo o acesso disponibilizado através da rede GSM da OPTIMUS. Assim, para que o serviço prestado tenha as características dos serviços que são oferecidos no âmbito da gama “2” do PNN, deverá ser configurado com características de mobilidade semelhantes a estes.

Em conclusão, entende a ANACOM que em termos de mobilidade o serviço apresentado pela NOVIS deve ser configurado, onde possível, à semelhança das mobilidades típicas proporcionadas pelas tecnologias

disponíveis nos sistemas de rede fixa, sob pena de a utilização da gama de numeração “2” ser desvirtuada.

A transparência na informação aos utilizadores

10. Importa salvaguardar que seja claro para os utilizadores que o serviço em causa não é idêntico aos serviços de voz tradicionalmente prestados através de meios físicos em local fixo, como sejam a rede telefónica pública comutada e a rede de distribuição por cabo, ou inclusivamente por outros meios radioelétricos, como é o caso do FWA.

Deve assim ser transmitida aos utilizadores informação transparente de modo a que percepcionem claramente em que medida este serviço se distingue dos serviços *tradicionais*, por exemplo em termos de cobertura *indoor*, ou quanto à qualidade audio.

As questões processuais

11. Nos termos do nº2 do artigo 20º da Lei nº5/2004, de 10 de Fevereiro, as alterações das condições, dos direitos e dos procedimentos aplicáveis ao exercício da actividade, incluindo aos direitos de utilização, estão sujeitas ao procedimento geral de consulta a que se refere o artigo 8º da mesma Lei, sendo concedido aos interessados, nomeadamente aos utilizadores e consumidores, um prazo

suficiente para se pronunciarem sobre as alterações propostas, o qual não deve ser inferior a 20 dias, salvo em circunstâncias excepcionais devidamente justificadas.

É entendimento da ANACOM que estando perante uma alteração das condições aplicáveis aos direitos de utilização, o que constitui o aspecto a reconfigurar para que possa ocorrer a efectiva prestação do serviço, deve este processo ser célere, tanto mais que esta oferta surge na sequência do lançamento do serviço *Optimus Home*, o qual havia sido interditado por esta Autoridade em 26.11.2004.

Acresce que as diversas partes interessadas têm feito chegar à ANACOM os seus comentários relativamente às questões suscitadas por aquele serviço, pelo que voltando as mesmas a ser abordadas nesta consulta, considera a ANACOM justificada a fixação de um prazo inferior ao prazo-regra constante da lei.

III – DECISÃO

Assim, o Conselho de Administração da ANACOM, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelas alíneas b), c), f) e h) do nº1 do artigo 6º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei nº309/2001, de 7 de Dezembro, na prossecução dos objectivos de regulação previstos nas alíneas a) e c) do nº1, na alínea d) do nº2 e na alínea d) do nº4, todos do artigo 5º da Lei nº5/2004, de 10 de Fevereiro, e ao abrigo

do art. 15º, nº1, do art. 17º, nº2 alíneas a) e b), do art. 20º, do art. 32º, nº2 e do art. 34, nº2, todos da mesma Lei, delibera:

1. Permitir a utilização das frequências GSM da rede móvel terrestre da OPTIMUS na rede de acesso local para a prestação de serviços de voz em local fixo pela NOVIS, com as características típicas do serviço apresentado à ANACOM em 7.12.2004;

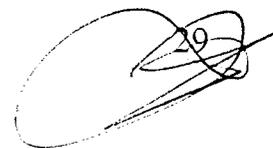
2. Reconhecer o direito à utilização da gama de numeração “2” do PNN no âmbito do mesmo serviço, desde que a mobilidade associada ao terminal seja apenas a inevitável, atenta a tecnologia utilizada, para garantir o acesso num local fixo;

3. Determinar à NOVIS que apresente informação clara e transparente aos utilizadores finais sobre o referido serviço, esclarecendo, nomeadamente, o seguinte:

a) Zona de cobertura do serviço, incluindo eventuais limitações de acessibilidade *indoor*;

b) Impacto ao nível da localização do chamador nas chamadas realizadas para o número único de emergência europeu (112);

4. Submeter o deliberado nos números anteriores à audiência prévia da NOVIS e da OPTIMUS, nos termos dos arts. 100º e segs. do Código do Procedimento Administrativo, fixando um prazo de 10 dias para que estas empresas se pronunciem por escrito, bem



como ao procedimento geral de consulta, nos termos do nº2 do artigo 20º da Lei nº5/2004, de 1º de Fevereiro, fixando um prazo de 10 dias úteis para que os interessados se pronunciem;

5. Subordinar a efectiva prestação do referido serviço pela NOVIS à decisão que vier a ser tomada no termo dos procedimentos a que alude o número anterior.”

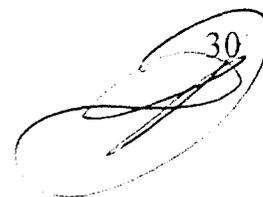
13. Tendo em conta a matéria acabada de recensear, solicita-se a V.Exa Parecer de Direito acerca da legalidade das pretensões da NOVIS apresentadas à ANACOM e objecto de deliberação desta.

Mais se solicita urgência na emissão da *opinio juris*.

Resposta

I - Razão de ordem

- 1.1. A Consulta delinea, com clareza, a matéria de facto relevante, bem como as questões de Direito acerca das quais pretende ouvir a nossa *opinio juris*, a saber, a legalidade das pretensões da NOVIS apresentadas à ANACOM e objecto de deliberação desta.



1.2. Passamos a apreciar a legalidade das aludidas pretensões, pela ordem cronológica da sua formulação, com a concisão imposta pela urgência da solicitação, terminando, como é usual, com a apresentação das conclusões extraídas da digressão efectuada.

II - Legalidade da primeira pretensão da NOVIS

2.1. Começamos, então, pela questão jurídica da legalidade da primeira pretensão da NOVIS, apresentada em 12 de Novembro de 2004.

2.2. A referida pretensão, que tinha as características enunciadas na Consulta e que se auto-define como respeitante a um serviço telefónico fixo, é, a nosso ver, ilegal, por variadas razões, que, a seguir, apreciaremos.

2.3. A primeira, e nuclear, razão da ilegalidade da primeira pretensão da NOVIS reconduz-se ao facto de nos encontrarmos perante serviço telefónico móvel (ou móvel terrestre) e não serviço telefónico fixo, ao contrário do que constitui a qualificação da entidade operadora.

2.4. Vejamos, antes do mais, se ainda faz sentido tal distinção, que o mesmo é-dizer a autonomização do serviço móvel.

A resposta só pode ser afirmativa, atendendo, nomeadamente, ao Regulamento das Radiocomunicações, anexo à Convenção Internacional das Telecomunicações, ao Decreto-Lei nº151-A/2000, de 20 de Julho e Aviso nº168, de 23 de Julho de 2003, emanado sob a sua égide, à Directiva 87/372/CEE do Conselho de 25 de Junho de 1987 e às Decisões da CE PT ERC/194(01), de 24 de Outubro e ERC/95(03), de 1 de Dezembro, bem como às Portarias nºs 241/91, de 23 de Março, 447-A/97, de 7 de Julho e 800/2000, de 21 de Setembro, e às licenças emitidas ao abrigo destes últimos diplomas.

- 2.5. E o que fica dito não é atingido pelo princípio da neutralidade tecnológica, acolhido pelo chamado Novo Pacote Regulamentar, e que implica que a regulação dos mesmos serviços seja idêntica, em regra, independentemente da tecnologia utilizada, e que tal regulação não introduza factores discriminatórios positivos ou negativos, em função da tecnologia adoptada.

Este princípio não colide com a diversidade de serviços - telefónico fixo e telefónico móvel - , nem impede a aplicação de regras diferentes conforme a modalidade de serviço em questão (cfr. a admissão da caracterização de um serviço por requisitos técnicos específicos no parágrafo 4.2.1. da Recomendação da Comissão, relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas).

2.6. Precisamente, o Novo Pacote Regulamentar é claro ao destringir serviços telefónicos fixos e serviços telefónicos móveis, e essa distinção básica tem tradução em facetas muito significativas do regime aplicável: a permissão da portabilidade do número entre operadores apenas no âmbito do mesmo serviço e não entre serviços fixos e móveis; a inclusão, no Serviço Universal, dos serviços de acesso à rede telefónica fixa e dos serviços telefónicos fixos; a correspondência exclusiva entre obrigação de oferta de pré-selecção de operador, ou de selecção de chamada a chamada para todos os tipos de tráfego, e a ligação á rede telefónica fixa e a utilização dessa rede num local fixo; a diferenciação dos parâmetros de qualidade entre os serviços telefónicos móveis e os serviços de acesso à rede telefónica fixa e telefónico fixo; a reserva para os serviços telefónicos fixos da regulação *ex-ante* retalhista, estando os serviços telefónicos móveis sujeitos apenas a regulação *ex-ante* grossista.

2.7. Sendo pertinente a autonomização conceptual e de regime do serviço telefónico móvel, cumpre defini-lo, para, subsequentemente, determinarmos se a primeira pretensão da NOVIS corresponde a tal definição.

Ora, o elemento caracterizador fundamental do serviço telefónico móvel, e, por isso, distintivo relativamente ao serviço telefónico fixo, é o da localização do equipamento terminal do utilizador.

O serviço telefónico móvel é prestado em local a cada instante apenas dependente da localização do utilizador (estação móvel),

diversamente do serviço telefónico fixo, no qual o equipamento terminal do utilizador se acha ligado a um ponto terminal da rede num local fixo (independentemente de o acesso poder ser realizado por diversas tecnologias, da clássica ao cabo ou à FWA).

De facto, de acordo com o acima citado Regulamento das Radiocomunicações, o serviço móvel (ou móvel terrestre – SMT) é um “serviço de Radiocomunicações entre estações de base e estações móveis terrestres, ou entre estações móveis terrestres.”

E, para o também antes mencionado Aviso nº168, SMT/GSM é definido como “redes de sistemas de 2ª geração constituídas por estações de base com localização determinada e estações móveis, operando em faixas de frequência atribuídas para o efeito.”

- 2.8. Confirmativo da distinção traçada é o constante do Projecto de Regulamento de Qualidade de Serviço, que consagra os parâmetros de qualidade dos serviços de acesso à rede telefónica pública num local fixo e do serviço telefónico acessível ao público em local fixo, Projecto este submetido a consulta pública em 30 de Novembro de 2004.

Aí se evoca que “por fornecimento de uma ligação para acesso á rede telefónica pública em local fixo entende-se a instalação e a efectiva disponibilização ao cliente, para seu uso, de uma ligação entre a central de comutação local ou concentrador e o primeiro dispositivo terminal de uso exclusivo do cliente.”

Ou seja, é confirmada a ligação a um ponto terminal de rede num local fixo como elemento decisivo caracterizador do serviço telefónico fixo, e, por essa via, diferenciador do serviço telefónico móvel.

- 2.9. Se analisarmos a pretensão da NOVIS, nela avultam as características de um serviço telefónico móvel, quais sejam: a inexistência de ligação a um ponto terminal de rede num local fixo, já que o acesso à rede é móvel e todas as chamadas são originadas na rede móvel GSM da OPTIMUS e não em qualquer rede fixa; a restrição da mobilidade, através de limitações associadas, nomeadamente ao cartão SIM do cliente, a uma determinada área geográfica; a permissão, pelo equipamento, do acesso ao serviço telefónico móvel prestado pela OPTIMUS mediante a inserção de qualquer cartão SIM deste operador, para além do fornecido com o terminal de acesso ao serviço ora proposto; a sujeição dos utilizadores de serviço às contingências associadas à cobertura de uma rede móvel (com problemas de “chamadas não concretizadas” ou com inevitável degradação da qualidade do serviço); a inexistência de funcionalidades próprias do serviço fixo telefónico, no envio e recepção de fax e no acesso à Internet de banda larga; a impossibilidade da função de localização em caso de emergência.
- 2.10. Tratando-se de um verdadeiro serviço telefónico móvel (ou móvel terrestre) o que é objecto da pretensão da NOVIS, o reivindicar a

mesma pretensão para ele a qualificação e o regime de serviço telefónico fixo envolve, em geral, uma violação da lei.

2.11. A essa pretensão legal se soma, especificamente, uma outra ilegalidade respeitante às redes de comunicação móveis celulares GSM.

As redes GSM, legalmente, não dispõem de sistemas fixos de acesso.

E ainda que dispusessem, o sistema GSM está obrigado por lei, a título exclusivo, a destinar-se à prestação de serviços de comunicações móveis digitais celulares, não podendo ser associada à prestação de serviços telefónicos num local fixo (cfr. o disposto no artigo 1º da Directiva 87/372/CEE, de 25 de Junho de 1987 e a Decisão 676/2002/CE do Parlamento).

2.12. Mais ainda: a lei nacional impõe que os utilizadores de redes e estações de radiocomunicações usem essas redes e estações de radiocomunicações para o estrito fim a que se destinam e a nenhum outro, alternativo ou cumulativo (cfr. o disposto no artigo 10º do Decreto-Lei nº151-A/2000, de 20 de Julho).

E a Licença GSM da OPTIMUS apenas permite a afectação da rede móvel da empresa à prestação de serviços de comunicações móveis (cfr. o Aviso de 21 de Abril de 1998, publicado a 11 de Maio de 1998).

O facto de a mesma OPTIMUS ser detentora de licença de prestador de serviço telefónico fixo é, a esta luz, irrelevante não tanto

pelo facto de desvio ao regime de pagamento ao Estado da utilização do espectro radioelétrico ou de incompatibilidade da pretensão da NOVIS relativamente a exigências da licença para operar o serviço fixo de telefone [cfr. o disposto no parágrafo 5º, alínea b) da licença], mas porque o serviço em si próprio, nas suas características definidoras, é móvel, como vimos, e, portanto, não pode caber numa licença concedida para serviço fixo.

- 2.13. Aliás, uma razão ponderosa para não ser legal e administrativamente possível usar rede móvel para a prestação de serviços de comunicações fixas tem que ver com o não ser admissível defraudar concursos que precederam a atribuição de licenças e foram concebidos para meros serviços móveis, como aconteceu com os atinentes ao sistema GSM (cfr. o disposto nas Portarias acima citadas).

De outro modo, estaria encontrada a forma de um operador móvel se converter em operador fixo, por ligação ou associação defraudante das regras legais e dos quadros administrativos concursais.

Além de que tal convolação ilegal questionaria os títulos jurídicos e os direitos constituídos de outros operadores, uns e outros baseados em clara distinção legal e em explícito regime administrativo.

- 2.14. Uma segunda razão da ilegalidade da pretensão da NOVIS relaciona-se com o recurso à “gama 2” da numeração do Plano Nacional de Numeração.

De acordo com o actualmente definido neste Plano, não é compatível a associação de números geográficos a outro serviço que não o serviço telefónico acessível ao público em local fixo.

Por outro lado, a portabilidade de operador (cfr. o disposto no artigo 54º da Lei nº5/2004, de 10 de Fevereiro) não se aplica entre serviços distintos, razão pela qual se torna inviável à NOVIS portar números de clientes de outros prestadores, visto que aos mesmos estão atribuídos números geográficos associados à prestação do serviço telefónico em local fixo.

Em suma, é ilegal, perante o Plano Nacional de Numeração e a Especificação de Portabilidade de Operador vigentes, a primeira pretensão da NOVIS.

- 2.15. Adite-se ainda que idêntica falta de cabimento normativo ocorrerá uma vez entrado em vigor o projecto de Regulamento da Portabilidade, submetido a consulta pública em Março de 2004.
- 2.16. Terceira ilegalidade pode ser apontada, consistente em a entidade contratualmente prestadora do serviço ser a NOVIS (já que lhe cumpriria a contratação com os clientes, a facturação e a cobrança), quando a mesma NOVIS carece de título habilitante para prestação de serviço telefónico móvel [cfr., sobre a punição desta ilegalidade, o disposto no artigo 113º, alínea c) do Regicom – Lei nº5/2004, de 10 de Fevereiro].

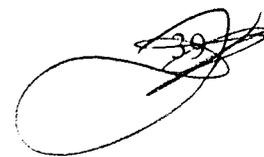
2.17. Outras incidências da pretensão em análise podem ser indicadas, como a já aplicada restrição da mobilidade, que é patente à luz do conteúdo da licença GSM da OPTIMUS, restrição essa que, de resto, confronta a norma GSM baseada no conceito de “mobilidade total”.

Ou, então, o desvio relativamente à normação emanada da ANACOM sobre especificações de Pré-selecção, suscitando problemas no plano dos acordos de interligação vigentes entre operadores (por exemplo, entre a PT Comunicações e a NOVIS ou a OPTIMUS, e entre a TMN e a NOVIS ou a OPTIMUS)..

2.18. Uma última vertente a considerar é a de o novo serviço proposto levantar questões quanto ao efectivo respeito dos direitos do consumidor, na clareza da informação quer sobre a natureza do serviço, quer sobre as condições de pagamento, quer sobre a cobertura de rede, o acesso a funcionalidades do serviço telefónico fixo, quer na garantia de funcionamento.

Tudo matérias que se relacionam com o equívoco de ser apresentado ou percepcionado como nova modalidade de acesso a serviço fixo o que, em verdade, é serviço móvel e sofre as correspondentes contingências.

Tudo a postular a intervenção da ANACOM para assegurar um elevado nível de protecção dos consumidores em face das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas e para promover a prestação de informações claras aos consumidores quanto às condições de utilização dos serviços de comunicações electrónicas



acessíveis ao público [cfr. o disposto no artigo 5º, nº4, alíneas a) e d) do Regicom].

- 2.19. Tendo em atenção tudo quanto fica dito, é obviamente legal a deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM, de 26 de Novembro de 2004, quer na sua substância, quer na invocação do disposto no artigo 103º, nº1, alínea a) para, com fundamento na urgência da decisão, não existir audiência dos interessados.

Recordemos que, no conteúdo decisório, entram a determinação, à NOVIS, da “interdição imediata da comercialização do serviço designado ‘Optimus Home’ e a da “adopção de medidas que previnam a continuidade da sua publicitação ao público por qualquer meio”, bem como a determinação, à mesma empresa, da notificação aos assinantes, no prazo máximo de 5 dias, da cessação do referido serviço.

- 2.20. Nada nos diz a Consulta, de definitivo e peremptório, acerca da conduta da NOVIS quanto a comercialização do serviço, sua divulgação, suspensão de campanhas publicitárias e notificações de cessação de serviço (isto, apesar do teor da carta da PT Comunicações de 30 de Novembro de 2004).

Mas, se a NOVIS incumpriu as determinações da ANACOM entre a deliberação de 26 de Novembro de 2004 e a deliberação de 10 de Dezembro de 2004, então deveria (e não apenas poderia) a

ANACOM aplicar as respectivas sanções [cfr. o disposto no artigo 113º, nºs 1, alínea vvv), 2 e 3 do Regicom].

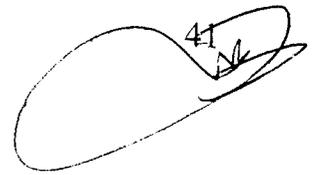
A omissão da ANACOM, além de questionante da sua credibilidade como autoridade reguladora, seria manifestamente ilegal e contenciosamente impugnável.

2.21. Em síntese, a primeira pretensão da NOVIS era patentemente, e a vários títulos, ilegal, a correspondente deliberação da ANACOM foi manifestamente ilegal, e o seu eventual incumprimento, entre 26 de Novembro de 2004 e 10 de Dezembro de 2004, constituiria nova ilegalidade, tal como virtual omissão sancionatória por parte da entidade reguladora.

III - Legalidade da segunda pretensão da NOVIS

3.1. Passemos, agora, à questão jurídica da legalidade da segunda pretensão da NOVIS, apresentada em 7 de Dezembro de 2004.

3.2. Tomando por base a deliberação da ANACOM de 10 de Dezembro de 2004, que é o único dado da Consulta que permite traçar os contornos daquela segunda pretensão, temos que esta diz respeitar a serviço telefónico fixo, que associa números de acesso do nível 2 do PNN, assegura a portabilidade de número dentro da mesma gama, garante aos consumidores cobertura num raio de 2000 metros, à semelhança de



outras tecnologias *wireless*, adopta preços próximos dos vigentes para o actual serviço telefónico fixo e tem como âmbito geográfico de prestação o território nacional.

- 3.3. A caracterização acabada de evocar - e que corresponde à qualificação dada pela NOVIS à sua segunda pretensão - suscita uma questão de fundo: na substância, esta pretensão representa uma alteração relativamente à primeira, antes analisada, ou dela não se aparta naquilo que é essencial?

Se, no fundamental do seu conteúdo, a segunda pretensão da NOVIS coincidir com a primeira, será ilegal como esta. Se existir diversidade essencial de substância, importará, então, avaliar autonomamente a legalidade da segunda (e efectivamente nova) pretensão.

- 3.4. De acordo com a segunda pretensão da NOVIS, existe utilização do seu serviço fixo, tal como se propunha na primeira pretensão.

Também existe a associação de números de acesso do nível 2 do PNN e portabilidade de número dentro da mesma gama, como se pretendia na primeira pretensão

Uma e outras características ilegais para o serviço móvel e só legais para o serviço fixo, como atrás dissemos.

Será que as demais características das duas pretensões são de tal modo fundamentalmente diversas que se possa afirmar que a segunda

pretensão respeita a serviço fixo quando a primeira correspondia a serviço móvel?

- 3.5. Ora, quanto a essas outras características, uma há sem diferença detectável: ambas as pretensões têm como âmbito geográfico de prestação o território nacional.

Mas há três com aparentes diversidades materiais: o operador de acesso; as condições de acesso; os preços do serviço.

- 3.6. O operador de acesso era, na primeira pretensão, a OPTIMUS – através da sua rede GSM – , cabendo a interligação à NOVIS.

Na segunda pretensão, o operador único para o acesso e a interligação é a NOVIS.

Dir-se-á que esta alteração é qualitativa e relevante para a qualidade do serviço prestado.

Mas não é: a NOVIS aluga à OPTIMUS a sua rede FSM e usa-a exactamente como a OPTIMUS a utilizava na primeira pretensão.

Isto é, continua a haver uma pretensão de acesso GSM, que o mesmo é dizer por sistema móvel, a uma rede fixa, apenas mudando a entidade nominalmente apresentada para titular o acesso (onde era a OPTIMUS surge agora a NOVIS com o sistema da primeira).

Logo, esta aparente característica diferenciadora não o é, na realidade.

- 3.7. Sê-lo-á a característica das condições de acesso, na medida em que o serviço constante da segunda pretensão respeita a uma cobertura num raio de 2000 metros e como que pressupõe a semelhança com outras tecnologias *wireless*?

Formulado de outra maneira, altera a natureza do acesso o facto de ele deixar de ser ilimitado no âmbito de cobertura (como se configuraria na primeira pretensão, embora sempre com a contingência da cobertura de um sistema móvel GSM) e de se apresentar como não substancialmente diverso dos telefones sem fio do sistema fixo, para já não falar no acesso via rádio (FWA)?

A nossa resposta é negativa: no essencial, a natureza do acesso não sofre alterações, apenas se pretendendo mudar a fundamentação ou a argumentação justificativa na segunda pretensão.

- 3.8. Tal como na primeira, o acesso é proporcionado por um sistema GSM, ou seja, por serviço telefónico móvel, aplicado, *de pleno*, o que acima dissemos a propósito da definição e do regime deste.

Essa natureza não é alterada só porque a NOVIS alude a um raio de cobertura de 2000 metros, que considera semelhante ao dos telefones sem fios ligados à rede fixa.

Primeiro – o raio de acção do telefone sem fios é, em regra, inferior ao de 2000 metros, até por razões de interferências indesejáveis.

Segundo – o raio de acção do telefone sem fios é traçado com base num ponto fixo – o ponto terminal da rede fixa, ao passo que o

alegado raio de 2000 metros se desloca em torno de um ponto virtual, estando associado a mais do que uma BTS e recorrendo ao *roaming* entre elas, nas zonas urbanas de grande densidade populacional (tal como todos os serviços móveis); só será servido por uma BTS, nas zonas rurais, mas sem garantia de respeito pelos 2000 metros.

Terceiro – não é o nível da cobertura que define um serviço como móvel ou fixo, é o tipo de acesso, definido nos termos atrás aludidos, e, quanto a este, não há comparação entre acesso com tecnologia GSM e equipamento terminal sem fios com rede de acesso.

Quarto – o Direito estabelece um regime específico para a tecnologia GSM, patentemente distinto do regime jurídico do telefone fixo com circuito radioelétrico de baixa capacidade (cfr. o disposto na Directiva GSM e na antes citada Lei nº5/2004, de 10 de Fevereiro).

3.9. Também se não confunde o acesso GSM com o acesso fixo via rádio (FWA).

Primeiro – o acesso fixo via rádio supõe um local fixo do cliente, ligado a central local, ao passo que o acesso GSM se acha associado a um local de índole não fixa.

Segundo – um e outro dispõem de regimes bem demarcados, com mercados e processos regulatórios diversos.

A confusão entre os dois questiona não só as faixas de frequência de ambos como, de modo saliente, os concursos que precederam a atribuição de licenças para um e outro tipo de acesso.

Pretender fazer tábua rasa desses concursos e legitimar paralelos entre regimes e procedimentos de licenciamento autónomos constituiria grosseira violação da lei.

- 3.10. Por conseguinte, também quanto à característica das condições de acesso não antolhamos distinção substancial entre as duas pretensões da NOVIS.

Por outras palavras, naquilo que é essencial, a segunda pretensão não se distingue da primeira, sendo-lhe aplicáveis as considerações por nós expandidas acerca da respectiva ilegalidade.

E a tal não obsta a característica, manifestamente secundária e não essencial, do nível de preços praticados.

- 3.11. Observe-se que tudo quanto fica dito abstrai quer da conduta da NOVIS após 10 de Dezembro de 2004 em matéria de comercialização do seu serviço, quer da sua intervenção na identificação e restrição ao raio de 2000 metros dos “Optimus Home” já vendidos em regime pré-pago.

Mas, a apurar-se que a comercialização continua a atender aos contornos da primeira pretensão e não existe garantia de reconversão da situação dos clientes ao abrigo dela contratados ao traçado da segunda pretensão – mais evidente se tornará a ilegalidade do comportamento da entidade operadora.

- 3.12. Duas notas complementares devem ser aditadas.

Uma, para lembrar que o único caso juridicamente previsto de recurso a tecnologia móvel para prestação de serviço telefónico fixo (na Directiva do Serviço Universal, para Estado-Membro para garantir a cobertura de zonas rurais ou para permitir a novos Estados-Membros do centro da Europa garantirem o Serviço Universal) não é aplicável à NOVIS, que não é o prestador do Serviço Universal.

Outra, para destacar o aliás óbvio: o acoplamento de serviços sobre redes móveis a serviço fixo, ou a actuação de operadores fixos prestando serviços móveis constitui uma pista tentadora, a múltiplos títulos. Só que, por razões que se prendem com as incidências nos mercados existentes e futuráveis, o Direito não acolhe, neste momento, uma pretensão dessa natureza. Ou seja, ela é ilegal.

E a sua permissão – contra a lei –, a título experimental ou através de fórmulas aparentemente mitigadas ou circunscritas, abre precedentes, permite entorses a concursos antes concretizados e a licenciamentos vigentes, cria perturbações nos mercados geradoras de conflitos jurídicos de âmbito crescente e desautoriza entidade reguladora que lhe dê acolhimento, convertendo-se, de garantia do Direito vigente, em responsável pela sua violação.

3.13. Afirmada a ilegalidade da segunda pretensão da NOVIS, por paridade de razões em relação à primeira, resta analisar a deliberação da ANACOM de 10 de Dezembro de 2004.

A nosso ver, a citada deliberação é, na sua doutrina, manifesta e surpreendentemente contraditória com a de 26 de Novembro de 2004,

embora formalmente apresentando-se como respeitando a matéria diversa:

1º a propósito das questões processuais (Ponto 11), reconhece a sequência da segunda pretensão relativamente ao lançamento do serviço “Optimus Home”, e, mais do que isso, invoca, como razão de celeridade de audiência dos interessados, o facto de as questões suscitadas pelo “Optimus Home” serem as mesmas abordadas na segunda pretensão;

2º onde, na deliberação de 26 de Novembro, considerava que o acesso via rede GSM da OPTIMUS configurava o serviço como móvel, vem agora equipará-lo, em nível de utilização e utilidade para o utilizador final, à soluções do tipo sem fios (ponto 4);

3º onde, na deliberação de 26 de Novembro, fora irrelevante o argumento do surgimento de alternativas no acesso local e dos consequentes desenvolvimento da concorrência e aumento da diversidade de ofertas disponíveis aos utilizadores, agora surge como justificação importante para a conduta da reguladora, apesar de, quanto a esta fundamentação, a situação fáctica ser idêntica nas duas pretensões (ponto 5);

4º onde, na deliberação de 26 de Novembro, se considerara, sem mais, ilegal o uso da rede GSM para aceder ao SFT, por se entender estar-se ainda perante serviço móvel, agora defende-se que tal acesso significa um uso mais intensivo das frequências GSM (ponto 6);

5º onde, na deliberação de 26 de Novembro, a natureza de serviço móvel, determinada pelo acesso, determinara, sem mais, a

interdição da utilização de números de nível 2 do PNN, bem como correlativa portabilidade, agora a mera invocação de base geográfica mais restrita é tida por suficiente para não afastar, à partida, que sejam associados números geográficos (pontos 8 e 9).

Em suma, ponto por ponto, a deliberação de 10 de Dezembro de 2004 é contraditória, na sua doutrina, ou seja nos argumentos de que se socorre, relativamente à deliberação de 26 de Novembro de 2004.

Não se trata, desde logo, de dar resposta diversa a situação diferente. Trata-se de, nos critérios e nas razões alegadas, mudar de orientação.

E a prova cabal dessa mudança é que nunca esclarece se considera, peremptoriamente, qual a distinção que, ora, perfilha entre serviço móvel e serviço fixo, para que se possa comparar com a que baseara a deliberação de 26 de Novembro de 2004.

- 3.14. Além de contraditória na doutrina, a deliberação de 10 de Dezembro de 2004 é claramente ilegal, ao aplicar, a situação de facto idêntica à que mereceu a deliberação de 26 de Novembro de 2004 (situação de serviço telefónico móvel), regime jurídico violador do respectivo quadro normativo no Direito Português.
- 3.15. Sendo ilegal a deliberação da ANACOM de 10 de Dezembro de 2004, é igualmente ilegal actuação da NOVIS como se a sua segunda pretensão não estivesse ferida de ilegalidade.



Isto, para além de, até ao presente, a deliberação de 10 de Dezembro de 2004 mais não ser do que mero projecto de deliberação final, não sendo, portanto, em qualquer caso, legal qualquer comercialização ou publicitação quer do produto da primeira pretensão da NOVIS quer do produto da sua segunda pretensão.

IV - Conclusões

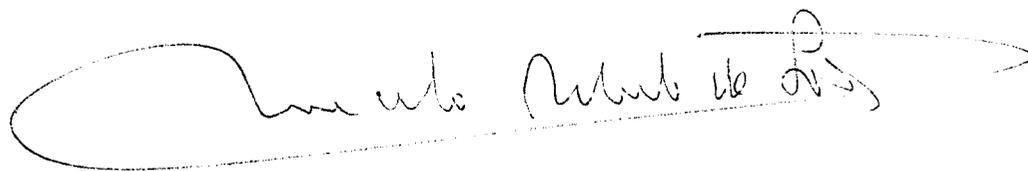
Da digressão efectuada é possível inferir as seguintes conclusões:

1ª É manifestamente ilegal a primeira pretensão formulada pela NOVIS, sendo legal a deliberação da ANACOM de 26 de Novembro de 2004 sobre ela incidente e ilegais eventual incumprimento por parte da NOVIS, entre 26 de Novembro de 2004 e 10 de Dezembro de 2004, e omissão sancionatória por parte da ANACOM.

2ª É manifestamente ilegal a segunda pretensão formulada pela NOVIS, tal como o é a deliberação da ANACOM de 10 de Dezembro de 2004 sobre ela incidente, e, portanto, actuação da NOVIS em conformidade com a sua pretensão (que, de resto, seria sempre ilegal até deliberação definitiva de que a de 10 de Dezembro de 2004 é mero projecto).

Este é o nosso parecer, salvo melhor opinião.

Lisboa, 18 de Dezembro de 2004

A handwritten signature in black ink, reading "Marcelo Rebelo de Sousa". The signature is written in a cursive style with a large, sweeping initial 'M' and a long horizontal flourish extending to the right.

Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa